

¿Es lícito incorporar la modalidad *ad corpus* en una compraventa de vivienda en planos? Hacia una interpretación razonable del artículo 1577 del Código Civil

Is it lawful to incorporate the ad corpus clause in a presale real estate agreement? Towards a reasonable interpretation of article 1577 of the Civil Code

Walter Vásquez Rebaza¹

Resumen. Las compraventas inmobiliarias *ad corpus* son una modalidad transaccional universalizada hoy en día. Si bien se trata de modalidades diseñadas para intercambios de inmuebles existentes, la praxis transaccional muestra que frecuentemente (sobre todo en el ámbito de la contratación estandarizada) son aplicadas también a intercambios de bienes en planos. Esta extrapolación ha dado lugar a no pocos problemas jurídicos sobre los cuales INDECOPI ha tenido oportunidad de pronunciarse en sentidos no siempre uniformes.

Con ello en mente, en el presente trabajo analizaremos el problema del ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil (que regula la cláusula *ad corpus*) y sus repercusiones en los contratos inmobiliarios privados y de consumo. Se trata de una cuestión compleja cuyos abordajes doctrinales y jurisprudenciales en nuestro país no han sido particularmente ambiciosos ni convincentes.

Abstract. *Ad corpus real estate sales are a globalized transactional modality today. Even though they are designed for exchanges of existing real estates, the transactional practice shows that this modality is frequently applied (especially in standardized contracting) to the presale real estate agreements. This extrapolation has resulted in more than a few legal problems where INDECOPI has intervened in ways that are not always uniform.*

This work will analyze the problem of the scope of application of article 1577 of the Civil Code (which governs the “as is” clause) and its consequences on private and consumer real estate contracts. This is a complex issue that has been doctrinally and jurisprudentially addressed in our country but with a non-particularly ambitious nor convincing focus.

Palabras clave. Compraventa, compraventa inmobiliaria; compraventa *ad corpus*; compraventa en planos; cláusulas abusivas; Código Civil; contratos; protección al consumidor; Indecopi

Keywords: *Sale; real state sale; ad corpus sale; house on plans sale; abusive clauses; Civil Code; contracts; consumer protection; Indecopi*

Sumario: 1. Noción de cláusula *ad corpus* y justificación de su tratamiento legal en el artículo 1577 del Código Civil. 1.1 Definiendo la venta *ad corpus*. 1.2 Asignación de riesgos subyacente al artículo 1577 del Código Civil. Los Riesgos Primario y Secundario de la Diferencia de Áreas. 1.3. Análisis de la regulación *ad corpus* del Código Civil aplicada a ventas estereotípicas sobre bienes existentes (escenario *brownfield*). 2. Análisis crítico de la aplicabilidad del artículo 1577 del Código Civil a ventas estereotípicas de residencia en planos (escenario *greenfield*). 2.1 Caracterización de las ventas estereotípicas de residencias en planos (escenario *greenfield*). 2.2. Aplicación de los criterios de interpretación legal del artículo 1577 del Código Civil. 2.3 Conclusión: El ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil excluye a las ventas estereotípicas de residencia en planos (paradigma *greenfield*). 3.

¹ Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de los Contratos a nivel de pregrado y posgrado en la PUCP. ORCID Id: 0000-0002-4605-2725. Contacto: walter.vasquez@pucp.pe

Admisibilidad legal de la cláusula *ad corpus* atípica en ventas de residencias en planos. 3.1 Cuestión previa. Naturaleza, función y subespecies de las cláusulas *ad corpus* en ventas de residencias en planos. 3.2 Estatus legal de los modelos *ad corpus* atípicos en ventas de residencias en planos paritarias con negociación individualizada. 3.3 Estatus legal de los modelos *ad corpus* atípicos en ventas de residencias en planos estandarizadas privadas y del consumidor. 3.4 Revisión de argumentos que pretenden justificar la admisibilidad de la cláusula *ad corpus* en las ventas de residencias en planos estandarizadas privadas y del consumidor. 4. La venta *ad corpus* de residencias en planos en la jurisprudencia administrativa nacional. Análisis de dos resoluciones emblemáticas. 4.1 El criterio del Tribunal de INDECOPI en la Res. 1233-2015/SPC. 4.2 El *revirement* del Tribunal de INDECOPI. La Resolución 2816-2019/SPC-INDECOPI. 4.3 Valoración personal de los criterios emblemáticos de INDECOPI sobre la cláusula *ad corpus* en ventas estereotípicas de residencias en planos. 5. Reflexión final.

1. Noción de cláusula *ad corpus* y justificación de su tratamiento legal en el artículo 1577 del Código Civil

1.1. Definiendo a la venta *ad corpus*

La cláusula *ad corpus* es aquel pacto por el cual, en una compraventa inmobiliaria, comprador y vendedor convienen que el precio retribuirá el bien transferido como una entidad física de cuerpo cierto². De este modo, el comprador no se compromete a abonar el precio en función directamente proporcional

a una cantidad específica de unidades de medida del inmueble, sino en consideración de éste como un bloque unitario³, esto es, valorando la globalidad de sus características materiales intrínsecas⁴. Por ende, estas últimas deben haber sido –o, al menos, haber podido ser– razonablemente evaluadas por el adquirente previo al cierre de la operación.

La estipulación examinada despliega su principal efecto si la declaración del vendedor respecto a la cantidad de superficie⁵ del inmueble se revela discrepante a la cantidad de superficie real (presente al tiempo de celebrar la operación).

2 Ya sea que dicha unidad constituya un terreno que cuenta o no con edificación. En la legislación comparada, esto resulta claro de la redacción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 1135.- Precio no convenido por unidad de medida de superficie.

“Si el objeto principal de la venta es una fracción de tierra, aunque esté edificada, no habiendo sido convenido el precio por unidad de medida de superficie y la superficie de terreno tiene una diferencia mayor del cinco por ciento con la acordada, el vendedor o el comprador, según los casos, tiene derecho de pedir el ajuste de la diferencia. El comprador que por aplicación de esta regla debe pagar un mayor precio puede resolver la compra” [Énfasis agregado].

La redacción del artículo 1577 del Código Civil peruano es un tanto más ambigua, pero como demostraremos en las presentes líneas, llega al mismo resultado.

3 Badenes Gasset (1995, p. 504) entiende al cuerpo cierto como “la cosa determinada por sus linderos, independientemente de su medida o número”.

4 En ese sentido, el inmueble vendría a ser la unidad de medida global de la operación, tal como señala León Barandiarán (1965, p. 70). En opinión de Fernández Fernández, C. (2020, p. 185), la transferencia del bien se daría “tal como se encuentra”.

5 En el presente trabajo nos referiremos a la superficie, de manera indistinta, como área, extensión, cabida, metraje o cantidad.

La cabida ha sido definida por Badenes Gasset, (1995, p. 499) del siguiente modo:

La cabida se refiere únicamente a la superficie horizontal de los inmuebles, es decir a la capacidad de contenido de porciones de suelo en su expresión bidimensional”. En ese sentido, por más desniveles o irregularidades topográficas que tenga la finca “lo que cuenta es la superficie horizontal planimétrica”.

Para algunos, la regla *ad corpus*, en su operativa descrita, presupone una declaración errónea del vendedor respecto a la extensión del bien enajenado; declaración que transmite al adquirente información inexacta sobre aquel aspecto del bien⁶. Otros, en cambio, entienden que, mediante esta modalidad transaccional, más que existir un error, las partes habrían buscado distribuir las consecuencias de una contingencia (hasta cierto punto previsible, pero mediante la asunción de costos a menudo relativamente altos) al tiempo de contratar.

En cualquier caso, la vigencia del pacto que nos ocupa se encuentra reservada para situaciones en que, habiéndose identificado el inmueble y habiéndose declarado su cabida superficial, las dos siguientes variables no coincidan la una con la otra:

- (i) el área del inmueble declarada por el vendedor en los documentos contractuales o en bases referidas por estos (en adelante, el “Área Declarada”); y,
- (ii) el área exacta del inmueble, correspondiente a una medición con un rango de error técnico igual a cero (en adelante, el “Área Real”)⁸.

6 Se trata, en buena cuenta, de una hipótesis de error bilateral en la cantidad, que haya un tratamiento legal especial.

7 Como se sabe, el área del bien es uno de los aspectos del objeto de la compraventa, al igual que la calidad, tiempo, lugar y la propia prestación programada. En las ventas estereotípicas sobre bienes existentes, la regla *ad corpus* no se relaciona con la determinación del bien objeto de venta, sino que lo hace con la información sobre sus características intrínsecas, dentro de ellas, la superficie. Sin perjuicio de ello, la mención del área puede tener efectos incidentales de individualización del inmueble: Capozzi (1988, p. 52), quien coloca el siguiente ejemplo: “te vendo mi fundo Corneliano, aquel de veinte hectáreas, por un precio global de 40 millones”.

8 Fuera de tales escenarios, es decir, cuando el Área Declarada y el Área Real coincidan, la disciplina *ad corpus* no desplegará su eficacia pues no se habrá cumplido el presupuesto fáctico para tal resultado.

9 Aun cuando las partes desconocieran la extensión exacta del bien materia del contrato.

10 Código Civil español. Artículo 1471.-

“En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.

Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio; pero, si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló”.

11 Código Civil peruano de 1936. Artículo 1423.-

“Si el inmueble fue vendido como cosa cierta y determinada, ni el comprador, ni el vendedor podrán pedir la rebaja o el aumento del precio estipulado, o la rescisión del contrato aunque se descubra ser mayor o menor la extensión”.

En adelante, nos referiremos al Área Declarada y al Área Real, de manera conjunta, como las “Áreas”. Del mismo modo, la divergencia entre las variables antes mencionadas será denominada la “Diferencia de Áreas”.

El régimen *ad corpus* contenido en el artículo 1577 no prevé que alguna de las partes fije o modifique el Área Real materia de enajenación, la cual, al cierre de la compraventa, ya se hallará perfectamente individualizada⁹. En cambio, la aludida norma regula las consecuencias económico-jurídicas de la inexactitud del Área Declarada, que no es otra cosa que información inexacta relativa a ciertas características intrínsecas del bien. Y aquellas consecuencias económico-jurídicas se concretarán, según sea el caso, en un eventual mantenimiento o reajuste del precio de venta consensuado.

Si una legislación adopta el modelo *ad corpus* absoluto (en adelante, el “Modelo Absoluto”), la Diferencia de Áreas no dará lugar a reajuste del precio, quedando las partes vinculadas al contrato bajo sus términos originales. Esta es la alternativa seguida por el Código Civil español de 1889¹⁰ y también por el Código Civil peruano de 1936¹¹. En estos

casos, la expresión de la cabida en el acuerdo “es solo un dato para la identificación del inmueble o [es] establecida a efectos hipotecarios, pero sin que derive ningún efecto contractual entre las partes” (Badenes Gasset, 1995, p. 505) [Corchetes agregados].

En cambio, si un sistema legal consagra un modelo relativo (en adelante, “el Modelo Relativo”), la Diferencia de Áreas deberá ser *prima facie* –es decir, dentro de ciertos parámetros– tolerada por el comprador, pues este no tendrá el poder de variar el precio inicialmente fijado ni tampoco ostentará desistimiento alguno a su favor. Esta tolerancia se presentará siempre que la Diferencia de Áreas no exceda ciertos umbrales (inferior y superior) de *esencialidad* incorporados en el sistema legal en base a una elección de política legislativa. En adelante, nos referiremos a la dispersión comprendida entre los referidos umbrales como la “Zona de Tolerancia”. Se trata de una extensión de dispersiones no reclamables por ninguna de las partes, en tanto, bajo una suerte de *voluntad hipotética* de los actores, se presume su irrelevancia.

Cuando la Diferencia de Áreas quede enmarcada en la Zona de Tolerancia, calificará como *no esencial*, sin que deba reajustarse la contraprestación, como se mencionó. En cambio, si tal Diferencia supera las bandas que demarcan la Zona de Tolerancia, pasará a ser *esencial* y, bajo el Modelo Relativo, alguna de las partes (vendedor o

comprador) tendrá derecho a modificar el precio a su favor (ya sea mediante un suplemento de precio, favorable al vendedor o mediante su reducción¹², en beneficio del comprador). De lo antes mencionado fluye que, en el Modelo Relativo, la declaración de la superficie inmobiliaria no es solo ilustrativa o referencial, sino que de ella derivan importantes efectos jurídicos.

El Modelo Relativo protege los dos siguientes intereses de las partes de una venta:

(i) Primer interés.- Que el precio de compra remunerere la atribución del inmueble tomado en su entidad global, sin que –en la contemplación de las partes– resulte relevante la Diferencia de Áreas *no esencial* (o sea, cuando aquella Diferencia ingrese en la Zona de Tolerancia). Y es que cuando esta hipótesis se verifique, el precio se mantendrá incólume¹³.

(ii) Segundo interés.- Que el Área Declarada del inmueble no sea *esencialmente* divergente del Área Real, exorbitando la Zona de Tolerancia. Si aquella discrepancia se presenta, repercutirá en el *quantum* del precio primigenio. Ello ocurrirá mediante un reajuste equitativo que busca la recomposición del equilibrio económico de la operación¹⁴.

Ya sea que un sistema legal acoja el Modelo Absoluto o el Modelo Relativo, el pacto *ad corpus* hace que la declaración del vendedor respecto a la extensión del bien transferido no constituya

12 Véase, al respecto: Ferrante, A. (2012, pp. 44 y ss.), quien califica al derecho de reducción como un derecho potestativo, que puede ejercerse en vía extrajudicial o reconvenzional. Asimismo, el autor sostiene que la existencia de una “baremación automática del importe de la reducción a la que el juez debiera remitirse” ocasiona que la sentencia sobre el particular tenga carácter declarativo.

13 Generalmente, la tutela de este primer interés se justifica en una suerte de voluntad hipotética de las partes dirigida a restarle relevancia a las inexactitudes menores vinculadas a la superficie del bien materia de la compraventa. De este modo, es posible decir que, dentro de la Zona de Tolerancia, la medida manifestada del inmueble cuenta con un carácter ilustrativo y referencial para las partes. Se trataría de una suerte de “*sobreabundancia*”.

14 Fernández Fernández (2020, p. 187), asevera lo siguiente sobre el segundo párrafo del artículo 1577:

“Consideramos este segundo párrafo justo y equitativo, y concebido con la finalidad de evitar el indebido enriquecimiento de uno de los contratantes en perjuicio del otro; no obstante que bien podría decirse que se estaría desnaturalizando la esencia del contrato *ad corpus* o en bloque por los mismos fundamentos expuestos en líneas precedentes”.

una *garantía* de igualdad milimétrica entre el metraje consensuado del bien y el metraje constatable en la realidad fáctica. En ese sentido, el mínimo común de ambos modelos reside en dotar al vendedor –frente al comprador– de una *no garantía* o *inmunidad* ante desviaciones en la superficie inmobiliaria declarada.

El esquema *ad corpus* acogido por el artículo 1577 del Código Civil peruano es claramente el Modelo Relativo. Y es que, en virtud de la citada norma, la Diferencia de Áreas no dará lugar a variación de precio cuando se sitúen dentro de una Zona de Tolerancia conformada por las dos siguientes bandas: exceso o déficit del 10% del Área Declarada. Así, si el vendedor “V” declara ante el comprador “C”¹⁵ que el inmueble enajenado al comprador “C” cuenta con 100m², la Zona de Tolerancia estará conformada por cualquier dispersión que pueda existir entre 110m² y 90m².

No obstante, el artículo 1577 permite el recálculo de la contraprestación ante Diferencias de Áreas que exorbiten la Zona de Tolerancia. En el ejemplo anterior, ello acontecerá si el exceso de cabida supera los 110m² o el déficit excede los 90m².

Es necesario dar un paso más allá. A diferencia de la regulación de la venta por unidad de extensión, donde el comprador puede rescindir el contrato si la Diferencia de Áreas es *esencial*¹⁶, el artículo 1577 no confiere rescisión alguna a las partes por más *esencial* que sea la Diferencia de Áreas descubierta¹⁷.

En este orden de ideas, si en una operación *ad corpus* el Área Real adquirida por el comprador “C” se revela 40% menor al Área Declarada o si el Área Real transferida por el vendedor “V” resulta ser 40% mayor al Área Declarada, ni “C” ni “V” podrán, respectivamente, separarse de la venta. Ello se debe a que el artículo 1577 no les asigna a las partes ningún remedio extintivo, decantándose por la conservación del vínculo. En este supuesto, ambos contrayentes deberán conformarse con un reajuste de la contraprestación dineraria cuando la desviación métrica sea *esencial*. Esto ocasiona que si “V” o “C” lograsen demostrar que no hubiesen celebrado la compraventa en caso de haber conocido la desviación superficial de 40% (por exceso o déficit), los respectivos intereses de “V” y “C”, relativos a la separación del contrato, no hallarán protección bajo el sistema contractual peruano.

Esta solución legal parece justificada por el hecho de que, como se verá luego, en ventas inmobiliarias de segundo uso, tanto “V” como “C”, al tener la posesión y accesibilidad eventual al activo (respectivamente), estuvieron en posibilidad de levantar la información que les permita descubrir la Diferencia de Áreas del 40%. Así, la regla del artículo 1577 no parece ilógica en operaciones sobre bienes existentes, en tanto el riesgo de la Diferencia de Áreas es uno que “V” y “C” pudieron prever, dimensionar y contra el cual se pudieron resguardar. Si teniendo dicha visibilidad las partes incorporaron voluntariamente la regla *ad corpus* fue porque se autorregulan libremente en el sentido de que cualquiera que sea la divergencia superficial que aflore, esta no volverá inútil el contrato.

15 En adelante, emplearemos estas abreviaturas para referirnos a las partes de la compraventa en los ejemplos colocados en el presente trabajo.

16 Código Civil. Artículo 1575.-

“Si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión”.

17 Se trata, entonces, de la asunción *inter partes* de riesgo derivada a la estipulación del contrato bajo un tipo (en realidad, un subtipo) específico, en este caso, el de la venta *ad corpus*. Al respecto ver Gabrielli (2013, pp. 79 y ss.).

1.2. Asignación de riesgos subyacente al artículo 1577 del Código Civil. Los Riesgos Primario y Secundario de la Diferencia de Áreas

Atendiendo a cuestiones didácticas, el discurso hasta aquí planteado será reformulado en lenguaje propio de la asignación de riesgos. A tales efectos¹⁸, partiremos por definir al riesgo como aquel evento (latente o sobrevenido) de ocurrencia incierta pero cuantificable (o por lo menos estimable) que, en caso de verificarse, genera un impacto económico, que puede ser positivo o negativo, para al menos una de las partes contractuales¹⁹⁻²⁰.

El ejercicio que plantearemos a continuación se llevará a cabo sin tomar en cuenta las cuestiones específicas de la negociación particular y las cláusulas específicas de cada acuerdo concreto. En efecto, como regla, el equilibrio contractual es subjetivo, es decir, atiende a la distribución efectiva de riesgos y oportunidades producto del ejercicio libre de la autonomía privada. Empero, el análisis a realizar tomará en cuenta la distribución de contingencias operada únicamente en base a los criterios económicos de asignación de riesgos y buscará evitar desproporciones cuantitativas. Luego, debemos advertir que la desviación de estas reglas neutrales no implicará necesariamente la ilegalidad del pacto.

a. Formulación y asignación legal del Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas

Teniendo en mente la definición de riesgo antes esbozada, resulta viable identificar aquel riesgo que constituye el punto de referencia del tratamiento dispuesto por el artículo 1577 del Código Civil²¹. En adelante nos referiremos a aquel riesgo como el “Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas” (o, simplemente, el “Riesgo Primario”), el cual pasaremos a formular de la siguiente manera:

(i) Causa.- La información contenida en las bases de datos (Registros Públicos, catastro, planos, documentos almacenados en registros privados, entre otras fuentes) sobre las dimensiones del inmueble vendido es inexacta y no refleja su Área Real. Pese a ello, de cara a la celebración de la venta, el vendedor toma dicha información como insumo para declarar el metraje del inmueble enajenado. A causa de ello, el Área Real del inmueble adquirido por el comprador se revela desigual (por exceso o déficit) al Área Declarada.

(ii) Consecuencia.- Se producirá un impacto económico en por lo menos uno de los actores del intercambio, como resultado ya sea del mantenimiento del precio de venta o de su reajuste²²⁻²³.

18 Ello en base a la Sexta edición del PMBOK. Al respecto, véase PMI (2017).

19 El impacto puede recaer en por lo menos uno de los objetivos de un proyecto: costo, alcance, calidad o tiempo.

20 Es importante puntualizar que la noción de *riesgo* engloba cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad *ex-post* de cualquier ingreso o egreso que repercuta en alguna de las partes. Luego, el comportamiento de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias. Asignar un riesgo a una parte contractual es definir cuál de las partes –y en qué medida, de ser el caso– sufre y disfruta de dichas pérdidas o ganancias.

21 Empero, como se verá más adelante, no se trata del único riesgo que se desprende del artículo 1577 del Código Civil.

22 La cuantificación de esta consecuencia será igual al valor que cada parte le atribuyó a la Diferencia de Áreas, valor que el legislador cuantifica objetivamente de forma proporcional al precio fijado para el bien, asumiendo ficticiamente que todas las unidades de extensión del inmueble resultan homogéneas.

23 Este factor puede, naturalmente, ser mayor o menor que el precio que hipotéticamente habría sido acordado, en función a si la Diferencia de Áreas se encuentra conformada por un exceso o déficit de metraje respecto a aquel prometido.

A continuación, describiremos la distribución de asignación del Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas operada por el artículo 1577, teniendo presente que la noción de *riesgo* engloba contingencias tanto perjudiciales (peligros) como beneficiosas (oportunidades) para las partes.

Como se vio, la Diferencia de Áreas puede ser *esencial* o *no esencial*, en función a si aquella ingresa en o excede de la Zona de Tolerancia fijada por el artículo 1577.

En primer lugar, veremos el caso en que la Diferencia entre Área Declarada y Área Real resulta *no esencial*, lo que ocurrirá cuando la desigualdad more dentro de la Zona de Tolerancia. En este escenario, Riesgo Primario es asignado al comprador pues, bajo el artículo ahora comentado, aquel asumirá el impacto económico –nocivo o beneficioso, según sea el caso– derivado de la Diferencia de Áreas. Y es que, en esta hipótesis, el comprador queda vinculado al precio fijado inicialmente, sin tener derecho a una restitución proporcional de lo pagado (por el eventual déficit de superficie) ni tampoco obligación de pagar un suplemento de precio (en caso se verifique un exceso de cabida)²⁴.

Ilustraremos el supuesto antes explicitado valiéndonos de un ejemplo. Supóngase que “C” se obligó frente a “V” a pagar S/ 100,000 por un inmueble que, según lo declarado por “V”, contaba con una cabida de 1000m². Así, además, que el Área Real del activo ascendía únicamente a 950m² y que el acuerdo incluyó una estipulación *ad corpus*. En este caso, aun habiéndose incorporado esta modalidad, así, asúmase que si “C” hubiese sabido que el Área Real era igual a 950m² (en vez de 1000m²), habría estado

dispuesto a pagar solamente S/ 95,000²⁵. En esta hipótesis, bajo el artículo 1577, el “*sobreprecio*” de S/ 5,000 pagado por “C” deberá ser asumido exclusivamente por este, en tanto, a pesar del déficit superficial, “C” no tendrá la facultad de reducir los S/ 100,000 inicialmente convenidos.

Es claro que el Riesgo Primario –atribuido al comprador dentro de la Zona de Tolerancia– podría materializarse de forma perjudicial para aquel (como ocurrió en el ejemplo anterior). Empero, dicha contingencia también podría manifestarse de manera beneficiosa para dicho contrayente²⁶. Esto último acontecerá si la Diferencia de Áreas se presenta como un excedente cuantitativo *no esencial* respecto del Área Declarada. Así, en la ilustración antecedente, si el Área Real del inmueble hubiese sido 1050m², por lo cual se llega a demostrar que un sujeto en la posición de “C” habría aceptado pagar S/ 105,000 (y no solo S/ 100,000), entonces “C” habría visto materializada una ventaja. Ello en tanto “C” verá incorporado a su patrimonio un inmueble de mayores dimensiones –y mayor valor– sin quedar obligado a pagar precio suplementario alguno a “V”.

En suma, bajo el artículo 1577, ante Diferencias no esenciales de Áreas, el comprador retiene el costo generado por la menor superficie obtenida. Ello en tanto se verá en la imposibilidad de, mediante un reajuste de precio, trasladar dicho costo en cabeza del vendedor. Simétricamente, el comprador capta el beneficio asociado al valor extra de la mayor Área Real ingresada a su patrimonio, pues el adquirente será inmune a pretensiones de su contraparte dirigidas a obtener un suplemento de precio.

24 Cuando la Diferencia de Áreas resulta *no esencial*, la regla contenida en el artículo 1577 descarga totalmente al vendedor de consecuencias económicas negativas (ya sea responsabilidad civil o reducción del precio inicialmente fijado) por su declaración sobre la extensión del inmueble. En efecto, semejante declaración queda transformada en una “*no garantía*” que neutraliza los remedios jurídicos a favor de las partes.

25 O, lo que es lo mismo, “C” valora en menos de S/ 5,000 el diferencial de superficies.

26 Y, correlativamente, podría decantarse de modo beneficioso o perjudicial para el vendedor.

En segundo lugar, el artículo 1577 dictamina que si la Diferencia entre el Área Declarada y el Área Real es *esencial* –por escapar de la Zona de Tolerancia– el Riesgo Primario será colocado en cabeza del vendedor. Ello se debe a que, en este escenario, será el transferente quien asuma el impacto patrimonial –perjudicial o beneficioso– de aquella desigualdad métrica.

En ese sentido, supóngase que “C” se obligó frente a “V” por S/ 100,000 en la creencia que el Área del inmueble vendido ascendía a 1000m² (Área Declarada). Si “C” hubiese sabido que el Área Real era igual a 800m² (en vez de 1000m²), habría pagado un precio menor: S/ 80,000. En este caso, conforme al precio inicialmente convenido, “C” habrá asumido un impacto (“*sobreprecio*”) de S/ 20,000²⁷. Pero el artículo 1577 dictamina que dicho impacto no debe permanecer en cabeza “C”, sino que este último podrá trasladárselo a “V”, mediante una reducción del precio a S/ 80,000. Como se aprecia, en este ejemplo, la repercusión de la Diferencia de Áreas se verá desplazada al vendedor, quien deberá devolver al comprador parte de la contraprestación que recibiera²⁸.

Pero quien asume las malas, asume también las buenas. Imagínese entonces que, en la ilustración antes expuesta, el Área Real descubierta es igual a 1200m² (o sea, excede en 20% el Área Declarada). Si un sujeto en la posición de “C” hubiese sabido que el Área Real era tal (en vez de 1000m²), habría pagado un precio de S/ 120,000, por lo que, en los papeles, “C” habrá ahorrado S/ 20,000 al pagar únicamente S/

100,000. Pese a ello, en esta hipótesis, el artículo 1577 dictamina que “C” no podrá retener el beneficio extra de S/ 20,000. En cambio, el adquirente deberá trasladar este *plus* al vendedor, quien se encontrará facultado para obtener un suplemento de precio.

Gráficamente, podemos sintetizar la asignación de riesgos derivados del Modelo *ad corpus* Relativo acogido por el artículo 1577 del Código Civil mediante el siguiente cuadro:

27 De no ser por el Modelo *ad corpus* Relativo, el Riesgo Primario de la Diferencia *no esencial* correría a cargo del vendedor. Y es que si, al momento de celebrar el acuerdo, el transferente declarase cierta extensión para el inmueble, ello generalmente ocasionará confianza legítima en su contraparte respecto a por lo menos una característica del bien (el metraje). En caso tal confianza se vea defraudada, el declarante debería asumir el costo resultante. Y ello a través de un resarcimiento de daños y perjuicios o un reajuste del precio. Lo mencionado operará cuando no se hayan estipulado cláusulas específicas que regulen esta situación (tales como indemnidades) y cuando no sean aplicables las reglas del dolo, como vicio de la voluntad.

28 Según determinen las circunstancias, tal reajuste puede manifestarse como un derecho de reembolso de lo pagado, favorable comprador, o como un derecho de exigir un suplemento de precio, favorable al vendedor.

Asignación del Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas y remedios jurídicos en la venta *ad corpus*

Diferencia (exceso o déficit del Área Real en relación al Área Declarada)	Remedio jurídico aplicable	Parte que corre con el Riesgo Primario
No esencial o Zona de Tolerancia (0-10% del Área Declarada)	Ninguno	Comprador
Esencial o que supera de la Zona de Tolerancia (mayor a 10% del Área Declarada)	Reajuste del precio	Vendedor

b. Formulación y asignación legal del Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas

Como fue mencionado en el acápite anterior, es necesario ir un paso más allá. Ello implica develar la presencia de un segundo riesgo subyacente al artículo 1577 del Código Civil. Esta contingencia deriva de que una eventual fluctuación exorbitante de la información sobre la cabida inmobiliaria afecte los intereses acreditables que las partes buscaron extraer de la compraventa. Se trata de intereses relacionados con el metraje del bien, aunque de manera indirecta. En adelante, nos referiremos a este como el “Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas” (o, simplemente, el “Riesgo Secundario”), el cual puede ser formulado del siguiente modo:

1. Causa.- La información existente en las bases de datos sobre las dimensiones del inmueble vendido es inexacta y no refleja fidedignamente su Área Real. Pese a ello, de cara a la celebración de la venta, el vendedor toma dicha información como insumo para declarar el metraje del inmueble enajenado. El Área Real del bien se

revela tan materialmente desigual (por exceso o déficit) al Área Declarada que, en caso de haber conocido la situación real, alguna de las partes (vendedor o comprador, dependiendo del caso) no habría cerrado el intercambio.

2. Consecuencia.- Una de las partes verá lesionada la expectativa económica acreditable que la motivó a perfeccionar el contrato, la misma que se encuentra vinculada indirectamente a la cantidad de superficie inmobiliaria²⁹.

Para explicar el Riesgo Secundario nos valdremos de una ilustración. Asúmase que “C” se obligó frente a “V” por S/ 500,000 a cambio de un terreno con una Área Declarada de 4,500m². “C” tenía como propósito manifestado en el contrato construir en el bien una cancha de fútbol con una tribuna. En la compraventa se incluye la estipulación *ad corpus*. Tras la adquisición, “C” descubre que el Área Real del terreno (desconocida hasta entonces por las partes) ascendía únicamente a 3,950m², por lo que el inmueble no cumple con el propósito de la adquisición, al carecer de las medidas reglamentarias para

²⁹ Esto ocurrirá siempre y cuando el riesgo asumido mediante la estipulación *ad corpus* prepondere, por especialidad, sobre la eventual regulación contractual del riesgo de frustración de la causa concreta. Y es que ningún principio contractual ni legal impide que alguna de las partes asuma el riesgo de la frustración del propósito o de la conveniencia que proyecta extraer del contrato, sobre todo cuando ello ocurra por circunstancias respecto a las cuales aquella haya tenido visibilidad y que, por ende, no resulten imprevisibles.

la práctica del fútbol profesional. Esto tiene dos implicancias:

En primer lugar, dado que la Diferencia de Áreas extralimita la Zona de Tolerancia, “C” indudablemente podrá reajustar el precio de compra bajo lo dispuesto por el artículo 1577. Este derecho potestativo se relaciona al Riesgo Primario, al cual nos hemos referido anteriormente.

En segundo lugar, independientemente del reajuste de precio que pueda obtener “C”, el propósito manifestado de la adquisición no será viable. Si “C” hubiese estado al corriente de esta situación –cosa que era previsible para aquél pues pudo haber gestionado una medición de cabida *ex ante*–, no habría cerrado el intercambio. ¿Cuenta “C” con un derecho de separación del vínculo en este escenario?

Como se dijo, previo al cierre, “C” se encontraba en posición de verificar si el Área Real se correspondía con el destino programado para el inmueble: la construcción de una cancha de fútbol profesional. Empero, “C” no efectuó inversión alguna para proteger sus propios intereses y aceptó regirse por el artículo 1577, el cual no le permite liberarse ante el hallazgo de inexactitudes excepcionalmente altas en la información sobre la extensión inmobiliaria. Consecuentemente, en el escenario narrado, “C” tendrá únicamente derecho a recalcular el precio pagado, quedando vinculado al contrato y asumiendo, consecuentemente, el costo de la frustración evitable de su interés manifestado³⁰: la no edificabilidad de la cancha de fútbol profesional.

En este caso, la regla *ad corpus* le atribuye a “C” las consecuencias de la previsible inutilidad del contrato asociada a la extensión del terreno. Dicho de otra manera, si el adquirente asintió gobernar su relación por el artículo 1577 estando en capacidad de averiguar la superficie fidedigna, aceptó el riesgo de que su interés asociado a la estabilidad del Área Declarada se vea frustrado (aun recibiendo un reajuste de precio).

Transformando este discurso al lenguaje empleado en este acápite, podemos decir que, a través de la cláusula *ad corpus* del ejemplo, “C” ha asumido el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas, esto es, la posibilidad de quedar sujeto a un contrato cuando la expectativa económica proyectada en aquél (asociada indirectamente a la extensión inmobiliaria) se haya vuelto irrealizable.

En general, es importante comprender que, en las ventas de segundo uso, la asunción del Riesgo Secundario por el comprador no puede ser considerada irrazonable. Ello se debe a dos factores. Por un lado, el comprador estuvo en posición de gestionar a bajo costo el acceso al inmueble previo al cierre de la operación. Ello le habría permitido levantar información sobre las características intrínsecas del activo y con ello evaluar si aquel contaba con las cualidades que consideraba importantes (por ejemplo, la ausencia de Diferencia de Áreas exorbitante). Por otro lado, el vendedor careció de control técnico sobre el área *as built* del terreno y, consecuentemente, no ocasionó la Diferencia de Áreas. Y es que el enajenante se limitó

30 El que una parte asuma el riesgo del menoscabo del propósito exteriorizado en ciertas situaciones no es algo irrazonable en ciertas circunstancias. En primer lugar, porque el detonante de la frustración pudo ser controlado o previsto por una de las partes. En la misma línea, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano constituido por Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS establece lo siguiente:

Artículo 1372-A.- Frustración del fin del contrato

“1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida **por causa no imputable a aquellas**, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario”. (...) [Énfasis agregado]

En segundo lugar, dicha asignación no resulta ilegal, habida cuenta de que el sistema contractual incluso permite que una de las partes asuma el riesgo de la imposibilidad por fuerza mayor, tal como dispone el artículo 1317 del Código Civil.

a “tomar” la información sobre dicho metraje de las bases de datos preexistentes³¹.

Pero la asignación legal del Riesgo Secundario no siempre recae sobre el comprador, sino que también queda asignada a su contraparte, cuando ésta sea la titular de la conveniencia económica frustrada. Así, podría fácilmente concebirse el caso de que el precio aceptado por “V” se hubiese incrementado exorbitantemente –y más allá del reajuste proporcional– en caso hubiese sido consciente del Área Real.

En síntesis, el artículo 1577 del Código Civil, al no conceder ningún derecho de desistimiento, asigna a cada una de las partes –en lo concerniente a sus respectivos intereses– el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas. Éste último consiste en la eventualidad de perder la conveniencia económica que alguna de las partes (vendedor o comprador) proyectó obtener con el contrato, siempre que aquella sea una función de la cabida del bien y sin perjuicio del reajuste de precio que corresponda.

Mientras la mencionada asignación del Riesgo Secundario no es ilógica en ventas de bienes presentes, como se verá más adelante, dicha distribución legal de contingencias carecería totalmente de razonabilidad en las ventas estereotípicas de bienes futuros.

1.3. Análisis de la regulación *ad corpus* del Código Civil aplicada a ventas estereotípicas sobre bienes existentes (escenario *brown-field*)

a. Caracterización de las ventas estereotípicas sobre bienes existentes (escenario *brown-field*) y presupuestos que justifican la regulación del artículo 1577 en tales escenarios

El artículo 1577 constituye una norma supletoria³². La lógica subyacente a este tipo de preceptos reside, entre otras, en la función de integración del contenido contractual con reglas que reparten riesgos *inter partes* de forma equilibrada o neutral. Una regla supletoria es neutral cuando su contenido resulta compatible con los criterios de asignación eficiente de riesgos y no resulta cuantitativamente desproporcionada, situación que (hipotéticamente) habría llevado a que los privados adopten aquella regla en una negociación a bajos costos de transacción³³⁻³⁴⁻³⁵.

Como se justificará en el presente trabajo, la distribución de contingencias operada por el artículo 1577 del Código Civil resulta neutral en ventas estereotípicas sobre bienes presentes (a las que también denominamos ventas de inmuebles de segundo uso o, empleando una terminología propia de la gestión de proyectos, escenarios *brown-field*). Se trata de hipótesis donde concurren los siguientes requisitos:

31 Asimismo, si “V” hubiese modificado la superficie del terreno tras el cierre la venta (e incluso, tras la última visita de “C”) el costo de dicha variación no sería asumido por “C”, al tratarse de un incumplimiento simple del vendedor.

32 Código Civil. Artículo 1356.-

“Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

33 En nuestro sistema, muchas de las normas supletorias cumplen idóneamente con la función de equilibrio de intereses. Empero, ello no siempre es así, tal como ocurre en los casos de las reglas de la mora del deudor y de la responsabilidad de los miembros de un consorcio (contrato asociativo) frente a los terceros con quienes se vinculan.

34 Este punto ya había sido mencionado en un trabajo anterior: Vásquez Rebaza (2019, p. 361).

35 Solo si una norma supletoria asigna eficientemente los riesgos logrará su cometido: reducir, a favor de las partes, aquellos costos de transacción vinculados a la negociación, redacción e incluso interpretación de los pactos que gobiernan su relación. Y es que, en tal situación, las partes no tendrían por qué incurrir en sobrecostos por aquellos conceptos, sino simplemente adherirse o elegir entre las alternativas ofrecidas por el régimen predispuesto por el legislador.

(i) *Primero*.- El inmueble –incluyendo todas sus características intrínsecas– cuenta con existencia física al tiempo de la celebración de la venta.

(ii) *Segundo*.- El vendedor, como evento precedente, ha adquirido el bien pre-existente de su anterior titular; y, como evento subsecuente, se ha retransferido al adquirente. Y esta secuencia puede remontarse varios eslabones atrás, dando lugar a una cadena de transferencias. De esta forma, el transferente es un *vendedor-tomador de propiedad*, y a la par, un *tomador de información* pre-existente a la adquisición del bien. Esta información es el insumo en que los contrayentes se basan para fijar el Área Declarada en la compraventa.

(iii) *Tercero*.- Como consecuencia de lo antes mencionado, las características finales (*as built*) del bien no son el resultado de un proceso técnicamente controlado por el vendedor, en tanto este último ha carecido de cualquier injerencia en la proyección, diseño y construcción del bien enajenado. En particular, el transferente no determina la superficie *as built* (Área Real) del bien materia de traspaso al comprador.

(iv) *Cuarto*.- Estando ya el inmueble edificado, el comprador no asume el riesgo de que las cualidades por él verificadas –y validadas– al cierre de la compraventa sean posteriormente alteradas por el vendedor al punto de contravenir las expectativas elementales de la contraparte. Si las cualidades del bien materia de compraventa son alteradas por el vendedor, éste último habrá perpetrado un incumplimiento contractual³⁶.

A continuación, veremos cómo las características estructurales de las ventas *brownfield* con pactos *ad corpus* justifican la disciplina introducida por el artículo 1577 del Código Civil, al punto de respaldar la idea de que aquel tipo de intercambio constituye el ámbito natural de aplicación de aquel dispositivo normativo.

a.1) La posición del vendedor *brownfield* respecto al inmueble a la celebración de la venta.

En la venta de segundo uso, la Diferencia de Áreas es una eventualidad económicamente *excusable* para el vendedor. Esta afirmación se relaciona estrechamente con la caracterización de tales escenarios (operada en el acápite anterior), obedeciendo a dos razones que pasaremos a mencionar.

En primer lugar, el vendedor carece de injerencia en proyección, diseño y construcción del bien transferido al adquirente, por lo que tampoco controla coincidencia o divergencia entre las dimensiones declaradas (*as-planned*)³⁷ y las dimensiones reales (esto es, el área *as-built*) del inmueble. Dicho de otro modo, la eventual Diferencia de Áreas no habría sido causada ni habría podido ser evitada a bajo costo por el vendedor *brownfield*.

En segundo lugar, la Diferencia de Áreas es *excusable* dado que la superficie del inmueble registrada en las bases de datos previamente existentes suele no suele reflejar de manera fidedigna el Área Real (y, aun cuando lo haga, la cabida originalmente fidedigna podría mutar en el tiempo, atendiendo a una serie de factores naturales y humanos³⁸).

Ahora bien, dijimos que la desigualdad métrica relevante es solo hasta cierto punto *excusable*

36 Como se verá posteriormente, esta es una de las principales diferencias con los escenarios *greenfield*, donde el vendedor se encuentra en posibilidad de alterar físicamente las unidades comprometidas en planos y, de este modo, incidir en las expectativas del comprador. Cuando semejante alteración ocurra en las ventas estereotípicas de bienes presentes estaremos frente a un incumplimiento ordinario.

37 Que pueden remontarse muchos eslabones atrás en la cadena de adquisición.

38 Ver Vásquez Rebaza (2016, pp. 73-76). En similar sentido: Urbano Salerno (2011, p. 40), para quien en los inmuebles suelen presen-

para el vendedor pues, si bien no se duda que el transferente –al ostentar la posesión– no se encuentra objetivamente imposibilitado de prever e identificar la Diferencia de Áreas (mediante una medición exacta del Área Real previo a su enajenación), en múltiples ocasiones, dicha precaución sería irrazonablemente onerosa comparada con la magnitud de algunos intercambios específicos. Esto es evidente sobre todo si se considera el valor –no necesariamente elevado– del bien, la repercusión de la medición en el precio (sobre todo si esta indagación es exacta o si se aproxima al rango de error ± 0) y su escaso impacto cotidiano en el interés del adquirente.

En buena cuenta, en el modelo *vendedor-tomador de propiedad*, el artículo 1577 libera –hasta cierto límite cuantitativo– a los enajenantes de consecuencias de transferir inmuebles cuyo metraje contractual se releve inexacto, permitiéndoles a aquellos confiar solo *grosso modo* en la información proveniente de la cadena de transferencias precedentes. Y esta cadena, como se sabe, podría sentar eslabones muchos años atrás en el pasado.

Por otro lado, la realidad descrita anteriormente justifica que, en el paradigma *brownfield*, el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas sea absorbido por la parte –sea vendedora o compradora– que no habría celebrado la venta si hubiese conocido la Diferencia de Áreas. En esta hipótesis, el impacto económico no fue provocado por el vendedor y fue previsible por ambas partes. Luego, no resulta absurdo que la modificación del precio sea el único remedio atendible *ex* artículo 1577. Ello en desmedro del derecho de separación de la parte afectada.

En suma, descargar al vendedor del Riesgo Primario de la Diferencia *no esencial* de Áreas en las ventas de bienes existentes –tal como hace el artículo

1577– resulta razonable y se acerca a lo neutral, pues aquella discrepancia es una contingencia *prima facie excusable* para el transferente y conocible por el adquirente. Por las mismas razones, en el paradigma *brownfield*, no resulta absurdo colocar el Riesgo Secundario en el contratante titular del interés de extraer ventajas económicas que se frustran con el sinceramiento métrico de la unidad.

a.2) La posición del comprador *brownfield* respecto al inmueble a la celebración de la venta.

En las ventas de segundo uso, el comprador –previa coordinación con el propietario y de este con los eventuales poseedores– puede gestionar acceso físico al inmueble (terreno o fábrica) antes de su adquisición. En efecto, si las partes de la futura operación vienen sosteniendo tratativas de cara al perfeccionamiento del acuerdo, serán individuos que ya habrán acercado sus respectivas esferas patrimoniales y, por ende, no existirán elevados costos de transacción para la coordinación de una visita previa e incluso para una medición de cabida³⁹.

La accesibilidad a bajo costo por el adquirente es una constatación de relevancia mayúscula. Ello se debe a que el inmueble existente es una fuente a partir de la cual el agente económico interesado puede obtener gran cantidad de información trascendental y fidedigna. En ese sentido, visitando la unidad, el comprador se encuentra en una buena posición para levantar data que le permitirá fijar al menos dos ítems cruciales, como veremos a continuación.

En primer lugar, el comprador podrá valorar si las características intrínsecas físicamente comprobables (i.e. la distribución de ambientes, el espacio y comodidad, la calidad, la antigüedad, la conservación, los acabados, entre otras) del bien se corresponden o no con sus intereses más esenciales.

tarse dificultades para establecer sus medidas y superficies, cuya exactitud es imposible de precisar sin la mensura hecha por el agrimensor.

39 Ello, desde luego, no implica la desposesión del inmueble, sino únicamente la gestión de un acceso puntual.

Dicho de otra manera, el adquirente puede examinar físicamente el bien y establecer si, pese a la eventual información recibida sobre su superficie exacta, las cualidades *as-built* son compatibles con el resultado que espera obtener del contrato. En los escenarios que examinaremos en este artículo, aquel resultado se encuentra estrechamente vinculado a la *habitabilidad* de la vivienda, en cuya reconstrucción el cuerpo cierto del bien ha tomado un rol protagónico⁴⁰.

En segundo lugar, la accesibilidad *ex ante* a bajo costo coloca al adquirente en posición de medir la cabida del bien para detectar y cuantificar la discrepancia entre el Área Declarada y el Área Real⁴¹, (en caso dicho dato fuese especialmente importante para aquel⁴²). A tales fines, recuérdese que, a diferencia de los vicios ocultos⁴³, la extensión de un bien existente es una característica físicamente verificable y cuantificable por cualquier privado interesado en averiguarla y que cuente con autorización del propietario.

Si estando en posibilidad de detectar la Diferencia de Áreas, el comprador hubiese juzgado esta variable como un riesgo *importante*⁴⁴, previo al cierre de la operación, habría implementado alguna de las siguientes dos alternativas:

(i) invertir en estudios que fijen la medida exacta del inmueble para, una vez identificada el Área Real, reflejar sin distorsiones el precio;

(ii) trasladar al vendedor el Riesgo Primario *no esencial* de la Diferencia de Áreas, mediante una garantía de exactitud en la superficie declarada; o, (iii) reservarse un derecho de desistimiento ante discrepancias métricas exorbitantes y, de esta forma, trasladar al vendedor el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas (en lo concerniente a afectaciones del comprador).

Si el adquirente decide celebrar la venta *ad corpus* sin considerar ninguno de los recaudos antes listados (o algún otro análogo), debe reputarse que (i) ha considerado suficientes para sus intereses las características intrínsecas comprobables del inmueble, calificando los Riesgos Primario y Secundario de la Diferencia de Áreas como *no importantes* a la luz de la operación global⁴⁵; o (ii) el adquirente ha sido negligente en la detección de contingencias previsibles. En cualquiera de tales casos, el comprador deberá afrontar los mencionados Riesgos.

De lo expuesto, la accesibilidad física al inmueble para el comprador en ventas de bienes de segundo uso gobernadas por el artículo 1577 ocasiona, por un lado, que no sea irrazonable que el ad-

40 La cual, habrá sido (o debería haber sido) considerada como aceptable por el comprador para haber decidido contratar.

41 Ello, con toda probabilidad, requerirá de una inversión económica de parte del comprador, por lo cual esta tarea no se verificará en el 100% de ocasiones sino solo cuando a ojos de aquel agente económico ello valga la pena.

42 Y levantar dicha información puede tener sentido económico en tanto tales elementos no dejan de ser aspectos comerciales primarios para las partes del intercambio.

43 En esta línea, el Tribunal Supremo Español, en la Sentencia del 31 de enero de 2001, ha entendido que el hecho de que una vivienda tenga menos metros que los consignados en su descripción en la escritura pública de compraventa:

“(…) no es ningún vicio oculto de la cosa. Estaba a la vista su verdadera superficie [y] pudo ser perfectamente comprobada antes de firmar la escritura pública de venta, además de que los compradores conocían ya lo que adquirirían por haberlo visitado (...) y lo contrario es inverosímil en el tráfico usual y corriente” [Corchetes añadidos].

44 Para efectos de este trabajo, entenderemos por este tipo de contingencia aquella que presenta una elevada frecuencia (o probabilidad de ocurrencia) y/o una elevada magnitud (o impacto esperado).

45 Y es que, bajo esta perspectiva, el bien, incluyendo sus contingencias, fue valorado como apto para desenvolver la función económica del contrato, de suerte que las Diferencias de Áreas *no esenciales* afloradas posteriormente se reputarán irrelevantes para las partes.

quirente absorba el Riesgo Primario *no esencial*. Esta misma lógica termina por justificar que el comprador participe en el Riesgo Secundario en el referido paradigma. Y es que si el adquirente tuvo la posibilidad de detectar la Diferencia de Áreas y decidió seguir adelante con la operación –sin derogar el artículo 1577, sin reservarse un derecho de desistimiento y sin investigar el Área Real– debe reputarse que la información que tuvo a su disposición colmó los propósitos de la adquisición, sin perjuicio de que la superficie se revele ulteriormente discrepante.

Sintetizando globalmente lo expuesto en el presente acápite, las circunstancias descritas (tanto desde la perspectiva del vendedor como desde la del comprador) ocasionan que, en ventas de segundo uso sea razonable o neutral (i) asignar al comprador el Riesgo Primario *no esencial* de la Diferencia de Áreas y (ii) atribuir al vendedor el Riesgo Primario *esencial*⁴⁶ y (iii) atribuir el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas a la parte titular de los propósitos o conveniencia económica frustrada de la operación (que puede ser el vendedor o el comprador, según sea el caso).

b. Límites de la cláusula *ad corpus* en las ventas estereotípicas sobre bienes existentes

En ocasiones, el vendedor podría pretender invocar una cláusula *ad corpus* de manera disfuncional, esto es, (i) sin orientarla hacia su función típica y sin un interés razonable alguno que respalde sus efectos, (ii) apuntando a obtener ventajas de su propia negligencia o, lo que es más grave, (iii) con la intención de dañar a su contraparte, tras haber omitido fraudulentamente informar una

Diferencia de Áreas previamente conocida. Esta última alternativa no es novedosa, sino que estuvo presente incluso en los orígenes romanistas de categoría. En tal sentido, VOET explica que la regla *ad corpus* podía ceder y permitir la disminución o incremento del precio en caso se verificase “dolo o engaño por parte del vendedor” (Troplong, 1954, p. 245).

Si alguna de las tres hipótesis identificadas acontece, el comprador podrá aplicar la regla de la buena fe objetiva (contenida en el artículo 1362 del Código Civil) para limitar –en el caso concreto– la invocación del artículo 1577. Tras ello, el comprador podrá valerse de las reglas asociadas a la responsabilidad contractual.

Así, por ejemplo, asúmase que “V” acuerda transferir *ad corpus* a “C” un predio de segundo uso cuya extensión consta de 100 m². Al cierre de la operación, “V” tuvo conocimiento efectivo y demostrable de que el área de la unidad ascendía únicamente a 95m², habida cuenta de que “V” realizó previamente una medición exacta, la cual se hizo necesaria para sus propósitos edificatorios.

En este caso, “V” no podrá invocar el pacto que nos ocupa para evitar compensar a “C” por los daños a consecuencia de la falsa declaración respecto a las dimensiones del inmueble. Y es que semejante invocación de la regla *ad corpus* contravendría la buena fe objetiva no solo al exorbitar de la función típica de la cláusula, sino al intentar avalar una conducta dolosa de “V”.

Otro límite concebible para el ejercicio de la cláusula *ad corpus* se presentaría si “V” pretende apelar al pacto para mantener inmutable el pre-

46 Resulta sintomático notar que las circunstancias expuestas puedan incluso llegar a justificar una asignación *ilimitada* del Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas al adquirente (según la cual independientemente de la dispersión de la Diferencia de Áreas, el precio de compra no se reajustará). Esto ocurría bajo el modelo *ad corpus* acogido por el Código Civil peruano de 1936. En cambio, el actual artículo 1577 no dictamina que una sola parte –el comprador– sea quien asuma el impacto derivado de la materialización del Riesgo Primario, sino más bien el compartimiento de aquel riesgo, el cual será colocado en el vendedor cuando la Diferencia de Áreas exceda la Zona de Tolerancia. La referida distribución halla sus fundamentos en consideraciones de equidad que acompañan al Modelo Relativo.

cio ante un déficit no esencial (menos al 10%) de cabida, siendo que el mismo “V”, previo al acuerdo, se negó –injustificadamente– a los múltiples requerimientos de “C” para acceder al inmueble con el objeto de medirlo. En este caso, aunque “V” haya desconocido la Diferencia de Áreas, en virtud de la regla de la buena fe objetiva, no podrá obtener resultados favorables de su propia conducta negligente (omisión de dar acceso al potencial comprador). Luego, “V” no podrá invocar eficazmente la cláusula ad corpus bajo la regla de la buena fe limitativa de derechos.

Pero la invocación disfuncional –y, por ende, inexigible– de la estipulación que nos ocupa también podría provenir del comprador.

Así, por ejemplo, asúmase que en las operaciones anteriores “C”, realiza estudios de suelo que le permitan estar al corriente de un exceso de área de 8% respecto al metraje previsto en el contrato. Los estudios se realizaron con el aval de “V”, aunque este último condicionó el acceso al hecho de ser posteriormente informado de los resultados de medición. El desfase era ignorado por “V”, quien para todos los efectos consideró que la cabida del inmueble era aquella que erróneamente figuraba en su Partida Registral. Es el caso que “C” reveló inexactamente el metraje del inmueble ocultando el exceso de 8%. Bajo nuestro sistema legal, el adquirente recaerá en un supuesto dolo, por el que podría terminar compensando a “V”, en caso este logre probar que habría aceptado condiciones diversas de haber conocido el metraje real⁴⁷. Y ello a

pesar de que la Diferencia de Áreas era *no esencial* y moraba en la Zona de Tolerancia.

2. Análisis crítico la aplicabilidad del artículo 1577 del Código Civil a ventas estereotípicas de residencias en planos (escenario *greenfield*)

2.1. Caracterización de las ventas estereotípicas de residencias en planos (escenario *greenfield*)

Una venta en planos es un intercambio que recae sobre un bien futuro⁴⁸. Al tiempo en que estos acuerdos se perfeccionan, la cosa material no existe como objeto autónomo de derechos, pero es susceptible de tener existencia posterior⁴⁹. Esto, sin embargo, no impide que, tras haber celebrado el acuerdo, el comprador ostente un “*crédito actual de valor instrumental y provisional*”.

En el mercado contemporáneo suele ser frecuente celebrar operaciones sobre diversos tipos de bienes futuros, siendo quizás la principal de ellas las operaciones sobre viviendas por construir. En efecto,

(...) dada la situación actual del mercado inmobiliario, la adquisición de viviendas se produce por regla general cuando las mismas aún no han sido construidas, o, comenzadas las obras, el estado inicial de las mismas impide una perfecta representación del objeto

47 Código Civil. Artículo 211.-

“Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios”.

48 Ver Pérez Gurrea (2016, p. 1632). Ello resulta especialmente complejo en lo respecta a su naturaleza jurídica, ya que por un lado existe una obligación de hacer (la del constructor, quien debe efectuar la obra), pero al mismo tiempo también existe una obligación de dar (ya que en definitiva lo que se está celebrando es un contrato de compraventa).

49 Código Civil. Artículo. 1532.

“Pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley”.

final resultante del proceso de edificación (Diéguez Oliva, 2006, p. 106)⁵⁰.

En adelante, denominaremos a este tipo de operaciones “ventas de viviendas en planos”, “venta de viviendas por construir” o, simplemente, “paradigma *greenfield*”. A mayor detalle, pasaremos a describir el supuesto apenas aludido teniendo en cuenta sus principales características:

(i) Primero.- El inmueble –incluyendo sus características finales– no tiene existencia corpórea al tiempo de celebrar la venta. Por ende, el adquirente se ve imposibilitado de levantar información estable sobre las cualidades intrínsecas del activo previo a tomar la decisión de adquirirlo. Al cierre del contrato no existe una fuente directa de información abundante y fidedigna sobre el objeto de la adquisición del comprador, tal como es el propio bien corpóreo.

Así, en estas operaciones, el asentimiento del comprador se basa en la contemplación de las características *as planned* (tales como la orientación, configuración, distribución, superficie y otros de la cosa futura) descritas en la publicidad y en los documentos técnicos y contractuales proporcionados por el vendedor. Y es que la planificación de la residencia en planos y los otros documentos proporcionados por la inmobiliaria son la única fuente de información sobre la que el adquirente deposita razonablemente su confianza al tiempo de vincularse. Así, en el paradigma *greenfield*, los documentos –y no las características intrínsecas *as built*⁵¹– vienen a ser los protagonistas,

esto es, la fuente primaria de información en la que el adquirente basa su decisión de consumo.

Tal como prescribe la jurisprudencia española, dichos elementos, además de una función descriptiva del objeto, ejercen un rol normativo para el vendedor, “en cuanto le obliga a construir o hacer construir las viviendas vendidas de forma que reúnan aquellas condiciones” (Lefebvre, 2016, p. 175).

(ii) Segundo.- El vendedor no es un tomador de propiedad pre-existente ni de la información asociada a aquella propiedad.

(iii) Tercero.- El vendedor asume una obligación de hacer (edificar el inmueble) y, finalmente, una obligación de dar (entregar la unidad al adquirente). Las características finales (*as built*) del inmueble son así el resultado de un proceso cuyo titular y responsable es el transferente, quien se encarga de la proyección, diseño y construcción del bien. El vendedor también genera los documentos técnicos que representan la superficie de la unidad (Área Declarada) y, posteriormente, atendiendo a diversos factores, ejecuta dicha ingeniería para dar lugar a la extensión (Área Real) de la unidad que entregará al comprador⁵².

En buena cuenta, el vendedor ya no es más un *tomador de propiedad* que intercambia bienes confiando en la exactitud de la información preexistente (que no generó). En cambio, aquel elabora la unidad y, junto con su ejecución (cuyo proceso controla), crea caracte-

50 Considerando que el adquirente se ve en la incapacidad fáctica de levantar información sobre el activo, la autora resalta el importante papel que en estas operaciones desenvuelve la información que el vendedor ha de proporcionar al adquirente, “al ser la base sobre la cual se forma y manifiesta el consentimiento del consumidor”.

51 La información sobre las características finales (*as built*) del bien futuro no existe. Existe información sobre el lote, en tanto la inmobiliaria no construye de manera adimensional. Pero esta información es incidental comparada con la información de la unidad adquirida.

52 Según Rodas Ramos (2020, pp. 96 y ss.) en base a esta asimetría informativa, el vendedor está en posibilidad de conocer anticipadamente las medidas de las unidades inmobiliarias (departamentos).

rísticas e información final sobre aquella, las cuales *prima facie* deberían hallar correspondencia con lo previsto en el contrato.

Nos encontramos entonces ante el paradigma *vendedor-elaborador* de propiedad inmobiliaria (que genera también la información final sobre aquella).

(iv) Cuarto.- La venta de vivienda por construir estereotípica es una compraventa de cosa esperada (*emptio rei speratae*) que se rige por la lógica de los artículos 1409 y 1410 del Código Civil⁵³. Consecuentemente, en aquellas hipótesis el vendedor asumirá el riesgo de la existencia, calidad y cantidad del bien sobre el cual gira en torno la operación. No nos encontramos, entonces, frente a una compraventa aleatoria o de esperanza incierta (*emptio spei*)⁵⁴, donde todos o casi todos estos riesgos son colocados en cabeza del comprador.

2.2. Aplicación de los criterios de interpretación legal al artículo 1577 del Código Civil

En mérito a la autonomía privada, el vendedor de una venta estereotípica de residencias futuras podría incorporar una estipulación *ad corpus* y pretender que esta halle amparo en la disciplina del artículo 1577. Sin embargo, el principio de calificación objetiva enseña que el encuadramiento de un acto de autonomía privada en cierta categoría típica es monopolio del Derecho. Por ende, pronunciarnos sobre la viabilidad de calificar en el artículo 1577 a una cláusula *ad corpus* en escenarios *greenfield* supone ineludiblemente delimitar primero el ámbito aplicativo de la norma jurídica destacada. Para tal propósito, resulta indispensable esclarecer el significado jurídico de aquel dispositivo⁵⁵, valiéndonos de los métodos de interpretación legislativa, los cuales precisamente

53 A nuestro juicio, el sentido que debe otorgársele al artículo 1534 en operaciones sobre residencias por construir, como paradigma antagónico a la *emptio spei*.

Código Civil. Artículo 1534.-

“En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”.

54 Para este subtipo de ventas sí podría concebirse la regla *ad corpus* plasmada en el artículo 1577 del Código Civil. En ese sentido, ver Castañeda (1970, p. 111), quien, refiriéndose a la *emptio spei* asevera lo siguiente:

“[s]erá *ad corpus* [la venta] cuando se pacta un precio único y global para toda la cosa, y *ad mensuram* si se fija un precio por unidad.

La venta *ad corpus* es venta en bloque, o sea *per aversionem*, en que se debe todo el precio, por mínima que sea la cantidad que exista de las cosas vendidas, sean éstas muebles o inmuebles. (...)”. [Corchetes agregados].

En similar sentido, ver Troiano (2007, p. 534), quien asevera lo siguiente:

“(…) se tiene una venta de cosas futuras a precio sujeto a *forfeit* (o a cuerpo cierto) cuando las partes fijan un precio global que está destinado a permanecer invariable prescindiendo de la cantidad o calidad del bien producido. En este caso, se encuentra a cargo del comprador el riesgo de que la calidad o cantidad del bien no se correspondan a aquella prevista, siempre que se trate de una deficiencia cuantitativa o cualitativa no imputable al vendedor. El comprador no soporta en cambio el riesgo de la ausente existencia del bien: en tal caso, el contrato se resuelve por imposibilidad sobrevenida no imputable a las partes (...)”.

Aplicar el tratamiento legal *ad corpus* a la *emptio spei* tiene sentido económico, pues la configuración final de la cantidad del bien depende de factores externos al vendedor: el alea, que es ajena al contrato. Luego, más allá de su gestión diligente, el transferente carece de control sobre las características (incluyendo la superficie) *as built* del bien contractualmente comprometido. La Diferencia de Áreas en ventas aleatorias, constituye entonces un advenimiento *excusable* para el vendedor, tal y como ocurre en el paradigma *brownfield*. Pero la venta aleatoria (*emptio spei*), modalidad de intercambio sobre bien futuro donde resulta factible la modalidad *ad corpus*, es una hipótesis totalmente ajena a las ventas estereotípicas de residencias en planos, las cuales califican como *emptio rei speratae* (venta de cosa esperada).

55 Ver Tarello (1980, pp. 39-40). El autor define a la *interpretación-actividad* como un fenómeno mental, como la atribución de un significado a un documento. En cambio, la *interpretación-producto* vendría a ser el producto de la actividad designada con el verbo *interpretar*: el resultado del haber interpretado. Este resultado es pasible de ser conocido e incorporado en un documento.

poseen la misión de “explicar haciendo explícito y claro el sentido de la ley” (Betti, 1975, p. 239)⁵⁶.

a. Interpretación del artículo 1577 conforme al método literal

El método de interpretación literal atribuye a una norma jurídica su significado más inmediato, para cuya dilucidación podría valerse de alguno de los siguientes criterios:

(i) El lenguaje común, según el cual una norma debe ser interpretada conforme el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas (Guastini, 2016, p. 28; Gascón Abellán y García Figueroa, 2003, pp. 104-105).

(ii) El argumento *a contrario*, presuponiendo que el legislador ha dicho exactamente lo que quería decir y que lo que no ha dicho, no quería decirlo (pues, si hubiese querido decirlo, lo habría dicho). Este criterio presume la “perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo” (Guastini, 2016., pp. 25-26).

(iii) La conocida máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (“donde la ley no distingue está prohibido distinguir”), que se relaciona al criterio anterior.

Aplicaremos las referidas pautas al artículo 1577 del Código Civil. Por un lado, aquel enunciado

legal alude a la “compraventa”, la cual, en el lenguaje común, incluye intercambios estereotípicos sobre inmuebles existentes (paradigma *brownfield*) y también intercambios sobre viviendas en planos (paradigma *greenfield*). A partir de esta constatación podría inferirse que el enunciado normativo examinado engloba a ambos tipos de compraventa en su ámbito de aplicación.

De otro lado, al no distinguir expresamente entre “compraventa” en planos y “compraventa” de segundo uso, el intérprete podría presumir que el artículo 1577 opera una equiparación de tratamiento legal para ambas hipótesis, y que tal equiparación es perfectamente deseada por el legislador peruano. Consecuentemente, el dispositivo examinado debería ser aplicado, por igual, a los escenarios *brownfield* y *greenfield*.

Ahora bien, a estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, afirmar que el método literal es el único relevante para develar el significado jurídicamente relevante de una norma jurídica sería caer en un craso error⁵⁷⁻⁵⁸. Semejante equiparación ha sido idóneamente desvirtuada por quienes han explicitado que, aplicar el método literal de forma exclusiva y excluyente:

(i) Resulta bastante discutible –si no errado– y no parece provenir de ningún axioma válido por sí mismo (Rubio Correa, 2009, pp. 239-240).

(ii) Haría prevalecer únicamente el “momento lógico” del contenido normativo, dejan-

56 A diferencia de lo que ocurre con las reglas de interpretación del negocio jurídico, el sistema legal peruano no concibe normas jurídicas capaces de guiar el procedimiento interpretativo de otra norma. Empero, la doctrina más atenta (Tarello, 1980, p. 344), ha estabilizado metodologías que colman este vacío. Lejos de validar la discrecionalidad de los operadores jurídicos, los métodos de interpretación normativa son argumentos empleados en nuestra organización dentro de ciertos límites y acogidos en nuestra cultura jurídica como criterios “de valoración y de guía para las decisiones y las propuestas de atribución de significado a documentos normativos”.

57 Así lo entiende Chiassoni (2011, p. 149).

58 En nuestro medio, como ejemplo de posturas que –equivocadamente– acuden a la literalidad como criterio único y excluyente de interpretación del artículo 1577, véase Meneses Gómez (2020, p. 80). Y es que, según este parecer, “la norma [el artículo 1577 del Código Civil] no hace distinción alguno, es decir, no señala expresamente que deba o pueda ser únicamente aplicable en los casos en que se transfiera un bien existente” [Corchetes agregados].

do fuera al “momento teleológico” (esto es, la *ratio iuris* o el problema práctico resuelto mediante el dispositivo legal), el cual también forma parte de la norma jurídica (Betti, 1975, pp. 258 y ss.). Más en general, la afirmación objetada desconoce que el criterio literal, y sus derivaciones, no pueden ser más que una “directiva metodológica”, la cual bien puede ser censurada en base a la preferencia de otras “directivas metodológicas” o en base a “consideraciones prácticas” (Tarello, 1980, p. 34).

(iii) Implica desconocer que el procedimiento interpretativo es cíclico y progresivo antes que modular y confrontacional. En efecto, el resultado interpretativo de una norma solo puede válidamente derivar de la aplicación del conjunto de métodos con relevancia jurídica. Y es que cada argumento no brinda resultados parciales pasibles de ser contrastados entre sí, como si fuesen compartimentos estancos autónomos o “pretendientes luchando entre sí, aspirando a una aplicación exclusiva”. En cambio, todos los criterios hermenéuticos ameritan una valoración conjunta de cara a la dilucidación del único y correcto significado normativo⁵⁹. En ese sentido, a medida que el intérprete profundiza e interioriza el objeto de interpretación “la comprensión antes provisional o aproximativa, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando, de modo que solo al fin del proceso interpretativo los elementos

singulares quedan abrazados todos y puestos en plena luz” (Betti, 1975, p. 252)⁶⁰.

(iv) En la misma línea crítica, por un lado, Chiassoni ha aseverado que el criterio literal “resulta impracticable siempre que (se sostenga que) hay una divergencia entre el (claro y unívoco) significado literal y el (claro y unívoco) significado genético (y/o teleológico) de la disposición interpretada” (2011, p. 149). Por el otro, Betti ha advertido el peligro de “una visión antihistórica” (...) “inherente a una interpretación literal” (1975, p. 250).

(v) La máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (“donde la ley no distingue está prohibido distinguir”) ha sido desautorizada por Betti en los siguientes términos:

(...) si hubiera que entenderle rigurosamente, conduciría a una adoración fetichista del tenor literal de la ley, impediría cualquier control del mismo a tenor de la *ratio iuris* y anulando todo planteamiento crítico excluiría no sólo el intento de corregir su alcance siendo restrictivo, sino también toda aclaración limitativa del significado de la fórmula legislativa (Betti, 1975, p. 253).

Incluso en el Derecho público, donde por su naturaleza la aplicación de la máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* de-

59 Betti (1975, p. 251). En palabras del autor:

“(…) no se trata de distintas y diferentes orientaciones en contraste entre ellos, sino de sucesivos momentos que coadyuvan a un solo y mismo fin y que son llamados a cooperar para un resultado común, que no puede decirse plenamente alcanzado si no es a través de su beneplácito”.

60 Según esta opinión:

“[e]n la progresión de una a otra fase de este proceso va implícito también un filtro crítico, un control del resultado provisional obtenido. De modo que la interpretación en la fase subsiguiente lleve a considerar el sentido fijado en la precedente, y, de este modo, establecer que el tenor literal de la declaración es conforme con su contenido normativo y éste, a su vez congruente con la *ratio iuris*. Pero puede también decirse que el control de tal conformidad, lleve en cambio, a reconocer la fórmula legislativa como inadecuada a la valoración normativa adoptada en el problema práctico que trata de resolver. Entonces la interpretación lleva lógicamente a esclarecer aquella fórmula en el sentido de limitar o ampliar su significado, o respectivamente para integrar aquella idea en el sentido de extender o corregir su alcance. Se trata así de una aclaración limitativa o comprensiva (...), de una interpretación analógica o de una interpretación correctiva, la cual de suyo es restrictiva en su alcance y que sólo en casos rarísimos de incompatibilidad puede llegar a ser una “interpretatio abrogans””.

bería ser más rígida, aquella ha sido relativizada en los siguientes términos:

(...) no podemos hablar de est[a] como un principio absoluto, en tanto, dependiendo de la situación concreta, en ocasiones se puede efectuar algunas distinciones, aun cuando aquellas no derivan expresamente del texto de la norma sujeta a interpretación (Ignatescu, 2017, p. 49).

De ello fluye que, en el Derecho privado, y más aún en el ámbito de las más flexibles normas supletorias, la fuerza de la máxima examinada se muestra bastante limitada.

En esta línea, una correcta interpretación de una norma jurídica presupone la aplicación del método literal, pero impide detenerse en él, obligando a apelar conjuntamente a los otros métodos hermenéuticos consolidados. Aplicar un criterio aislado es solo un indicio abstracto e incompleto de razonabilidad. La razonabilidad de una lectura es un resultado que solo puede derivar de la aplicación conjunta de los métodos interpretativos relevantes.

Ante tales circunstancias, cobra prestigio la interpretación correctiva, la cual busca precisamente “(...) corregir el significado literal, sustituyéndolo, total o parcialmente, por su significado genético (y/o teleológico) divergente” (Chiassoni,

2011, p. 149)⁶¹. Así, (...) “es correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto”⁶². Aquel “*significado distinto*” puede ser más restringido o más amplio que el literal. Se advierte, así, la existencia de dos tipos de interpretación correctiva: la extensiva y la restrictiva. Esta última (que cobra importancia en el presente trabajo) circunscribe el significado *prima facie* atribuible a un enunciado legal, excluyendo de su campo de aplicación ciertos supuestos que, según la interpretación literal, habrían ingresado en él (Guastini, 2016, p. 39).

Sobre este último punto, nos parece bastante ilustrativa la formulación que le dedicó la Corte de Casación italiana a la interpretación restrictiva, en la sentencia del 20 de julio de 1977, núm. 3520:

La interpretación restrictiva es utilizada cuando el juez sostiene que las expresiones usadas por el legislador han traicionado el pensamiento, o bien no lo han reflejado de manera exacta, de modo que en la norma resulten incluidos casos que no deberían estar según la intención de la ley, y, en consecuencia, excluya para tales casos, la aplicación de la norma misma con el fin de dar aplicación a la voluntad real del legislador (Chiassoni, 2011, p. 149).

61 El autor distingue tres tipos de interpretación correctiva:

La interpretación restrictiva, *interpretatio restrictiva*, que opera bajo el presupuesto que *lex magis dixit quam voluit*.

La interpretación *extensiva*, *interpretatio extensiva*, que pertenece todavía al ámbito de la *comprehensio legis* y opera bajo el presupuesto *lex minus dixit quam voluit*.

La interpretación *modificativa*, que opera bajo el presupuesto que *lex aliud dixit quam voluit*.

En tales casos: “(...) el intérprete puede proceder con la denominada interpretación correctora (*interpretatio correctiva*) de la disposición: que consiste, precisamente, en corregir el significado literal, sustituyéndolo, total o parcialmente, por su significado genético (y/o teleológico) divergente”.

62 Guastini (2016, p. 32). Tarello (1980, pp. 35-38), quien apunta, sin embargo, que se trata de un uso impropio y poco riguroso teóricamente hablando, aunque necesario. Asimismo, explica por qué el discurso legislativo no tiene un significado propio principal independiente de la actividad interpretativa. En realidad, las normas deben ser consideradas el resultado antes que el presupuesto de la actividad interpretativa.

b. Interpretación del artículo 1577 conforme al método de la *ratio legis*

Conforme a este criterio, *el qué quiere decir* de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, para lo cual, el intérprete se encuentra obligado a asignar al enunciado legal un significado que atienda:

- (i) al fin o fines proyectados de aquel⁶³ (incluyendo las finalidades del “*legislador abstracto*”⁶⁴); o,
- (ii) al problema práctico que la norma examinada busca solucionar⁶⁵. Esta tarea se revela crucial si se considera que la norma civil compone conflictos de intereses entre privados previa valoración y calificación de los intereses en juego.

Se ha resaltado autorizadamente que *ratio* de la norma jurídica forma parte efectiva de esta⁶⁶, por lo que su conocimiento y entendimiento es crucial para poder esclarecerla⁶⁷.

Aplicando el desarrollo expuesto a la parcela que nos ocupa en este trabajo, resulta indispensable hallar *qué quiere decir* el artículo 1577 del Código Civil cuando dictamina “[s]i el bien se vende fijando precio por el todo” a la luz de los fines que aquella disposición legal se propone (a ojos de un “*legislador abstracto*”) y según el problema práctico que el dispositivo examinado busca resolver.

Como demostraremos en el presente apartado, los fines del artículo 1577 del Código Civil solo se logran si la norma es reservada a compraventas

de *bienes* inmuebles de segundo uso, que es también el escenario donde surgió el problema práctico que la norma apuntó a resolver. En efecto, la solución legal contenida en el artículo 1577 se diseñó teniendo como punto de referencia el paradigma *brownfield*, situación que indudablemente condiciona la lógica interna de dicha norma jurídica.

A continuación, explicaremos las razones que apoyan la afirmación anterior.

El artículo 1577 es una norma supletoria, la cual tiene entre sus funciones integrar el contrato con reglas neutrales, esto es, con preceptos que respeten los criterios de asignación eficiente del riesgo y que no resultan cuantitativamente desproporcionados para la parte sobre la cual se coloca el riesgo⁶⁸.

Con esta premisa en mente, se tiene que, en el paradigma *brownfield*, resulta neutral o equilibrada la previsión del artículo 1577: asignar al comprador el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas en el *quantum* $\pm 10\%$; o, lo que es lo mismo, atribuir el comprador el impacto –nocivo o beneficioso– derivado de las desviaciones métricas que resulten *no esenciales* por ingresar en la Zona de Tolerancia. En cambio, colocar el Riesgo Primario en cabeza del comprador en ventas *greenfield*, carecería de racionalidad, contraviniendo los propósitos de la norma supletoria en mención (por no respetar los criterios de asignación eficiente del riesgo).

La afirmación anterior se apoya en los presupuestos de las ventas de bienes de segundo uso (ca-

63 Betti (1975, p. 235).

64 Tarello (1980, p. 370).

65 Betti (1975, pp. 242-243). Y es que, según el autor, “el fin o problema práctico resuelto constituye también lo que se designa como la *ratio legis*”.

66 Ibid., p. 244.

67 Por ejemplo, poder adaptar una norma antigua a situaciones propias de la vida contemporánea.

68 Al respecto, véase el numeral 3.1 del presente trabajo.

racterizadas en el acápite 1.2.2.) y en los presupuestos de las ventas de residencias en planos, que pasaremos a explicar a continuación.

b.1) La posición del vendedor *greenfield* respecto al inmueble a la celebración de la venta.

Como se explicó, los intercambios sobre viviendas en planos no siguen el paradigma *vendedor-tomador de propiedad* preexistente, en tanto –por definición–, el cuerpo cierto del bien y sus elementos *as built* serán generados (esto es, diseñados y ejecutados) por el vendedor. Y ocurre que el vendedor cuenta con el control técnico del proceso edificatorio. Al dirigir este proceso, la inmobiliaria controla también el *quantum* de Área Real (entre otras características *as built*) que entregará al adquirente. En contraste, el comprador, quien es ajeno al proceso constructivo, carece totalmente de injerencia técnica sobre las cualidades finales del activo, incluyendo sus dimensiones⁶⁹⁻⁷⁰.

De lo expuesto fluye que el vendedor de bienes futuros no es ajeno a la (hipotética) Diferencia de Áreas al tiempo de perfeccionar la compraventa. En cambio, el vendedor es la parte contractual colocada en la mejor posición para prever⁷¹ la Dife-

rencia de Áreas⁷² (incluyendo aquella discrepancia ascendente al *quantum* $\pm 10\%$ ex artículo 1577) y asegurarse que esta no se verifique o que no exceda cierta magnitud.

A mayor detalle, la inmobiliaria se encuentra en la posibilidad razonable de eliminar del todo (o, al menos, reducir a su mínima expresión) la Diferencia de Áreas, en tanto ello (i) dependerá de la aplicación de la diligencia ordinaria conforme a las buenas prácticas profesionales⁷³, salvo las bandas de error técnico admisible por la industria (que parecen lejanas del $\pm 10\%$ del Área Declarada) y (ii) no supone incurrir en sobrecostos asociados a la medición del Área Real, en tanto dicha medición ya resulta inherente al procedimiento de formalización de la unidad, el cual, a su vez, forma parte de las obligaciones típicas del vendedor⁷⁴.

En suma, en las ventas de viviendas en planos, las Diferencias de Áreas –incluyendo aquellas de magnitud *no esencial* en la previsión del artículo 1577– no son un acontecimiento *excusable* para el transferente. Lo neutral o compatible con los criterios económicos para la asignación del ries-

69 Se refieren a lo absurdo de la asunción de costos de monitoreo por el comprador: Alcántara Francia y Carranza Álvarez (2020, p. 40). No obstante, los autores concluyen que esta coyuntura le ahorra costos al comprador. Discrepamos con esta afirmación. Finalmente, dicho ahorro se revela inexistente, en tanto el impacto económico de la Diferencia de Área será asumido por el adquirente mediante la intangibilidad del precio frente a un déficit métrico.

70 A lo más, en ciertas ocasiones, el adquirente podría tener injerencia sobre los acabados de su vivienda.

71 De hecho, es la única parte que puede evitar técnicamente la materialización del Riesgo de la Diferencia de Áreas.

72 Ahora bien, como se verá más adelante, también en las ventas de bienes futuros podrían existir ciertas Diferencias de Áreas *excusables* para el vendedor, aunque no necesariamente en el *quantum* previsto en el artículo 1577. Se trata de hipótesis limitadas que, al menos en lo que a ventas de habitaciones concierne, podrían presentarse cuando la Diferencia de Áreas se encuentre dentro del rango de error técnicamente tolerable para procesos constructivos, considerando las buenas prácticas de la industria. Permitir al vendedor trasladar el Riesgo de Diferencia de Áreas a su contraparte en hipótesis de *excusabilidad* podría ser sustentable bajo los criterios de distribución de riesgo. Como contrapartida, permitir al vendedor trasladar el Riesgo de la Diferencia fuera de aquellos umbrales podría exponer al comprador a las consecuencias de conductas negligentes (e incluso estratégicas y maliciosas) de quien, como repetimos, cuenta con el control técnico exclusivo de la producción de la unidad inmobiliaria. Naturalmente, la última situación repercute en la admisibilidad legal (entendida en sentido amplio) de la cláusula.

73 La falta de justificación de la Zona de Tolerancia ($\pm 10\%$) del artículo 1577 en ventas *greenfield* ya había sido denunciada por aquellas resoluciones de INDECOPI, tales como la Resolución N° 1233- 2015/SPC, que analizaremos más adelante.

74 Código Civil. Artículo 1549.-

“Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”.

go sería que el vendedor se encuentre obligado a omitir (o reducir a su mínima expresión posible) aquellas desviaciones, pues se encuentra en posición de hacerlo a bajo costo y se ha comprometido a entregar una cuantía en la que su contraparte razonablemente confía.

Por lo expuesto, será la vendedora (y no el adquirente) sobre quien deba pesar el Riesgo de la Diferencia de Áreas. Y esto incluye la Diferencia en la magnitud del $\pm 10\%$ del Área Declarada, según lo previsto en el artículo 1577. La colocación de dicha contingencia en el comprador, huérfano de control técnico y de previsión de las desviaciones superficiales, no puede ser calificada como neutral, toda vez que esta parte cuenta con nulas capacidades de prevención del acontecimiento indeseado.

b.2) La posición del comprador *greenfield* respecto al inmueble a la celebración de la venta.

En las ventas de residencias en planos, el acceso del adquirente a la unidad inmobiliaria que pasará a adquirir, previo al cierre de la operación, es simplemente imposible. Ello en la medida que, al cierre del acuerdo, la unidad no cuenta con existencia corpórea, por lo que no es físicamente comprobable ni por el comprador ni por nadie⁷⁵. Así, toda vez que el activo carece de cuerpo cierto, y es tan solo una entidad ideal sensorialmente

imperceptible, el adquirente no podrá levantar información de ningún tipo sobre el bien futuro.

La imposibilidad de que el comprador obtenga esta información sobre la unidad adquirida previo a la celebración del contrato genera dos consecuencias importantes en el paradigma *greenfield*.

En primer lugar, impide que, al tiempo de manifestar el consentimiento, el comprador sea consciente de si las características intrínsecas *as built* del bien (incluyendo la distribución de espacios) satisfacen sus intereses más elementales y, desde el plano objetivo, si tales características absuelven la función de *habitabilidad* (Díez Arnáiz, 2017, p. 146)⁷⁶. De este modo, si el comprador decide celebrar la venta, no pudo haber sido porque aquel calificó a las características intrínsecas del bien— en ese entonces inexistente— como idóneas para cumplir la función de *habitabilidad*. En realidad, la consigna del comprador solo pudo haber sido que la proyección en planos (es decir, las fuentes de integración de la relación jurídica) cumplía aquella función⁷⁷.

Pero la mencionada fuente de información no es estable, como ocurre en intercambios sobre cuerpos ciertos preexistentes. En cambio, en el paradigma *greenfield* la concepción ideal (en planos) del inmueble puede y suele mutar (a veces, significativamente) entre los momentos del consentimiento y la entrega. Y ello como consecuencia de

75 El hallazgo del defecto de metraje final es imposible para todo comprador al momento de perfeccionar la venta de inmueble por construir, pues aquel simplemente no puede predecir el futuro.

76 En tal situación, las circunstancias —entiéndase por éstas, la imposibilidad de comprobación— priman sobre la eventual redacción del contrato. En ese sentido, conforme a la autora:

“Llama poderosamente la atención en algunos contratos de compraventa, cuando se produce sobre plano o en construcción, la inclusión de una cláusula similar a la siguiente: «El comprador declara conocer y aceptar el estado físico y jurídico de la finca, renunciando por ello a reclamar de la propietaria la posible diferencia existente con respecto a los planos o defecto de cabida, así como la exigencia del saneamiento por vicios ocultos». Nos encontramos así, con una declaración de conformidad en un contrato de adhesión, que tiene cierta problemática: en una casa ya construida, el comprador ha podido visitarla, realizar las comprobaciones oportunas antes de aceptar el contrato de compraventa; sin embargo, ante una venta sobre plano o aún en construcción, parece imposible que el comprador haya podido efectuar las efectivas comprobaciones sobre el terreno, sino simplemente fiarse de lo que la información previa le suministró sea cierto en un futuro”.

77 En palabras de Díez Arnáiz (2017, p. 147): “el consentimiento se otorga basándose en las características resultantes del plano dado o bien de la publicidad recibida”.

vicisitudes patológicas o fisiológicas propias del procedimiento edificatorio dirigido por la vendedora. En tales circunstancias, puede ocurrir que la alteración introducida por la vendedora de ciertas características *as planned* termine lesionando las expectativas elementales del adquirente, llegando incluso a reducir la función de *habitabilidad* esperada por aquel⁷⁸.

En segundo lugar, la imposibilidad de acceso físico al inmueble en planos, previo a la celebración de la venta, impide que el comprador se encuentre en posición de dimensionar, de considerarlo *importante*, la Diferencia entre el Área Declarada y el Área Real de su futura residencia. Nuevamente, la razón es simple: en el paradigma *greenfield* no existe –ni puede existir– información *as built* sobre una unidad concebida solo idealmente. Consecuentemente, al cierre de la operación, el adquirente no estará en posición de tomar los recaudos que habría podido tomar a su favor⁷⁹ en un escenario *brownfield*, ya sea por imposibilidad física de adoptarlos o porque la estandarización de los modelos negociales empleados por la inmobiliaria se lo impide.

La conclusión *parcial* de este apartado es que las circunstancias ante las que se encuentra el comprador en la venta de viviendas por construir de-

terminan que no resulte neutral ni equilibrado (en el sentido expuesto en este trabajo) que sea aquel quien tome el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas, incluyendo aquel Riesgo Primario *no esencial*, en la magnitud del $\pm 10\%$ del Área Declarada *ex* artículo 1577. Ello se debe a que, a diferencia del vendedor, el adquirente (i) no puede prever ni evitar la materialización de la Diferencia de Áreas (ii) carece de acceso al inmueble, por lo que habrá estado imposibilidad de, por un lado, establecer si las características intrínsecas del bien satisfacen sus propósitos más elementales y, por el otro, de cuantificar la Diferencia de Áreas para adoptar salvaguardas de sus intereses; y, finalmente (iii) deposita su confianza primordialmente las especificaciones de la unidad (información proporcionada por el vendedor), la cual puede mutar con ocasión al proceso edificatorio que conduce unilateralmente el vendedor.

Como se advierte del análisis global realizado en este acápite, la posición de las partes de la compraventa *greenfield* respecto al inmueble (al momento de celebrar dicho negocio jurídico), se revela diametralmente discrepante a la posición de las partes de la compraventa *brownfield*. Creemos que solo la segunda posición fue aquella legislativamente contemplada para la introducción del artículo 1577, pues solo aquella posición justifica

78 Este dato se corrobora constatando la realidad, la cual indica que las Diferencias de Áreas residenciales cuentan con un impacto elevado en los intereses de los adquirentes, no solo por el hecho de los precios ofrecidos en el mercado se calculan por metro cuadrado, sino también porque estas unidades de extensión se encuentran estrechamente ligadas a la función de *habitabilidad* (que incluye la comodidad del habitante). La esencialidad de la superficie con relación a la función de *habitabilidad* en ventas en planos, es un lugar común en la doctrina contemporánea. Al respecto Díez Arnáiz (2017, p. 146), para quien “(...) la **superficie** [de la unidad adquirida] puede considerarse, en la actualidad, un **dato esencial en el marco de la contratación inmobiliaria** ya que, en general, el precio de las viviendas tiene mucho que ver con el precio del m² de suelo, dada su carestía actual (y más antes de la época de crisis inmobiliaria)” [Énfasis y corchetes agregados].

La autora (*ibid.*, p. 158) refiere que en esta misma línea se ha pronunciado un sector de la jurisprudencia española, según la cual “la extensión del inmueble es uno de los criterios fundamentales a la hora de establecer su precio, y muy especialmente cuando se trata de fincas dentro de zonas urbanas, en la que cada metro cuadrado de superficie tiene un valor ciertamente elevado, además de influir decisivamente en las condiciones de habitabilidad y comodidad de la vivienda”.

Por su parte, en sede nacional, la Resolución N° 1233-2015/SPC-INDECOPI ha considerado que “[s]i bien la Inmobiliaria señaló que la modificación en la medidas del departamento se encontraba dentro de la tolerancia normalmente aceptada de acuerdo al contrato, cabe precisar que **no puede considerarse que la diferencia de 1,91 m² sea mínima en tanto dicha área, por ejemplo, equivaldría al área de un pequeño depósito**, lo cual evidentemente está afectando las expectativas de los denunciante” [Énfasis agregado].

79 Véase el numeral 1.2.1.b) del presente trabajo.

la repartición de riesgos contenida en esta norma supletoria, la cual, por su propia naturaleza, debe apuntar hacia la neutralidad. Es por ello que, para ventas *greenfield*, colocar en cabeza del comprador el Riesgo Primario *no esencial* de la Discrepancia de Áreas como consecuencia de aplicar el artículo 1577 no resultaría neutral y traicionaría la finalidad de dicho dispositivo, en tanto norma supletoria.

b.3) La función económica de la regla *ad corpus* en la venta de viviendas en planos

En general, la función de la regla *ad corpus*⁸⁰ en una venta de inmuebles existentes es disímil a la que desenvuelve aquella regla en una venta arquetípica de residencia en planos. Y es que, exclusivamente el segundo escenario, el pacto busca conceder al vendedor una *holgura constructiva* en el desenvolvimiento del proceso edificatorio⁸¹⁻⁸², que aquel controla, del cual es titular y por el cual es responsable frente al adquirente.

Desde esta óptica, las cláusulas *ad corpus* introducidas a ventas de bienes futuros pertenecen al mismo género que aquellos pactos mediante los cuales la inmobiliaria se reserva tolerancias y holguras respecto a la fecha de entrega o se reserva flexibilidades respecto al empleo de materiales. En general, las estipulaciones mencionadas pueden alcanzar tanto a las características físicas de la vivienda, a la superficie, a la distribución o a las calidades de la misma, los elementos comunes, e incluso el paisaje y entorno constructivo del inmueble, el proyecto en su globalidad, entre otros (Diéguez Oliva, 2006, pp. 110-111).

En tal contexto, mediante las cláusulas *ad corpus* aplicadas a intercambios sobre unidades en planos, el vendedor busca reservarse, a manera de *holgura edificatoria*, el derecho de ajustar el metraje *as built* del bien sin alteración del *quantum* de la contraprestación. Aquella *holgura* opera como un derecho potestativo unilateral que faculta a la inmobiliaria a modificar o fijar el Área Declarada sin variar el precio originalmente consensuado.

Desde el punto de vista funcional, *flexibilidades* aludidas funcionan como pactos de *no garantía* a favor del transferente respecto a compromisos técnicos y contractuales. Y es que estas estipulaciones descargan indirectamente al vendedor de consecuencias negativas, ya sea permitiéndole determinar o modificar el contenido contractual, de las consecuencias negativas de ciertas desviaciones del proyecto.

A mayor detalle, la necesidad de una *flexibilidad* edificatoria halla su ámbito neutral de aplicación ante desviaciones relativas a ciertos compromisos *prima facie* adquiridos (Diéguez Oliva, 2006, p. 111) cuando dichas desviaciones hallen su origen (i) en circunstancias extrínsecas⁸³ al vendedor (esto es, no provocadas por este último) y que (ii) presupongan un actuar razonable de su parte.

Nos explicamos. En toda compraventa de inmueble en planos el vendedor asume una obligación de hacer que termina en un dar: la transferencia de propiedad seguida de la entrega de la unidad bajo las especificaciones acordadas (incluyendo el metraje). Al tratarse de una obligación de resultado, el vendedor adquiere como compromiso

80 Entendiendo ésta en términos amplios y sin aludir al modelo plasmado en el artículo 1577 del Código Civil.

81 El término debe ser entendido no en su significado técnico y propio de la industria de la construcción. Se trata, en cambio, de un término puramente descriptivo, para efectos de este trabajo.

82 En ese sentido: Alcántara Francia y Carranza Álvarez (2020, p. 39), quienes refieren a una función de agilización del mercado inmobiliario.

83 Así, por un lado, la demora irrazonable (aunque no extraordinaria) del proveedor de agua potable en una ciudad podría determinar un atraso en la entrega del inmueble. Por otro lado, el desabastecimiento de un insumo en el mercado relevante podría determinar ciertos cambios edificatorios forzosos.

prestacional la generación —a aquel imputable— del bien con las características prometidas, quedando descargado de responsabilidad civil únicamente frente a causas no imputables al enajenante (como un evento de fuerza mayor⁸⁴).

En este orden de ideas, dadas las situaciones jurídicas que surgen de una compraventa *greenfield* estándar, en ausencia de una cláusula *ad corpus*, ante un defecto de cabida, el vendedor asumiría las consecuencias económicas de: (i) la responsabilidad por su incumplimiento, (ii) la reducción del precio y (iii) eventualmente, la resolución de la compraventa operada por el comprador. Para mitigar el riesgo derivado de asumir semejantes impactos (que, como recordamos, podrían derivar de eventos *prima facie excusables* o tolerables para dicho deudor) el vendedor se reserva el derecho potestativo de reajustar el metraje del bien vendido, esto es, la facultad de cambiar el aspecto cuantitativo —*quantum*— de su prestación.

Como se aprecia, el ámbito fisiológico de una cláusula *ad corpus greenfield* se encuentra lejos de avalar la mera discrecionalidad indiferente del vendedor⁸⁵. Por el contrario, busca exonerarlo únicamente de consecuencias relativamente *excusables* o tolerables y presupone que el vendedor ha aplicado cierto grado de diligencia a la conducción del proceso constructivo.

Haciendo acopio de lo expuesto con relación a la aplicación del método de la *ratio legis*, se tiene que los presupuestos de los pactos *ad corpus* en ventas de segundo uso y ventas en planos son radicalmente divergentes, y determinan que la regla contenida en el artículo 1577 del Código Civil (incluyendo la dispersión de metraje $\pm 10\%$) solo

sea neutral bajo escenarios *brownfield*. Y es que estos escenarios encarnan la hipótesis donde la solución práctica de la norma se diseñó y donde aquella cumple eficientemente su finalidad.

Luego, bajo el método interpretativo que apela a la *ratio legis*, el artículo 1577 debe subsumir a los escenarios *brownfield* (donde la regla es equilibrada) y deja fuera de la aplicación de la citada norma las ventas de residencias por construir, hipótesis donde la regla contenida en el artículo aludido no resulta neutral ni racional.

c. Interpretación del artículo 1577 conforme el método histórico

El método histórico busca atribuirle a una norma el significado que le habría conferido el “*legislador abstracto*”. Por este último entenderemos al conjunto conformado por los antecedentes legislativos y doctrinales subyacentes a las instituciones consagradas en la norma a interpretar. Esta indagación resulta indispensable en tanto mitiga el “peligro de una visión antihistórica que es inherente a una interpretación literal” (Betti, 1975, p. 250).

Indagar los antecedentes legislativos y doctrinales de la disciplina *ad corpus* contenida en el Código Civil implica desentrañar el paradigma de *compraventa* que determinó la solución legal consagrada en el artículo 1577.

A tales efectos, es indispensable notar que la regulación contenida en el citado precepto no es originaria del Código Civil peruano ni obedece a la creatividad de nuestros estudiosos, por lo que

84 Incluso en los escenarios de fuerza mayor, el vendedor está llamado a asumir ciertas consecuencias económicas de la imposibilidad no imputable de entregar la unidad inmobiliaria con la cabida prometida. Así, si “V”, quien se comprometió a entregar un inmueble de 100m² solo logra entregar uno de 80m² a causa de un evento de fuerza mayor que determinó obligatoriamente el cumplimiento parcial, entonces “C”, bajo la aplicación del Código Civil, podrá reajustar el precio u, ocasionalmente, desistirse del contrato.

85 Y es que en caso de ejercicio discrecional de un *ius variandi*, el vendedor se estaría liberando por su sola decisión inopinada de (i) responsabilidad por incumplimiento, (ii) reducción del precio y (iii) eventualmente, resolución de la compraventa operada por el comprador.

sería un craso error detener el análisis bajo el método histórico en los formantes nacionales.

En cambio, la regulación contenida en el artículo 1577 del Código Civil peruano es una importación normativa de muy antigua data, que tiene como realidad subyacente operaciones sobre inmuebles –principalmente fundos agrícolas– que, al momento del consentimiento, ya contaban con un cuerpo cierto físicamente existente⁸⁶⁻⁸⁷ (paradigma *brownfield*). Con ello en mente, no resulta difícil entender que, con arreglo al método histórico, la solución legal contenida en el artículo 1577 se basaba en intercambios de bienes de segundo uso y no así los intercambios sobre bienes en planos.

Para explicar la afirmación anterior es necesario apreciar que la disciplina *ad corpus* en los grandes códigos europeo-continentales se remonta al artículo 1619 del Código Civil francés de 1804, el cual dictaminó lo siguiente:

Código Civil francés. Artículo 1619.-

En los demás casos, bien que **la venta fuera hecha de un cuerpo cierto y limitado (...)** **seguido de la medida, la expresión de esta medida no dará lugar a ningún suplemento de precio**, en favor del vendedor, por el

exceso de medida, ni en favor del comprador, a ninguna disminución de precio por la menor medida, en tanto que la diferencia entre la medida real y la expresada en el contrato **fuera de una vigésima parte en más o en menos**, teniendo en cuenta el valor de la totalidad de objetos vendidos, si no existiera estipulación en contrario⁸⁸⁻⁸⁹⁻⁹⁰. [Énfasis agregado]

En primer lugar, el paradigma de compraventa tenido en mente por el codificador francés de 1804 al disciplinar el artículo 1619 –en el extremo dedicado a las transferencias *ad corpus*– presupone un inmueble (principalmente, terreno) previamente existente. Ello se debe a que, previo la promulgación del *Code* (siglo XVIII), primaba en Francia una economía agrícola en la cual tenía un rol absolutamente protagónico el rédito extraído de las operaciones económicas –principalmente, intercambios– sobre fundos existentes. Luego, el artículo 1619 del Código Civil francés fue pensado en inmuebles de segundo uso, y contó con el propósito de facilitar su circulación, a tono con las necesidades de la economía agrícola del momento. En cambio, nada parece indicar que dicho artículo haya buscado ocuparse de los bienes futuros, en tanto la Francia del siglo XVIII no era precisamente una época conocida por la

86 Del mismo modo, a ese momento su cuerpo cierto contaba ya con características intrínsecas (cuantitativas y cualitativas) previamente definidas.

87 Y es que no resulta gratuito que la nomenclatura alternativa de la institución que nos ocupa sea la de compraventa *de cuerpo cierto*.

88 El mencionado cuerpo normativo añade lo siguiente:

Código Civil francés. Artículo 1620.-

“En el caso en que, según el artículo precedente, hubiera lugar a un aumento de precio por exceso de medida, el comprador podrá elegir entre desistir del contrato o pagar el suplemento de precio, y ello añadiendo los intereses si hubiera guardado en su poder el inmueble”.

89 Ver Josserand (1951, p. 62). Explicando el artículo en mención, el autor ha aseverado que, en las ventas que nos ocupan, la diferencia entre la cabida declarada y la cabida real no puede dar lugar a modificación en el precio, en más o en menos, sino en el caso de que llegue por lo menos a la vigésima parte de la superficie declarada. En ese sentido, los errores mínimos no serían tomados en consideración.

90 *Idem*. A juicio de la referida opinión, en caso de ruptura del equilibrio del contrato por error en la cabida real, el comprador podrá mantener la venta pagando el suplemento o desistir de ella exigiendo la restitución del precio y de los gastos del contrato, siempre y cuando la referida cabida sea por lo menos en una vigésima parte superior a aquella declarada. En cambio, si la cabida real es inferior a la declarada, el comprador tendrá solamente el recurso de exigir la disminución del precio; y, únicamente si el inmueble es impropio para el uso al que estaba destinado, tendrá el derecho a demandar la anulación de la venta por causa de error en la sustancia.

abundancia de proyectos residenciales masificados a cargo de promotoras.

En segundo lugar, y en línea con lo antes mencionado, los registros de debates precedentes al Código Civil francés de 1804 ofrecen más pistas sobre el paradigma de compraventa contemplado por dicho legislador europeo al introducir la regulación *ad corpus*:

La intención de las partes se encuentra enfocada sobre el cuerpo vendido antes que sobre cada una de sus partes en específico. La extensión ha debido determinar coetáneamente el precio, pero se ha tenido razón de pensar que un error poco importante no ha podido influir en la determinación de este precio; al determinar el resultado del error más allá de un veintésimo de más o de menos, se ha decidido con la jurisprudencia de la mayor parte de los tribunales de Francia, y se ha podido reposar sobre una autoridad sin dudas respetable, como es la disposición del artículo 10 del título XV de la ordenanza de las aguas y bosques de 1669 (Troplong, 1854, p. 245) [Énfasis y resaltado agregados]

¿A qué “*cuerpo vendido*” pudieron las partes razonablemente haber enfocado primariamente su atención al vincularse, teniendo en mente que la extensión de ese inmueble ha debido determinar coetáneamente el precio de compra? ¿A un cuerpo inmobiliario existente –con características intrínsecas visibles por quien quiera levantar información sobre aquellas– al cierre de la compraventa? ¿O a un inmueble futuro –y no comprobable por

ningún agente económico al cierre de la operación–?

Desde el punto de vista lógico, las preguntas gatilladoras mencionadas llevan a pensar que el paradigma considerado por el artículo 1619⁹¹⁻⁹² del *Code* fue la venta de bienes (principalmente, fundos) físicamente existentes al cierre de la operación. Y es que la única manera de que, al momento del consentimiento, la extensión del bien haya podido influir en el precio pasa porque el mencionado bien exista y cuenta con características intrínsecas comprobables por el adquirente. Esto, naturalmente, excluye del ámbito de aplicación del artículo 1619 a las ventas de residencias por construir, donde el cuerpo cierto tendrá existencia en un momento posterior al consentimiento.

Esta lectura resulta compatible con las reglas contenidas por uno de cuerpos normativos latinoamericanos que secundó la tradición francesa: el Código Civil de Andrés Bello, cuyos artículos 1831 y 1833 restringen literalmente el ámbito de aplicación de la venta “*a cuerpo cierto*” a operaciones sobre “*predios rústicos*”. A saber:

Código Civil chileno. Artículo 1831.-

Un **predio rústico** puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto. (...) [Énfasis agregado]

Código Civil chileno. Artículo 1833.-

Si el predio se vende como un cuerpo cierto, no habrá derecho por parte del comprador ni

91 Pese a ello, la regulación del pacto que nos ocupa estuvo incluso presente en las leyes romanas. Siguiendo a Voet (Citado por Troplong, 1854, p. 245), según éstas, “cuando un inmueble era vendido a cuerpo cierto y no a un tanto por cada medida, *ad corpus non ad quantitatem*, la ausencia o el exceso de la medida no era jamás una razón para disminuir o aumentar el precio, a menos que hubiese habido dolo o engaño por parte del vendedor”.

92 La regla contenida en el artículo 1619, fue también incorporada en los Códigos Civiles italiano de 1865 y de 1942, así como en el Código Civil español de 1889, para luego llegar al artículo 1577 del Código Civil. Para un análisis remitimos a nuestro siguiente trabajo: Vásquez Rebaza (2016, pp. 70 y ss.).

del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere la cabida del precio.

Sin embargo, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos; y si no pudiere o no se lo exigiere, se observará lo prevenido en el inciso 2° del artículo precedente.

Con gran claridad, Alessandri Rodríguez (2011, pp. 804-805) ha explicado los dispositivos explicados de la siguiente forma:

Las reglas que establecen los artículos 1831 y siguientes del Código Civil, relativas a la forma en que pueden venderse los inmuebles en cuanto a su cabida, **se aplican únicamente a los predios rústicos y no a los urbanos. Esta afirmación se basa en los propios términos de la ley y en la historia fidedigna de su establecimiento.** [Énfasis agregado]

Posteriormente, el referido autor precisa lo que debe entenderse por “*predio rústico*”:

Esta expresión significa fundo, finca, en una palabra, toda propiedad destinada al cultivo o al trabajo agrícola o que se beneficia de al-

gún modo. Se contrapone a predio urbano, que quiere decir todo terreno edificado o la propiedad sobre la cual se encuentra una casa o edificio. La diferencia entre una y otra clase de predios es notable. El Código contempla esta distinción en varios de sus artículos, lo que indica que para él no es lo mismo predio rústico que predio urbano, de modo que las reglas dadas para uno no se aplican al otro, sino cuando la misma ley lo dice, sea expresamente o porque emplea una expresión que comprende a los dos⁹³. [Énfasis agregado]

Como se aprecia, la regulación chilena, respaldada por la doctrina de ese país, excluye la aplicación de la regla *ad corpus* del paradigma *greenfield*, limitándola a los intercambios sobre predios agrícolas. Y ello a tono con la regla históricamente adoptada para estos supuestos.

En tercer lugar, es menester enfocarnos en la institución jurídica que para algunos estudiosos subyace al régimen *ad corpus*: el error en la cantidad. La relevancia de esta categoría en la regulación del artículo 1619 del *Code*, y los escenarios típicos en que tal error se podía presentar a ojos del legislador francés, resultan más que ilustrativos:

93 Alessandri Rodríguez (2011, pp. 804-805). Prosigue el autor:

Así, por ejemplo, el Código ha distinguido muy bien entre los predios rústicos y los urbanos en el arrendamiento. En el párrafo 5° del título XXVI del libro IV señala reglas especiales para el arriendo de casas, almacenes u otros edificios y a continuación establece otras para los predios rústicos. Esto manifiesta que el legislador considera que unos y otros predios son de diversa índole, por lo que necesitan diversas reglas. Cuando la ley ha querido que sus disposiciones se apliquen indistintamente a todo inmueble, sea rústico o urbano, ha empleado las palabras predio, inmueble, finca, heredad, etc., u otras que, según la definición que de ellas da en el artículo 568, significan todo bien raíz, sea rústico o urbano. Al hablar de la tradición, del usufructo, del fideicomiso y de las servidumbres emplea esas expresiones sin referirse a predio rústico o urbano, lo que indica que las reglas allí señaladas se aplican a todo inmueble. Lo expuesto nos demuestra que la ley distingue los predios urbanos de los predios rústicos. De ahí que cuando establece reglas especiales para una de esas categorías no puedan extenderse a la otra, como ocurre en el caso que estudiamos. El artículo 1831 y los siguientes hablan de “predio rústico”. Si la ley distingue entre este predio y el urbano en varias de sus disposiciones y si aquí menciona solamente el primero, es lógico concluir que en este caso se trata de los predios rústicos y no de los urbanos. La historia fidedigna del establecimiento de la ley corrobora esta opinión. En efecto, el proyecto de Código Civil empleaba en sus artículos 2016 y siguientes la palabra “finca” que, según el artículo 671 del mismo proyecto, significaba inmueble o bien raíz, fuera éste edificado o no, es decir, comprendía tanto los edificios como los fundos propiamente tales. En el Código vigente se sustituyó esa palabra por la expresión “predio rústico” con lo que se quiso modificar y restringir la aplicación de esas reglas dejándolas para los predios rústicos únicamente. La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido. La Corte Suprema ha declarado que las disposiciones de los artículos 1831 y siguientes no se aplican de ninguna manera a los predios urbanos, pues sólo se refieren a los predios rústicos. (...).

Un error de poca importancia en la **extensión del fundo vendido** no debe cambiar en nada las estipulaciones de la venta; porque las operaciones para medir la propiedad no pueden jamás arrojar una rigurosa exactitud, y en su resultado siempre existe algún error en exceso o defecto. Además, **el tiempo comporta necesariamente variaciones en los linderos de los fundos**. Si estos consisten en **terrenos que se aran**, el arado frecuentemente empuja su surco sobre el fundo del vecino, y lenta e imperceptiblemente adquiere un incremento en la extensión que quizás se pierde en otra parte. Si está cerca al bosque, **el suelo forestal tiende siempre a engrandecerse por sí mismo**. La expresión de la medida comporta entonces siempre en los inmuebles algo de incierto, y no convenía mostrarse al propósito de una severidad, la cual no habría hecho otra cosa que avivar el espíritu de la sutileza (Troplong, 1854, p. 246) [Énfasis agregado].

¿Qué clase de error en la cantidad pudo haber tenido en mente el legislador francés al idear la norma contenida en el artículo 1619? ¿Una falsa percepción sobre la cabida corpórea futura y por edificar de una residencia o, por el contrario, un error sobre la superficie de un fundo ya existente? A nuestro criterio, es bastante evidente que el *Code* se refiere a la última de las hipótesis mencionadas. Ello fluye con claridad de los ejemplos citados para justificar la invariabilidad del precio.

La existencia previa de la corporeidad física del inmueble es indispensable para que alguna de las partes de la venta pueda haber recaído en un error –vicio del consentimiento– sobre la cabida inmobiliaria. En términos más simples, este subtipo de error en la cantidad solo podía darse en los bienes de segundo uso. Y es que solo en estas entidades puede existir una apreciación (exacta o inexacta) de las características intrínsecas del cuerpo cierto, capaz de llevar a alguna de partes a emitir una declaración (sobre el metraje) discrepante de la realidad⁹⁴⁻⁹⁵.

En cuarto lugar, una importante lección que deja el modelo francés es que, en su génesis, la disciplina *ad corpus* fue diseñada para Diferencias de Áreas no ocasionadas en el desarrollo del proceso edificatorio del bien. En cambio, el tratamiento dispuesto por el artículo 1619 fue ideado para situaciones tales como las inexactitudes consideradas como ordinarias producto de la medición de fundos, las alteraciones de los linderos con ocasión al tiempo y otras causas *prima facie* extrínsecas a la actuación del enajenante. Fue para tales situaciones que la repartición de riesgos contenida en el *Code* fue considerada como equitativa, al balancear las posiciones del vendedor y del comprador⁹⁶⁻⁹⁷.

Finalmente, es importante explicitar que el sistema francés (y su Modelo Relativo incorporado) influyó indirectamente al artículo 1577 del Código Civil peruano, pues fue acogido con la media-

94 Como se vio en la nota al pie n. 51, podrían existir errores en la proyección de bienes futuros. Pero en este caso nos referimos a errores que obedecen a otra lógica.

95 Para Mazeaud (1962, p. 195), la venta de cuerpo cierto recae en una cosa individualizada globalmente por la designación de sus límites, pero cuyo precio no será determinado sino por una operación de medida posterior a la conclusión del contrato. En ese sentido, la indeterminación no recaería sobre la cosa vendida –la cual quedaría individualizada desde la perfección del contrato–, sino sobre el precio, al menos hasta el momento de medición de la cosa.

96 Idem. Y, según el autor, se anularía la posibilidad de que un error involuntario fuese “una causa de pérdida, y para el comprador una ocasión de enriquecerse a expensas del otro”.

97 En línea con lo dicho, Duvergier (citado por Troplong, 1854, p. 246) entiende que no resulta justo que el comprador se enriquezca a costa del vendedor, pagando solamente el precio convenido, y menos aun considerando que los medios adoptados para hacer la medición y muchos otros motivos: “pueden dar lugar a leves errores en la indicación de la extensión de un inmueble; debe presumirse que las partes no han tenido la intención de hacerse recíprocamente algún reclamo por las tenues diferencias entre la extensión indicada y la extensión real”.

ción del Código Civil portugués de 1966 (De la Puente y Cárdenas Quirós, 2015, p. 279⁹⁸). Esto no hace sino confirmar la validez de tomar en consideración el cuerpo normativo analizado en este apartado de cara a la interpretación de nuestra legislación vigente.

En síntesis, tras revisar los antecedentes históricos relevantes del artículo 1577 del Código Civil peruano bajo la perspectiva del “legislador abstracto”, todo apunta a que el paradigma de compraventa tenido en mente por el legislador francés al momento introducir la disciplina *ad corpus* en el Code se encuentra dado por la venta de bienes de segundo uso (principalmente, predios rústicos). Luego, el método hermenéutico ahora revisado respalda la aplicación del artículo 1577 a este tipo de intercambios a la par que descarta su extensión a ventas estereotípicas de residencias por construir.

d. Interpretación del artículo 1577 conforme al método que apela a la voluntad del “legislador concreto”

Con arreglo a este criterio, “a cada enunciado normativo se le debe atribuir el significado que corresponde a la voluntad del emitente o autor del enunciado, es decir, del legislador en concreto, del lenguaje histórico” (Tarello, 1980, pp. 364-365)⁹⁹.

La Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 explica la introducción de la regla *ad corpus* –contenida en el artículo 1577– con las

mismas razones que determinaron su regulación en el Código Civil francés y sin desviarse de ellas para extenderla a ventas sobre bienes futuros.

Por ende, el método que apela a la voluntad del “legislador concreto” no debería llevar a conclusiones disímiles a las expuestas conforme al método histórico que toma en consideración al “legislador abstracto”.

Una mención aparte en este acápite amerita el tratamiento de la venta *ad corpus* contenido en el Código Civil peruano de 1936, el cual presenta la siguiente redacción:

Código Civil peruano de 1936. Artículo 1423.-

Si el inmueble fue vendido como cosa cierta y determinada, ni el comprador, ni el vendedor podrán pedir la rebaja o el aumento del precio estipulado, o la rescisión del contrato aunque **se descubra ser mayor o menor la extensión** [Énfasis agregado].

Como se observa, el legislador peruano de 1936 se refiere a las eventuales Diferencias entre el Área Declarada y el Área Real apelando al verbo “descubrir”. Desde un punto de vista lingüístico, “descubrir” equivale a “venir en conocimiento”, “destapar”, “hacer patente”, “darse a conocer”. Por ende, solo se descubre algo que ya existía previamente, pero que era ignorado por el autor del descubrimiento.

98 El cuerpo normativo apenas mencionado contempla lo siguiente sobre el problema que nos ocupa: Código Civil portugués. Artículo 888.-

“1. Si en la compraventa de cosas determinadas, el precio no fuese establecido en razón de un tanto por cada unidad, el comprador tendrá que pagar el precio declarado, aun cuando en el contrato se indique el número, peso o medida de las cosas vendidas y la indicación no corresponda a la realidad.

2.Si, no obstante, la cantidad efectiva difiriese de la declarada en más de un vigésimo, el precio sufrirá una reducción o aumento proporcional”.

99 Según el autor, a pesar de sus limitaciones, este criterio permitiría privilegiar la fidelidad a la ley y la responsabilización política de los órganos jurisdiccionales.

Que alguna de las partes de la compraventa “*descubra*” la Diferencia de Áreas, implica que la realidad descubierta (precisamente, aquella Diferencia) se encontraba presente previo al momento en que las partes tomaron la decisión de vincularse contractualmente. Y ello, a su vez, presupone que las variables que determinan la Diferencia (Área Declarada y Área Real) podían ser comprobadas en aquel momento. Nos encontramos entonces necesariamente en el paradigma *brownfield* en el cual, al cierre de la operación, concurren tanto en Área Declarada como el Área Real (aunque esta última sea inicialmente desconocida por las partes).

Como contrapartida, en ventas de residencias por construir (paradigma *greenfield*) no cabe “*descubrimiento*” alguno de Diferencia de Áreas, en tanto el Área Real es un producto generado por el vendedor. Luego, el propio autor de dicha desviación (el enajenante) mal podría pretender razonablemente –esto es, sin una conducta gravemente negligente– “*descubrir*” posteriormente la desviación que él mismo creó.

De lo expuesto fluye que el legislador peruano de 1936 concibió la cláusula *ad corpus* para ventas de segundo uso, donde legítimamente se puede hablar de un “*descubrimiento*” de la Diferencia de Áreas. En nuestra opinión, esta interpretación es la que debe atribuirse al actual artículo 1577 del Código Civil, aun cuando el verbo rector haya pasado a ser distinto a “*descubrir*”. Ello en tanto, como se repite, el legislador de 1984 no buscó de ninguna forma desviarse del entendimiento

previo de la regla *ad corpus* para extenderla a los bienes futuros.

En suma, por no apartarse de los fundamentos que históricamente forjaron el surgimiento de la disciplina *ad corpus* y por la redacción incluida en el Código Civil de 1936 (antecedente de nuestro Código Civil vigente), el método que apela a la voluntad del *legislador concreto* determina que el artículo 1577 tiene como ámbito de aplicación la venta estereotípica sobre bienes existentes, excluyendo a las ventas de inmuebles por construir.

e. Interpretación del artículo 1577 conforme al criterio apagógico

El argumento apagógico presupone la razonabilidad del legislador, motivo por el cual propone la exclusión de aquella interpretación normativa que constituya a una lectura absurda o que devenga en un sinsentido.

Aplicando dicho criterio hermenéutico al análisis que nos concierne, no resulta viable estabilizar una lectura del artículo 1577 de la cual brote un resultado absurdo o abiertamente irrazonable. Y, como se verá a continuación, precisamente aquella lectura disfuncional se presentaría –al menos desde una perspectiva objetiva y abstracta¹⁰⁰– si se aplicase el régimen del artículo 1577 a ventas de residencias en planos (paradigma *greenfield*), es decir, si el intérprete optase por colocar en el comprador (i) el Riesgo Primario *no esencial* (en la magnitud $\pm 10\%$ del Área Declarada)¹⁰¹ y, sobre

100 Esto es, sin tomar en cuenta las cuestiones específicas de la negociación particular y las cláusulas específicas de cada acuerdo concreto. En efecto, como regla, el equilibrio contractual es subjetivo, es decir, atiende a la distribución efectiva de riesgos y oportunidades producto del ejercicio libre de la autonomía privada. Sin embargo, para efecto de las reglas contenidas en el tipo contractual se tomará en cuenta la distribución de contingencias operada únicamente en base a los criterios económicos de asignación de riesgos y en base a la inexistencia de desproporción cuantitativa. La desviación de estas reglas neutrales no implica necesariamente la ilegalidad del pacto.

101 La Diferencia que se encuadre en la Zona de Tolerancia deberá ser absorbida por el comprador, quedando éste vinculado al precio inicial, sin tener derecho a una restitución proporcional de lo abonado por el déficit de superficie del bien ni tampoco obligación de pagar un suplemento de precio, en caso de exceso de superficie.

todo, (ii) el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas.

Sobre el primer punto, en una venta de bienes por construir, asignar al comprador del Riesgo Primario *no esencial* podría hallar un sustento racional en caso la tolerancia cuantitativa introducida por el pacto para la divergencia de superficies (sin alteración de precio) se enmarcase dentro de umbrales *excusables* para el vendedor, tales como el rango de error técnicamente admisible en la industria. Este último asciende aproximadamente al $\pm 2\%$ del Área Declarada, como se verá *infra* en el numeral 3.1.b). Fuera de estas bandas, podría resultar irrazonable¹⁰² que el adquirente asuma la coyuntura de recibir una superficie deficitaria sin reajuste de precio, en tanto la Diferencia de Áreas pudo ser evitada por su contraparte (la inmobiliaria) aplicando el estándar de diligencia ordinaria.

Puesto en otros términos, si la *holgura constructiva* otorgada a la vendedora supera el rango $\pm 2\%$, se le podría estar otorgando carta blanca para conductas sub-óptimas o, lo que es peor, conductas estratégicas. Esta habilitación para la vendedora sería precisamente el resultado de aplicar la regla contenida en el artículo 1577 del Código Civil a las ventas de residencias futuras, pues con ello se descargaría al transferente de responsabilidad en la magnitud $\pm 10\%$ del Área Declarada (la cual excede claramente el porcentaje de error técnicamente admisible).

Pero si colocar en el adquirente el Riesgo Primario derivado del artículo 1577 carece de respaldo lógico y técnico en ventas de bienes en planos, atribuirle el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas podría devenir en un absurdo.

Nos explicamos. Como se sabe, independientemente de la magnitud —y de la *esencialidad*— de

la Diferencia de Áreas, el artículo 1577 privilegia el principio de conservación del negocio jurídico y no permite a las partes separarse de la compraventa. Luego, sea cual fuere la Diferencia de Áreas (y el reajuste del precio resultante de aquella), vendedor y comprador permanecerán sujetos al cumplimiento del acuerdo.

Pero la sujeción al contrato ante el descubrimiento de una divergencia radical de cabida puede lesionar las expectativas económicas tanto del vendedor como del comprador, situación a la que hemos antes denominado el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas. El artículo 1577 coloca esta contingencia en cada parte de la venta (individualmente considerada), en lo relativo a la expectativa económica esperada en el contrato. Como se demostró en el numeral 1.3.a), dicha distribución resulta justificable en la venta de bienes existentes, por la posición ocupada tanto por el vendedor como por el comprador al tiempo de contratar, por la inidoneidad de las partes para modificar el bien y por los niveles de precaución bilateral del siniestro aplicables.

Como contrapartida, en una venta de vivienda por construir, el pacto que coloca en el comprador el Riesgo Secundario sería sospechoso de canalizar un desequilibrio en términos objetivos¹⁰³. En efecto, no resulta objetivamente neutral que el adquirente permanezca vinculado a la compraventa —sin derecho de separación alguno— cuando, pese al ajuste de precio que le pueda asistir, algo tan esencial como la función de *habitabilidad* (i) se vea afectada por la conducta *no excusable* de la inmobiliaria y (ii) con un impacto (la Diferencia de Áreas) que, desde la posición del comprador, era ajeno e imprevisible.

En efecto, en primer lugar, la Diferencia de Áreas y la consiguiente afectación de la función de *ha-*

102 Aunque no por ello necesariamente ilegal, como se verá posteriormente.

103 Si bien esto no significa decantarnos por su automática ilicitud, lo cual dependerá en buena cuenta de si el contrato es paritario y negociado o estandarizado, como se verá posteriormente.

bitabilidad en el comprador halló su origen en una conducta que podría no ser *excusable* para su contraparte (la vendedora): el exceso del rango de error tolerado para discrepancias métricas. Por definición, esta conducta habría podido ser evitada si el enajenante hubiese aplicado la diligencia ordinaria en el proceso constructivo, que aquella condujo.

En segundo lugar, al tratarse de un inmueble en planos (y, por ende, uno físicamente inexistente al cierre del acuerdo), el comprador no tuvo la oportunidad de evaluar y ni siquiera de estimar si las características intrínsecas del bien fueron aptas para satisfacer sus expectativas; y tampoco le fue posible cuantificar ni estimar *ex ante* la gravedad de la divergencia de cabida que finalmente recibiría. Asimismo, en el ámbito de la contratación estandarizada, resulta poco realista pensar que el comprador estuvo en la posibilidad de establecer complejos regímenes de penalidades o garantías frente a la divergencia métrica.

A continuación, ilustraremos los impactos en el comprador *greenfield* provocados por la materialización del Riesgo Secundario. Supóngase que “V” celebra una venta en planos con la sociedad conyugal “C” por la cual el primero le promete edificar y entregar a la segunda un departamento *premium* de 120 m², a cambio de USD 1’000,000. El acuerdo contiene un pacto *ad corpus* bajo el artículo 1577 del Código Civil. Si se aplicase *literalmente* esta norma supletoria, “V” podría construir y entregar la unidad comprometida a favor de “C” con exiguos 60m² (50% menos metraje que el inicial). Ante esta situación, “C” tendría derecho a que se le devuelva 50% del precio (el

cual quedaría estabilizado en USD \$ 500,000), pero “C” quedaría de todas formas vinculado al contrato. De este modo, la sociedad conyugal tendrá que conformarse con un inmueble que cuenta con un 50% menos de Área Real que la esperada, lo cual con toda probabilidad afectará la función de *habitabilidad* del negocio. Y ello ocurrirá (i) a consecuencia de la actuación técnicamente injustificada de “V” y sin que “C” haya podido (ii) evaluar oportunamente si las cualidades intrínsecas del inmueble satisfacían sus propósitos esperados (iii) ni prefijar el *quantum* del déficit de superficie con el que se vería impactado, para tomar los resguardos del caso previo al cierre del contrato¹⁰⁴.

La fluctuación inversa del Riesgo de la Diferencia de Áreas podría también ser sospechosa de no ser neutral para el adquirente. Supóngase que “V” cierra una venta en planos con el estudiante “C”, por la cual se compromete a transferirle una unidad de 45m² a cambio de USD \$ 68,000. Se conviene la aplicación del artículo 1577 del Código Civil. Es el caso que “V” pretende apelar a esta norma supletoria para elaborar y entregar una superficie 50% mayor a la proyectada en planos (esto es, un total de 90m²) exigiendo de su contraparte un suplemento de precio ascendente a USD \$ 34,000 adicionales. Es evidente que “C”, quien no tuvo forma de levantar oportunamente información sobre el área final de la unidad, no solo podría no tener razón para hacerse de la cabida adicional, sino que muy probablemente no contará con el financiamiento que le permita pagarlos, quedando arrastrado a una potencial situación de incumplimiento. Y esto a causa de una de la conducta –ajuste de metraje– técnicamente injustificada de su contraparte.

104 En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2852), señala lo siguiente:

“La entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en más de veinte metros cuadrados de la esperada frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un aliud pro alio. No impide esta conclusión la referencia en la escritura al «cuerpo cierto» que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación es un prius que no debe confundirse con la aleatoriedad, dentro de ciertos límites del cuerpo cierto, que en el caso además viene connotado por la determinación de una cabida que no podía ser objeto de entrega y que tenía carácter esencial para el comprador”.

En nuestra opinión, carece de razonabilidad proponer una lectura del artículo 1577 en el sentido que exponga al adquirente a la coyuntura de quedar sujeto a un contrato que se volvió inútil o económicamente inconveniente; y ello no por circunstancias extrínsecas, sino, por un lado, a causa del actuar *inexcusable* del vendedor y, por el otro, siendo la dispersión final de Áreas una circunstancia ajena e imprevisible para el comprador.

En los escenarios *greenfield*, el vendedor es la única parte que puede administrar eficientemente el Riesgo Secundario. Luego, el vendedor no debería poder razonablemente emplear el artículo 1577 para evadir sus responsabilidades ni para extraer un lucro irrazonable de la operación. La cláusula que canalice estas prerrogativas sería sospechosa de no ser neutral.

En suma, extender el ámbito de aplicación del artículo 1577 a la venta de residencias en planos supondría trasladar al comprador el Riesgo Primario en el *quantum* $\pm 10\%$ del Área Declarada y también el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas. Pero la mencionada distribución de contingencias resulta objetivamente irrazonable. Consecuentemente, el argumento apagógico excluye la aplicación del artículo 1577 a las ventas gobernadas bajo el paradigma *greenfield*, restringiendo la invocación pertinente de dicho dispositivos a las operaciones sobre inmuebles de segundo uso (en los cuales la asignación de riesgos del artículo 1577 no resultaría irrazonable)¹⁰⁵.

105 Esta distribución al comprador resulta admisible porque aquel estuvo en posición de levantar información sobre las características intrínsecas del bien (incluyendo su metraje previo al cierre de la operación) y porque su contraparte no tuvo competencia en una eventual Diferencia de Áreas (y, si introduce modificaciones de cabida *ex post*, recaerá en un incumplimiento).

106 Tarello (1980, p. 372).

107 Ibid., p. 375.

108 Aunque en ocasiones sin emplear la nomenclatura específica *ad corpus*, sino otra equivalente.

109 “(...) venta de inmueble que ya en el momento de la perfección del contrato tiene una determinada cabida, no disminuida posteriormente por el vendedor que hace entrega del bien tal y como se encontraba, habiéndose sufrido error en la extensión real y que queda sometido a una normativa específica, excluyéndose la inmediata y general sobre la anulabilidad, lo que desde luego es totalmente distinto de la compraventa de vivienda “sobre plano” o en construcción en que aquél determina la superficie, en que (...) el promotor ha de construir

f. Interpretación del artículo 1577 conforme al método autoritativo

El argumento autoritativo estabiliza aquel significado que le haya sido atribuido a la norma por algún intérprete anterior, ya sea en la praxis aplicativa, ya sea por los órganos jurisdiccionales o administrativos o por la doctrina¹⁰⁶ nacional o comparada¹⁰⁷.

Veamos cómo se manifiesta la aplicación de los referidos criterios a la discusión que nos compete.

En la praxis transaccional nacional se suele emplear la modalidad *ad corpus* a operaciones de transferencia de residencias tanto de segundo uso como a aquellas por construir. Pero esto no parece una constatación determinante, pues constituye una práctica instaurada primordialmente por las inmobiliarias –predisponentes–, quienes tienden a extender el pacto¹⁰⁸ también a intercambios sobre bienes futuros.

En contraste, la aplicación de la regla *ad corpus* al paradigma *greenfield* es fuertemente resistida por un sector de la doctrina española, el cual descarta dicha modalidad en su Modelo Absoluto (que es el consagrado en aquella jurisdicción).

En efecto, autores como Pinto Andrade predicán que la regulación *ad corpus*, contenida en el artículo 1471 del Código Civil español, debe limitarse a un grupo de compraventas dentro del cual no se hallarían los intercambios de bienes en planos¹⁰⁹. En palabras del autor:

[c]uando no se construye y entrega la vivienda con los metros de superficie pactados en el contrato de vivienda “sobre plano” ni procede la aplicación del art. 1469 CC al no tratarse de compraventa por unidad de medida, **ni tampoco es enmarcable el supuesto dentro del art. 1471 CC**¹¹⁰ [*regla ad corpus*] pues **la venta de una vivienda en construcción o sobre plano no puede ser calificada de venta de cosa o “cuerpo cierto”; pues para que así fuera, la cosa tendría que existir: sólo es cierto aquello que ya tiene existencia corpórea (...)** (Pinto Andrade, 2013, p. 160) [Énfasis y corchetes agregados].

Se aprecia que el autor, aun sin mencionarlo, interpreta el artículo 1471 del Código Civil español en un sentido tal que no subsumiría las ventas de “cuerpo cierto”. Empero, el autor no precisa qué ocurriría si es que las partes buscasen extender voluntaria y expresamente la aplicación del mencionado dispositivo a las ventas de bienes por construir.

Por su parte, Martín León, quien opta por denunciar el carácter abusivo de los pactos extrapolan la regulación *ad corpus* del Código Civil español a la venta de cosa futura. Conforme a este parecer, debe considerarse abusiva:

(...) la práctica consistente en transformar el pacto inicial, en documento privado, de venta de inmueble por unidad de medida, en venta a tanto alzado y de cuerpo cierto al otorgar la escritura pública. Tradicionalmente, la jurisprudencia había venido interpretando esta cláusula como constitutiva de una novación contractual, que impedía al comprador dirigirse contra el vendedor alegando incumplimiento de lo pactado en el contrato privado inicial en caso de que la cabida fuese menor de la expresada en el mismo (...). **La jurisprudencia actual no admite la calificación de este supuesto como venta de cuerpo cierto ex art. 1471 CC, por ser cosa futura (el comprador no la puede visualizar en el momento en que se perfecciona la venta)** y tener la cabida carácter esencial para el comprador (Martín León, 2014, p. 75) [Énfasis agregado].

Posteriormente, el autor aclara su posición entendiendo que el carácter abusivo de las estipulaciones por las que el inmueble se vende a un tanto alzado –bajo el artículo 1471 del Código Civil español– deriva de que aquellos pactos configuran una limitación de responsabilidad del vendedor por defecto de cabida (Martín León, 2014, p. 74)¹¹¹.

y entregar conforme a lo pactado” (Pinto Andrade, 2013, p. 160).

110 Código Civil español. Artículo 1471.-

“En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato.

Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un solo precio; pero, si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrato; y, si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló”.

111 Refiere el autor: “[s]on frecuentes las cláusulas que limitan la responsabilidad del vendedor por defecto de cabida (incumplimiento contractual), con el objetivo de impedir la aplicación de los remedios ex art. 1469 CC y que quede sometida la venta al régimen establecido por el art. 1471 CC. Se considera abusiva la cláusula predispuesta que establece que el inmueble se vende a tanto alzado (art. 1471 CC) cuando por su naturaleza (incluida la ubicación, pues cuanto más caro sea el suelo, más razonable es que el precio se haya estipulado por unidad de medida), las circunstancias del contrato y el resto de las estipulaciones del contrato resulte palmario que el precio se estipuló por unidad de medida (art. 1469 CC)”. [Énfasis agregado]

Para Pérez Gurrea, “es nula la cláusula que reserva al promotor el derecho de modificar unilateralmente los elementos del contrato o de la publicidad sin un motivo razonable basado en causas que consten en el propio contrato” (2016a, p. 2927). En este sentido, para la autora poseerían este defecto las cláusulas mediante las cuales el promotor se reserva la posibilidad de modificar unilateralmente las obras convenidas sobre el plano. Ello en la medida que, aunque el vendedor se hubiese reservado el derecho a hacer modificaciones, el plano incorporado a un contrato cuenta con “un valor normativo” (no simplemente descriptivo) y no se puede modificar “sin una razón técnica que obligue a esta modificación” (2016a, p. 2927).

A decir verdad, las propias normas españolas de protección al consumidor permiten inferir el carácter abusivo del género próximo de estipulaciones que engloba a los pactos *ad corpus* en ventas de inmuebles por construir. En efecto, estas cláusulas califican como abusivas bajo el art. 10 bis 2^a de la Ley 7/1998, de 13 de abril (sobre condiciones generales de la contratación) al ocasionar la “vinculación del contrato a la voluntad del profesional”. La norma aludida establece lo siguiente:

A los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

(...)

2^a) **La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos**

especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo (...) [Énfasis agregado].

Desarrollando la citada norma, los “motivos válidos” para modificar unilateralmente el contrato—siempre mediante un pacto incluido a tal efecto—estarían dados por (i) las razones objetivamente justificadas y de manera adecuada a las nuevas circunstancias, (ii) la presencia de algún fundamento o justificación que los haga atendibles, (iii) razones compatibles con la buena fe, equilibrio de prestaciones y con los demás principios contractuales y (iv) los motivos ajenos a una imprevisión o falta de diligencia del profesional¹¹². Cuando tales “motivos válidos” se encuentren ausentes o no hayan sido especificados en el acuerdo, la facultad de modificación unilateral del contrato debería calificar como una cláusula abusiva.

En el Perú, las opiniones que se han ocupado de la admisibilidad de la venta *ad corpus* de bienes en planos han sido heterogéneas¹¹³. A diferencia de la doctrina española, nuestros estudiosos no han logrado encasillar el problema en su ámbito correcto de aplicación: el de las facultades unilaterales de modificación o fijación del proyecto por parte del vendedor. Por su parte, la jurisprudencia administrativa nacional (derivada del Tribunal de INDECOPI) ha sido contradictoria en este punto. Si bien la postura favorable a aplicación de la

112 Y, en caso ésta concurriese, cobra relevancia la relación de equivalencia en las prestaciones. En ese sentido: Diéguez Oliva (2006, pp. 117 y ss.)

113 A favor de la aplicación del artículo 1577 del Código Civil a cláusulas *ad corpus* en ventas de bienes futuros: Mejorada, M. (2014); Alcántara Francia y Carranza Álvarez (2020); Guzmán Arias (2020); Vega Núñez (2019); Rodas Ramos (2020) y Meneses Gómez (2020). En contra, aunque con argumentos heterogéneos: Flores Flores (2020); Paz Supo (2018) y Durand Carrión (2020).

estipulación *ad corpus* a la venta de residencias en planos es más reciente (2019), aquella carece de carácter vinculante. En realidad, la posición –antagónica a aquella “vigente”– canalizada en las resoluciones menos recientes del INDECOPI ha sido acogida en mayor medida por los órganos de dicha entidad.

En suma, en nuestro país, los escasos autores que se han ocupado de la materia no han llegado a conclusiones uniformes ni convincentes. En cambio, el modelo español, la modalidad *ad corpus* en ventas de bienes en planos viene afrontando una ardua resistencia, llegando a ser identificada como una cláusula abusiva por un importante sector de la doctrina, con el aval legislativo. Opinamos que estas consideraciones resultan aplicables *mutatis mutandi* a nuestro sistema legal. En ese sentido, el método autoritativo no podría respaldar una interpretación del artículo 1577 del Código Civil que, en escenarios *greenfield*, lleve a la calificación del pacto *ad corpus* como abusivo. Por ende, este método favorece una interpretación del dispositivo mencionado en el sentido que lo extienda solo a los intercambios de bienes de segundo uso.

g. Interpretación del artículo 1577 conforme al método sistemático

El argumento sistemático consiste en atribuirle significado a una norma a través de su contextualización en un sector del sistema legal o en el ordenamiento en su conjunto¹¹⁴. Algunas de las más importantes derivaciones¹¹⁵⁻¹¹⁶ de este criterio son las siguientes:

1. El argumento de la *constancia terminológica*, según el cual el legislador emplea los vocablos

con un significado constante (al menos dentro del mismo cuerpo normativo).

2. El argumento de las *sedes materiae*, conforme al cual una norma debe interpretarse de un cierto modo y no de otro, en virtud de su colocación en el discurso legislativo.
3. El argumento *a cohaerentia*, por el cual cuando a una norma puedan adjudicársele dos o más significados, han de rechazarse aquellos que resulten contradictorios con el significado acreditado de otra disposición.
4. El argumento *económico*, bajo el cual, cuando quepa atribuir más de un significado a una disposición, debe rechazarse aquellos significados que supongan una reiteración de lo ya previamente establecido por otra disposición.

Aplicaremos las derivaciones antes mencionadas al análisis que nos compete.

Con arreglo al criterio de la *constancia terminológica*, cuando el artículo 1577 establece “[s]i el bien se **vende** fijando precio por el todo (...)” [Énfasis agregado], el legislador buscaría aludir a la noción genérica de compraventa. Esta última se encuentra contemplada en el artículo 1529 del Código Civil, en los siguientes términos: “[p]or la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”. El significado constante del término “*compraventa*” dentro del Código Civil no distingue entre intercambios sobre bienes de segundo uso e intercambios sobre bienes en planos. Por ende, según esta primera derivación del método sistemático, el artículo 1577 sería aplicable a ambas hipótesis de manera indiferente.

114 Gascón Abellán y García Figueroa (2003, pp. 105-106).

115 Idem.

116 Ver Tarello (1980, p. 376), para quien este argumento “es aquel por el cual a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (entre ellos asumidos como vinculados precisamente a fines de la interpretación “sistemática”) se debe atribuir el significado prescrito, o bien no se debe atribuir el significado impedido por el sistema jurídico”.

En la misma línea, acudiendo al argumento de las *sedes materiae*, se ha enfatizado que el artículo 1577 forma parte del mismo Título de la Sección del Código Civil que disciplina los bienes futuros (Mejorada, 2014), para luego concluir la aplicabilidad del mencionado artículo a todas las modalidades de venta incluidas en dicho título (incluyendo aquellas que recaen sobre bienes futuros).

Pero el método sistemático se encuentra lejos de quedar limitado a las aplicaciones mencionadas. Así, por ejemplo, el criterio *a cohaerentia* cuenta con un impacto importante en la lectura del artículo 1577, aunque en un sentido opuesto a los referidos anteriormente. Dicho impacto se sintetiza en las dos siguientes razones.

En primer lugar, el argumento *a cohaerentia* permite apreciar la necesidad de evitar la extensión del artículo 1577 a las ventas de residencias por construir, en tanto –de resultar aplicable a estas hipótesis– el *quantum* de tolerancia $\pm 10\%$ previsto en esta norma podría llevar a colisiones de la libertad contractual con ciertas normas imperativas.

Para apreciar estas colisiones es importante partir de dos premisas, que ya habían sido mencionadas líneas atrás en el presente trabajo. Primero, en el paradigma *greenfield*, la inmobiliaria controla el proceso edificatorio y es la responsable por las características *as built* de la unidad. Segundo, la construcción de una superficie menor a aquella contemplada en planos perjudica al comprador a la par que reduce los costos de la vendedora, quien con dicho ahorro vería incrementado su lucro. Luego, la vendedora podría tener incentivos perversos de cara al ejercicio de una cláusula *ad corpus*.

Teniendo en mente las referidas premisas, es posible comprender cómo extender –de manera literal y acrítica¹¹⁷– el ámbito aplicativo del artículo 1577 a la venta de residencias futuras, ocasionaría el peligro

de colisiones con normas imperativas. Ello ocurriría principalmente en el ámbito de la contratación estandarizada (donde el comprador es adherente), que es el ámbito al cual nos referiremos a continuación. En efecto, dicha extensión interpretativa podría generar los siguientes resultados en las ventas de bienes por construir:

(i) *Primero*.- Genera el riesgo de que un entendimiento literal del artículo 1577 debilite el *pacta sunt servanda* y cree un incentivo perverso al facultar a la vendedora a re-evaluar unilateralmente la conveniencia económica de haberse obligado bajo ciertos términos comerciales iniciales. Y ello con indemnidad patrimonial de la inmobiliaria post revaluación y ejercicio del reajuste métrico dentro de la Zona de Tolerancia demarcada por el referido artículo. En efecto, tras haber contratado, la inmobiliaria que se haya reservado una estipulación *ad corpus* discrecional podría decidir, de manera libre e indiferente (es decir, sin asumir consecuencias negativas), que reducirá sus costos mediante la disminución de la cabida de la unidad para, correlativamente, obtener mayores utilidades que las originalmente proyectadas.

(ii) *Segundo*.- Bajo cierta lectura, supone el riesgo de transgresión del artículo 1328 del Código Civil, el cual prohíbe que una parte se descargue de consecuencias patrimoniales negativas (responsabilidad, entendida en sentido amplio) a causa de su propia actuación dolosa o derivada de culpa inexcusable. En efecto, si bien la cláusula *ad corpus* en la venta de bienes futuros no exonera de responsabilidad directamente a la vendedora, la *holgura constructiva* relativa a la superficie del inmueble (especie de *ius variandi*), sí facultaría a la inmobiliaria *greenfield* a remover un requisito *sine qua non* de la responsabilidad: el incumplimiento; y mediante la remoción de

117 Esto es, sin necesidad de que exista una aplicación concretamente disfuncional de la cláusula *ad corpus*.

este requisito, lograr impedir la asunción de responsabilidad. Por esta razón, y estando al hecho que nos encontramos en un área del Derecho en donde razonablemente debería primar la protección del adherente, no resultaría descabellado afirmar que la cláusula *ad corpus* configura una cláusula de *exoneración indirecta* de responsabilidad con relación a las obligaciones asumidas por la vendedora.

Considerando el resultado prohibido por el artículo 1328, resultaría intolerable que, mediante una regla *ad corpus*, la vendedora *greenfield* quede facultada a exonerarse de consecuencias patrimoniales adversas derivadas de:

a) conductas especulativas orientadas únicamente a reducir sus costos (para, correlativamente, incrementar su *profit*) en desmedro de la confianza depositada en el adquirente.

b) la inaplicación del estándar de diligencia esperable (plasmado en el error técnicamente tolerable). Y es que, en una venta de bienes por construir, las modificaciones métricas de la unidad solo podrían hallar un sustento racional si la tolerancia para la divergencia de superficies se enmarca en umbrales *excusables* para el vendedor, tales como el error técnicamente esperable en la industria. Fuera de estas bandas se le estaría otorgando a la inmobiliaria carta blanca para conductas sub-óptimas sin responsabilidad alguna.

(iii) *Tercero*.- Genera el peligro permanente y difícilmente controlable de vulneración de la regla de la buena fe objetiva, una de cuyas concreciones más importantes prohíbe que una parte ejerza derechos de una forma tal que obtenga beneficios derivados su propia actuación negligente. En ese sentido, resultaría intolerable que, mediante el pacto que nos ocupa, la empresa in-

mobiliaria pueda generar un lucro adicional si ha incurrido en un desarrollo sub-óptimo (por debajo del estándar admisible en la industria) del proceso edificatorio o si ha recaído en conductas estratégicas.

En segundo lugar, el criterio sistemático *a cohaerentia* destaca que la venta *ad corpus* pertenece al mismo género contractual que la venta *ad mensuram* (regulada en el artículo 1575 del Código Civil): la venta inmobiliaria. Las patologías (en particular, la Diferencia de Áreas) presentes en ambos subtipos de venta son –o, por lo menos, deberían– ser homogéneas, aunque los remedios jurídicos previstos por el legislador puedan diferir en uno u otro caso. Pues bien, el artículo 1575 asigna al comprador *ad mensuram* el poder de rescindir la venta ante una Diferencia *esencial* entre el Área Declarada y el Área Real.

Resaltar el remedio de la rescisión en el escenario apenas expuesto no es un dato menor, pues, como se sabe, aquel es un remedio que el sistema legal consagra ante causales congénitas, esto es, patologías presentes al momento de celebración del contrato¹¹⁸. En cambio, si el defecto fuese posterior al perfeccionamiento del acuerdo, el remedio aplicable por el comprador *ad mensuram* habría sido la resolución.

Con ello en mente, parece sencillo concluir que el único escenario en el que, en una venta *ad mensuram*, resulta factible la rescisión supone que la divergencia entre Área Declarada y Área Real haya estado presente al tiempo de formación del consentimiento. Y este escenario no puede darse sino en ventas de bienes de segundo uso. En efecto, solo en este último caso existirá una causal –la Diferencia de Áreas– presente al momento de celebrar la venta. Si aquella discrepancia hubiese surgido de manera *ex post* (i.e., a causa de la conducta del vendedor), estaríamos frente a una causal sobreviniente. En este escenario meramente hipotético, el artículo 1575 habría asig-

118 Código Civil. Artículo 1370.-

“La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”.

nado al comprador el remedio de la resolución (y no el de la rescisión).

Así, dado que el artículo 1575 consagra expresamente la rescisión como remedio aplicable a la Diferencia de Áreas en la compraventa *ad mensuram*, una interpretación sistemática de dicho dispositivo lleva a excluir de su ámbito de aplicación a aquellos escenarios donde no puede haber rescisión: esto es, las ventas en planos. Puesto en otros términos, el artículo 1575 solo es aplicable a las ventas paradigmáticas sobre bienes existentes. Este razonamiento influye en la lectura sistemática del artículo 1577, el cual comparte su género de pertenencia con la venta *ad mensuram*.

En suma, siguiendo el argumento sistemático *a cohaerentia*, aplicar el artículo 1577 al paradigma *greenfield* reñiría con normas destinadas a prevenir conductas disfuncionales y también con la naturaleza de los remedios que el legislador asigna a las modalidades de compraventa inmobiliaria. Así, el referido método confirma el argumento según el cual el ámbito de aplicación del artículo 1577 excluye a las ventas de residencias en planos. Estimamos que esta conclusión no cambia pese a que algunas aplicaciones del criterio sistemático llevan a entendimientos opuestos. En efecto, la conclusión que avalamos busca el favorecimiento de intereses tutelados con normas imperativas, lo que justifica su prevalencia.

h. Interpretación del artículo 1577 conforme al método equitativo

Según este argumento, dentro de diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, se debe optar por aquella que colisiona en menor medida con las ideas que el juez comparte con la sociedad sobre el buen resultado de la aplicación del Derecho

en el caso concreto. Ello con la finalidad de evitar interpretación y aplicaciones injustas (Tarello, 1980, p. 381).

Como se desarrolló *in extenso* en el numeral 1.2.1. del presente trabajo, el ámbito neutral (y racional) de aplicación del artículo 1577 se presenta en las ventas de bienes de segundo uso (escenarios *brownfield*). Y es que en estas hipótesis concurren los presupuestos estructurales y funcionales para que la regla contenida en el citado artículo pueda ser calificada como una regla que genera una repartición neutral de los riesgos¹¹⁹.

En tal contraste, esta repartición carece de toda equidad (entendida como asignación razonable de riesgos) en las ventas estereotípicas de cosa futura, donde la aplicación del artículo 1577 y su distribución de los riesgos Primario *no esencial* y Secundario de la Diferencia de Áreas se revela irrazonable y hasta absurda¹²⁰.

Por consiguiente, el método equitativo sugiere también restringir el alcance del artículo 1577 del Código Civil a las ventas de segundo uso (donde resulta racional aplicar dicho dispositivo), excluyendo de aquel a las ventas de bienes futuros (donde carecería de racional aplicarlo).

i. Interpretación del artículo 1577 conforme al criterio naturalístico

Este argumento apela a la naturaleza de las cosas, esto es, a las variaciones en las circunstancias de hecho (sociales, etcétera), para confirmar o desacreditar el significado literal de un documento normativo, porque aquel ya no se ajusta a la realidad¹²¹.

119 Como se sabe, en dicho terreno se verifica la siguiente distribución de riesgos: por un lado, la colocación en cabeza del comprador el Riesgo de la Divergencia *no esencial* y, por el otro, la colocación del Riesgo de la Diferencia *esencial* en el vendedor.

120 Al respecto, véase el numeral 2.1.e) del presente trabajo.

121 Guastini (2016, pp. 32-33)

La consideración de la naturaleza de las cosas puede restringir el ámbito aplicativo de una norma jurídica. Pero la naturaleza de las cosas también puede limitar la aplicación de una norma a los escenarios para los que ha sido originalmente diseñada, si es que las nuevas situaciones a las que eventualmente podría extenderse el alcance de la norma no cumplen con los requisitos estructurales y funcionales que ameritan su invocación.

Aplicando el criterio ahora analizado, se tiene que los presupuestos que hacen eficiente y racional la aplicación del artículo 1577 del Código Civil se encuentran presentes solo en las ventas de segundo uso. En cambio, en el paradigma *greenfield* no se configuran tales presupuestos de racionalidad, tal como se desarrolló *supra* 2.1.b). Ante esta realidad, el criterio que apela a la naturaleza de las cosas obliga a tener en cuenta las diferencias intrínsecas correspondiente a ambas modalidades de venta y, tras su adecuada valoración, limitar el ámbito del artículo 1577 solo a aquella modalidad (venta de bien presente) donde el contenido de la norma configura una respuesta plausible al fenómeno regulado.

j. Interpretación del artículo 1577 conforme al argumento de la disociación

Con arreglo al argumento de la disociación, el intérprete subdivide una categoría prevista en una nor-

ma jurídica en dos subespecies determinando que, a causa de una justificación plausible, aquella norma es aplicable a una sola de aquellas subcategorías. Dicho de otro modo, el argumento de la disociación

(...) consiste en introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que éste no ha pensado en absoluto, con el fin de reducir el campo de aplicación de una disposición sólo a algunos de los supuestos de hecho previstos por ella (previstos por ella, se entiende, según la interpretación literal)¹²²⁻¹²³⁻¹²⁴.

En buena cuenta, este argumento plantea que, por resultar razonable, el intérprete distingue donde el legislador no ha distinguido. Por ende, se trata de una aparente antítesis al brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (“donde la ley no distingue está prohibido distinguir”). La contradicción es solo aparente, en tanto el brocardo citado solo podría resultar aplicable cuando no exista ninguna razón para efectuar una distinción no dispuesta por el lenguaje normativo, quedando totalmente fuera de juego allí donde semejante razón concurra. En este último escenario, habremos pasado al ámbito gobernado por el argumento de la disociación.

Aplicando al caso que nos compete el argumento examinado en el presente literal, tenemos que el artículo 1577, al disponer “[s]i el bien se vende fijando precio por el todo”, no distingue entre el universo de

122 Ibid., p. 43.

123 Ibid., pp. 40 – 41. Explicaremos la operativa del criterio de la disociación valiéndonos un ejemplo propuesto por Guastini. El artículo 1428 del Código Civil italiano dispone que “el error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y reconocible por la otra parte”. Para interpretar esta disposición, la doctrina dominante (con el respaldo de la jurisprudencia) recurre al principio general de la confianza, en el sentido de que el error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y puede ser reconocido por el otro contratante. Empero, el requisito de la confianza no es aplicable cuando se trate de un error “bilateral” (esto es, cuando ambos contratantes han incurrido en el error). Luego, el error bilateral hace anulable el contrato aun cuando no sea reconocible.

El argumento de la disociación se aplicaría del siguiente modo en el escenario propuesto: (i) el legislador italiano dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre error unilateral y error bilateral; (ii) el intérprete, por el contrario, distingue allí donde el legislador no lo ha hecho; (iii) la distinción operada por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en las dos subespecies anteriormente mencionadas y en disociarlas a efectos de su tratamiento jurídico; (iv) el resultado es que el artículo 1428 del Codice es interpretado como referida no ya a la totalidad de los errores sino única y exclusivamente a la subclase de los errores unilaterales, de suerte que la otra subespecie queda excluida del campo de aplicación de la norma

124 Ibid., pp. 40 – 41.

compraventas, por lo que *prima facie* sería aplicable también a las hipótesis *greenfield*. Empero, a efectos de la aplicación del artículo citado resulta razonable, por los presupuestos estructurales y funcionales que las acompañan¹²⁵, distinguir entre las dos subespecies que hemos distinguido en el presente trabajo: ventas de bienes de segundo uso y ventas de residencias por construir. A nuestro parecer, el 1577 debe ser interpretado como aplicable únicamente al primero de los paradigmas anteriormente identificados, pues es en este universo donde su invocación tiene sentido funcional, económico y práctico, respetando un balance razonable de intereses en las posiciones de las partes, tal como ya se ha tenido oportunidad de desarrollar en el presente trabajo.

Consecuentemente, al existir razones plausibles para efectuar una distinción no dispuesta por el lenguaje normativo, el argumento de la disociación aconseja limitar el alcance de la norma jurídica que nos convoca a las ventas *brownfield*, excluyendo de su ámbito operativo a las ventas de residencias en planos.

2.3. Conclusión: el ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil excluye a las ventas estereotípicas de residencias en planos (paradigma *greenfield*)

Tras una valoración global de los criterios de interpretación legal opinamos que, por su *ratio legis* (que engloba la finalidad de la norma y el problema práctico original que aquella estuvo orientada a solucionar), por su origen histórico *abstracto* ra-

tificado por la visión *concreta* del legislador nacional, por el respeto sistemático de las normas del ordenamiento jurídico (principalmente a aquéllas imperativas), con el objeto de evitar lecturas absurdas y potenciar normas neutrales y eficientes con arreglo su naturaleza, distinguiendo razonablemente entre las subespecies de venta presentes en el sistema legal, el significado jurídicamente relevante del artículo 1577 excluye a las ventas estereotípicas de residencias en planos (o, como lo hemos denominado en este trabajo, paradigma *greenfield*).

Por consiguiente, la opción más razonable consiste en operar una interpretación correctiva de la literalidad del artículo 1577 que limite su significado en el sentido antes expuesto.

Una lectura restrictiva como la propuesta no es la primera ni la única operada en nuestro sistema. Así, solo a efectos de ilustrar al lector con un ejemplo, veamos el caso del artículo 1784 del Código Civil¹²⁶. El supuesto de hecho del mencionado artículo no distingue entre obra material e inmaterial; obra mobiliaria e inmobiliaria; obra destinada a la larga o corta duración. Empero, es universalmente reconocido que, por su naturaleza, el dispositivo se limitará única y exclusivamente a aquel subconjunto de obras que reúnan las características de ser materiales, inmobiliarias y destinadas a una larga duración. Y a esta conclusión resulta imposible llegar sin *corregir* –limitándola– la literalidad del artículo 1784.

125 A ello nos hemos referido supra: numerales 1.3.a) y 2.2.b). del presente trabajo.

126 Código Civil. Artículo 1784.-

“Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra. El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.

Si bien la regulación mencionada se ha regulado en el título “contrato de obra”, no cabe duda que, por la naturaleza de las cosas, su aplicación se reserva únicamente a aquellas obras cuyo entregable incide sobre bienes inmuebles de larga duración. Luego, la garantía mencionada será inaplicable a obras intelectuales por encargo o a obras consistentes en la refacción de un bien mueble”.

Del mismo modo, el significado jurídicamente relevante del artículo 1577 deberá ser restringido para no alcanzar a las ventas de residencias por construir. Luego, si en estas operaciones las partes pactan una cláusula susceptible de ser reputada como *ad corpus* (por la forma de asignar voluntariamente el Riesgo de Diferencia de Áreas), dicha estipulación no tendrá más valor legal que cualquier otra estipulación que deriva del mero acuerdo de voluntades declaradas, sin contar con la habilitación específica de la disciplina normativa.

3. Admisibilidad legal de la cláusula *ad corpus* atípica en ventas de residencias en planos

3.1. Cuestión previa. Naturaleza, función y subespecies de las cláusulas *ad corpus* en ventas de residencias en planos

En el paradigma *greenfield*, la introducción voluntaria de un pacto que dictamine la intangibilidad del precio ante la introducción de Diferencias *no esenciales* entre Área Declarada (*as planned*) y Área Real (*as built*) puede reputarse¹²⁷ como una cláusula *ad corpus*. Empero, tal como se demostró en el numeral anterior, en ventas de bienes en planos, la aludida estipulación carecerá de habilitación legal *ad hoc*, en tanto no se verá integrada por el artículo 1577. Conviene entonces hablar de un

pacto puramente voluntario, cuyas características estándares en el mercado peruano describiremos a continuación, para luego referirnos a su licitud.

En primer lugar, repararemos en la configuración jurídica y funcional del pacto. La cláusula *ad corpus* en ventas de cosa futura tiene como función conceder a la vendedora una *holgura constructiva*, la cual se manifiesta como un derecho potestativo de ejercicio unilateral en cabeza del vendedor¹²⁸ (*ius variandi*). Dependiendo del caso, y presuponiendo que la legislación peruana exige a la vendedora señalar un metraje (inicial) para el inmueble futuro al tiempo de celebrar la venta¹²⁹, el referido poder unilateral puede facultar a la vendedora a operar las siguientes mutaciones jurídicas:

1. La *determinación o fijación* del Área Declarada del inmueble, en caso el metraje inicial hubiera sido meramente aproximativo.
2. La *modificación* del Área Declarada del inmueble, si existiese una superficie inicialmente vinculante que –a través del pacto materia de examen– la empresa inmobiliaria se encuentra facultada a reajustar.

El derecho contractual moderno no ve necesariamente con malos ojos las estipulaciones que habiliten a una de las partes a, mediante su sola manifestación de voluntad, determinar o modifi-

127 Acudiendo al mínimo común de la estructura de intereses.

128 Así, no estamos en estricto frente a un derecho potestativo modificador que pueda calificarse como autosuficiente, si el contenido de la facultad de la predisponente radica en recabar el asentimiento del consumidor, aun cuando éste no puede regarse a la mutación jurídica sin una razón atendible. En estos casos permanecemos en el ámbito de las modificaciones bilaterales.

129 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo. Información mínima en el proceso de compra.-

77.1. Los proveedores deben establecer e implementar medidas para brindar, como mínimo, información clara y veraz sobre:

- a. La identificación del proveedor inmobiliario, del representante legal, en el caso de que se trate de personas jurídicas, la dirección completa del inmueble, los teléfonos de contacto y la dirección de correo electrónico o página web.
- b. La descripción del inmueble, cantidad de unidades inmobiliarias y características relevantes **tales como el área exclusiva** y común, de ser el caso, medidas perimétricas y acabados del inmueble.

Asimismo, deben adoptar medidas para permitir que el consumidor acceda a esta información. (...) [Énfasis agregado]

car el objeto o algún aspecto del contenido de un contrato válido antecedente¹³⁰⁻¹³¹.

Al menos en el ámbito de la contratación paritaria con negociación individualizada, la estipulación de tipo de facultades no será *prima facie* inválida siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos mínimos, tales como, de manera ejemplificativa (i) que, para su ejercicio, se haya fijado anticipadamente parámetros que neutralicen la discrecionalidad absoluta e indiferente del titular¹³²⁻¹³³; (ii) que su activación presuponga la verificación de motivos objetivos y razonables; (iii) que se ejerza de buena fe (esto es, sin descompagnar radicalmente el equilibrio económico-financiero ni lesionar la finalidad del contrato ni las expectativas razonables de la contraparte); (iv) que su correcto ejercicio sea revisable *ex post* por el poder jurisdiccional; o, alternativamente, (v) que el ejercicio de esta facultad esté previsto en favor de la parte respecto a la cual se activará, neutralizando los eventuales incentivos perversos del titular. Con todo, el análisis de validez y eficacia de estos pactos es delicado y debe ser efectuado caso por

caso, no siendo materia del presente trabajo de investigación.

Ahora pasaremos a mencionar la segunda característica de la regla *ad corpus greenfield* según su configuración cotidiana en la praxis inmobiliaria peruana. Semejante característica se encuentra vinculada a la cantidad de dispersión métrica sobre la cual podrá materializarse el derecho del vendedor consistente en ajustar la superficie *as planned*. Si bien no se trata de un aspecto unánime, en no pocas ocasiones aquella facultad cuenta con un margen dispersión $\pm 10\%$ del Área Declarada (bandas dispuestas por el artículo 1577 del Código Civil). En caso el *ius variandi* se ejerza dentro de esta zona de tolerancia, el precio de compra no se modificará. Fuera de tales bandas, a diferencia de la operativa del pacto en el paradigma *brownfield*, la inmobiliaria no suele mantener el derecho potestativo de introducir ajustes métricos¹³⁴. Si la facultad de reajuste ha agotado el tope de dispersión permitida y aun así la inmobiliaria opera el reajuste de cabida, recaerá en un seguro incumplimiento contractual.

130 Más aún, se considera que estos pactos son habituales en relaciones contractuales de larga duración, donde fungen como cauce a través del cual se pueda llevar a cabo un reajuste del contrato a las nuevas contingencias que en la fase de ejecución del mismo puedan ir surgiendo, sin necesidad de una nueva renegociación global del mismo, o de pequeñas modificaciones cuando las partes no hubieran previsto en el contrato primitivo cláusulas de adaptación. En ese sentido: Diéguez Oliva (2006, p. 121).

131 Barchi Velaochaga (2006, p. 198). El autor ha aseverado que las legislaciones del *civil law*, en general, sí admiten la posibilidad de incluir el *ius variandi*, esto es, facultades que le permitan al proveedor modificar unilateralmente el precio del bien o del servicio, las cláusulas del contrato y las características del servicio o del producto. Sin embargo, en opinión del autor, estas facultades deberán surgir de la previsión en el contrato de ciertos “motivos justificados”.

132 En esta línea, algunos Códigos Civiles como el español contienen normas que prohíben facultades de ejercicio arbitrario como la mencionada.

Código Civil español. Artículo 1256.-

“La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

133 En efecto, los proyectos de armonización del derecho contractual a nivel europeo determinan que las partes pueden acordar que la determinación del precio o de cualquier otra cláusula del contrato quede a la consideración de una de ellas, siempre que aquella determinación se efectúe de forma razonable. De no hacerse así, el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para intervenir sustituyendo, por otro diferente, el elemento fijado de forma “*manifestamente*” irrazonable. En ese sentido: (Blandino Garrido, 2015, pp. 273 y ss.).

Adicionalmente, la autora señala que si las partes dejan la determinación del precio u otro elemento del contrato a la voluntad de una de ellas, ello implica una voluntad de permitir cierto margen de maniobra a dicho contratante, esto es la posibilidad de que opte por una fijación “*un tanto a su favor*”. Ahora bien, en estas hipótesis la revisión de la razonabilidad *ex post* por los tribunales ha sido considerada como imperativa en los contratos de los consumidores. Más allá de ello, en este ámbito las estipulaciones resultan sospechosas de ser abusivas.

134 Sin embargo, esto depende de la configuración de intereses correspondiente a cada caso concreto.

En una frase, según la operativa estándar de la cláusula *ad corpus* como *ius variandi*, la fluctuación del Área Declarada sin reajuste de precio agota la totalidad de variación métrica que la vendedora puede introducir con ejercicio de su derecho contractual¹³⁵. Dicho de otra manera, en una venta *ad corpus* en planos, la inmobiliaria suele premunirse de una zona de tolerancia (sin impacto en el precio) menor o igual al *quantum* previsto artículo 1577 ($\pm 10\%$).

Es pertinente ahora analizar la licitud de esta cláusula en ventas de bienes por construir.

De entrada, debemos señalar que la no aplicabilidad del artículo 1577 a las operaciones *greenfield* no acarrea automáticamente la ilegalidad de un pacto *ad corpus*. Y es que, bajo el principio de

autonomía privada, el enajenante de cosa futura puede incorporar libremente pactos atípicos, esto es, estipulaciones no gobernadas por el Derecho dispositivo ni habilitadas por aquel. Dichas reglamentaciones serán respaldadas por el Derecho siempre que no contravengan los límites de la autonomía privada¹³⁶.

Sin perjuicio de ello, es menester considerar que los esquemas negociales típicos cuentan con una suerte de estatus privilegiado (*lato sensu*) respecto a aquellos no disciplinados por el Derecho dispositivo. Y es que los esquemas típicos se ven permeados por las funciones del tipo contractual, entre las cuales se encuentran (i) la determinación genérica de licitud y a (ii) la presunción de neutralidad de las reglas supletorias¹³⁷. Tales funciones les otorgan a los esquemas típicos una estabilidad peculiar, una

135 ¿Pero qué ocurriría si las partes decidieran apartarse de lo estándar y estipular como referencia la literalidad del artículo 1577 como fuente de poderes unilaterales de reajuste del vendedor? Nótese que en estos escenarios el artículo 1577 (al que se acude voluntariamente) no dispone de umbral de contención alguno para la fijación o modificación de la extensión del bien, pudiendo la superficie *as built* resultar enormemente menor (o mayor) que la superficie esbozada en el acuerdo. Esto no es un problema en los intercambios de segundo uso, en tanto el comprador siempre estuvo en capacidad evaluar las características intrínsecas del bien y el vendedor jamás tuvo competencia en la fijación de la extensión. Sin embargo, en una venta estándar de cosa futura la inexistencia de aquel umbral hace que la transacción exponga al adquirente a un peligro irrazonable. Ello en la medida que (i) es el vendedor quien controla el proceso constructivo y de quien depende la generación de una mayor o menor área que aquella inicialmente proyectada; y (ii) el comprador no tiene forma de evaluar si el área que finalmente recibirá será apta o no para satisfacer la función de *habitabilidad*, ni tampoco tiene oportunidad de invertir para averiguar la diferencia de áreas que afrontará.

Independientemente del tipo de *ad corpus* atípico, la colocación del Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas sobre el adquirente de bienes futuros mediante el otorgamiento al vendedor de un poder de ajustes tan amplio que puede llegar a vulnerar la función de habitabilidad (el comprador puede recibir un metraje inidóneo sin tener derecho a desistirse del contrato), vulneraría el *pacta sunt servanda*. Y es que un contrato no puede darle carta blanca a una de las partes para que, mediante sus acciones y sin que la otra parte se encuentre en posición de evitarlo o preverlo, frustre el propósito razonablemente esperado por la segunda, quien deberá mantenerse vinculada a un contrato inútil. Por ende, una asignación de esta naturaleza cuenta con elevadas sospechas de ilicitud solo podría ser aceptable dentro de límites objetivos muy precisos en el ámbito de la contratación estandarizada.

136 El orden público, las normas imperativas y las buenas costumbres, tanto bajo el régimen civil como bajo el régimen del consumidor. A tales fines, cabe tener presente que la prohibición legal de estipular cláusulas abusivas forma parte de los límites de la autonomía privada, en tanto dicha prohibición es capaz de neutralizar la exigibilidad de los términos y condiciones consensuados.

137 A mayor abundamiento:

(i) En virtud de la determinación genérica de licitud del acto de autonomía privada, la estructura contractual es *prima facie* blindada por el legislador, en tanto se torna imposible que el intérprete discuta la legalidad abstracta de una figura en su empleo normal en la praxis transaccional, tras haber sido respaldada por el legislador. Dicho de otra manera, un pacto típico puede considerarse *prima facie* y en abstracto protegido contra la ilegalidad derivada de su sola estipulación, siempre que persiga su función económica normal. Así, por ejemplo, ningún agente económico podría dudar que las cláusulas de retroventa, reserva de propiedad o venta *ad gustum*, siempre que cumplan sus propósitos típicos, serían pactos válidamente introducidos en una operación de venta, por ser figuras previstas por la normativa vigente.

La invalidez supone un análisis concreto y casuístico, que operaremos en el presente apartado y que se relaciona la distribución de riesgos operada por las partes, así como a la función concreta perseguida por aquellas.

suerte de primera línea de defensa contra la ilicitud (aunque sin llegar a constituir un blindaje impenetrable contra aquella patología).

Al carecer de regulación típica para las ventas de bienes futuros (por no resultar aplicable el artículo 1577 del Código Civil¹³⁸), el pacto *ad corpus* ya no se encontrará respaldado por las funciones del tipo negocial aludidas en el párrafo anterior. Luego, el estatus de estos pactos ya no será uno *privilegiado* sino uno igual al de cualquier esquema negocial atípico, careciendo de la mencionada *primera línea de defensa* contra la ilicitud.

Pero no se puede desconocer que, en una venta de bienes por construir, las partes suelen adoptar estipulaciones *ad corpus* invocando expresamente el artículo 1577 del Código Civil. Y ello con el objeto de fijar el *quantum* de la Diferencia ($\pm 10\%$), sin impacto en el precio, entre metraje *as planned* y *as built* del bien futuro. En nuestra opinión, la invocación al artículo mencionado no cambia el hecho de que nos encontremos ante un pacto carente de habilitación en el Derecho dispositivo, y en cierta medida *atípico*, por ser ajeno al ámbito de aplicación del artículo 1577. Siendo ello así, si las partes se remiten a aquella norma supletoria, el valor de la reglamentación de intereses no será distinto al de cualquier regulación *per relationem* introducida voluntariamente.

Con estas premisas en mente, evaluaremos la legalidad de los pactos *ad corpus* que, en operaciones sobre bienes futuros, facultan ajustes métricos por remisión al *quantum* previsto en el artículo 1577. Formulado a manera de pregunta: ¿la estipulación de una cláusula *ad corpus greenfield* según la cual la zona de tolerancia contractual alcanza el *quantum*

$\pm 10\%$ previsto artículo 1577 vulnera los límites de la autonomía privada?

A nuestro parecer, el referido análisis de licitud requiere identificar por separado las dos modalidades que la cláusula *ad corpus* podría presentar en la praxis transaccional inmobiliaria de las ventas de bienes por construir. A continuación, pasamos a describirlas para luego pronunciarnos sobre su admisibilidad en el sistema contractual:

a. Modelo Discrecional:

Se trata de pactos *ad corpus* que le asignan a la inmobiliaria-vendedora el derecho potestativo de introducir ajustes (modificaciones o fijaciones) inopinados (*ad nutum*) respecto a la superficie inicial o referencialmente planificada del bien futuro.

El contenido esencial de esta cláusula faculta al transferente a re-evaluar *ad nutum* la conveniencia económica de haber celebrado la operación bajo los términos y condiciones originalmente fijados (en particular, la extensión *as planned* de la unidad) sin que ello le ocasione una repercusión económica desfavorable (ya sea en términos de responsabilidad civil, reducción del precio o desistimiento). Luego, mediante la estipulación ahora descrita, la inmobiliaria se reserva la facultad de *mutar* la extensión prometida para el bien de manera indiferente, esto es, sin que le ocasione ningún peso económico.

Desde luego, incluso en el Modelo Discrecional, la facultad de ajustar (fijar o modificar) las dimensiones del bien suelen contar con límites cuantitativos, ya sea directamente fijados o por remisión voluntaria al artículo 1577 del Código Civil (*per relationem*).

(ii) La *presunción de neutralidad* de la estructura negocial acogida por el modelo legislativo. Y es que, a diferencia de los términos y condiciones de un formato estandarizado, las estructuras negociales consagradas por el legislador buscan una salida equitativa que balancee los intereses en juego de las partes. Esta salida se logra a menudo empleando los criterios económicos de asignación eficiente del riesgo.

138 Al respecto, véase infra numeral 2.2., donde se concluyó que el ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil excluye a las ventas estereotípicas de residencias en planos (paradigma *greenfield*).

Cuando la cláusula *ad corpus greenfield* se pliega a este primer esquema, la propia estructura del derecho potestativo inopinado que se reserva el vendedor lleva ínsito un *perigo* para el comprador: la sujeción a una decisión inopinada (esto es, sin respaldo técnico) de su contraparte que será económicamente desfavorable para el primero. Este riesgo es importante considerando que el vendedor cuenta con fuertes incentivos para ejercer este poder, pues le permite disminuir el costo del cumplimiento e incrementar la utilidad extraída de la operación.

Usualmente, el Modelo *ad corpus* Discrecional, por ser el más agresivo para el adquirente, requerirá una carga de claridad en su introducción por parte de la empresa inmobiliaria.

b. Modelo de Autotutela:

Estas cláusulas *ad corpus* también le asignan a la vendedora el derecho potestativo de introducir ajustes (modificaciones o fijaciones) unilaterales respecto a la superficie inicial o referencialmente planificada de la unidad inmobiliaria.

No obstante, en el Modelo de Autotutela la inmobiliaria ya no cuenta más con la facultad unilateral de re-evaluar *ad nutum* la conveniencia económica de haber concebido *prima facie* cierta cabida para la vivienda. En cambio, la referida empresa solo podrá ejercer el ajuste métrico por la verificación un evento gatillador¹³⁹ previsto de antemano, como por ejemplo, la existencia de motivos técnicamente justificados. En este ámbito, el principal motivo técnicamente justificado para la variación métrica

se encuentra dado por la convergencia de las dos siguientes condiciones: (i) las limitaciones de la técnica constructiva que razonablemente habrían afectado a todo proveedor diligente que opera en la industria con arreglo a las buenas prácticas profesionales; y, (ii) en la medida que se corresponda con los márgenes de error técnicamente admisibles por la industria, los cuales podrían convertir a la dispersión métrica en razonable o *excusable*.

Determinar cuantitativamente las bandas de error tolerable para la construcción de habitaciones es una tarea que escapa a los propósitos de este artículo (e incluso a la disciplina del Derecho en su conjunto). Para los fines propuestos, sin embargo, y a falta de un criterio unívoco¹⁴⁰, nos remitiremos solo al rango del $\pm 2\%$ del Área Declarada. Si bien se trata de un parámetro meramente ilustrativo y que, al final del día, depende del proyecto de vivienda específico y del avance de la ciencia, no puede dudarse de la existencia de un umbral objetivo cercano al mencionado¹⁴¹.

En ese sentido, el reajuste métrico introducido dentro del rango $\pm 2\%$ del Área Declarada no debería hacer presumir culpa en el vendedor. Que el inmueble tenga un déficit de superficie que encaje en esta dispersión resulta *prima facie excusable* para la empresa inmobiliaria¹⁴².

Con todo, es fácil apreciar que el rango de error tolerable de la industria inmobiliaria en operaciones *greenfield* es lejano al $\pm 10\%$ del Área Declarada *ex* artículo 1577. Empero, podría darse que la empresa desee reservarse un margen más amplio (relajando así el estándar de diligencia ordinaria)

139 Tal sería el caso de la facultad de modificar el proyecto en atención a “razones comerciales” del predisponente.

140 Nadie puede dudar de la existencia de una banda máxima para errores técnicamente tolerables. Esto es, de un umbral fuera de lo cual no debe dudarse dispersiones de área respecto a lo originalmente planeado por la constructora.

141 Sin embargo, se trata de un aspecto cuya definición concierne a disciplinas ajenas al Derecho. Desde nuestra perspectiva del sentido común, nos parece que el límite mencionado es conservador y podría incluso ser inferior si se encuentra referido a unidades residenciales con área techada en vez de a proyectos multifamiliares globales. Empero, sin ánimo de cerrar este punto por no corresponder ni a los propósitos de este trabajo, ni a nuestro *expertise* profesional, asumiremos este criterio como referente.

142 Ello, indudablemente, salvo que se demuestre fraude del enajenante.

para desviaciones métricas sin responsabilidad, variación en el precio ni sujeción a desistimiento de la contraparte. Con ello, la inmobiliaria abarataría sus costos y, de esta forma, se encontraría en capacidad de disminuir el precio de venta a favor del adquirente. Ante esta realidad, ¿podría válidamente el adquirente asumir más riesgo a cambio de un precio disminuido? En otras palabras, ¿resulta este intercambio ilegal?

Teniendo presente esta importante distinción, pasaremos a evaluar la legalidad de ambos modelos *ad corpus* de ventas de viviendas en planos a la luz de nuestro sistema legal.

A tales efectos, es absolutamente indispensable mencionar que, en la mayoría de los escenarios contemplados en nuestro ordenamiento, el análisis de la ilegalidad de un pacto (i.e. cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos estandarizados de consumo) no se puede prescindir de la evaluación de las circunstancias específicas, las cuales pueden terminar por justificar una estipulación sospechosa de poseer el carácter de ilegal.

En ese sentido, las afirmaciones que efectuaremos a continuación naturalmente prescinden del contexto —esto es, son realizadas en abstracto—, por lo que no descartamos que se pueda llegar a conclusiones distintas en base a la consideración de las circunstancias propias de cada caso concreto.

3.2. Estatus legal de los modelos *ad corpus* atípicos en ventas de residencias en planos paritarias con negociación individualizada

a. Análisis de licitud del Modelo de Autotutela en la contratación paritaria con negociación individualizada:

En contratos paritarios con negociación individualizada, el Modelo *ad corpus* de Autotutela que se remite voluntariamente a las bandas de error admisible por la industria (± 2 de la cabida *as planned*) no parece contar con defectos que pongan en tela de juicio su validez y puede ser aceptado como una manifestación lícita de la autonomía privada. Y es que, en principio, aquel margen constituye una desviación métrica *excusable* para el vendedor.

Cabe analizar el estatus del pacto que se pliega a la Zona de Tolerancia ($\pm 10\%$) contemplada en el artículo 1577 del Código Civil. Como se aprecia, en estos casos la inmobiliaria se reserva un margen de desviaciones métricas considerablemente mayor a aquel calificado como *excusable* por la industria.

En nuestra opinión, dichos pactos resultarán válidos en la contratación entre sujetos formalmente iguales solo si, en la previsión de las partes, las desviaciones no son el resultado del dolo ni de la culpa grave de la empresa inmobiliaria. Dicho de otra manera, en la común intención de las partes, el fin primario —o *nuclear*— de esta estipulación no debe ser la indemnidad de la inmobiliaria ante su propia culpa inexcusable o temeridad. Solo así este tipo de cláusula *ad corpus* es admisible.

Son dos los argumentos que soportan la afirmación anterior. En primer lugar, trasladar a la contraparte el riesgo de la propia desviación de la diligencia ordinaria —o sea, asignar a la contraparte el riesgo de la propia culpa leve—, si bien resulta comercialmente agresivo, no se encuentra prohibido por el artículo 1328 del Código Civil¹⁴³. En segundo lugar, la holgura constructiva obtenida por la inmobiliaria suele ir acompañada con una disminución del precio. Un intercambio que asuma esta contingencia podría ser preferida por ciertos compradores (con apetito de riesgo o

143 Ameritando, si acaso, una carga de claridad en su incorporación.

elevada confianza en la *performance* de la inmobiliaria) antes que la seguridad de contar con el metraje originalmente prometido a cambio de un precio incrementado. Esta posibilidad de elección no parece ameritar reprobación alguna en este ámbito de la contratación.

Finalmente, es preciso aclarar que, incluso si la Diferencia de Áreas se configura en el orden cuantitativo contractualmente lícito, una cláusula *ad corpus* que se pliegue al Modelo de Autotutela no le permitirá al vendedor aplicar dicho pacto si la divergencia mencionada se debe su propia conducta dolosa o gravemente negligente. En tales casos, por la vía de la buena fe objetiva limitadora de pretensiones disfuncionales, la pretensión del vendedor dirigida a invocar aquel pacto para evitar asumir consecuencias económicas desfavorables será inejecutable.

b. Análisis de licitud del Modelo Discrecional en la contratación paritaria con negociación individualizada:

El Modelo Discrecional amerita ser examinado con mayor detenimiento en contratos paritarios, pues parecería entrar en contradicción con ciertos pilares del sistema contractual.

En efecto, *a priori*, alguno podría considerar al esquema negocial a evaluar como una erosión prohibida al *pacta sunt servanda*, entendiendo a este último como integrante del orden público contractual. La colisión con el referido principio radicaría en que el pacto le permitiría al vendedor desobligarse parcialmente, mediante una reducción del *quantum* del objeto (metraje y los costos asociados a su construcción) previamente asumido. Y ello mediante una decisión unilateral, inopinada, arbitraria e indiferente, lo que expondría al comprador al peligro de perder (i) la compensa-

ción por daños asociados a su valoración del área deficitaria (que no percibió), (ii) la posibilidad de reducir el precio ante dicha situación y (iii) el eventual derecho a desistirse de la compraventa.

Creemos, sin embargo, que la presunta disfuncionalidad podría afectar la validez del pacto si y solo si las omiten deliberadamente fijar *ex ante* umbrales cuantitativos objetivos para el ajuste unilateral del Área Declarada; o si aquellos umbrales fijados son tan amplios que hagan absurdo el intercambio, poniendo en peligro la función de *habitabilidad* de la transferencia¹⁴⁴.

Empero, estas manifestaciones eventualmente ilícitas resultan ciertamente infrecuentes en la praxis transaccional, pues el vendedor, por referencia voluntaria al artículo 1577, suele hacer suyas las bandas prescritas en la norma no solo para la reducción o fijación métrica con repercusión en el precio, sino también para canalizar el propio derecho potestativo de modificar unilateralmente el proyecto¹⁴⁵.

Dicho de otra manera, los contratos de venta *ad corpus* de cosa futura suelen contar con máximos que limitan el poder de determinación o modificación unilateral de la superficie correspondiente a la unidad inmobiliaria. Consecuentemente, se acota –hasta hacerla visible– la discrecionalidad de la parte que se reserva el derecho potestativo de ajustar el área del inmueble y se mitiga –hasta hacerlo tolerable– el riesgo de sorpresa injusta en el comprador.

Siendo ello así, el problema del comprador que acepta los ajustes métricos *ex post* introducidos por la contraparte sin alterar el precio (Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas) no parece distinto al problema de que un acreedor acepte, como contraprestación, las obligaciones alternativas “A”

144 Precisamente esto ocurre con la asignación al comprador del Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas.

145 Dicho de otra manera, en el día a día de las operaciones inmobiliarias, el Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas no se coloca en cabeza del comprador.

y “B”¹⁴⁶, a elección del deudor; donde la prestación “B” es 10% menos valiosa que la prestación “A”. Luego, si la cláusula *ad corpus* atípica acoge las bandas del artículo 1577 para encasillar la facultad de ajuste métrico, aunque su ejercicio no repercuta el precio, no estaremos ante un pacto ilícito.

Más en general, si el fin primario del Modelo *ad corpus* Discrecional es concederle a la vendedora la posibilidad de reevaluar la conveniencia económica de la operación y dicha eventual reevaluación se encuentra cuantitativamente acotada dentro de parámetros objetivos, no existirá una ofensa intolerable a las normas imperativas que rigen el estatuto legal que gobierna la contratación paritaria.

A pesar de su estructura, el Modelo Discrecional permitido no escapa al control *ex post* de la buena fe, en su dimensión de límite de pretensiones disfuncionales. Consecuentemente, cuando en la operativa del pacto se aprecie negligencia grave o dolo en la inmobiliaria, esta última no podrá invocarlo para librarse de las consecuencias económicas negativas. En otras palabras, el vendedor se verá impedido de aplicar la *holgura constructiva* sin impacto económico. Ello implicaría una pretensión irreconciliable con la buena fe objetiva. En estos escenarios, la carga de la prueba será fáctica y quedará *prima facie* en el adquirente. En caso dicha carga probatoria se cumpla, el vendedor no podrá valerse de la cláusula que nos compete y deberá responder por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

3.3. Estatus legal de los modelos *ad corpus* atípicos en ventas de residencias en planos estandarizados privadas y del consumidor

Para efectos de este apartado, partiremos de la premisa según la cual el proveedor que incorpora una cláusula *ad corpus* ha absuelto los controles asociados a la incorporación y transparencia, que permiten que el referido pacto pase a formar parte del programa de la compraventa. De no ser así, la solución legal aplicable podría ser distinta a la que pasaremos a desarrollar.

Examinar el estatus de la venta *ad corpus* de residencias por construir presupone considerar que tanto el Código Civil como el Código de Protección y Defensa al Consumidor (en adelante, “CPDC”) contienen un sistema de control del contenido del contrato dirigido a prohibir o sustituir cláusulas que califica como abusivas¹⁴⁷. En ese sentido, cobra importancia la siguiente interrogante: ¿la estipulación *ad corpus* acordada en la venta de residencia en planos constituye efectivamente una cláusula abusiva bajo nuestro sistema legal?

Para brindar una respuesta a ello, conviene analizar por separado la legalidad de los dos modelos *ad corpus* atípicos identificados en el apartado 3.1 del presente artículo: el Modelo Discrecional y el Modelo de Autotutela.

a. Análisis de legalidad del Modelo de Autotutela en la contratación estandarizada privada y del consumidor:

De entrada, analizaremos el Modelo de Autotutela en el ámbito estandarizado del consumidor. Para tal efecto, asumiremos inicialmente que la cláusula *ad corpus* pactada acoge las bandas máxi-

146 Código Civil. Artículo 1161.-

El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas”.

147 Según Urbano (2011, p. 45) se trata de un ámbito de confluencia de remedios civiles y del consumidor.

mas de error técnicamente tolerable para las Diferencias de Áreas ($\pm 2\%$ del Área Declarada).

En nuestra opinión, un pacto de esta naturaleza, es decir, con la referida dispersión métrica tolerada— no resultaría abusivo ni en el régimen civil ni en el régimen del Código de Protección y Defensa del Consumidor (“CPDC”). Ello en tanto:

(i) *Primero.*— Descarga al vendedor de una contingencia *prima facie excusable*¹⁴⁸. Por definición, dicha circunstancia no relaja el nivel de precaución exigible al proveedor, toda vez que el reajuste métrico obedecerá en principio a variaciones admisibles en vista de las limitaciones de la técnica edificatoria presentes al celebrar el contrato. La inmobiliaria solo se ve liberada de las desviaciones constructivas que no pudo controlar ni evitar ni siquiera actuando correctamente. El pacto, así contemplado, no niega que la inmobiliaria deba actuar con arreglo a los estándares propios de los agentes económicos que se desenvuelven correctamente en la industria; y si no lo hace, responderá por incumplimiento.

(ii) *Segundo.*— A un consumidor-adquirente razonable no le debería ser ajena la existencia de un margen —aunque muy reducido— de variación métrica para las unidades adquiridas en planos. Que esa coyuntura se refleje en el acuerdo no debería vulnerar sus expectativas legítimas, pues se trata de una contingencia sobre la cual tuvo visibilidad al tiempo de tomar la decisión económica de vincularse contractualmente. Dicho de otra manera, el consumidor razonable no ignora las limitaciones de la técnica constructiva en la actualidad.

Podría teóricamente concebirse otros ajustes (modificaciones o determinaciones) *excusables* a la vendedora *greenfield*. Esto ocurrirá siempre y cuando la inmobiliaria, pese a aplicar el estándar de diligencia ordinaria conforme a las buenas prácticas, no se haya encontrado en capacidad de controlar, evitar o prever la alteración métrica¹⁴⁹. Tales podrían ser los casos de cambio en la legislación urbanística y edificatoria vinculados a la seguridad o a las exigencias técnicas para la vivienda (Diéguez Oliva, 2006, p. 115). Ahora bien, estimamos que en estos casos un pacto *ad corpus* atípico tan solo podría permitir el ajuste métrico en el orden $\pm 2\%$ del Área Declarada sin alterar el precio. En caso se exorbite estas bandas, la variación métrica —aun cuando *excusable*— necesariamente debería verse acompañada de un derecho de desistimiento (sin responsabilidad) a favor del adquirente. De lo contrario, nos encontraríamos frente a una cláusula abusiva.

Pasando a otro punto, el predisponente podría incorporar el Modelo de Autotutela con un margen de Diferencia de Áreas contractualmente admisibles (sin impacto en el precio) que exorbite las bandas $\pm 2\%$. Así, por ejemplo, la vendedora podría buscar extender su *holgura constructiva* remitiéndose *per relationem* a los umbrales del artículo 1577.

Semejante *holgura* le permitirá a la inmobiliaria abaratar el precio del producto (i.e. a consecuencia del empleo de técnicas constructivas de menor sofisticación y costo) facilitando su colocación en el mercado. Se trata entonces de una prerrogativa que se verá contrapesada con un menor precio en la oferta de venta. Esta disminución, seguramente será valorada por ciertos agentes económicos en la posición de la demanda¹⁵⁰ y, en caso sea demos-

148 Para mayores referencias sobre por qué esta contingencia es *excusable*, véase el numeral 2.1.3) del presente trabajo.

149 Desde un punto de vista económico, impedir que inmobiliaria traslade el riesgo de estos ajustes menores ocasionaría la diseminación en el sistema de precios de los clientes generaría, lo cual ocasionaría un mayor costo social.

150 Bullard González (2006, p. 525) destaca, al respecto, que forzar a que los productos cumplan con un estándar de calidad determinado es prohibirle, en última instancia, a los consumidores que compren productos más baratos. Por ende, el autor se muestra en desacuerdo con

trable y específicamente asignada a la posibilidad de reajuste, podría en ocasiones llegar a tener relevancia para justificar la razonabilidad del pacto.

No obstante, desde un punto de vista estrictamente legal, en la mayoría de casos, si el vendedor se reserva el derecho a efectuar unilateralmente ajustes métricos por una cantidad que excede los límites tolerables (equiparados al margen de error técnicamente admisible), introduce el peligro de la afectación de los intereses del comprador a causa de su propia actuación negligente. Esta última fluye de alguna de las dos siguientes alternativas:

(i) La inmobiliaria quedará facultada para relajar el estándar de diligencia exigible a ojos de la industria. Y es que si la vendedora hubiese aplicado el nivel de precaución y cuidado normal en base a las buenas prácticas, su desviación solo habría alcanzado –como máximo– $\pm 2\%$ del Área Declarada. El proveedor, en buena cuenta, ostentaría la prerrogativa de operar una actuación sub-óptima, con consecuencias nocivas que recaerán sobre su contraparte.

(ii) Si por alguna razón atendible la empresa considera probable que la desviación de metraje sea superior al $\pm 2\%$, no habría sido diligente de su parte que al cierre del contrato la proveedora prometa contractualmente una cabida poco realista para luego quedar indemne de una desviación considerable valiéndose de la estipulación *ad corpus*.

Las consecuencias concretas de las disfuncionalidades advertidas dependen de la disciplina legal que encuentra aplicación.

En primer lugar, es preciso examinar el panorama desde el punto de vista del Código Civil. En aplicación de este cuerpo normativo, si el vendedor ensancha los márgenes técnicamente tolerables

de error, aquel pacto sería nulo por contravenir el artículo 1398 del Código Civil. Y es que, si se tiene en cuenta que el efecto del pacto es mantener indemne a la vendedora de su propia actuación sub-óptima (*rectius*: culpa), no resulta descabellado pensar que la cláusula constituye una “*exoneración*” (o, al menos, una “*limitación*”) de responsabilidad favorable al predisponente (vendedor).

Contra esta calificación, se podría concebir la siguiente objeción: la existencia de una *holgura contractual* o *ius variandi* no libera al predisponente-vendedor de responsabilidad por incumplimiento, pues le permite impedir la verificación de un incumplimiento (que es un *prius* lógico de la responsabilidad) mediante la modificación (unilateral) del compromiso *prima facie* asumido. Sin embargo, semejante objeción no aprecia que, si bien la estipulación no enerva directamente la responsabilidad contractual, sí genera dicho resultado por un itinerario indirecto. Ello pues el pacto permite a la inmobiliaria remover un antecedente *sine qua non* de la responsabilidad (el incumplimiento) para así impedir que esta se produzca. Esto vulnera la *ratio* del artículo 1398 y, por ende, parte de su contenido.

En segundo lugar, conforme al régimen del CPDC, la cláusula *ad corpus* atípica que exorbita el rango de divergencias toleradas califica como abusiva, tanto en la regulación general como en la específica del mencionado cuerpo normativo.

Respecto a la *subsunción general*, la estipulación ahora analizada quedaría encuadrada dentro de la definición de “cláusulas abusivas” contemplada en el artículo 49.2 del CPDC, puesto que, en contra de las exigencias de la buena fe:

(i) Coloca al adquirente (consumidor), en su perjuicio, en una situación de desventaja cuantitativamente desproporcionada. Ello al

la regulación legal de la calidad del producto y de sus términos y condiciones contractuales. En cambio, para una justificación de la prohibición de cláusulas abusivas en base a argumentos económicos, véase: Korobkin (2006, pp. 169-266).

trasladarle a este último una contingencia (el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas) que el adquirente no puede controlar ni tampoco prever, pues depende exclusivamente del actuar *no excusable* de la inmobiliaria.

(ii) “Anula”, mediante el mismo itinerario indirecto que el descrito líneas atrás, ciertos derechos que el comprador (consumidor) tendría bajo los estatutos del derecho común como resultado del déficit de cabida. Nos referimos a derechos tales como (a) el resarcimiento de daños y perjuicios, (b) la reducción del precio y, eventualmente, (c) la resolución de la compraventa.

En cuanto a la *subsunción específica*, si el Modelo *ad corpus* de Autotutela exorbita los rangos de error técnicamente admisible, daría lugar a una “cláusula abusiva”. Y esta podría subsumirse tanto en las “causales de ineficacia absoluta” (reguladas en el artículo 50 del CPDC) como en una “causal de ineficacia relativa” (regulada en el artículo 51 del CPDC). Pasamos a desarrollar esta afirmación:

(i) Causales de “ineficacia absoluta” en el Modelo *ad corpus* de Autotutela.

- Artículo 50. Literal a).- La estipulación “*exonera*” o al menos “*limita*” la responsabilidad del predisponente (vendedor). A la par de esto, el pacto le traslada al adquirente el impacto (la Diferencia de Áreas y su costo asociado) derivado de “*hechos u omisiones*” de la empresa inmobiliaria. Y ello ocurre en tanto, por definición, nos encontramos ante reducciones métricas unilaterales que no resultan *excusables* para el vendedor.
- Artículo 50. Literal e). Conforme a lo ya expuesto con ocasión al artículo 1398 del

Código Civil y con ocasión al artículo 49.2 del CPDC, la cláusula *ad corpus* “*excluye*” o por lo menos “*limita*” los derechos legales reconocidos a los consumidores atendiendo a fundamentos *no excusables* para el proveedor.

(ii) Causal de “ineficacia relativa” en el Modelo *ad corpus* de Autotutela.

- Artículo 51. Literal b).- La cláusula *ad corpus* voluntaria también califica como abusiva bajo este literal, toda vez que le permite a la empresa inmobiliaria “modificar unilateralmente” los términos y condiciones de la compraventa en perjuicio del consumidor. Si bien en el Modelo de Autotutela la aludida facultad sí surge a partir de “motivos expresados” en el acuerdo, no se le concede al adquirente un derecho de desvinculación alguno, lo que detona su ilicitud.

Cabe dedicar algunas líneas a la consecuencia del carácter abusivo del Modelo de Autotutela que sobrepasa el $\pm 2\%$ del Área Declarada tanto con arreglo al Código Civil, como bajo el CPDC.

A nuestro parecer, el remedio más razonable para estas patologías no es la nulidad o la inexigibilidad (dependiendo del estatuto a ser aplicado) de la totalidad del vínculo derivado de la estipulación *ad corpus*¹⁵¹. Esto generaría la completa inoperatividad de semejante cláusula en el programa contractual. En cambio, en aplicación del principio de conservación del contrato y en aras de evitar una ruptura grave del equilibrio económico buscado por el proveedor (que a la postre llevaría a una distorsión del sistema de precios), resulta preferible decantarnos por la reducción del *quantum* de dispersión métrica (sin alterar el precio de venta), siempre que ello resulte compatible con

151 Con menor razón, podría concebirse la invalidación de la totalidad de la compraventa, lo cual resultaría nefasto para el adquirente.

la común intención de las partes. Esta reducción forzosa operaría hasta igualar el rango de desviaciones permitidas al límite porcentual máximo de error tolerable ($\pm 2\%$ del Área Declarada).

Nos explicamos. Supongamos que el predisponente se reserva el derecho potestativo de introducir ajustes métricos hasta por una Diferencia de Áreas igual al $\pm 10\%$ del Área Declarada, con arreglo al 1577 del Código Civil. En esta hipótesis, el predisponente determina una dispersión contractual ($\pm 10\%$) que engloba o contiene el *quantum* máximo de dispersión técnicamente admisible ($\pm 2\%$). Luego, este último rango –*prima facie* lícito– debe reputarse *como* implícitamente querido por el predisponente; y ello a pesar de la ilicitud de la regla que permita reajustes superiores al $\pm 2\%$. El que desea lo más, no puede no desear lo menos, si esto último resulta divisible y le reporta *per se* un resultado útil. Por lo tanto, siendo lícito el rango $\pm 2\%$, la nulidad o inexigibilidad de la cláusula *ad corpus* abusiva deberían operar como una reducción forzosa de la cuantía de Diferencias permitidas, quedando neutralizado solo el exceso no *excusable* respecto al rango de tolerancia admisible ($\pm 2\%$).

Nos encontramos frente a un supuesto de reducción forzosa del vínculo contractual ilícito.

En suma, si la autonomía privada –sea o no mediante la remisión al artículo 1577 del Código Civil– introduce un rango de Diferencias con bandas superiores al $\pm 2\%$ del Área Declarada, dicho exceso calificará como abusivo, debiendo ser reducido hasta una franja de dispersión que considere el porcentaje de desviación técnicamente admisible. Si el proveedor introduce ajustes métricos que sobrepasan aquellos márgenes, recaerá en un incumplimiento contractual.

b. Análisis de legalidad del Modelo Discrecional en la contratación estandarizada privada y del consumidor

Examinaremos ahora el Modelo *ad corpus* Discrecional remitido voluntariamente a las bandas previstas en el artículo 1577 del Código Civil. Como se podrá recordar, en estos casos, la propia estructura del derecho potestativo que se reserva el vendedor ocasiona que el comprador-adherente quede sujeto a una decisión unilateral, inopinada e indiferente de reducir la superficie del inmueble sin repercusión en el precio¹⁵². Se trata de un eventual re-análisis de la conveniencia económica de quedar vinculado bajo ciertas reglas operado por el titular y responsable del proceso edificatorio.

A mayor detalle, considerando que el vendedor cuenta con el control técnico de la edificación y puede tomar precauciones para evitar una Diferencia de Áreas, opinamos el Modelo Discrecional en el paradigma *greenfield* no resulta neutral (o, lo que es similar, resulta desequilibrado o agresivo para el comprador). Esta afirmación se sustenta en las siguientes razones:

1. Primero.- El modelo le traslada al comprador el riesgo de la –excepcionalísima¹⁵³– re-evaluación de la conveniencia económica del vínculo por el vendedor, con indemnidad patrimonial de éste último post revaluación. En efecto, tras haber contratado, la inmobiliaria que se reserve una cláusula *ad corpus* discrecional puede decidir, de manera libre e indiferente, que reducirá sus costos mediante la disminución métrica de la unidad para, correlativamente, obtener mayores utilidades que las proyectadas originalmente.

152 En lenguaje de asignación de riesgos, con esto se coloca el Riesgo Primario en cabeza del adquirente consumidor.

153 Tal como ocurre en la retroventa, donde el vendedor inexperto puede dejar sin efecto el contrato de manera discrecional e incondicionada para recuperar el bien materia de compraventa.

2. Segundo.- Genera en el vendedor incentivos perversos favorables a la disminución del metraje de la unidad, pues esta eventual reducción rebajará la cuantía patrimonial del sacrificio *prima facie* prometido por el vendedor y sin que éste asuma responsabilidad civil, sin verse obligado a devolver parte del precio y sin verse ante la resolución del contrato. Si el vendedor tuviese lícitamente en sus manos la posibilidad de modificar los términos del proyecto para incrementar la utilidad de la operación sin consecuencias adversas, ¿qué le impediría racionalmente ejercerla?
3. Tercero.- Si la situación expuesta se generalizase, nada le impediría al vendedor especular, por un lado, creando déficit de áreas tolerados en diversas unidades y, por el otro, incrementar las dimensiones de otras unidades que pueda colocar a un precio más alto. Todo ello canalizaría un puro afán especulativo.

Pero esto no convierte automáticamente en “abusiva” a la cláusula que nos ocupa, menos aún si es que el *ius variandi* se encuentra limitado por ciertos topes cuantitativos. Para tales efectos, resulta¹⁵⁴ necesario determinar la viabilidad de su subsunción en los límites de la autonomía privada previstos tanto por el Código Civil como por el CPDC.

De entrada, examinaremos la óptica del Código Civil. Al respecto, consideramos que si bien el propósito del pacto es la re-evaluación de la conveniencia económica de la operación, cuenta con el efecto preponderante¹⁵⁵ de “exonerar” o al menos “limitar” la responsabilidad del predisponente por actuaciones sub-óptimas (culpa) recayendo así, aunque a través de un itinerario indirecto, en la prohibición del artículo 1398 del Código Civil. Ello en la medida que la cláusula faculta al proveedor a desviarse de la promesa *prima facie* realizada sin que se verifique motivo alguno, evitando indirectamente la configuración de consecuencias desfavorables (responsabilidad civil, reajuste de precio y, eventualmente, resolución) derivadas de no tomar las precauciones esperables al llevar a cabo su proceso productivo.

En segundo lugar, conforme al régimen del CPDC, la cláusula *ad corpus* discrecional podría calificar como abusiva, tanto en la regulación general como en la específica del mencionado cuerpo normativo.

Respecto a la subsunción general, el pacto analizado (Modelo Discrecional) queda encuadrado en la definición de “cláusulas abusivas” contemplada en el artículo 49.2 del CPDC¹⁵⁶, puesto que, en contra de las exigencias de la buena fe:

154 Si bien en el ámbito de los contratos paritarios estipulaciones de esta naturaleza podrían ser admisibles con ciertas cortapisas, como se ha mencionado anteriormente.

155 Se trata de un remedio dispuesto a favor del adherente y el riesgo de ejercicio disfuncional tiene una mayor magnitud que la del ejercicio “*benévolo*” o razonable, que más bien parecen incidentales y anecdóticos.

156 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas

“49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba”.

(i) Coloca al adquirente (consumidor), en su perjuicio, en una situación de desventaja. Ello al trasladarle a este último una contingencia (el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas) que el adquirente no puede controlar ni tampoco prever, en tanto su configuración depende del mero arbitrio indiferente e inmotivado de su contraparte: la inmobiliaria.

(ii) “Anula” ciertos derechos que el comprador (consumidor) tendría bajo los estatutos del derecho común como resultado de la falta de cabida inicialmente prometida. Nos referimos a remedios tales como (a) el resarcimiento de daños y perjuicios, (b) la reducción del precio y, ocasionalmente, (c) la resolución del contrato.

En lo que respecta a la subsunción específica, el Modelo Discrecional también dará lugar a una “cláusula abusiva”. Y esta podría subsumirse tanto en las “causales de ineficacia absoluta” (reguladas en el artículo 50 del CPDC) como en una “causal de ineficacia relativa” (reguladas en el artículo 51 del CPDC). Pasamos a explicarnos:

(i) Causales de “ineficacia absoluta” en el Modelo *ad corpus* Discrecional:

- Artículo 50. Literal a).- Como se vio anteriormente, la estipulación “excluye” o al menos “limita” la responsabilidad del predisponente (vendedor) por culpa, en vista de las razones ya expuestas con ocasión al artículo 1398 del Código Civil, previamente mencionado. Además, con mayor claridad, la cláusula le traslada al

adquirente el impacto económico por hechos u omisiones originadas en la inmobiliaria, en tanto estamos hablando de una reducción de superficie *no excusable* que la vendedora estuvo en situación de evitar, controlar o prever¹⁵⁷.

Artículo 50. Literal e). La cláusula *ad corpus* “excluye” o por lo menos “limita”, mediante una vía indirecta, derechos legales reconocidos a los consumidores (a saber: el resarcimiento de daños y perjuicios, la reducción del precio y, ocasionalmente, la resolución del contrato) sin que se requiera la verificación de motivo alguno para ello.

(ii) Causales de “ineficacia relativa” en el Modelo *ad corpus* Discrecional:

- Artículo 51. Literal b).- Ello en tanto la cláusula *ad corpus* le permite al proveedor modificar unilateralmente los términos y condiciones de la compraventa (en cuanto al objeto y al contenido), en perjuicio del adherente-comprador. Por definición, el poder modificativo introducido mediante el Modelo Discrecional podrá realizarse de manera inopinada, por ende, excluye la previsión de motivo alguno, lo cual per se ya convierte a la cláusula en abusiva. En efecto, el ejercicio inopinado e indiferente del *ius variandi* por la inmobiliaria no obedece a ningún motivo atendible o tan siquiera objetivo, previsto con anterioridad. Del mismo modo, el modelo no le confiere al adquirente ningún tipo de desistimiento ante la modificación del proyecto¹⁵⁸, lo

157 Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.

“Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor”. (...)

158 Artículo 51.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa

cual constituye una causa adicional para afirmar la vejatoriedad del pacto.

c. Tratamiento de supuestos dudosos en la contratación estandarizada privada y del consumidor:

La cláusula *ad corpus* incorporada por la inmobiliaria podría ser ambigua, es decir, podría no resultar clara –en la común intención de las partes– su atribución al Modelo de Autotutela o al Modelo Discrecional. Ante tal coyuntura, y siendo que nos encontramos en el ámbito de la contratación estandarizada, creemos que debería ser aplicable el criterio hermenéutico *contra proferentem*¹⁵⁹ contenido en el artículo 1401 del Código Civil y en el artículo V.2 del Título Preliminar del CPDC, según resulten aplicables.

Como se sabe, en virtud de esta regla interpretativa, de todos los significados que puede adoptar una cláusula *ad corpus* el órgano competente deberá elegir aquel que sea más favorable al adherente (comprador). Dicho significado favorable con toda probabilidad determinará que la cláusula *ad corpus* califique dentro del Modelo de Autotutela¹⁶⁰, con las derivaciones mencionadas anteriormente.

3.4. Revisión de argumentos que pretenden justificar la admisibilidad de la cláusula *ad corpus* en las ventas de residencias en planos estandarizadas privadas y del consumidor

A continuación, revisaremos los argumentos que, en nuestro medio, han buscado respaldar la licitud de cláusulas *ad corpus* en ventas de viviendas futuras y estandarizadas privadas y del consumidor¹⁶¹ (único ámbito que analizaremos en este apartado), bajo la dispersión $\pm 10\%$ prevista en el artículo 1577 del Código Civil. A tales efectos, conviene advertir que las objeciones planteadas, por un lado, se refieren únicamente a la asignación al comprador de lo que hemos denominado como Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas; y, por el otro, omiten distinguir entre los Modelos Discrecional y de Autotutela. Pese a ello, pasaremos revista a aquellas opiniones.

Un *primer argumento* considera que el pacto *ad corpus* atípico en ventas de residencias en planos viene a ser una manifestación lícita de la libertad contractual (en particular, de la libertad de configuración interna). Variantes de esta corriente fundan la operatividad de la estipulación en (i) el conocimiento efectivo o posibilidad de conocimiento que respecto a aquella pudo haber tenido el adquirente (Flores Flores, 2020, p. 72)¹⁶², (ii)

“De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

(...)

b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica”.

159 Al respecto, véase: Smith (2006, pp. 1175-1222).

160 En este primer escenario, la inmobiliaria no slo deberá alegar el motivo de su reajuste frente a una eventual impugnación del comprador, sino que debería estar en capacidad de acreditarlo con los medios probatorios que corresponda.

161 Esta tarea ha sido realizada por ciertos estudiosos al margen de la distinción entre modelos *ad corpus* y de la pertenencia del pacto a contratos paritarios con negociación individualizada o a aquellos estandarizados del consumidor.

162 El autor se cuestiona sobre lo siguiente: “(...) si los compradores conocían la cláusula *ad corpus*, podríamos presumir que al firmar el contrato lo leyeron íntegramente, pero, ¿es suficiente?; por otro lado, ¿se les explicó estos términos?, más aún, si consideramos que es un término propio del Derecho, es decir, no tiene una significación fuera de la contratación, no siendo un término coloquial o del habla común; ¿se hizo hincapié sobre esta cláusula que resultó ser determinante del conflicto?”

que, al final del día, el comprador tuvo la posibilidad de acudir a la modalidad de la venta *ad mensuram* (Guzmán Arias, 2020, p. 64), (iii) que la estipulación constituye un uso y costumbre en las transacciones inmobiliarias, o (iv) que la prohibición del pacto podría contravenir el artículo 62 de la Constitución, en tanto, de concretarse aquella, los tribunales tratarían a la operación como si fuese una venta sobre medida, lo cual no responde a la común intención de las partes (Mejorada, 2014).

El defecto de esta tendencia es evidente: no toma en cuenta que la autonomía privada es un poder parametrado (Schlesinger, 2002, p. 106), esto es, un poder privado que encuentra límites mandatorios en el propio sistema legal, con cual el contrato interactúa¹⁶³. En ese sentido, la constatación de que el pacto *ad corpus greenfield* no se encuentra respaldado por el Derecho dispositivo (al no quedar subsumido en el artículo 1577 del Código Civil) aunada a los límites a la autonomía privada aplicables a aquel pacto atípico (conforme al acápite 3.3 del presente trabajo), son suficientes para desvirtuar la primera posición.

Cabe pronunciarnos brevemente sobre algunas variantes del primer argumento. Si bien ciertos remedios provistos por el sistema legal quedan fuera de juego cuando el proveedor brinda información clara al adherente-consumidor¹⁶⁴, en principio, este no es el caso de la prohibición de cláusulas abusivas.

Por otra parte, neutralizar ciertas manifestaciones de la estipulación *ad corpus* atípica no parece vulnerar el artículo 62 de la Constitución. En primer lugar, como ya se mencionó, el artículo 1577 no subsume a la venta *ad corpus* de residencias futuras, por lo que la eventual prohibición del pacto en aquellas operaciones no desvía al pacto de su

cauce natural (pues el artículo 1577 no es tal) ni contraviene la común intención de las partes. En segundo lugar, aun cuando el referido artículo fuera aplicable a esta cláusula en el paradigma *greenfield –quod non–*, nuestro Código Civil acoge el Modelo *ad corpus* Relativo, el cual contempla expresamente el reajuste del precio en caso de Diferencias de Áreas *esenciales*. Y este reajuste opera incluso dentro de la modalidad *ad corpus*, esto es, sin desnaturalizar la operación y sin desplazarla al terreno de las ventas por unidad de extensión. Por ende, las conclusiones a las que hemos arribado en el presente trabajo no tergiversarían la común intención de las partes ni vulnerarían el mandato constitucional, sino que se limitarían a corregir disfuncionalidades en base a los valores que el sistema legal ha considerado como dignos de protección, y cuya tutela ha confiado a las normas imperativas.

Un *segundo argumento* (acogido por el Tribunal de INDECOPI en la Resolución 2816-2019/SPC) asevera que el artículo 1577, al disciplinar las cláusulas *ad corpus*, presupone la razonabilidad del pacto también en operaciones sobre bienes futuros. Ello en tanto la norma civil no distingue entre los subtipos de compraventa a los que sería aplicable. En buena cuenta, este argumento propugna –sin mencionarlo explícitamente– la aplicación del artículo 1577 a escenarios *greenfield* en observancia del brocardo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (“donde la ley no distingue está prohibido distinguir”). Luego –se infiere–, al ser regulado por la norma dispositiva, las cláusulas *ad corpus per se* serían equilibradas y deberían presumirse lícitas.

Este argumento es errado. La regla según la cual donde la ley no distingue está prohibido distinguir es una mera derivación del método literal de

163 Ello sin mencionar que los usos integrativos del contrato (y, por ende, con valor jurídico) no pueden constituirse como tales si resultan *contra legem*, esto es, contrarios a las normas imperativas.

164 La plausibilidad de esta situación es una discusión aparte de la cual no nos ocuparemos en las presentes líneas.

interpretación normativa. Como se desarrolló en el numeral 2.1.c), la citada máxima no es la única derivación atendible del criterio literal. Y aun cuando fuera así, el criterio literal –globalmente considerado– no solo no es la única pauta hermenéutica existente y atendible, sino que carece de primacía y bien puede ser desacreditado por los otros métodos interpretativos.

En este orden de ideas, basándonos en una aplicación conjunta de los diversos métodos de interpretación legal, hemos concluido que el campo de aplicación del artículo 1577 incluye a las ventas de inmuebles de segundo uso y no así a las ventas de residencias por construir¹⁶⁵. Por consiguiente, si las partes de una venta *greenfield* se remiten libremente al artículo 1577 solo habrán operado una regulación voluntaria *per relationem*, sin que el tipo legal de encuadramiento respalde –por considerarlas neutras– las reglas emanadas de su autonomía privada. Luego, a esta cláusula *ad corpus* atípica, le serán plenamente aplicables los límites a la autonomía privada (tales como la prohibición de cláusulas abusivas), sin que la subsumición típica le confiera al pacto una primera línea de defensa contra la ilegalidad.

Otro argumento pretende fundar la aplicación de la cláusula *ad corpus* a las ventas de bienes futuros en la idea según la cual una la Diferencia de Áreas

puede operar no solo en contra, sino también a favor del comprador¹⁶⁶. Bajo esta lógica, la estipulación aludida no sería desequilibrada¹⁶⁷ ni podría ser considerada como abusiva. Y es que ambas partes, por igual, ostentarían las mismas desventajas y oportunidades.

El razonamiento ahora revisado podría plantearse de manera plausible si la regla *ad corpus* operase en ventas de bienes de segundo uso (donde la estabilización de la información sobre la superficie resulta *prima facie* ajena a la conducta de las partes¹⁶⁸) e incluso en ventas aleatorias de bienes futuros (*emptio spei*)¹⁶⁹, donde la superficie del inmueble (uno de los aspectos de la prestación) bien podría depender de un factor de riesgo externo a las partes.

Empero, el caso de los intercambios estereotípicos sobre residencias por construir es diametralmente distinto a los casos antes enunciados, por las relaciones existentes entre la posición de la vendedora y la desviación métrica. En efecto, en la venta de bienes futuros, la dispersión métrica final del inmueble no se encuentra condicionada ni influenciada por factores de riesgo externo y ajeno a la influencia de los actores. En cambio, bajo el paradigma *greenfield*, es la vendedora quien controla el proceso e ingeniería y construcción del inmueble, del cual deriva metraje *as built*¹⁷⁰.

165 Con todo, si alguna lección puede extraerse de la regulación civil, pasible de ser aplicada *mutatis mutandi* a la venta en planos, es el hecho de que el vendedor puede descargar el Riesgo de la Diferencia en tanto ello sea *excusable* para él y no derive de su negligencia o dolo.

166 En ese sentido: Guzmán Arias (2020, p. 61)

167 Ibid., p. 57. Según el autor, esta regulación no anula ningún derecho del consumidor o, en todo caso, semejante sacrificio se vería compensado con la ventaja asociada a favor del consumidor. Discrepamos con esta afirmación pues, conforme a lo explicado en el numeral 3.4 del presente trabajo.

168 Esto es, a factores *excusables*, desconocidos y ajenos al control razonable de las partes.

169 Al respecto, en otro trabajo (Vásquez Rebaza, 2020) manifestamos lo siguiente:

“En línea con su origen, un contrato será aleatorio cuando (i) la existencia de por lo menos una de las prestaciones y/o (ii) algún aspecto importante de aquellas (como su calidad, cantidad, temporalidad y ubicación), resulta incierto o contingente, ya sea por la naturaleza de la operación o conforme a la común intención de las partes. Más allá de que el evento aleatorio sea futuro, coetáneo o previo al acuerdo, la incertidumbre aludida implica que las variables antes mencionadas dependan de un factor de riesgo externo a los contrayentes, es decir, ajeno a su control, influencia y conocimiento”.

170 Consecuentemente, es la vendedora la única parte del contrato que se encuentra en capacidad de causar que la residencia cuente con las dimensiones originalmente prometidas.

Cuando la propia inmobiliaria, titular del proceso edificatorio, se reserva una estipulación *ad corpus*, surgirá en aquella empresa un interés directo (a manera de incentivo perverso) respecto a la generación de un déficit o exceso del área *as planned*, en tanto ambas consecuencias repercutirán directamente en los costos y beneficios que la vendedora extraerá de la operación.

En efecto, por un lado, la inmobiliaria *ad corpus* cuenta con fuertes incentivos para reducir la extensión en planos originalmente comprometida, y de este modo, rebajar la cuantía del sacrificio patrimonial prometido a la contraparte; y ello sin asumir responsabilidad, sin disminuir el precio de compra y sin activar un derecho de desistimiento de su contraparte. Si el vendedor *ad corpus* tuviese el derecho potestativo de incrementar legítimamente la utilidad de la operación por su sola declaración de voluntad, racionalmente no tendría por qué no emplear esta facultad. Por otro lado, si el vendedor *ad corpus* pudiese legítimamente decidir no incrementar el sacrificio de la promesa —a través de un exceso de metraje no remunerado por un precio suplementario— con toda probabilidad no causará un excedente métrico. Es por ello que, en los hechos, es bastante anecdótica la construcción de exceso de metraje respecto a aquel *as planned*, produciéndose la inmensa mayoría de reajustes en desmedro del adquirente.

En suma, la posición en que se encuentra la vendedora respecto a la superficie inmobiliaria *as planned* determina la falla del argumento que funda la licitud de la cláusula *ad corpus greenfield* en el argumento según el cual Diferencia de Áreas constituye un peligro/oportunidad (riesgo-beneficio) para el comprador.

Por lo demás, este argumento no toma en cuenta que conceder al adherente (comprador) un dere-

cho simétrico a aquel que el predisponente (vendedor) se reserva es una fórmula que no siempre es capaz de dotar de licitud a un pacto disfuncional. Dicho de otra manera, la fórmula que busca evitar el carácter abusivo de una cláusula —solo con conceder una ventaja formalmente simétrica (o cualquier ventaja) al adherente no necesariamente resulta idónea, al menos en los sistemas del *civil law*. La violación de un límite de la autonomía privada difícilmente podría quedar *saneada* confiriéndole a la víctima un poder idéntico a la de la contraparte si es que la estabilización de este derecho en favor del adquirente depende no de aquel, sino de su contraparte (como ocurre con el vendedor *ad corpus* en los escenarios *greenfield*)¹⁷¹.

En cuarto lugar, se intenta consolidar la presencia de la regla *ad corpus* en transferencias de residencias por construir bajo la constatación de que la industria inmobiliaria cuenta con límites intrínsecos, los cuales impiden la producción de un Área Real milimétricamente coincidente con el Área Declarada. En vista de la lógica dificultad en la determinación exacta y precisa de la extensión de los inmuebles, hallaría sentido que la vendedora no garantice la producción de una superficie final idéntica a la originalmente prometida.

Conceptualmente, la afirmación antes explicitada no tiene objeción de nuestra parte. Existe cierto *quantum* de Diferencia de Áreas *excusable* para la compañía inmobiliaria a ojos de la industria y del mercado (incluyendo los agentes económicos razonables que se ubican en posición de la demanda). Este *quantum* es precisamente el rango de error técnicamente tolerable que referencialmente asciende al $\pm 2\%$ del Área Declarada.

Cuando la dispersión $\pm 2\%$ del Área Declarada —o una menor— se encuentre en una cláusula *ad corpus* incluida en una venta de residencias por

171 Permitir que el eventual exceso del metraje no eleve el precio a pagar es una oportunidad que definitivamente le aporta un valor al comprador. Pero semejante estipulación no disipa el peligro de déficit de superficie sin reducción en el precio, que es precisamente el peligro (Riesgo Primario) que desequilibra la relación hasta tornarla abusiva.

construir (Modelo de Autotutela), no resultará desequilibrado colocar en el comprador el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas. En esta hipótesis no estaremos frente a una cláusula abusiva.

En contraste, si la vendedora se reserva una *holgura edificatoria* que exorbita el rango de error técnicamente tolerable, como se analizó en los numerales 3.2 y 3.3 del presente trabajo, el exceso podría dar lugar a una cláusula abusiva tanto bajo el Código Civil como bajo el CPDC. Semejante exceso disfuncional se verifica cuando el vendedor-predisponente acude –voluntariamente– a la dispersión tolerada ($\pm 10\%$) prevista en el artículo 1577¹⁷²⁻¹⁷³ del Código Civil.

En *quinto lugar*, hay quienes sostienen que el pacto *ad corpus* atípico es lícito, pues la desviación menor o igual a la Zona de Tolerancia contenida en el artículo 1577 ($\pm 10\%$) constituiría una divergencia meramente incidental. Este argumento se basa en el carácter hipotéticamente irrelevante del interés del comprador en la fluctuación de la cabida (sin repercusión en la contraprestación) que asiente con la regla *ad corpus*. Así, para el comprador *ad corpus* la medida exacta del inmueble se encontraría en un “segundo plano”, por haberse privilegiado “otros aspectos” del inmueble al cerrar la operación (Guzmán Arias, 2020, p. 59).

Discrepamos de este punto de vista por dos razones. En primer lugar, la interpretación histórica ha puntualizado ya que la Zona de Tolerancia prevista en el artículo 1577 fue concebida para ventas estereotípicas de bienes presentes. La aludida dispersión $\pm 10\%$ no resulta idónea para ventas *greenfield* pues, por un lado, aquella refleja

un *quantum* para desviaciones métricas mucho mayor al $\pm 2\%$ (que es aquel tolerable en la industria) y, por el otro, no toma en cuenta el impacto (económico y funcional) que representa para el comprador de viviendas urbanas recibir un Área Real hasta 10% menor a lo planificado.

En segundo lugar, en una venta de bien en planos, el adquirente no tiene ni puede tener inmediatez con el bien al tiempo de contratar. Luego, a ese momento, el comprador no podrá levantar información fidedigna sobre las características físicas intrínsecas y determinar si la unidad es apta para satisfacer la función de habitabilidad. Considerando que el inmueble físico no ha podido ser fuente de información para el adquirente, simplemente no resulta posible que existan “otros aspectos” físicos del inmueble que pudieran haber sido “privilegiados” por el comprador al tiempo de contratar. Los documentos *as planned* fueron los únicos tomados en cuenta por el adquirente y, como se advierte, tuvieron un rol protagónico en la determinación del contenido contractual. Por ende, la alteración unilateral por el vendedor de dichos documentos normativos más allá de lo admisible técnicamente muy difícilmente podría ser calificada como “incidental”.

Finalmente, conviene recordar que no pretendemos afirmar que la totalidad de cláusulas *ad corpus* incorporadas en ventas estandarizadas de bienes futuros resultan abusivas, ya sea bajo el régimen del Código Civil, ya sea bajo el régimen del CPDC. Y es que nuestro ordenamiento dictamina¹⁷⁴ que en ciertos supuestos la evaluación de las circunstancias específicas podría terminar por justificar una estipulación que, en apariencia, po-

172 En tal hipótesis, la Diferencia de Áreas *excusable* se encuentra bastante lejana a ser (por exceso o defecto) al 10% del Área Declarada en planos.

173 Ello sin considerar que el impacto de una reducción de metraje es permanente, a diferencia de lo que ocurre con los atrasos en la entrega de las unidades, que se disipan una vez efectuada la entrega conforme de la unidad.

174 Véase, al respecto, la cláusula 49.2 del CPDC, según la cual “[p]ara la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa”.

see dicho carácter. En ese sentido, podría resultar más conveniente identificar al pacto que nos convoca como uno sospechoso de ser abusivo o con un presunto carácter vejatorio.

4. La venta *ad corpus* de residencias en planos en la jurisprudencia administrativa nacional. Análisis de dos resoluciones emblemáticas.

4.1. El criterio del Tribunal de INDECOPI en la Res. 1233-2015/SPC

Conforme expusimos en otra oportunidad (Vásquez Rebaza, 2016, pp. 441-448), el 12 de agosto de 2010, los señores Gustavo Miguel Begué Iturrizada y Patricia Cecilia Cáceres Núñez (en adelante, los “señores Begué Cáceres”) celebraron con Shamrock del Perú S.A.C. (en adelante, la “Inmobiliaria”) una compraventa de bien futuro por la cual se programó la transferencia del departamento No. F-301, ubicado en la Calle los Apaches No. 170, Santiago de Surco, Lima el cual (en adelante, el “Inmueble”), a cambio de US \$ 167,000.00. En el contrato se estableció que el Inmueble contaría con 138m² (Área Declarada). No obstante, en la cláusula tercera del referido negocio jurídico se estipuló lo siguiente:

(...) cualquier eventual diferencia entre las áreas señaladas en los planos y las finales, no darán [sic] derecho a el comprador a resolver el presente contrato ni a solicitar disminución en el precio pactado. En el caso que la variación del área sea de menos de y supere el cinco por ciento (5%) a lo establecido en el artículo segundo, el comprador tendrá pleno derecho a solicitar el reembolso por diferencial de áreas recibidas de acuerdo al precio de venta del inmueble [sic] (...).

El Inmueble fue entregado a los señores Begué Cáceres el 22 de diciembre de 2011, siendo su área final la de 136.09m² (Área Real)¹⁷⁵.

A consecuencia de ello, los señores Bergué Cáceres denunciaron a la Inmobiliaria bajo los artículos 18 y 19 del CPDC.

La Comisión de Protección al Consumidor declaró infundada la denuncia indicando que la diferencia de metros entre los 138m² prometidos en el contrato de compraventa y el área finalmente registrada (136.09m²) se encontraba dentro de los límites de tolerancia establecidos en el Reglamento Nacional de Tasaciones¹⁷⁶.

Como contrapartida, el Tribunal de INDECOPI revocó dicha resolución bajo los siguientes argumentos:

175 Según consta en los asientos de la Partida Registral en la que el inmueble fue inscrito.

176 Reglamento Nacional de Tasaciones. Resolución Ministerial 126-2007- VIVIENDA. Artículo II.C.30.-

“La tolerancia aceptable en las diferencias de medición que encuentra un perito con relación a la que figura en los títulos de propiedad, son las siguientes:

- a) En las medidas lineales
 - En terreno plano 0.5%
 - En terreno accidentado 0.8%
- b) En áreas
 - En terrenos de forma regular 2.0%
 - En terrenos de forma irregular 2.5%

En caso que las medidas lineales y áreas estén fuera de las tolerancias, el perito dejará constancia de la diferencia y ejecutará la valuación de acuerdo a las medidas y áreas que figuran en los títulos de propiedad o certificados que correspondan”.

(...) para efectos de las normas de protección al consumidor, no resulta idóneo que un proveedor ofrezca al consumidor un producto con determinado metraje y luego se lo entregue con medidas distintas a las ofrecidas. Ello en tanto un consumidor adquiere un departamento motivado no sólo por las características que puede tener sino por sus dimensiones siendo el tamaño (metraje) una característica esencial del inmueble que se desea adquirir; así, dada la oferta inmobiliaria, será un elemento importante para adoptar una decisión de consumo o no. En tal sentido, si el proveedor informa que el bien tendrá determinada medida, este tiene la obligación de entregarle un inmueble con el metraje ofrecido; lo contrario, implicaría una afectación al deber de idoneidad. Ello independientemente de que se haya celebrado la compraventa del bien materia de denuncia bajo la modalidad *ad corpus*, figura legal que se encuentra recogida en el artículo 1577 del Código Civil. Asimismo, al margen de si el bien aún se encuentra pendiente de construcción (en planos) o si este ya se encuentra edificado de manera previa a la compra, no se puede exigir al consumidor que compruebe las medidas exactas de un bien pues el consumidor siempre tendrá la legítima confianza de que recibirá el mismo en base al metraje que proveedor [sic] le informó.

Adicionalmente, el mencionado Colegiado excluyó la operatividad de la cláusula *ad corpus* en las operaciones contemporáneas de compraventa inmobiliaria. En efecto, a criterio del Tribunal:

[el artículo 1577 del Código Civil] data del año 1984, y obedece a una realidad distinta a la regulada en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En efecto, dicha figura legal (compraventa *ad corpus*) resultaba mucho más compatible con los bienes comercializados en aquella época (fundos,

fincas, terrenos), siendo perfectamente comprensible que un bien fuera vendido fijando el precio por un todo y no por su extensión.

En ese sentido, atendiendo las características físicas que se presentan en este tipo de bienes, en los cuales resulta común que la superficie o las medidas y colindancias no sean exactas o sea difícil calcularlas debido a su forma geométrica irregular (un terreno accidentado, por ejemplo), pactar una venta *ad corpus* encuentra su razón de ser, mas no en la actualidad y sobre un área urbana en el que la tecnología permite entregar exactitud en la información al consumidor [Énfasis y corchetes agregados].

En este orden de ideas, el Colegiado consideró que, si bien la modificación en las medidas del Inmueble efectuadas por la Inmobiliaria se encontraba dentro del rango de divergencias toleradas conforme a la compraventa, no podría concluirse que la diferencia de 1,91m² sea mínima, en tanto dicha área, por ejemplo, equivaldría a las dimensiones que normalmente corresponderían a un pequeño depósito. Lo mencionado, terminaría por afectar las expectativas de los denunciados.

Como consecuencia de ello, se revocó la Resolución 2291-2014/CC2 de la Comisión y, reformándola, declaró fundada la denuncia de los señores Begué Cáceres. Adicionalmente, se ordenó a la Inmobiliaria, como medida correctiva, restituir el dinero pagado por los denunciados por los metros cuadrados dejados de recibir en la unidad inmobiliaria adquirida y sancionó a aquella con 2 UIT, por la entrega de una menor área respecto a la ofrecida.

El criterio que se puede inferir del fallo resulta claro: incluso habiendo mediado la estipulación *ad corpus*, la inmobiliaria no puede trasladar al adquirente –ni siquiera parcialmente– el Riesgo Primario de la Diferencia de Áreas, esto es, el cos-

to del déficit de superficie sin conceder derecho a reajustar el precio. En efecto, en caso tal Diferencia se materialice, el impacto siempre será asumido económicamente por el vendedor, mediante la restitución de la parte del precio proporcional al área deficitaria.

Este criterio fue seguido por el Tribunal de INDECOPI en distintas resoluciones posteriores.

4.2. El *revirement* del Tribunal de INDECOPI. La Resolución 2816-2019/SPC-INDECOPI

Si bien no fue un precedente vinculante, el criterio adoptado por el Tribunal de INDECOPI en pronunciamientos como la Resolución 1233-2015/SPC tuvo influencia en los órganos administrativos. Empero, a finales del año 2019, el mencionado Órgano, con una nueva conformación, operó un *revirement* mediante la Resolución 2816-2019/SPC.

A continuación, pasamos a resumir apretadamente los hechos que motivaron el sentido de la resolución.

El 18 de agosto de 2016, los señores Arturo Jose Maria Lucar Alvarez y Cherry Noreen Lucar (en adelante, los “Señores Lucar”) celebraron una minuta de compraventa de bien futuro (en adelante, el “Contrato”) con la empresa inmobiliaria Intraformas S.A. (en adelante, la “Inmobiliaria”).

En la Cláusula Tercera se estableció expresamente que el área del Departamento No. 301 (en adelante, el “Departamento”) era de 135m² “aproximadamente”, tal como se aprecia a continuación:

Por el presente contrato de compraventa de bien futuro, EL VENDEDOR transfiere a favor de LOS COMPRADORES, la propiedad de los siguientes inmuebles: 01 DE-

PARTAMENTO FLAT N° 301 de 135 m² de área total aproximada.

Asimismo, la Cláusula Décimo Primera del Contrato dispuso que el precio de venta se mantendría en la suma pactada en caso que el área del inmueble fuere mayor o menor en 5% (como máximo) al área indicada en la Cláusula Tercera (esto es, 135m², que era el Área Declarada):

(...) las partes convienen que el precio de venta se mantendrá en la suma pactada en la Cláusula Octava, en caso que el área del inmueble materia del presente contrato, fuere mayor o menor en 5% (como máximo) al área indicada en la cláusula tercera.

Tras culminarse la edificación, la información contenida en la partida registral determinó que el Departamento No. 301 contaba con un Área Real de 132,66 m². Consecuentemente, los Señores Lucar denunciaron a la Inmobiliaria ante INDECOPI.

En mayo de 2018, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor, admitió a trámite la denuncia interpuesta, imputándole –entre otras– la presunta infracción de los artículos 18 y 19 del CDPC, en tanto el proveedor denunciado habría vendido a los denunciantes un Departamento con un área de 132,66 m² (Área Real o as built), pese a que habría ofrecido que la unidad contaría con un área de 135 m² (Área Declarada o as planned).

En junio de 2018, la Inmobiliaria presentó sus descargos aduciendo que:

- El Contrato, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1577 del Código Civil, estipuló que el precio de venta se mantendría en la suma pactada en caso el área del inmueble fuere mayor o menor en 5% al área indicada en el acuerdo.

- El porcentaje señalado en el Contrato era la mitad de lo estipulado en el ordenamiento jurídico, significando ello un beneficio para los clientes.
- Los Señores Lucar conocían acerca de la posible variación del 5% en las medidas del departamento y el estacionamiento, habiendo brindado su conformidad con dicha Cláusula y firmando la minuta sin objeción alguna, pues al tratarse de bienes futuros, podría existir una variación en las medidas de estos, ya sea mayor o menor.

En setiembre de 2018, los denunciantes manifestaron mediante un escrito que:

- La Cláusula Décimo Primera –alegada por la denunciada– había sido declarada abusiva y de ineficacia absoluta por la Sala Especializada en Protección al Consumidor.
- La diferencia de 2,34 m² constituía un área considerable, en la que fácilmente podía alcanzar un baño de visitas o un depósito; además, el valor de la diferencia en el metraje ascendía a S/ 14'795,82.
- El error en la cantidad que derivó en la menor extensión del Inmueble pudo haber sido fácilmente advertido al momento de diseñar el espacio del ascensor ubicado al lado de su inmueble.

El 23 de noviembre de 2018, la Comisión de Protección al Consumidor, mediante Resolución 2743-2018/CC2, declaró infundada la denuncia interpuesta, bajo el argumento de que la variación de metraje se encontraba dentro del rango de tolerancia pactado por las partes.

En mayo de 2019, los denunciantes apelaron bajo los siguientes argumentos:

- No se consideró que la Cláusula Décimo Primera del Contrato (denominada cláusula *ad corpus*) había sido declarada abusiva por la Sala.
- No se tuvo en cuenta que dicha Cláusula vulneraba sus intereses económicos y su racionalidad tenía asidero en contratos de compraventa de inmuebles construidos antiguamente.
- Actualmente, las empresas inmobiliarias cuentan con la tecnología y conocimientos técnicos suficientemente desarrollados a fin de evitar incumplimientos contractuales respecto al área ofrecida, siendo que un error en la cantidad permitiría al proveedor obtener ganancias importantes en perjuicio de los consumidores.
- En el mercado inmobiliario, el metraje es un factor muy importante que influencia en el proceso deliberativo para adquirir una vivienda, siendo que los 2,34 m² que no se les entregó: (a) significaban una pérdida de S/ 14,795,82; que (b) se trataba de un área que podría equivaler a un baño de visitas o un depósito; y que, de saber que su vivienda carecería de dicha área, seguramente no habrían adquirido el inmueble.
- La divergencia de áreas pudo haber sido fácilmente advertida por la denunciada al momento de diseñar el espacio del ascensor, ubicado más del lado del Inmueble que del Departamento 302.

El 9 de octubre de 2019, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante Resolución 2816-2019/SPC-INDECOPI, confirmó la resolución apelada de la Comisión, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la infracción (entrega de un inmueble con un área

menor a la ofrecida). En la resolución de la Sala se aprecian los siguientes argumentos:

- En el Contrato se estipuló la venta de un inmueble bajo la aplicación de la cláusula *ad corpus*, figura legal recogida en el artículo 1577 del Código Civil, conforme al cual: (i) el precio del bien inmueble se fija “por el todo” y no por su extensión (aun cuando esta última se indique en la venta); y, (ii) únicamente en caso exista una diferencia de medidas (entre aquella señalada en el contrato y aquella entregada finalmente) que supere el 10%, procedería la reducción y/o ajuste del precio.
- Los consumidores aceptaron la posibilidad de que el inmueble tuviera un metraje inferior a la medida aproximada aludida en el contrato de compraventa. Ello, con un tope límite del 5%, el cual resultaba incluso “más garantista” que el porcentaje dispuesto por el Código Civil, del 10%.
- La diferencia entre el área final del departamento de los denunciados (132,66 m²) y el área indicada en el contrato de compraventa como medida aproximada (135 m²) se encuentra dentro del margen establecido en el Código Civil y en el contrato respectivo, el cual fue debidamente suscrito y aceptado por las partes. Luego, la Inmobiliaria no incurrió en una infracción del deber de idoneidad previsto en el Código.

Finalmente, el *revirement* del Tribunal de INDECOPI quedó consolidado en los siguientes términos:

(...) si bien la Sala con una anterior conformación, consideró que pactar la cláusula *ad corpus* en un contrato inmobiliario contrave-

nía las normas de protección al consumidor; a través del presente pronunciamiento, **esta Sala, con su actual conformación, discrepa de dicho razonamiento**, pues -a su criterio- las cláusulas *ad corpus* contenidas en los contratos inmobiliarios encuentran justificación y respaldo legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1577° del Código Civil [*Énfasis agregado*].

Mención aparte merece el argumento empleado por la Sala para justificar la aplicación de la disciplina del artículo 1577 a la venta de residencias en planos, parafraseando un trabajo que tuvimos oportunidad de elaborar en el año 2015:

(...) se ha manifestado en doctrina que la normativa civil admite la posibilidad de entregar un inmueble con una diferencia en el área (de hasta el 10%), debido a la lógica dificultad en la determinación exacta y precisa de la extensión de las unidades inmobiliarias (en razón a la inexistencia de una base catastral única a nivel nacional, geometría irregular de los polígonos que conforman el perímetro de algunos inmuebles, métodos de medición inexactos, entre otros)¹⁷⁷.

Sin embargo, más allá de que la cita no resulta aplicable al paradigma *greenfield*, debemos precisar que nuestro trabajo fue pensado exclusivamente en ventas de segundo uso y no abordó la problemática de la venta *ad corpus* de residencias por construir. De ello se dejó constancia expresa:

(...) la regulación de la cláusula *ad corpus* no ha sido diseñada para aquellas situaciones en las que el bien no existe o no está individualizado al momento de la celebración del acuerdo, sino que será resultado de un procedimiento de elaboración o transformación. Se trata de casos como los de las compraven-

177 La referencia efectuada por la Sala corresponde a nuestro siguiente trabajo: Vásquez Rebaza (2016, pp. 73-76).

tas de bienes futuros y de bienes genéricos. La extrapolación de dichas reglas al ámbito de los bienes futuros es ciertamente dudosa, a pesar de su frecuencia en la praxis¹⁷⁸.

4.3. Valoración personal de los criterios emblemáticos del Tribunal de INDECOPI sobre la cláusula *ad corpus* en ventas estereotípicas de residencias en planos

A continuación, efectuaremos una valoración crítica del sentido de la Resolución 1233-2015/SPC y de la Resolución 2816-2019/SPC asumiendo que, en ambos casos, los órganos administrativos se pronunciaron sobre contratos estandarizados (de adhesión y/o con cláusulas generales de contratación) en el marco de relaciones de consumo¹⁷⁹ y, a manera de ejercicio, también en relaciones privadas. Este ejercicio permitirá poner a prueba las conclusiones a las que arribamos en el presente artículo.

En ambas resoluciones, el Tribunal de INDECOPI analizó –con suertes distintas– el ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil¹⁸⁰, entre otras cuestiones de interés que pasaremos a revisar.

A nuestro parecer (Vásquez Rebaza, 2016, 441-448), la Resolución 1233-2015/SPC tomó un rumbo equivocado al eliminar la eficacia de una estipulación *ad corpus* en una venta de residencia en planos sin asociar dicho efecto neutralizador a algún límite de la autonomía privada consagrado en el sistema legal. Y es que no resulta factible de-

jar de aplicar un pacto libremente estipulado solo porque, a ojos de los tribunales, aquel resulta anacrónico, agresivo o inconveniente para alguna de las partes. Para excluir –total o parcialmente– una regla contractual, la Sala se encontraba obligada valerse de alguna de las instituciones jurídicas aptas para provocar tal efecto y a sustentar su aplicación al caso concreto.

Ahora bien, ¿qué solución habríamos propuesto en el problema concreto analizado por aquella Resolución? Desde nuestra perspectiva, en el caso existía una ambigüedad sobre si la venta en cuestión adoptó el Modelo *ad corpus* Discrecional o aquel de Autotutela, como fluye de la siguiente redacción:

(...) cualquier eventual diferencia entre las áreas señaladas en los planos y las finales, no darán [sic] derecho a el comprador a resolver el presente contrato ni a solicitar disminución en el precio pactado. **En el caso que la variación del área sea de menos de y supere el cinco por ciento (5%) a lo establecido en el artículo segundo**, el comprador tendrá pleno derecho a solicitar el reembolso por diferencial de áreas recibidas de acuerdo al precio de venta del inmueble [sic] (...) [Énfasis agregado].

En efecto, el intérprete podría albergar la duda razonable sobre si, mediante la frase antes resaltada, se buscó otorgar al vendedor el derecho potestativo de ajustar la extensión sin impacto en el precio (i) en base a su mera re-evaluación unilateral e

178 Vásquez Rebaza, op. cit., p. 82.

179 Todo ello con información idónea brindada al adherente-consumidor.

180 Y es que, tal como ha destacado Tarello (1980, pp. 44 – 45), quien aplica el derecho también –y como actividad precedente para su aplicación– lo interpreta. A mayor abundamiento:

“Entonces, según el uso lexical, y según las concepciones difundidas, quien “aplica” la ley al mismo tiempo la “interpreta”. Sin embargo, según el uso lexical y según las concepciones hoy prevaletentes, quien “aplica” la ley hace algo más que “interpretarla” en el sentido que el vocablo tiene cuando se refiere al jurista doctrinal. “Aplicar”, en efecto, se usa prevalentemente con referencia a las actividades de los jueces y los funcionarios administrativos, esto es, de aquellos cuya acción tiene consecuencias relevantes en las situaciones jurídicas de otros sujetos, y la continuidad o discontinuidad de cuyas operaciones tiene consecuencias importantes para la estabilidad o el cambio de un sistema jurídico”.

indiferente –aunque acotada en su *quantum*– de conveniencia económica (Modelo Discrecional) o (ii) con el objeto de fijar en 5% el umbral de divergencia métrica tolerable (Modelo de Autotutela). En caso como estos, el criterio *contra proferentem* contemplado en el artículo 1401 del Código Civil y en el artículo V.2 del Título Preliminar del CPDC y debió haber entrado a tallar para adscribir el pacto al Modelo de Autotutela.

Con arreglo al mencionado esquema, en virtud del artículo 49.2 del CPDC, la cláusula *ad corpus* voluntaria calificaría como un pacto atípico abusivo por el exceso de la Diferencia de Áreas respecto al umbral de error técnicamente tolerable ($\pm 2\%$ respecto al Área Declarada). Luego, la *holgura constructiva* sobrante respecto al máximo admisible ameritará una reducción forzosa hasta la dispersión $\pm 2\%$ del Área Declarada. A similar conclusión se habría podido llegar, en el régimen privado, bajo el artículo 1398 del Código Civil.

Como en el caso concreto, la Diferencia de Áreas se encontró dentro del rango técnicamente excusable (al ser igual al 1.38% del Área Declarada), se presume que la vendedora actuó legítimamente al reducir dicho metraje sin impactar el precio. Por ende, no habría correspondido restitución alguna a favor del comprador.

Pasando a otro punto, discrepamos –aunque por distintas razones que en el primer caso– con el sentido de la Resolución 2816-2019/SPC del Tribunal de INDECOPI. La objeción radica en que esta última operó una suerte de validación abstracta de la venta *ad corpus* en planos (*greenfield*) sin interpretar el artículo 1577 del Código Civil y, por ende, sin dilucidar el correcto ámbito de aplicación de dicha norma. Y es que la Sala aplicó aquel artículo basándose única y exclusivamente en una de las derivaciones del método literal, lo cual resulta legalmente incorrecto.

Desde el punto de vista práctico, la conclusión de la Sala en la Resolución 2816-2019/SPC no es menos problemática, pues envía al mercado los siguientes tres mensajes cuestionables:

(i) *Primero*, el artículo 1577 subsume y gobierna la venta de residencias en planos, independientemente si se acordó el Modelo Discrecional o de Autotutela.

(ii) *Segundo*, el ajuste superficial permitido para el vendedor (sin responsabilidad, reducción de precio o derecho de desistimiento) se encuentra en el orden $\pm 10\%$ del Área Declarada (esto es, dentro de la Zona de Tolerancia para las ventas de segundo uso). Esta magnitud no es compatible por la tutela del adherente, pues:

(a) es bastante lejana al porcentaje de error técnicamente admisible: $\pm 2\%$ del Área Declarada. Fuera de este último porcentaje de fluctuación, por definición, la divergencia métrica no es más excusable para la vendedora, en tanto esta pudo haber evitado la Diferencia de Áreas a bajo costo y con un estándar ordinario de precaución.

(b) no toma en cuenta el impacto (económico y funcional) que representa para el comprador recibir un Área Real hasta 10% menor a lo planificado para una vivienda urbana.

(iii) *Tercero*, lo que es más grave, la lectura meramente literal de la Sala podría avalar la asignación al comprador del Riesgo Secundario de la Diferencia de Áreas. Como ya hemos explicado, se trata de una regla según el cual, bajo el artículo 1577 (que la Sala reputa aplicable a las ventas en planos), el comprador queda vinculado a la compraventa cuando, pese a reajustarse el precio por superarse la dispersión $\pm 10\%$, la Diferencia de Áreas es tan exorbitante que lesiona las expectati-

vas razonables del adquirente. En estos casos, el comprador queda sensiblemente expuesto a la lesión de la función de habitabilidad de la operación. Y ello como consecuencia de la conducta de su contraparte, un proveedor (que casualmente es la parte “fuerte” de la relación contractual).

¿Pero cuál habría sido la solución deseable para el caso analizado por la Resolución 2816-2019/SPC? En nuestra opinión, al igual que en la hipótesis anterior, no existe claridad sobre si las partes adoptaron el Modelo *ad corpus* Discrecional o el Modelo de Autotutela, tal como se desprende de la cláusula incorporada:

(...) las partes convienen que el precio de venta se mantendrá en la suma pactada en la Cláusula Octava, **en caso que el área del inmueble materia del presente contrato, fuere mayor o menor en 5%** (como máximo) al área indicada en la cláusula tercera [Énfasis agregado].

Ante la oscuridad del pacto, lo habría correspondido es, en aplicación de la regla *contra proferentem*, entender que el sentido jurídicamente relevante del pacto determina su operatividad solo ante las limitaciones de la industria constructiva (Modelo de Autotutela). Dado que el rango contractual (exceso o déficit del Área Declarada) traspasa el umbral de error técnicamente aceptable ($\pm 2\%$), el primero se reduce forzosamente hasta igualar al segundo.

Al igual que en el caso anterior, la Diferencia de Áreas (ascendente a 1.73% del Área Declarada) se mantuvo dentro del rango de admisible. Luego, se presume que la reducción de metraje operó legítimamente, dentro del rango de error aceptable. Por ende, no correspondía reajuste alguno del precio.

5. Reflexión final

En el presente trabajo hemos analizado el problema constituido por el ámbito de aplicación del artículo 1577 del Código Civil y sus repercusiones en los contratos inmobiliarios (privados y de consumo) con ocasión a la frecuente estipulación de ventas de bienes futuros bajo la modalidad *ad corpus*. Se trata de una cuestión compleja cuyos abordajes doctrinales y jurisprudenciales en nuestro país no han sido particularmente ambiciosos ni convincentes.

Dilucidar la calificación y admisibilidad legal de la regla *ad corpus* en operaciones inmobiliarias sobre bienes futuros supone aplicar los criterios de interpretación normativa más emblemáticos, conducentes e idóneos.

Como consecuencia de ello, hemos concluido que en las ventas de residencias en planos (*paradigma greenfield*) la cláusula *ad corpus* no queda subsumida por el artículo 1577 del Código Civil, ni se encuentra disciplinada por dicha norma supletoria. Consecuentemente, si bien el pacto se encuentra respaldado por la autonomía privada, carece de habilitación específica por el Derecho dispositivo y sus funciones.

Por otro lado, si bien en operaciones paritarias y con negociación individualizada el pacto *ad corpus* tiende a ser lícito, en ventas estandarizadas (privadas y de consumo) semejante estipulación cuenta con importantes limitaciones legales, las cuales, según se trate del Modelo de Autotutela o el Modelo Discrecional, podrían llegar a neutralizar –parcial o incluso totalmente– sus efectos jurídicos.

En el ámbito antes mencionado, no se puede dejar de considerar que el análisis del carácter abusivo de un pacto podría llegar a requerir la evaluación de las circunstancias específicas, las cuales podrían justificar la razonabilidad en concreto del pacto evaluado. Por ende, en situaciones como la apenas descrita,

la cláusula *ad corpus greenfield* calificaría solo como uno *sospechoso de ser abusivo*.

Finalmente, advertimos la presencia más de una opinión y/o criterio jurisprudencial que -como el expuesto por el Tribunal de INDECOPI en la Resolución 2816-2019/SPC- se decantan (i) por la aplicación automatizada y acrítica del artículo 1577 a las ventas que se encuadran en el paradigma *greenfield* y (ii) por respaldar la licitud abstracta de la cláusula en ventas de bienes futuros estandarizadas (privadas y del consumidor).

Confiamos en que lecturas como las objetadas no hallen eco futuro en nuestro sistema y sean revertidas en el más breve plazo. Sin perjuicio de ello, y siguiendo las razones propuestas por Robert Hillman para las reformas legislativas (1994, pp. 1514 y ss.), parece deseable una futura aclaración del artículo 1577 del Código Civil en el sentido que (en atención a su origen, presupuestos y función) confirme que el ámbito correcto de aplicación de la norma es el de las ventas de bienes de segundo uso.

Hasta entonces, se revela indispensable, por parte de los operadores jurídicos, una lectura sistemática, funcional y reflexiva de las instituciones legales; y, por parte de los adquirentes, la revisión cuidadosa de los términos y condiciones que regulan las que -para cada uno de ellos- con toda probabilidad serán de las operaciones económicas más importantes de sus vidas.

Bibliografía

- Alcántara Francia, O. y Carranza Álvarez, C. (2020). La venta *ad corpus* en los contratos de compraventa inmobiliaria con los consumidores. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), pp. 33-42.
- Alessandri Rodríguez, A. (2011). De la compraventa y la promesa de venta (Tomo I, Volumen 2). Jurídica de Chile.
- Badenes Gasset, R. (1995). El contrato de compraventa, T.I, Bosch.
- Barchi Velaochaga, L. (2006). El *ius variandi* en los contratos para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. *Derecho & Sociedad*, (26), 187-210.
- Betti, E. (1975). Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Revista de Derecho Privado.
- Bianca, M. (1972). La vendita y la permuta. En Vassallo, F. (Dirección) *Trattato di Diritto Civile Italiano* (Tomo I, Vol. VII). Unione Tipografica-Editrice Torinese.
- Blandino Garrido, M. A. (2015). Contenido y efectos del contrato. En Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E. y Sánchez Gonzáles, M. P. (Editores). *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (pp. 245-301). Atelier.
- Bullard González, A. (2006). El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor. En *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (pp. 497-666). Palestra.
- Capozzi, G. (1988). Dei singoli contratti. Giuffré.
- Castañeda, J. (1970). El contrato de compraventa. Amauta.
- Chiassoni, P. (2011). Técnicas de Interpretación Jurídica. Breviario para Juristas. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- De la Puente, M. y Cárdenas Quirós. (2015). Compraventa. En Revoredo, D. (Comp.).

Código Civil: Exposición de motivos y comentarios (Tomo VI). Thomson Reuters.

- Diéguez Oliva, R. (2006). La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato. En Cañizares Laso, A. *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (pp. 105-126). Tecnos.
- Díez Arnáiz, M. (2017). La protección del consumidor en la compraventa de vivienda: especial referencia a las cláusulas abusivas. *Revista electrónica del Departamento de Derecho (REDUR)*, 123-154. <https://doi.org/10.18172/redur.4165>
- Durand Carrión, J. (30 de noviembre de 2016). *La cláusula ad corpus en la compraventa de bienes inmuebles afecta los derechos del consumidor*. La Cátedra del Consumidor. Recuperado el 26 de diciembre de 2020 de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/2016/11/30/la-clausula-de-ad-corporis-en-la-compraventa-de-bienes-inmuebles-afecta-los-derechos-del-consumidor/>
- Durand Carrión, J. (2020). La contratación inmobiliaria frente a los nuevos desafíos del derecho del consumidor. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), 43-51.
- Fernández Fernández, César. (2020) Compraventa ad corpus o en bloque. En Muro Rojo, M. y Torres Carrasco, M (Coords.). *Código Civil Comentado. Comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (Tomo VII, pp. 185-191). Gaceta Jurídica.
- Ferrante, A. (2012). La reducción del precio en la compraventa. Thomson Reuters Aranzadi
- Flores Flores, P. (2020). La cláusula ad corpus en los contratos inmobiliarios. Un diálogo entre la protección al consumidor y el Derecho Civil. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), 68-77.
- Gabrielli, E. (2013). El tipo contractual. En *Estudios sobre teoría general del contrato* (Traducción, revisión y notas de R. Morales Hervias y W. Walter Vásquez). Jurista Editores.
- Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2003). *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- Guastini, R. (2016). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.
- Guzmán Arias, C. (2020). El retorno de la cláusula ad corpus en INDECOPI. Casi una bienvenida. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), 52-67.
- Hillman, Robert. (1994). Standarts for revising Article 2 of the U.C.C.: The NOM Clause Model. *William & Mary Law Review*, 35 (4), 1509-1532.
- Ignatescu, C. (2017). Interpretation of the legal norm. Applications of the principle ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. *European Journal of Law and Public Administration*, Tomo 4, (2), 41-49.
- Josserand, L. (1951). *Derecho Civil* (Tomo II, Vol. II, Contratos). Jurídicas Europa-América.
- Junyent Bas, F. y Meza, M. (2015). El contrato de compraventa en el Código Civil y Comercial. En Stiglitz, R. (Dir.). *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 1-23). Thomson Reuters, La Ley.

- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual. *Revista de Derecho privado*, (37), 169-266.
- Lefebvre, F. (2016). Compraventa inmobiliaria. Lefebvre-El Derecho.
- León Barandiarán, J. (1965). *Contratos en el Derecho Civil Peruano* (Tomo I). Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Martín León, A. (2014). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, IV (16), 65-85.
- Mazeaud, H., L. y J. (1962). Lecciones de Derecho Civil (Trad. De L. Alcalá-Zamora y Castillo, Parte Tercera, Vol. III, Los Principales Contratos). Jurídicas Europa-América.
- Mejorada, M. (2 de diciembre de 2014). La venta ad corpus y la defensa del consumidor. *Ius 360*. Recuperado el 20 de julio de 2015 de <http://www.ius360.com/jornada-por-los-30-anos-del-codigo-civil/la-venta-ad-corpus-y-la-defensa-del-consumidor/>
- Meneses Gómez, A. (2020). La cláusula ad corpus en los contratos de compraventa inmobiliaria. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), 78 - 86.
- Musio, A. (2015). Della vendita di cose immobili. En *Codice Civile Commentario* (Fundado por P. Schlesinger y continuado por F.D. Busnelli). Giuffrè,
- Paz Supo, W. (2018). Calificación jurídica de la cláusula ad corpus en el contrato de compraventa de bien inmueble celebrado al amparo de la libertad contractual en una relación de consumo [Tesis para optar por el título de abogado]. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Pérez Gurrea, R. (2016). Análisis jurisprudencial de la compraventa de viviendas en construcción. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (755), 1630 - 1649.
- Pérez Gurrea, R. (2016a). Cláusulas abusivas en la compraventa inmobiliaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (757), 2920-2932.
- Perlingieri, P. (2010). I negozi su beni futuri. I. La compravendita di “cosa futura”. Edizioni Schientifiche Italiane.
- Pinto Andrade, C. (2013). El contrato de compraventa de vivienda en construcción y su incumplimiento. Controversias habituales entre compradores y promotores inmobiliarios. Bosch.
- PMI. (2017). A guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK Guide) (6th Edition). Project Management Institute.
- Rodas Ramos, C. (2020). La cláusula ad corpus en el derecho de protección al consumidor. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (264), 87 - 97.
- Rubino, D. (1952). La compravendita. Giuffrè.
- Rubio Correa, M. (2009). Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, (10^a Edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schlesinger, P. (2002). La autonomía privada y sus límites. *Proceso & Justicia*, (3), 103-110.
- Smith, H. (2006). Modularity in contracts: Boilerplate and information flow. *Michigan Law Review*, (104), 1175 - 1222.

- Tarello, G. (1980). L'interpretazione della legge. Giuffrè.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución No. 1233-2015/SPC-INDECOPI. 20 de abril de 2015.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor. Resolución No. 2816-2019/SPC-INDECOPI. 9 de octubre de 2019.
- Tribunal Supremo Español. Sentencia del 31 de enero de 2001.
- Troiano, S. (2007). La vendita di cosa futura. En Valentino, D. (al cuidado de). I contratti di vendita. En Rescigno, P. y Gabriello, E. *Trattato dei Contratti*. UTET.
- Troplong, R. T. (1954). Della Vendita. Comentario sul titolo VI, Libro III del Codice Civile. Dallo stabilimento dell'Antologia Legale.
- Urbano Salerno, M. (2011). Negocios inmobiliarios. La Ley.
- Vásquez Rebaza, W. (2016). La cláusula ad corpus y la compraventa de inmuebles para vivienda. *Derecho PUCP*, (76), 61-89.
- Vásquez Rebaza, W. (2016). La cláusula ad corpus en la compraventa inmobiliaria. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (35), 73-76.
- Vásquez Rebaza, W. (2 de enero de 2020). The Witcher, la "Ley de la Sorpresa" y los contratos aleatorios. *Ius 360*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 de <https://ius360.com/the-witcher-la-ley-de-la-sorpresa-y-los-contratos-aleatorios-walter-vasquez>
- Vega Nuñez, B. (29 de octubre de 2019). La cláusula ad corpus en los Contratos de compraventa de bien futuro celebrados por inmobiliarias. *Agnitio*. Recuperado el 26 de diciembre de <http://agnitio.pe/2019/10/29/la-clausula-ad-corpus-en-los-contratos-de-compraventa-de-bien-futuro-celebrados-por-inmobiliarias/>