
FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Año 19, Número 20 (2022)

DERECHO CIVIL

Francesca Benatti | Mario Castillo Freyre

Sergio García Long | Jesús Hernández Peña

Marco Antonio Ortega Piana | Alex Plácido Vilcachagua

Raúl Ravina Sánchez | Jorge Reátegui Pilco

Verónica Rosas Berastain | Juan Carlos Ruiz Molleda

Patricia Santillán García | Massiel Silva Santisteban

Walter Vásquez Rebaza | Deyvid Usco Rutti



**FORO
ACADÉMICO**
Asociación Civil

Revista Foro Jurídico

Año XIX - N° 20 – Febrero 2022

Primera edición, Lima, Febrero 2022

Revista editada en: Lima - Perú

Copyright © 2022. Asociación Civil Foro Académico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N°

ISSN: 2414-1720 (impreso)

ISSN: 2520-9922 (en línea)

Revista elaborada y editada por la Asociación Civil Foro Académico

Oficina: Av. Universitaria No 1801 San Miguel - Segundo Piso de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

Teléfono: 626-2000, Anexo 5666

consejoeditorial@foroacademico.pe | forojuridico.consejoeditorial@gmail.com

<https://www.foroacademico.pe> | <https://www.parthenon.pe>

Director del Consejo Editorial de la Revista N° 20 de la Asociación Civil Foro Académico – Enzo Gómez Rojas – Editor Jefe

Impreso por:

Aleph Impresiones SRL

Jirón Riso 580 Lince (Lima)

ibd@alepimpresiones.net

Impreso en Lima, Perú

Tiraje: 100 ejemplares

El contenido de los artículos publicados en la revista Foro Jurídico, así como las opiniones y posturas plasmadas en ellos, son de responsabilidad única y exclusiva de los autores.



FORO JURÍDICO

Revista de Derecho

Editada por estudiantes de la
Facultad de Derecho PUCP

20

Foro Jurídico es una Revista de Derecho de periodicidad anual, editada y publicada en formato impreso y electrónico, por parte de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Foro Académico se fundó en 2001 y cuenta con más de veinte (20) años difundiendo periódicamente el conocimiento jurídico de las distintas ramas del Derecho.

El contenido de la revista Foro Jurídico es pluritemático abordando diversas áreas del Derecho en general. Sin embargo, en nuestras últimas ediciones, se han desarrollado temas y conceptos enfocados en un mismo eje temático, el cual varía con cada publicación anual.

Foro Jurídico es una revista dirigida a investigadores de la rama, abogados profesionales, estudiantes de Derecho y público académico en general. A través de sus artículos, escritos por reconocidos profesores y abogados nacionales e internacionales, permite ampliar los conocimientos y difundir estudios, realizados en áreas poco abordadas, con la finalidad de generar mayor interés en la investigación.

La revista se encuentra disponible y se puede consultar en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



FORO
ACADÉMICO

Asociación Civil

CONSEJO ASESOR

Revista Foro Jurídico N.º 20

Patricia Janet Beltrán Pacheco,
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Millitza Franciskovic Ingunza,
Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú

Henry Huanco Piscoche,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Enrique Varsi Rospigliosi,
Universidad de Lima, Perú

EQUIPO EDITORIAL

Enzo Rodrigo Gómez Rojas
(Director)

Diana Sol Alcalá Espinoza
Sofía Frida Bernabé Orihuela
David Enrique Cox Cruz
Rosario Lorena Flores Coria
Marcia Alejandra Gonia Farfán
Abigail Ana Quispe Rojas
Indira Janet Iran Salcedo Ramos
Marisol Caroline Tolentino Zelarayan
Silvana Esperanza Oriundo Melgar

ÁRBITROS

Emilio Balarezo Reyes | Eduardo Buendía de los Santos | José Carlos Fernández Salas
Víctor Herrada Bazán | Rómulo Morales Hervias | César Moreno More
Gabriela Ramírez Parco | Carlos Tamani Rafael | Marco Torres Maldonado
Olga Fiorella Vásquez Rebaza | Roger Vidal Ramos | Marco Villota Cerna
Gustavo Zambrano Chávez | Erika Zuta Vidal

Foro Jurídico es la publicación principal de la Asociación Civil Foro Académico, asociación de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La asociación civil Foro Académico fue fundada el año 2001. Como producto editorial, Foro Jurídico recibe y publica artículos de destacados actores jurídicos, con la finalidad de promover la discusión académica y aportar a la difusión de la cultura jurídica. Foro Jurídico podrá ser encontrada en el Repositorio Digital del Sistema de Bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FORO ACADÉMICO (2021-2)
Asociación Civil de Estudiantes de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Consejo Directivo

André Luciano Tabraj Valdez
Presidente del Consejo Directivo

Simón Gonzales Astupiñan
Director de Administración y Control

Nilton Néstor Mitsuo Vásquez Cadillo
Director de Imagen Institucional

Nadia Elizeth Ibarra Laurente
Directora de Actualidad Jurídica

Andrea Tovar Vera
Directora de Eventos

Barbara Stephanie López Cieza
Directora de Investigaciones

Mayra Susana Huivin Villarreal
Directora de Economía

Piero Giancarlo Curi García
Director de Publicaciones

Comisión de Imagen Institucional

Lizeth Sheyla Carpio Pantani
Fiorella Yvonne Arana Huarancca
Elba Yasire Villanueva Tello Cruz
Sofía Frida Bernabé Orihuela
Eliane Cecilia Andía Espinoza
Marcia Alessandra Gonia Farfán
Laura Ximena Rafaele Paucar

Comisión de Economía

Rosario Lorena Flores Coria
Mauricio Rafael Copaja Chambilla
Adriana Alexandra Alvarado De la Cruz
Gianela Ivette Roque Valladares
Nicole Anthuanne Gómez Rojas
Zonia Aurelia Tutaya Romero
Meyci Shessira Gambini Rojas

Comisión de Investigaciones

Karina Belén Cárdenas Pomalaza
Juan Rubén Quijano Calderón
María Josefina Cortez Medina
Julio Cesar Vargas Llanos
Percy Paolo Ríos Villegas
Iván Harol Bedriñana Livia

Comisión de Actualidad Jurídica

Isavo Irina Vargas López
Indira Janet Salcedo Ramos
Carolina Emperatriz Díaz Jurado
María de los Ángeles Ramos Velarde
Juana Guadalupe Núñez Samaniego
Marisol Caroline Tolentino Zelarayan
Briggite Alexandra Vilcapoma Apari
Gladys Ximena Torres Ventura
Katherine Camila Flores Zamudio

Comisión de Eventos

José Manuel Espinoza Rocha
Anggie Nicolle Arellano Vela
Juan Antonio Velapatiño Herrera
María de los Ángeles Velazque Leiva
Thalía Jackelin Maquera Platero
Diego Larico Vargas
Guadalupe del Pilar Chucos Apumayta
Winy Marilyn Espinoza Flores

Comisión de Publicaciones

Valeria Ysela Viñas Moya
David Enrique Cox Cruz
Mónica Lizet Espinoza Granizo
Richard Alejandro Castellón García
Abygail Ana Quispe Rojas
Miguel Ángel Carpio Negrón
Rosa Irene Garavito Ruiz
Diana Sol Alcalá Espinoza
Medalit Stefanny Damian Yupanqui
Rosa Victoria Arteaga Pajares

Comisión de Administración y Control

Enzo Rodrigo Gómez Rojas
Wendy Allison Vásquez Rodríguez
Silvana Esperanza Oriundo Melgar
Karla Ximena Poma Arrieta
María Stephanie Perales Ocampo

PRESENTACIÓN

Foro Académico nació hace veinte años como el proyecto de un grupo de estudiantes que tenía como objetivo crear un espacio nuevo que permitiese la mayor difusión y discusión crítica del Derecho. Esta es la intención que se vio claramente plasmada en la primera editorial de esta revista, que presentó la primera publicación escrita de la asociación a la comunidad jurídica.

Foro Jurídico ha sido, desde entonces y hasta hoy, el producto más representativo de la asociación y el que, de alguna forma, ha capturado siempre la esencia del momento que vive esta institución en su desarrollo. De hecho, esta edición se trabajó durante la pandemia de la COVID-19, una de las peores crisis sanitarias que ha vivido la humanidad, lo cual ha representado sin duda un reto para nosotros y nos ha obligado a repensar muchas de nuestras formas de trabajo.

Revisar los números anteriores de la revista es revivir mediante sus páginas la historia y las vivencias de este destacado grupo humano que es la asociación civil Foro Académico, para ser testigos no solo de su permanente evolución, sino además del esfuerzo y sacrificio que otros antes que nosotros afrontaron para permitir que estemos hoy aquí. La historia de Foro Académico es, en muchos sentidos, la historia de Foro Jurídico, que no es otra cosa que el producto del incansable trabajo y dedicación de generaciones de mujeres y hombres decididos a contribuir a la cultura jurídica nacional.

La asociación ha afrontado etapas muy distintas en su natural crecimiento, que se ven plasmadas también en el desarrollo de la revista. Foro Jurídico nació como una publicación multitemática, que promovía mucho la participación de los propios asociados a partir de la elaboración de artículos de investigación. Posteriormente, las variaciones en la estructura interna de la asociación y los propios cambios en la dinámica de las revistas de estudiantes dentro de la Facultad de Derecho de la PUCP, determinaron que se opte por publicaciones con ejes temáticos, preocupados siempre por optimizar la calidad de la publicación, que nos lleva al momento actual, donde nuestras normas de publicación y Código de Ética, así como la implementación de procesos de revisión arbitrada por pares, reflejan la preocupación de la asociación en continuar elevando la calidad de su trabajo.

Todo lo anterior es el resultado de un espíritu de comunidad que ha sabido afianzarse, de una cultura de trabajo que nos ha permitido prevalecer en el tiempo y de un sueño que aún hoy, al igual que en el año 2001, despierta el interés y el entusiasmo de los alumnos y alumnas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. La Facultad, nuestra casa, ha cumplido hace poco un siglo de existencia y podemos decir con orgullo que Foro Académico ha formado y formará también parte de su historia, con su renovado compromiso por la excelencia y la justicia.

Es así, estimado lector, que en sus manos tiene, no solo el resultado del esfuerzo y el trabajo de un dedicado grupo de personas comprometidas con la difusión de la cultura jurídica, sino que tiene, además, el testimonio vivo del crecimiento de una institución y el resultado de esfuerzo de generaciones de estudiantes que hicieron posible, en alguna medida, que usted pueda disfrutar de esta publicación.

Por ello, quiero terminar estas líneas agradeciendo a todas las personas que han hecho posible esta publicación, a los miembros del Consejo Asesor, por su constante apoyo y su valiosa guía en este proceso; a los miembros del Consejo Editorial, por su compromiso y colaboración en esta edición; a la Asamblea General de Foro Académico, por otorgarme el enorme privilegio de dirigir esta edición de la revista; a las generaciones de ex-asociados, que construyeron esta asociación que hoy nos cobija y cuyo esfuerzo a lo largo del tiempo ha permitido que hoy seamos lo que somos; y a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por su constante apoyo a nuestro trabajo.

Finalmente, no quisiera dejar de mencionar que este número de Foro Jurídico se emite en memoria de los profesores que tuvieron que partir recientemente, y que contribuyeron de manera decidida a la formación y al crecimiento de generaciones de asociados de Foro Académico. Así, quisiera también honrar la memoria del profesor Javier Neves Mujica, el profesor César Delgado Barreto, la profesora Rita Sabroso Minaya y el profesor Carlos Ramos Núñez. Cada uno de ellos ha destacado de manera innegable en el ámbito académico y profesional, pero sobre todo por su calidad humana. Su memoria y ejemplo serán siempre una guía para nosotros, en este largo camino que es nuestra formación. Hasta siempre, maestros.

Enzo Rodrigo Gómez Rojas

Editor de la Revista Foro Jurídico N.º 20

En defensa del textualismo contractual: una lección del Common Law¹

In defense of contractual textualism: a lesson from Common Law

Francesca Benatti²

Resumen. El texto examina los dos métodos de interpretación utilizados en el Common Law estadounidense: el textualismo y el contextualismo. Tras observar la preferencia de las partes por el textualismo, destaca las razones por las que parece ser el método más eficaz. Este método es más respetuoso con sus voluntades y es capaz de interpretar las necesidades del mundo empresarial con mayor eficacia. La realidad práctica muestra cómo las mismas partes pueden decidir cómo hacer que el contexto sea relevante.

Abstract. The text examines the two methods of interpretation used in the American Common Law: textualism and contextualism. After looking at the parties' preference for textualism, it highlights the reasons why it appears to be the most effective method. This method is more respectful of their wishes and is able to interpret the needs of the business world more effectively. The practical reality shows how the same parties can decide how to make the context relevant.

Palabras clave. Contratos, textualismo, contextualismo, interpretación

Keywords. *Contracts, textualism, contextualism, interpretation*

Sumario: 1. Textualismo y contextualismo. 2. La preferencia de las partes. 3. El papel del contexto. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

1. Textualismo y contextualismo

Al abordar el tema de la interpretación contractual³, se podrían recordar las palabras de *Justice Scalia*: “si hay un texto, es obvio que hay que leerlo”. Sin embargo, detrás de la broma sarcástica, se esconde una de las grandes cuestiones del derecho actual que envuelve perfiles teóricos y prácticos en igual medida. Como se ha subrayado, “en toda ciencia existen ciertos problemas fundamentales que, si bien pueden desaparecer temporalmente en la masa de la materia o perder su interés en la aglomeración de cuestiones particulares, por la importancia que tienen para la ciencia, vuelven continuamente a la superficie y requieren atención. La interpretación es, para las ciencias jurídicas, uno de estos problemas. Si bien este problema puede pasar temporalmente desapercibido cuando el interés de los juristas es absorbido por temas particulares, nunca puede quedar desactualizado, dada su importancia para la ciencia jurídica. Contiene, de hecho, cuál es el problema fundamental de toda ciencia jurídica: ¿qué es el derecho?” (Merkl, 1987, p. 257). Cada teoría de la interpretación perfila la visión jurídica, política, social y filosófica de su autor⁴.

1 Revisión al castellano a cargo de Sergio García Long.

2 Abogada y PhD en Derecho Comparado por la Università degli studi di Milano. Profesora de Derecho Comparado en la Università degli Studi di Padova. Autora de tres libros y más de 80 artículos sobre responsabilidad civil, contratos, propiedad, arbitraje y derecho comparado.

3 Sobre el tema en general, véase Fernández Cruz (2002).

4 Esto se ve sobre todo en la interpretación constitucional.

En el Common Law estadounidense existen dos enfoques distintos, el textualismo y el contextualismo, que se han elaborado en distintas épocas y que siempre han convivido en el complejo pluralismo jurisprudencial, los cuales contrastan en un choque probablemente irresoluble. El primero se basa en la reflexión elaborada por Holmes, según la cual “la formación del contrato no depende del acuerdo de dos mentes en una sola intención, sino del acuerdo de dos conjuntos de signos externos, no del hecho de que las partes pretendieran lo mismo, pero por el hecho de que dijeron lo mismo” (1987, p. 464). La teoría objetiva del contrato es confirmada con aguda ironía por Learned Hand (O’Gorman, 2019) en la decisión *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*, cuando señala expresamente lo siguiente: “Un contrato, estrictamente hablando, no tiene nada que ver con la intención personal o individual de las partes. Un contrato es una obligación ligada por la mera fuerza de la ley a determinados actos de las partes, generalmente palabras, que normalmente acompañan y representan una intención conocida. Sin embargo, si veinte obispos demostraran que una de las partes al usar las palabras significaba algo diferente al significado habitual que la ley les impone, todavía estaría obligado a cumplir, a menos que hubiera un error mutuo o algo así”⁵. Es una visión influenciada por el clima cultural, filosófico y económico de la época que veía en el liberalismo económico y en la certeza de las relaciones los valores dominantes.

De lo contrario, el contextualismo surge de la evaluación de la complejidad de las relaciones contractuales que no terminan en un mero texto, sino que viven en una realidad dinámica⁶. Los

ejemplos son los contratos relacionales (*relational contracts*)⁷. Por lo tanto, para comprender la verdadera intención de las partes, el sujeto que adopta las decisiones debe considerar todos los elementos posibles, independientemente de la ambigüedad del lenguaje, incluso posiblemente yendo más allá del texto. Como destacó el Presidente del Tribunal Supremo Traynor, uno de los jueces que afirmó con más firmeza este enfoque: “El texto de la admisibilidad de la prueba extrínseca para explicar el significado de un instrumento escrito no es si a la corte le parece simple e inequívoco a primera vista, sino si la prueba ofrecida es relevante para probar un significado para el cual el lenguaje del instrumento es razonablemente susceptible”⁸.

El debate sobre el mejor método ha encontrado hoy un nuevo ímpetu, en primer lugar, debido a la observación empírica que enseña que las disputas contractuales surgen, en la mayoría de los casos, por cuestiones de interpretación y no podrían darse de otra manera las expectativas razonables que son a menudo diferentes (Mitchell, 2003). Además, está estrictamente vinculado al debate que permea todos los ordenamientos jurídicos sobre las competencias del juez y sobre la relevancia que asume el formante jurisprudencial. En particular, la crítica al textualismo se fundamentó con argumentos de diferente naturaleza. En primer lugar, en el cambiante clima filosófico y cultural, a partir de los estudios de Gadamer y con el deconstruccionismo de Derrida, la relación entre texto e intérprete ha cambiado y parece prevalecer la idea de una imposibilidad de alcanzar un significado objetivo y estable: “las palabras dejaron de atar, las palabras dejaron de decir... mientras la tecnología moderna multiplica los medios de comunicación,

5 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

6 El método contextualista es el más parecido al que se emplea generalmente en los sistemas de derecho civil. En Italia, los arts. 1362-1325 Código civil it. establecen las reglas de interpretación subjetiva, que buscan el significado correspondiente a la intención común de las partes. Sólo en caso de que no tengan éxito, se aplican las normas de interpretación objetiva (arts. 1366-1371 del Código Civil it.).

7 Macneil, (1985). Un contrato relacional es un contrato cuyo efecto se basa en una relación de confianza entre las partes. Las cláusulas explícitas del contrato son un esbozo de términos y entendimientos implícitos que determinan el comportamiento de las partes

8 *Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co.*, 69 Cal. 2d 33 (1968).

la literatura... denuncia, o al menos explora, el vacío intrínseco, la imposibilidad misma de cualquier comunicación” (Manent, 2001, p. 200).

Además, los estudios de psicología del comportamiento parecen favorecer una interpretación no formal del contrato debido a las insuficiencias cognitivas de las partes. La búsqueda de información en la fase previa a la firma del contrato nunca es óptima sino satisfactoria por razones de tiempo y coste (Craswell, 1988). Esto también afecta la elección del contratista, que es una de las principales precauciones que debe tomar la parte. Pero sobre todo se constató que, en el momento de la formación del contrato, la preparación de las partes es más optimista y tiende a captar los aspectos positivos de la operación económica, subestimando sus riesgos o complicaciones. Esto podría hacer que el texto fuera inapropiado para la situación concreta. Para explicar el concepto, se utiliza el caso del matrimonio: los datos empíricos muestran cómo cuando se pregunta a las parejas antes de casarse cuántos matrimonios terminan en divorcio, generalmente se adivina el porcentaje correcto, pero se excluye que el suyo podría terminar en fracaso.

No solo se tenderá a exagerar positivamente su propia posición en las negociaciones sin considerar el mérito de la contraparte. Esto va acompañado del efecto de *status quo bias* que determina la preferencia general por disposiciones codicistas, cláusulas por defecto con respecto a acuerdos hechos a medida que serían más eficientes según la teoría de Pareto. Si bien se evalúa la hipótesis de un incumplimiento, es difícil considerar todas las variantes que se pueden verificar en la práctica. Se sabe que los riesgos bajos o altamente improbables se ignoran o subestiman en su alcance. Por ejemplo, en referencia al caso de la pandemia, la hipótesis apenas se reguló explícitamente en los acuerdos anteriores al Covid-19 porque se consideró que no era verificable o no era tan grave como para alterar el sistema.

Los economistas luego destacaron el perfil de costos no solo en la búsqueda de información, sino también en la aplicación. La incompletitud también puede ser estratégica para evitar que se reduzca el valor del contrato, para protegerse o mantener el control de eventos posteriores. La misma dinámica de negocios nos lleva a pensar que muchas veces el texto adoptado no es el que refleja a la perfección la voluntad de las partes, sino que constituye una solución de compromiso que toma en cuenta la opinión no solo de los juristas, quizás el poco tiempo necesario para la conclusión del negocio. Puede ser deseable la ambigüedad de los términos porque de lo contrario no se habría alcanzado el acuerdo. En algunos casos, incluso se paga por la incompletitud o la ambigüedad: se sabe que en las negociaciones la asunción de ciertos riesgos tiene un valor económico que afecta al de toda la operación económica.

Si bien estas reflexiones podrían llevar a sancionar el ahora imparable declive de la interpretación literal, el juez Kagan sorprendentemente en 2016 declaró “ahora todos somos textualistas”, demostrando la importancia perdurable y esencial de este método de interpretación.

2. La preferencia de las partes

Uno de los principales argumentos en apoyo del textualismo se encuentra en la preferencia de las partes por este método de interpretación, como lo demuestran los datos empíricos resultantes del análisis de los textos contractuales. Este es un elemento importante a considerar, no solo porque el contrato es el instrumento por excelencia de la autonomía privada, sino también porque en un momento de competencia entre economías e investigación de inversiones, la creación de un entorno también legalmente aceptable para las empresas podría tener efectos económicos importantes.

Un conocido y discutido estudio de Theodore Eisenberg y Geoffrey Miller ha resaltado que los contratantes en la elección de la ley aplicable al contrato han optado en el 46% de los casos por el formalismo neoyorquino frente al californiano que se adhiere al contextualismo, adoptado solo en 8% de las hipótesis. Si bien se ha señalado que la diferencia en las reglas de interpretación no es la única distinción entre los dos derechos, cabe señalar que son representativos de un enfoque general del contrato más favorable al mundo empresarial. De hecho, “la jurisprudencia contractual de Nueva York es formalista, literal, no moralista y respetuosa con la libertad de las partes para negociar en beneficio mutuo. El trabajo del tribunal no es entrometerse en la relación contractual sino más bien hacer cumplir el acuerdo que las partes han concluido... Los jueces de California están más interesados en definir la relación entre las partes sobre la base de la equidad, la justicia y el interés público” (Miller, 2010, p. 1522). Sin embargo, no se puede extraer una indicación clara de la preferencia por el textualismo de la elección de la ley aplicable.

No obstante, otros elementos confirman esta implicación. Un examen (Benoliel, 2017) de 1521 contratos comerciales celebrados entre 2012 y 2017 revela que el 75,28% adopta una *merger clause*, a menudo asociada con una *no-oral modification clause*. Es más frecuente la introducción de una estricta *merger clause* en los casos en que las partes han optado por un apego al contextualismo como ley aplicable al contrato. Se podría argumentar que tales predicciones son ahora tan comunes que son estándar y, por lo tanto, no proporcionan ninguna indicación precisa. Sin embargo, dado que se trata de contratos comerciales entre expertos, parece difícil creer que la elección al menos no se haya acordado, dadas también las variaciones en las cláusulas.

También parece indicativa la difusión de *severability clauses* (Benoliel, 2019), es decir, aquellos

acuerdos con los que se persigue el mantenimiento del contrato, aunque parte del mismo se considere nulo, inexistente o cancelado. A menudo van acompañadas de la obligación en tales casos de renegociar una nueva cláusula y/o la especificación de que la nulidad, inexistencia o anulabilidad en una jurisdicción no se extiende a todas las demás donde opera el contrato. Las distinciones entre los diferentes modelos muestran que no se trata de simples *boilerplate clauses*, sino de pronósticos negociados adecuados para el caso específico. Se ha observado acertadamente que son representativos de una fuerte desconfianza hacia quien toma las decisiones. Piense en la hipótesis de un contrato de compraventa de un producto, acompañado de una obligación de no competencia que se refleja en la determinación del precio y, por tanto, es fundamental para el contrato. En presencia de una cláusula de separabilidad, si esta obligación se considera ineficaz, las partes podrían ver la conservación del contrato, a pesar de que el valor de la transacción económica se ha desequilibrado o incluso el valor está ausente para uno de las dos partes. Empero, la decisión de introducir este acuerdo, a pesar de los posibles riesgos, demuestra una preferencia por el texto con respecto a intervenciones posteriores del juez que, a través de un enfoque contextualista, lo distorsiona o modifica. Los contratantes decidirán entonces el destino de la operación económica.

El análisis de los textos contractuales permite entonces identificar la adopción de definiciones, encaminadas a asegurar la precisión y certeza, especialmente cuando los términos deben entenderse de manera diferente a su significado literal o pueden surgir ambigüedades, y la especificación de reglas interpretativas a utilizar. Incluso en esta hipótesis se siente que la necesidad de una actividad interpretativa no desaparece: “si el texto pretendiera proporcionar esas reglas, entonces esas reglas tendrían que ser interpretadas, y así sucesivamente, *ad infinitum*” (Charny, 1991, p. 1819). De hecho, surgiría el problema de determinar el

significado de estos acuerdos y si realmente representan la intención de las partes, sin olvidar los límites que pueden imponer las disposiciones legislativas a la libertad contractual. Un ejemplo podría encontrarse en la nulidad de una cláusula que prohíbe la interpretación de buena fe del contrato.

Finalmente, se observa que los tribunales arbitrales, naturalmente más sensibles a la voluntad de las partes, prefieren un método textualista. Así lo demuestra el análisis de algunos sistemas de arbitraje estadounidenses implementados por asociaciones industriales como la NGFA (National Grain and Feed Association) y el creado conjuntamente por ACSA (American Cotton Shippers Association) y ATMI (American Textile Manufacturers Institute)⁹. Pero la misma mentalidad se encuentra en el arbitraje internacional. Una doctrina importante enfatiza cómo los árbitros se basan “en el sentido común y la razonabilidad y, quizás con demasiada frecuencia, en la letra del texto. Esto lleva a una consecuencia no despreciable: si no se enfatizan las reglas normativas sobre interpretación, la competencia entre sistemas legales no tiene mucho sentido, y la mejor opción debería ser entonces la estandarización de las reglas al menos en el campo europeo. Elección políticamente difícil. Como documenta el fracaso de las propuestas presentadas a la Comisión Europea hasta ahora o apoyadas por la propia Comisión” (Alpa, 2019, pp. 1255-1256).

La preferencia por el textualismo es parte del deseo generalizado de certeza de las empresas “entendida como previsibilidad, que se concibe solo por referencia a una o más difundida, atendible, clarividente, disposición a la previsión. En tal aceptación, en suma, la expresión certeza del de-

recho alude en realidad a una certeza de los individuos sobre el derecho, con particular referencia a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas enlazadas concretamente a los actos o hechos” (Gomez, 2012, p. 261)¹⁰. Pero no es solo una necesidad comercial, Natalino Irti refiriéndose a Giacomo Devoto habla de “la legalidad lingüística... (como) una política de estabilidad gramatical sustancial, y por tanto conservadora, es más que recomendable, necesaria para la sociedad moderna” y señala que más que conservador es, en realidad, “democrático” (Irti, 2020, pp. 126-127). Por otro lado, el propio Scalia ante la crítica de que el textualismo era aburrido, pedante, banal, replicó que para ser textualista no es necesario ser un “simplón”, sino solo creer que no es trabajo del juez perseguir grandes metas o escribir nuevas leyes.

Un aspecto a evaluar para comprender esta preferencia es la percepción por parte de empresas y operadores económicos de la dificultad de los jueces para comprender la dinámica de los negocios y valorar correctamente los elementos del contexto, especialmente cuando esto implica una corrección de los acuerdos. De hecho, parte de la doctrina señaló que “muchos elementos de nuestro sistema legal tienen más sentido si los interpretamos como una respuesta al hecho lamentable pero inevitable de que nuestros tribunales son incompetentes cuando se trata de hacer cumplir los contratos” (Posner, 2000, p. 754).

Además, se observa que la responsabilidad judicial constituye un incentivo importante para crear una estructura contractual adecuada al caso específico y capaz de adaptarse a situaciones impredecibles. El desarrollo y ajuste progresivo de muchas cláusulas propias de la práctica internacional jun-

9 Ver Benstein (1996); Bernstein (2001).

10 El autor advierte que “si se quiere atribuir un contenido axiológico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Solo en este sentido la certeza puede ser considerada un valor. Y si hay algo de que se puede tener certeza es que no se trata de un valor menor”.

to con la creación de nuevos modelos demuestran esta mejora continua.

En cambio, cabe señalar que incluso una interpretación estrictamente textual nunca puede ignorar por completo el contexto, simplemente permite a las partes determinar en qué medida se pueden considerar los elementos externos. Se trata de modalidades y límites más que de imposibilidad de su uso. Además, los mismos jueces que están más atentos a la interpretación literal han mostrado en algunas circunstancias la necesidad de evaluar el comportamiento de las partes o los usos comerciales para entender el acuerdo contractual. De hecho, *Learned Hand* señala que “es cierto que las palabras empleadas, incluso en su sentido literal, son la forma principal y, en general, la más fiable de interpretar cualquier escrito, ya sea una ley, un contrato o cualquier otro documento. Pero el indicio más seguro de una jurisprudencia madura no es transformar el diccionario en una fortaleza”¹¹. Y así el juez *Scalia* también admite que “es posible estipular un contrato de tal manera que se dejen algunas decisiones al arbitrio incontrolado de una de las partes y en este caso la cuestión de la buena fe es irrelevante. Pero el truco está en entender cuándo se firmó el contrato de esta manera y seguramente la simple identificación de un poder expresado no siempre es la prueba. A veces puede ser suficiente... Pero decir que cualquier poder contractual expresamente conferido es de esta naturaleza significa eliminar por completo la doctrina de la buena fe”¹². Por tanto, este argumento implica la necesidad de no basarse completamente en el texto, sino también de evaluar el comportamiento de las partes a la luz de la buena fe.

Es necesario un examen del contexto para evaluar la naturaleza de los contratantes y decidir si son expertos. La noción se usa ampliamente en la doc-

trina y la jurisprudencia también, porque afecta la aplicación misma de reglas como la regla de prueba en libertad condicional o la interpretación de cláusulas como la integridad: cuanto más “sofisticadas” sean las partes, más reacio se mostrará el juez a intervenir. Un sector de la doctrina ha incluido en esta categoría a las partes obviamente expertas, incluyendo multinacionales y grandes empresas, y aquellos que “operan en un contexto comercial, pero tienen muchas características de sujetos comunes” (*Schwartz & Scott*, 2003). La referencia es a asociaciones profesionales, empresas con cinco o más empleados, sociedades limitadas. Sin embargo, el esfuerzo por establecer ciertos parámetros no parece convincente dada la complejidad del mercado.

El examen de la jurisprudencia permite identificar cómo algunas características, aunque no explícitas, deben estar presentes al menos en parte en la negociación para configurar un sujeto experto: su carácter empresarial, gubernamental o cuasi público, experiencia en el sector, activos, educación, la complejidad del trato, el asesoramiento de abogados y/o técnicos en la redacción del acuerdo. Sin embargo, se ha observado acertadamente que, si bien estos criterios son correctos, los tribunales no examinan ni justifican suficientemente la noción y se limitan a declararla. En cambio, es fundamental parametrizar el concepto sobre el acuerdo efectivamente estipulado; por lo tanto, surge que los actores repetidos son generalmente contratistas expertos, pero no todos los contratistas expertos son actores repetidos (*Miller*, 2010).

Interesante en este sentido es *Reilley v. Richards*, que involucraba un contrato para la venta de una propiedad en el que una de las partes era abogado. La Corte Suprema de Ohio, al decidir la disputa, encontró que el abogado no era un experto, ya que “no tenía experiencia real en derecho de

11 *Cabell v. Markham*, 148 F. 2d 737 (2d Cir. 1945).

12 234 U.S. App. D.C. 46, 727 F.2d 1145 (1984).

bienes raíces y, por lo tanto, era una parte poco sofisticada en el momento de la transacción”¹³. El análisis concreto de las partes y de la naturaleza del trato es fundamental y permite, si se realiza correctamente, contextualizar la interpretación, sin dejar de adoptar un enfoque textual.

3. El papel del contexto

Además, se observa que muy a menudo son las propias partes quienes atribuyen al juez la tarea de examinar el contexto y establecer el marco para la actividad interpretativa. Es común que el contrato incluya normas o cláusulas generales que requieran atención a las circunstancias concretas. Considere, por ejemplo, estos tres modelos de cláusulas comunes en la práctica:

1. la *reasonable efforts* que establece que por separado una parte realiza esfuerzos razonables para lograr el resultado teniendo en cuenta sus intereses comerciales y la probabilidad de éxito, pero no está obligado a tomar todas las acciones a su alcance;
2. la *all reasonable efforts* sobre cuya base el contratista debe explorar todas las opciones que estén razonablemente disponibles para él, pero no está obligado a ignorar sus intereses comerciales o tratar de lograr el resultado si es evidente que cualquier esfuerzo adicional resultaría inútil;
3. la *best efforts* que establece el deber de emprender cualquier acción que realice una contraparte prudente y razonable que actúe en su propio interés y desee lograr el resultado, pero que no obliga a emprender acciones que puedan conducir a su propia ruina financiera,

perjudique su situación comercial o que no tienen posibilidades de éxito.

En algunos casos, estos acuerdos van acompañados de ejemplos que pueden orientar la interpretación, pero generalmente se adoptan cuando los contratistas son incapaces de predecir la conducta que será necesaria y/o los hechos que podrían afectar la relación contractual. Sin embargo, la determinación de los esfuerzos requeridos no puede realizarse separadamente del análisis de las circunstancias concretas, la naturaleza de las partes, las características de la operación económica.

La necesidad de un examen del contexto también surge con respecto a las cláusulas de *force majeure*. Según el modelo de la CCI, “es un evento o circunstancia (“evento de fuerza mayor”) que impide que una parte cumpla una o más de sus obligaciones contractuales en virtud del contrato, si y en la medida en que la parte afectada por el impedimento (“El interesado”) acredita: a) que dicho impedimento escapa a su control razonable; y b) que no se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la celebración del contrato; y c) que los efectos del impedimento no pudieron razonablemente haber sido evitados o superados por el interesado”.

Esta cláusula debe leerse a la luz de la situación y una lectura textual no es suficiente. Así, queda claro que en la hipótesis del Covid-19, la pandemia o las medidas gubernamentales no serán suficientes para invocar la cláusula, salvo que el caso se haya previsto expresamente, pero se deben evaluar las circunstancias externas.

Similar es el caso en la práctica internacional de las cláusulas de buena fe que exigen que las partes “se traten entre sí de manera honesta, justa y de buena fe en todos los aspectos, y se brinden más garantías razonables para promover su mutuo

13 Reilley v. Richards, 632 N.E.2d 507 (1994).

desempeño con respeto a este Acuerdo”¹⁴. Dichos acuerdos en los casos en que opera el derecho de un sistema del Common Law, especialmente el derecho inglés, sirven para afirmar el principio de buena fe, que puede no ser reconocido en dicho sistema jurídico. Mientras que con respecto a los sistemas del Civil Law, refuerzan el deber contenido en el código.

A menudo, entonces, las partes identifican expresamente los elementos del contexto que deben evaluarse. Esto se puede encontrar en la posible descripción de las negociaciones y relaciones entre las partes y sobre todo en el “considerando” que sirve para explicar los motivos de la celebración del contrato y, en algunos casos, describen su objeto. Se adoptan precisamente para orientar la correcta interpretación del juez.

De manera más general e incluso dejando de lado los estilos y técnicas de redacción específicos, un elemento que podría ser indicativo es la exhaustividad del texto contractual. Se sabe que este perfil constituye una diferencia significativa entre el modelo del Common Law generalmente extenso y detallado y el del Civil Law que, basado en códigos, deja muchas cuestiones a la disciplina legislativa. Empero, la elección de las partes de regular con precisión la relación puede considerarse un signo de preferencia por un enfoque formalista: demuestra, de hecho, la voluntad de los contratistas de depender lo menos posible de la discreción del juez. Una posible limitación de este argumento se encuentra en la presencia generalizada de *boilerplate clauses*, que se introducen sin una reflexión o negociación particular. La doctrina ha demostrado que esto constituye a menudo el obstáculo más importante para su propia invocación en los procedimientos. De hecho, debemos considerar pragmáticamente que “rara vez un contrato en una transacción determinada se hace desde cero y, a pesar de los sentimientos de algunos abo-

gados, los contratos no son obras literarias creativas. En lugar de escribir desde cero, los abogados suelen reutilizar las disposiciones contractuales de transacciones anteriores. De forma individual y dentro de sus empresas, archivan y recuperan documentos de contratos anteriores y siguen procedimientos para estandarizar las mejores prácticas para diferentes tipos de transacciones” (Triantis, 2013, p. 186).

La doctrina ha demostrado cómo un uso continuo y generalizado de cláusulas repetitivas determina verdaderos “*black holes*” (Choi, Gulati & Scott, 2017). Si bien, de hecho, parte de la importancia y el encanto de un uso repetido de los mismos acuerdos consiste en fijar un contenido independiente del contrato y del contexto a través de una misma formulación, esto paradójicamente puede llevar a la pérdida de su utilidad efectiva. Lejos de ser la fuente de certeza a la que aspiran, pueden determinar:

1. obsolescencia porque con las aplicaciones repetidas y el paso del tiempo pierden su adecuación ante los cambios legales, económicos, científicos y sociales;
2. un uso mecánico que los transforma en un “encantamiento legal” sin un significado compartido; y
3. ensuciamiento con reducción de su fiabilidad.

Estos acuerdos, que tienen un coste elevado y no tienen función, pueden considerarse “esquemorfismos” (Baird, 2017). Sin embargo, se señaló acertadamente que incluso la presencia de estas cláusulas no debe llevar al juez a ignorarlas, considerándolas simplemente de estilo, pero la atención textual sigue siendo necesaria. De hecho, es posible que en muchos casos respondan a las intenciones y necesidades de las partes, que simplemente se han apoyado en un modelo ya conocido

14 Este es un modelo de cláusula introducida en los contratos internacionales.

para bajar los costos de transacción en lugar de crear uno nuevo, con el riesgo de interpretaciones inciertas. Además, la decisión de calificar un acuerdo como “ruido” podría constituir un precedente que repercuta en toda la aplicación de dicho acuerdo con posibles efectos distorsionadores del mercado (Baird, 2017).

Sobre todo, cabe señalar que la elección de las palabras tiene consecuencias y “los tribunales no necesitan pretender tratar de adivinar las intenciones de las partes al interpretar un contrato. Escuchan a los abogados y hacen todo lo posible por comprender el significado de las palabras en la comunidad empresarial relevante. Pueden terminar haciendo algo que no les gusta a los expertos. Pero los expertos siempre tienen la libertad de reunirse... y adoptar un nuevo idioma. Los esfuerzos judiciales para interpretar el lenguaje y darle significado pueden hacer que los redactores de contratos sean más cuidadosos” (Baird, 2017, p. 101). Esto conduce a un círculo virtuoso que también puede conducir al desarrollo de nuevos modelos.

La oportunidad de una valoración equilibrada que, a partir del texto, también considere los elementos del contexto necesarios en la perspectiva indicada por las partes, surge también de la reflexión de que la incompletitud de los contratos no siempre es negativa, sino que puede ser deseada por los contratistas y ser eficiente. Incluso el contrato ya puede tener en cuenta el riesgo derivado de la incompletitud y la ambigüedad, que incluso se paga. Esto ocurre en particular cuando se trata de un asunto complejo, con posibles implicaciones inciertas, los mecanismos del mercado no son tales que fomenten un desempeño de alta calidad, se requiere una cooperación continua entre las partes y se espera o desea un resultado innovador. Un ejemplo son los contratos de transferencia de tecnología.

Finalmente, la tesis textualista debe afrontar la necesidad de prevenir o limitar los comportamientos oportunistas. Un perfil a considerar es la tendencia a abordar este tema a la luz de ciertos sesgos que no facilitan un análisis racional. Discutimos, de hecho, a menudo partiendo de conceptos como control de mercado, poder de negociación, asimetría de información, haciendo coincidir la parte económicamente más fuerte con la que tiende a incurrir en conductas abusivas. De hecho, también puede suceder lo contrario: una pequeña empresa que por sus características de excelencia tiene una posición y reputación únicas y difíciles de reemplazar en el mercado podrá imponer sus condiciones o actuar de manera oportunista incluso en contratos con multinacionales. Es evidente, por tanto, que la evaluación nunca debe ignorar el caso concreto, sino también desde la conciencia de que “como siempre ocurre cuando se habla de desigualdad de poder contractual (y la aspiración subyacente, de carácter pre-jurídico, de desprender el carácter vinculante en el caso de una persona presionada aunque en condiciones que no permitan activar la regulación de los vicios del consentimiento), el intento de racionalizar formas de intervención a nivel individual adolece de dificultades vinculantes. Partiendo de la percepción, generalizada y de sentido común, de que la disparidad en la fuerza contractual no solo es omnipresente de hecho, sino que también representa la sal, el motor inmóvil de la actividad contractual: sin poder de negociación que puede tener raíces profundas pero también no se induciría a las partes a contraerse” (Pardolesi, 2014, p. 2040). Por lo tanto, la intervención correctiva debe limitarse únicamente a los casos más graves.

Pero incluso en las hipótesis que presentan riesgos de abuso, la solución *ex ante* parece más eficiente. Considere un caso en el que las partes son incapaces de probar con suficiente certeza el contexto relevante que debe valorar el juez. Un ejemplo (Gilson, Sabel & Scott, 2014) es un acuerdo entre una multinacional farmacéutica y un pequeño

laboratorio que prevé el desarrollo de una investigación mediante un préstamo. En la práctica, se vuelve complejo verificar si y cómo se utiliza la inversión, en particular si el laboratorio también la utiliza para iniciar otros proyectos, dado que las partes persiguen intereses diferentes. Una intervención *ex post* del juez puede resultar insatisfactoria, mientras que es preferible una regulación contractual que establezca la facultad de la multinacional de resolver el contrato en cualquier momento mediante el pago de una suma importante y reteniendo la propiedad de la investigación realizada. De esta forma, es posible controlar y reducir los comportamientos oportunistas de ambas partes.

No obstante, la interpretación no puede convertirse en una forma de corregir contratos incorrectos, como suele suceder, o de identificar abusos donde no los hay. Es necesario distinguir cuidadosamente entre las hipótesis de un acuerdo que ha resultado insatisfactorio debido a pronósticos, cálculos incorrectos, eventos de mercado y aquellos que se caracterizan por un comportamiento deshonesto de la contraparte. Por el contrario, un perfil que a menudo se subestima es la tendencia oportunista a leer el contrato de una manera diferente a la que originalmente se pretendía solo para reducir las consecuencias de un error comercial. Este aspecto es especialmente importante en lo que respecta a la interpretación de la buena fe, olvidándose, no obstante, que el primer deber de la buena fe es el respeto de las obligaciones asumidas voluntariamente.

No debe ni siquiera pasarse por alto la dificultad del decisor para identificar el “significado de la operación económica”, también para sancionar los abusos. En las agudas palabras de un juez, es necesario que los tribunales sean cautelosos antes de pontificar sobre la realidad comercial de “un convenio ya que esta idea de un juez puede considerarse tan confiable como la de un empresario de un principio jurídico. Asimismo, la visión ju-

dicial está inevitablemente influida por los hechos ocurridos después de la celebración del contrato y que, en cambio, no deben ser considerados en la interpretación” (Neuberger, 2014). De esto se desprende que no es posible atribuir a las palabras el significado que debieron haber tenido sobre la base de una lectura subjetiva del contrato, a la luz de las consecuencias del acuerdo, pero sí es necesario evaluar la posición e intereses de las partes en el momento de la estipulación.

Este aspecto está relacionado con la dificultad del tomador de decisiones para identificar el contexto relevante en relaciones contractuales cada vez más complejas y prolongadas, a menudo acompañadas de documentos, informes, consultoría. La práctica muestra, de hecho, cómo los jueces a menudo enfatizan eventos irrelevantes o fallan en determinar con precisión su significado en la sucesión de la relación. Las negociaciones, pero también el comportamiento de las partes, no son racionales, son oscilantes, inciertas, cambian a medida que cambian las situaciones o las percepciones. Si bien el texto constituye una referencia estática, el dinamismo del comportamiento no constituye una referencia segura.

Además, los métodos de interpretación del contexto y los criterios que deben aplicarse a esta actividad no están claros. Puede ser que el método literal no siempre proporcione una respuesta segura o exacta; de hecho, a menudo el mismo texto se puede leer de una manera diferente. Sin embargo, al menos ofrece un punto de partida seguro y establece ciertos parámetros de interpretación. No debe escapar al hecho de que el contextualismo es un método de interpretación que, lejos de ofrecer reglas, necesita interpretación.

Sobre todo, deja abierta la cuestión de cuánto y en qué medida los elementos externos pueden llevar a contradecir el texto. Es diferente, de hecho, considerar el contexto en el que deben leerse ciertas expresiones de usarlo para cambiar el sentido

de acuerdos que no parecen justos, comercialmente racionales o correctos, especialmente en ausencia de criterios obvios: ¿a partir de qué juicio, de hecho, un acuerdo debe leerse de manera diferente a cómo aparece y cómo debe corregirse? Se admite que:

Los tribunales nunca interpretarán palabras en el vacío. En mayor o menor medida, dependiendo del tema, querrán estar informados de lo que se puede describir de diversas maneras como el contexto, los antecedentes, la matriz de hechos o el daño. Intentar interpretar un instrumento ignorando o descuidando las circunstancias que lo generan o la situación en la que se espera que surta efecto es en mi opinión pedante, estéril y es fuente de error. Pero esto no quiere decir que un juicio inicial sobre lo que un instrumento fue o debería razonablemente haber tenido la intención de lograr anular el lenguaje claro del instrumento, ya que lo que dice un autor suele ser la guía más segura de lo que pretende. En mi opinión, la construcción es un ejercicio compuesto, sin compromisos literales ni intencionalmente firme: el instrumento debe hablar por sí mismo, pero debe hacerlo in situ y no ser transportado al laboratorio para análisis microscópico¹⁵.

4. Conclusiones

Por tanto, conviene compartir la tesis según la cual “textualismo y contextualismo no son paradigmas conflictivos en una batalla por la ocupación exclusiva del campo de la interpretación contractual. Más bien, el abogado y el juez al interpretar cualquier contrato pueden utilizar-

los como una herramienta para discernir el significado objetivo del lenguaje que las partes han elegido para expresar su acuerdo”¹⁶. Esto surge de la percepción de descontento¹⁷ con cualquier método interpretativo que muchas veces resulta inadecuado en cuanto a la variedad de prácticas: “la mayoría de los acuerdos comerciales sobre los que valía la pena discutir eran, en el momento de su creación, una compleja sinergia de motivaciones, comunicaciones más o menos completas, prácticas de redacción, presiones, plazos, muchos de los cuales han empujado el contrato a su ejecución, como una cosa, un acto o evento, y no necesariamente como un texto lógico y coherente. En el contrato, simplemente centrarse después del hecho en la lógica y coherencia del texto es a menudo la simplificación de un economista, el ideal de un moralista o la ilusión de un abogado” (Lipshaw, 2016, pp. 219-220). Luego se observó agudamente con qué frecuencia la lógica del mercado determina el mismo resultado tanto a través de un enfoque literal como contextual: “la máxima arquitectónica de que la forma sigue a la función ciertamente se aplica. Pero en el derecho contractual se aplica igualmente lo contrario, ya que la función también sigue la forma” (Schwartz & Markovits, 2019, p. 17).

Sin embargo, a pesar de la complejidad del tema, son necesarias dos reflexiones. La primera es que la actividad interpretativa debe ser gradual, partiendo del texto¹⁸. La comprensión de la intención de las partes no puede dejar de partir de las expresiones que libremente han elegido para establecer sus obligaciones contractuales. Por otro lado, “la interpretación literal no es letra muerta, sino un conocimiento vivo y activo, que permite el entendimiento mutuo y conserva en sí cualquier otro significado: es imposible llegar a esto

15 *Arbuthnot v. Fagan*, [1995] CLC 1396.

16 [2017] UKSC 24 - UK Supreme Court.

17 Entonces se sugiere un híbrido y no una polarización entre los dos métodos. Cunningham (2017).

18 Véase también Ricoeur (2016, p. 190 y ss).

antes. El sentido literal no se puede eludir porque es el paso necesario hacia otros sentidos. Es lo esencial. El sentido de un texto sin pasar por la letra es subversivo y violento... O mejor dicho, no es el sentido del texto, sino pura y desnuda voluntad de mandar” (Irti, 2020, pp. 95-96).

La segunda radica en la necesidad de dejar a las partes la tarea de determinar en qué medida el contexto puede y debe ser evaluado (Mitchell, 2020). Esto se basa en los principios de autonomía privada y libertad contractual. A la luz del mercado, de las condiciones de incertidumbre y riesgo, de la naturaleza de la operación económica, de sus características, podrán establecer la estructura de intereses y marcar los límites de la actividad interpretativa del decisor. Esta tesis podría ser objetada, por un lado, por la posible ocurrencia de eventos extraordinarios como lo demuestra la pandemia Covid-19 que trastornaron el equilibrio contractual establecido; por otro lado, la excesiva confianza en la racionalidad de los contratantes y en la capacidad de determinar correctamente sus intereses, especialmente cuando se producen elementos distorsionantes o asimetrías.

Se observa que en casos excepcionales se puede ampliar el uso de la buena fe como norma de emergencia, adaptando el contrato a la situación concreta, si falta una disciplina específica en el texto. Esto no debe conducir a una distorsión de la operación económica y de la asignación de riesgos hecha, sino simplemente a una posible remodelación del significado a la luz de las nuevas circunstancias, utilizando los índices textuales presentes en el acuerdo. No habría superación del texto a la luz del contexto, sino solo una mejor comprensión del mismo: el enfoque literal debería equilibrarse con una posible predicción de cómo las partes habrían regulado la situación si lo hubieran sabido. En esta operación se fusionarían interpretación e integración.

Asimismo, si bien es posible que las partes no siempre logren proteger sus intereses de la mejor o más eficiente manera, ¿estamos seguros de que un tercero con escasos conocimientos económicos y empresariales y poca información puede hacerlo mejor? ¿Quizás ha habido y hay una idealización de contratistas que saben proteger sus puestos, pero no es la de un juez omnisciente de la misma forma? ¿No estamos contrastando dos mitos? No obstante, sería erróneo calificarlo como un contraste entre libertad y solidaridad, de un lado, y justicia, de otro lado, en ausencia de parámetros definitorios y la posibilidad de entender hacia quién y cómo implementar la solidaridad y la justicia. Paradójicamente, ese mismo relativismo que no nos permitiría conocer el sentido objetivo de un texto nos impide tomar decisiones en nombre de valores o principios. Quizás deberíamos volver a cuestionar el carácter trágico de una época que renunció a la ley como instrumento de mando capaz de orientar la acción, dejándole sólo la tarea de crear espacios de libertad en los que pueda moverse, es decir, ese “*vivre sans lois*” recordado por Pierre Manent, pero estaría más allá del alcance de estas reflexiones.

En la rápida dinámica de los negocios, en la continua evolución de la sociedad, la jurisprudencia debe por tanto contentarse con ser “bastante exacta” (Schwartz & Scott, 2003) en sus decisiones y, en esta perspectiva, debemos volver a la interpretación como actividad cognitiva (Luciani, 2020), dándole la razón al juez Scalia cuando afirmó que si “hay un texto es obvio que hay que leerlo”.

Bibliografía

Alpa, G. (2019). Problemi di interpretazione del contratto nella prospettiva dell'avvocato europeo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 73 (4), 1241-1256.

- Baird, D. G. (2017). Pari Passu Clauses and the Skeuomorph Problem in Contract Law. *Duke Law Journal Online*, 67, 84-101.
- Benoliel, U. (2017). The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study. *Alabama Law Review*, 69 (2), 469-493.
- Benoliel, U. (2019). Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses. *Business and Finance Law Review*, 3 (1), 90-112.
- Bernstein, L. (1996). Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, 144 (5), 1765-1821.
- Bernstein, L. (2001). Private commercial law in the cotton industry: Creating cooperation through rules, norms, and institutions. *Michigan Law Review*, 99 (7), 1724-1790.
- Charny, D. (1991). Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation. *Michigan Law Review*, 89 (7), 1815-1879.
- Choi, S. J., Gulati, M., & Scott, R. E. (2017). The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate. *Duke Law Journal*, 67 (1), 1-77.
- Craswell, R. (1988). Precontractual investigation as an optimal precaution problem. *The Journal of Legal Studies*, 17 (2), 401-436.
- Cunningham, L. A. (2017). Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job. *George Washington Law Review*, 85 (6), 1625-1659.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2008). The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts. *Cardozo Law Review*, 30 (40), 1475-1512.
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164.
- Gilson, R. J., Sabel, C. F., & Scott, R. E. (2014). Text and context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, 100, 23.
- Gometz, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*. Marcial Pons Jurídica y Sociales, S.A.
- Holmes, O. W. (1897). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10 (8), 457-478.
- Irti, N. (2020). *Riconoscersi nella parola*. Il Mulino.
- Lipshaw, J. M. (2016). Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory. *University of Cincinnati Law Review*, 84(1), 217-252.
- Luciani, M. (2020). *Clausole generali e certezza del diritto*. Questione giustizia.
- Macneil, I. R. (1985). Relational contract: What we do and do not know. *Wisconsin Law Review*, 483-526.
- Manent, P. (2001). *Cours Familier de philosophie politique*. Gallimard,
- Merkel, A. (1987). *Il duplice volto del diritto*. Giuffrè.
- Miller, G. P. (2009). Bargains bicoastal: New light on contract theory. *Cardozo Law Review*, 31 (5), 1475-1522.

- Miller, M. R. (2010). Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism. *Missouri Law Review*, 75 (2), 493-536.
- Mitchell, C. (2003). Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 23 (4), 639-665.
- Mitchell, C. (2020). *Interpretation of Contracts*. Routledge.
- Neuberger, D. (2014), The Impact of Pre and Post-Contractual Conduct on Contractual Interpretation. Recuperado de https://na.eventscloud.com/file_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f_P3-LordNeuberger.pdf
- O’Gorman, D. P. (2019). Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation. *University of New Hampshire Law Review*, 18 (1), 63-107.
- Pardolesi, R. (2014), Un nuovo super potere-giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria. *Il Foro Italiano*, 179 (7-8), 2039-2042.
- Posner, E. A. (2000). A theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Northwestern University Law Review*, 94 (3), 749-774.
- Ricoeur, P. (2016). *Dal testo all’azione*. Jaca Book.
- Schwartz, A., & Markovits, D. (2019). *Function and Form in Contract Law*.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *Yale Law Journal*, 113 (3), 541-619.
- Sutton, J. & Wheelan E. (coord.) (2020). *The Essential Scalia*. Penguin Random House LLC.
- Triantis, G. G. (2013). Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design. *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 18 (2), 177.

CON LA MANO IZQUIERDA... ¡Y TAMBIÉN CON LA DERECHA! ¿Es posible que un contratante solicite una indemnización por una causal distinta de aquella en la que sustentó la resolución del Contrato?

THE LEFT HAND... AND ALSO WITH THE RIGHT HAND! Is it possible for a contracting party to request compensation for a reason other than the one on which the termination of the Contract was based?

Mario Castillo Freyre¹; Verónica Rosas Berastain²; Massiel Silva-Santisteban Amésquita³

Resumen. El presente trabajo analiza la viabilidad de que un contratante solicite una indemnización por una causal distinta de aquella en la que sustentó la resolución del contrato. Para ello, se han evaluado dos tesis, la de la incompatibilidad y la de compatibilidad. La primera, señala que es necesario que quien exige la resolución del vínculo contractual y el reconocimiento de un derecho indemnizatorio, invoque la misma causal como fundamento de sus pretensiones. Por su parte, la segunda admite la compatibilidad de ambas pretensiones, negando que el contratante fiel, que es titular de un derecho resolutorio unilateral en virtud del contrato, se encuentre forzado a recurrir a la resolución por incumplimiento para preservar su derecho indemnizatorio. Nuestra conclusión es que sólo la tesis de la compatibilidad es admisible, por ser esa tesis la que se condice con la manera en que se encuentran reguladas las figuras de la resolución y la responsabilidad contractual y, asimismo, por ser la posición que se condice con los principios de justicia y eficiencia que deben orientar siempre la aplicación de las instituciones jurídicas.

Abstract. *This paper analyzes the feasibility of a contracting party requesting an indemnity for a reason other than the one on which the termination of the contract was based. For this purpose, two theories have been evaluated: incompatibility and compatibility. The first one states that it is necessary that whoever demands the termination of the contractual relationship and the recognition of an indemnity right, invokes the same cause as a basis for its claims. On the other hand, the second admits the compatibility of both claims, denying that the faithful contracting party, who has a unilateral termination right under the contract, is forced to resort to termination for non-performance in order to preserve its right to damages. Our conclusion is that only the thesis of compatibility is admissible, since this thesis is in accordance with the way in which the figures of termination and contractual liability are regulated and, also, because it is the position that is in accordance with the principles of justice and efficiency that should always guide the application of legal institutions.*

Palabras clave. Resolución del contrato, responsabilidad civil, indemnización, incumplimiento, terminación unilateral, desistimiento del contrato, resarcimiento de perjuicios.

Keywords. *Contract termination, civil liability, indemnity, breach of contract, unilateral termination, contract withdrawal, compensation for damages.*

1 Magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados; Miembro de Número y Miembro del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde dicta el curso de Derecho de las Obligaciones. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

2 Socia del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3 Socia del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Bachillera en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido asistente de cátedra del Curso de Obligaciones dictado por el doctor Felipe Osterling Parodi.

Sumario: 1. Planteamiento del problema. 2. Marco teórico: La resolución contractual y la responsabilidad civil frente al incumplimiento. 2.1 La responsabilidad civil contractual. 2.2 La resolución contractual. 3. Análisis: La indemnización de daños y perjuicios y la resolución de los contratos: dos materias independientes. 3.1 Contrastando la resolución contractual por incumplimiento y el resarcimiento de daños. 3.2 La resolución contractual derivada del incumplimiento de obligaciones y de causales diferentes. 3.3 Plena vigencia del derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios. 3.4 Supuestos en los cuales los daños y perjuicios son ocasionados por el incumplimiento de obligaciones que nada tienen que ver con la causal invocada para la resolución del contrato. 3.5 La tesis de la compatibilidad también se sustenta en razones pragmáticas: Las consecuencias de su aceptación se condicen con los principios de justicia y eficiencia. 4. Conclusiones.

1. Planteamiento del problema

Es habitual que, ante el incumplimiento de una obligación contractual, la parte que se ha visto afectada decida resolver el contrato y, asimismo y de haber sufrido daños como consecuencia de ese incumplimiento, decida también exigir una indemnización.

De hecho y al margen de que ese contratante ya haya ejercido su derecho resolutorio extrajudicial o extra-arbitralmente, es bastante común que esas situaciones se resuelvan en procesos judiciales o arbitrales en los que el acreedor perjudicado ante la negativa de su deudor de reconocer su incumplimiento y aceptar la terminación del contrato, formule una pretensión resolutoria por incumplimiento y una pretensión indemnizatoria.

La compatibilidad de esas pretensiones deriva del propio ordenamiento jurídico, pues el Código Civil prevé expresamente que quien resuelve el contrato por el incumplimiento de su contraparte, tiene derecho también a exigir una indemnización por los daños y perjuicios derivados de las consecuencias que ese incumplimiento le haya ocasionado.

En nuestra experiencia profesional, sin embargo, hemos podido comprobar que no existe la misma certeza para afirmar que es perfectamente viable, desde una perspectiva jurídica, que un contratante solicite una indemnización por una causal distinta de aquella en la que sustentó la resolución del contrato.

Es así que, en más de un proceso, nos hemos encontrado en situaciones en las que uno de los contratantes formulaba una pretensión resolutoria por la que solicitaba que se declarase que había operado la terminación de su contrato por la aplicación de una cláusula contractual que le concedía un derecho de resolución que se sustentaba en la configuración de un supuesto de hecho concreto y no en el incumplimiento de su contraparte. Esa misma parte, también formulaba una pretensión indemnizatoria, aunque la misma, obviamente, se fundamentaba en el incumplimiento de su contraparte y no en la causal sobre la que sustentaba su pretensión resolutoria.

Pues bien, en esos procesos pudimos verificar que ante casos como el delineado era posible sostener dos posiciones distintas que, por razones prácticas, calificamos como la tesis de la incompatibilidad y la tesis de la compatibilidad.

La primera de ellas niega que puedan coexistir como pretensiones principales de un mismo sujeto, una pretensión resolutoria no sustentada en el incumplimiento de su contraparte, y una pretensión indemnizatoria. Desde esta tesis, entonces, es necesario que quien exige la resolución del vínculo contractual y el reconocimiento de un derecho indemnizatorio, invoque la misma causal como fundamento de sus pretensiones.

La segunda, como contrapartida, admite la compatibilidad de ambas pretensiones, negando que el con-

tratante fiel, que es titular de un derecho resolutorio unilateral en virtud del contrato, se encuentre forzado a recurrir a la resolución por incumplimiento para preservar su derecho indemnizatorio.

Nosotros consideramos que sólo la tesis de la compatibilidad es admisible, por ser esa tesis la que se condice con la manera en que se encuentran reguladas las figuras de la resolución y la responsabilidad contractual y, asimismo, por ser la posición que se condice con los principios de justicia y eficiencia que deben orientar siempre la aplicación de las instituciones jurídicas.

2. Marco teórico: La resolución contractual y la responsabilidad civil frente al incumplimiento

Antes de desarrollar las razones en las que se basa nuestra certeza de que sólo la tesis de la compatibilidad puede ser aceptada, consideramos necesario desarrollar un marco teórico que nos permita identificar, con claridad, la lógica y finalidad sobre la que se sustentan las instituciones de la resolución contractual y de la responsabilidad civil contractual. Ello, con el objetivo de determinar si existen razones de orden jurídico que impidan que un sujeto que resolvió un contrato por una causa distinta al incumplimiento pueda solicitar, respecto de ese mismo contrato, una indemnización por los daños que le generó el incumplimiento de su contraparte.

2.1. La responsabilidad civil contractual

El Derecho reconoce que a pesar de que las obligaciones se contraen para ser cumplidas, en muchas

ocasiones ello no ocurre así, lo que ha determinado que en nuestro Código Civil se haya regulado un régimen para la inejecución de las obligaciones. En tal régimen, que en definitiva regula la institución de la responsabilidad civil contractual, se determina, precisamente, cuáles son las consecuencias que genera el incumplimiento de una obligación por parte del deudor. Estas consecuencias varían en función de las causas que hayan originado ese incumplimiento.

Así como el cumplimiento representa el fenómeno normal o fisiológico en la vida de la relación obligatoria, el incumplimiento constituye lo anormal o patológico, pudiendo, a la vez, presentar diversidad de aspectos o grados en su estructura (Fueyo, 1992, p.246). El cumplimiento no es, jurídicamente hablando, un acto libre, sino un acto necesario, un acto debido. El deudor debe cumplir y el cumplimiento es sancionado con el resarcimiento de los daños, porque constituye un ilícito (Gazzoni, 2007, p.210). En ese orden de ideas, el cumplimiento consiste en la ejecución de la prestación debida y el incumplimiento supone la no ejecución de esa prestación, o la ejecución parcial, tardía o defectuosa.

En esencia, entonces, podemos sostener que el modelo de la responsabilidad contractual constituye un reflejo de la estructura de la obligación⁴.

Esta afirmación ha llevado a algunos a cuestionar si el deudor responde porque incumple o porque se obligó. En nuestra opinión, la respuesta a tal interrogante es bastante simple y hasta evidente. El deudor responde porque incumplió, sencillamente porque sin incumplimiento imputable que genere un daño, no hay responsabilidad contractual. Y, asimismo, resulta evidente que esa prime-

⁴ La obligación, a grandes rasgos, constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último que es digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el derecho para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple parcial, tardía o defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes por dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley.

Recordamos que la posibilidad coercitiva para cumplir la obligación radica en la autoridad pública, que es quien decide que el acreedor logre su objetivo.

ra idea no puede ser completa sin añadir que si el deudor incumplió, es porque en principio estaba obligado a cumplir.

No hay mayor misterio. Cumplimiento e incumplimiento son dos conceptos o nociones que no pueden entenderse en su real dimensión si no es comprendiendo que ambos parten de la existencia de una obligación. Sin un deudor que se encuentre obligado a satisfacer la prestación de un acreedor que tiene derecho a exigirla, no podría haber cumplimiento, ni tampoco podría haber incumplimiento.

En ese orden de ideas, resulta claro que sin obligación que se incumpla mal podría hablarse de responsabilidad contractual, sencillamente porque la misma tiene como presupuesto la inejecución de aquélla.

El modelo de la responsabilidad contractual es el reflejo de la relación obligatoria y, por ende, el vínculo del obligado a indemnizar y del acreedor que tiene derecho a ser indemnizado precede al daño. Así las cosas, la responsabilidad civil contractual constituye un remedio frente al incumplimiento, en el que la obligación de indemnizar a cargo del deudor tiene por finalidad satisfacer por equivalencia el interés del acreedor cuando el incumplimiento es absoluto; o compensarlo, cuando ese interés se ha visto afectado, esto es, cuando el incumplimiento relativo le ha generado daños.

Para que se configure la responsabilidad civil contractual y, por ende, nazca en el deudor la obligación de resarcir, es necesario que concurren una serie de elementos:

- La pre-existencia de una obligación.
- El incumplimiento propio o impropio de esa obligación.
- Que ese incumplimiento sea imputable.
- Que el incumplimiento genere daños.

- Que exista una relación de causalidad adecuada entre el incumplimiento y los daños padecidos.

De los elementos identificados, consideramos importante referirnos brevemente al daño, por ser aquel que permite entender con mayor claridad la diferencia entre la figura de la resolución por incumplimiento y la responsabilidad civil contractual.

Nos explicamos.

La responsabilidad civil contractual, aunque es un remedio frente al incumplimiento, únicamente resulta aplicable en los casos en que ese incumplimiento genera daños. El daño, de esta manera, constituye presupuesto central para la configuración de la responsabilidad civil.

De esta manera, la responsabilidad civil parte de la idea de que el daño es un contravalor, un fenómeno que implica una alteración desfavorable de la realidad preexistente a su acontecer y que, por lo mismo, debe evitarse. En caso ello no sea posible, la configuración del daño debe suponer la compensación de la víctima y la sanción del victimario.

Es así que las tres funciones que persigue la responsabilidad civil contractual como institución jurídica, se enfocan en el daño. Y es que, en definitiva, lo que se busca con un sistema de responsabilidad civil es compensar o resarcir a quien padeció un daño (función compensatoria o resarcitoria), sancionar a quien generó un daño (función punitiva) y, además, incentivar a que no se produzcan daños (función preventiva).

Advertimos, tras lo expuesto, que la teoría de las funciones de la responsabilidad civil admite la convivencia de distintas finalidades. No se trata sólo de indemnizar, o sólo de sancionar o de prevenir, sino de cumplir —aunque, admitimos, con

distintos matices, de acuerdo a las circunstancias especiales del caso— todas estas funciones.

Desde el punto de vista de la prevención, el incumplimiento es una patología y los daños que de él se generan deben ser evitados, para lo cual se recurre a incentivos. La reparación viene a constituir, a partir de esta perspectiva, una señal de alerta, de modo que el sujeto sabe que deberá responder por los daños que pueda causar su conducta.

En tanto la prevención, tal cual nos indica la lógica, actúa antes de la producción del daño, una vez producidos aquellos daños, el principio de compensación cobra mayor importancia, persiguiéndose el objetivo de que el perjudicado con el incumplimiento sea compensado de manera conveniente. La función punitiva actuaría en ambos momentos; en el primero, con un rol disuasorio y en el segundo, como esencialmente sancionatorio.

2.2. La resolución contractual

Enseña Roppo que la resolución puede clasificarse en base a la razón de la disolución del vínculo contractual. La resolución no tiene naturaleza de remedio, cuando responde a una lógica distinta a la exigencia de dar a una parte la posibilidad de liberarse del vínculo contractual, frente a circunstancias que hacen injustificado su mantenimiento. La razón para la disolución no remedial puede ser la actuación de un punto del programa contractual elaborado por las partes (condición resolutoria) o la separación convencional (mutuo disenso). Por el contrario, la resolución tiene naturaleza de remedio, cuando opera frente a circunstancias que determinan un mal funcionamiento del contrato, que perjudica los intereses de una de las partes (2009, p. 862).

Si bien dentro de las causales de resolución de los contratos, el incumplimiento de la obligación

ocupa un lugar de preponderancia en materia cuantitativa, no es la única causal que puede dar lugar a la disolución del vínculo contractual mediante esta institución jurídica.

El siguiente cuadro sintetiza las principales causales de resolución que se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico peruano:

[Continúa en la siguiente página]

Mecanismo resolutorio	Base legal (Código Civil)	Fundamento
Condición resolutoria.	1354 del CC.	Las partes han acordado que el acaecimiento de un evento determinado deje sin efectos el contrato.
Resolución por incumplimiento.	1428, 1429 y 1430 del CC.	Remedio propio de los contratos con prestaciones recíprocas que permite liberarse del vínculo contractual y, con ello, de la obligación de ejecutar las prestaciones asumidas ante el incumplimiento de la contraparte.
Resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación.	1431, 1432, 1433 y 1434 del CC.	Imposibilidad de que se alcance la finalidad del contrato porque resulta imposible ejecutar una o varias prestaciones. La resolución opera de pleno derecho y se aplica la teoría del riesgo.
Resolución por excesiva onerosidad de la prestación.	1440 del CC.	Resolución por equidad que opera como consecuencia de la pérdida del equilibrio original del contrato por un evento imprevisible y extraordinario. Es un mecanismo propio de los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida.
Resolución por mutuo disenso.	1313 del CC	Ambas partes han perdido el interés en la ejecución del contrato.
Resolución unilateral en los contratos de ejecución continua a plazo indeterminado.	1365 del CC.	El Derecho no quiere contratos eternos.
Resolución unilateral como ejercicio de un derecho concedido a través del contrato por la configuración de un supuesto de hecho.	1354 del CC.	Derecho resolutorio otorgado por acuerdo de los contratantes.

3. Análisis: La indemnización de daños y perjuicios y la resolución de los contratos: dos materias independientes

A partir del marco teórico delineado, hemos podido corroborar que la resolución contractual puede sustentarse en diferentes causales y no sólo en el incumplimiento. De igual manera, hemos podido reconocer que las finalidades que se persiguen con la institución resolutoria no son las mismas que se persiguen con la institución resarcitoria.

Sobre la base de esas premisas, a continuación, explicaremos las razones por las que corresponde aceptar que es perfectamente posible que, en un mismo proceso, se reconozca que operó la resolución por una

causal distinta al incumplimiento y, sin embargo, se otorgue un derecho indemnizatorio por incumplimiento.

3.1. Contrastando la resolución contractual por incumplimiento y el resarcimiento de daños

La resolución de los contratos está concebida en el Código Civil peruano, fundamentalmente (pero no de manera exclusiva), como el mecanismo a través del cual la parte fiel decide poner término a la relación contractual, debido al incumplimiento de su contraparte, la misma que también podría ser denominada como parte infiel, pues será la que habrá incurrido en algún incumplimiento de obligaciones.

En los contratos que generan obligaciones con prestaciones recíprocas la resolución por incumplimiento se presenta como un remedio dado en el interés particular de un contratante, a saber, aquel que sufre el incumplimiento de la contraparte. En un supuesto de incumplimiento su interés particular es ser liberado del vínculo contractual y en particular de los propios compromisos de prestación. La resolución tiene como consecuencia cancelar las obligaciones y los demás efectos nacidos del contrato mismo y, por lo mismo, se constituye una alternativa frente a la figura del cumplimiento específico o ejecución forzada.

No vamos a desarrollar cuáles son los mecanismos de resolución por incumplimiento establecidos por el Código Civil peruano, pero, en resumen, ellos son la resolución judicial o arbitral (artículo 1428), la misma que necesariamente tendrá que ser declarada por los tribunales de justicia; la resolución extrajudicial o extra arbitral (artículo

1429), la cual implica necesariamente activar el mecanismo y otorgar el plazo mínimo de quince días para que la parte incumpliente pueda proceder a cumplir con su obligación; y la cláusula resolutoria expresa (artículo 1430), la cual supone un pacto mediante el cual los contratantes identifican determinadas obligaciones cuyo incumplimiento podrá dar lugar a la resolución de pleno derecho.

Para que opere la resolución por incumplimiento, resulta indispensable que concurren los siguientes elementos:⁵

- Que el contrato cuya resolución se pretenda, sea un contrato con prestaciones recíprocas.
- Que quien solicite la resolución no haya incumplido.
- Que una de las partes haya incumplido.
- Que el incumplimiento sea imputable.
- Que el incumplimiento sea importante.

En este marco, si comparamos la figura de la resolución por incumplimiento con la del resarcimiento por responsabilidad civil contractual cuyos elementos hemos identificado en nuestro marco teórico, podemos advertir que entre ambas existen elementos comunes, a saber, el incumplimiento de una obligación y el carácter imputable de dicho incumplimiento.

Lo anterior significa que tanto para fundamentar una pretensión resolutoria como una resarcitoria se deberá demostrar que una obligación no se ha cumplido.

Por supuesto, sólo podremos encontrarnos en una situación de incumplimiento propiamente dicha

⁵ Conviene precisar que en el caso de la disolución del vínculo contractual por aplicación de una cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 del Código Civil), no es necesario analizar si el incumplimiento es o no importante. Ello obedece a que, al tratarse de un supuesto expresamente previsto por ambos contratantes, se presume que ellos consideran que tal supuesto posee la suficiente importancia para justificar la resolución de su contrato.

siempre que la obligación en cuestión no sólo exista, sino que además sea exigible.

Pero no sólo eso, sino que el deudor debe haber sido constituido en mora. Y es que la noción misma de incumplimiento no se funda sólo en la noción de inejecución o ejecución tardía, sino que, de acuerdo a las normas generales de nuestro ordenamiento jurídico y salvo que se haya pactado la mora automática, importa una conducta previa del acreedor. Al respecto, cabe recordar que la mora por intimación y la mora automática se encuentran previstas en el artículo 1333 del Código Civil⁶.

Asimismo, deberá acreditarse el carácter imputable de ese incumplimiento. En términos generales, ello significa que el incumplimiento tiene como causa el hecho de que el deudor no actuó con la diligencia exigida por las circunstancias. Ello supone que el deudor incumplió con dolo o con culpa y que el incumplimiento no tiene como causa un caso fortuito o fuerza mayor, un hecho de tercero o un hecho del propio acreedor.

Reconocidas esas coincidencias, debemos subrayar que al contrastar ambas figuras también existen diferencias significativas, a saber:

1. Para que opere el remedio resolutorio frente al incumplimiento, la obligación que se incumple debe derivar de un contrato con prestaciones recíprocas en el que cada contratante es, a su vez, acreedor y deudor de su contraparte. Ello es así porque, se entiende que la vinculación entre ambas partes se encuentra

governada por lo que en doctrina se conoce como “sinalagma funcional” o “correspectividad”, de donde se justifica que la resolución contractual como remedio tenga por finalidad permitir que el acreedor se libere totalmente de sus obligaciones frente a la contraparte que no cumple.

2. El remedio resarcitorio tiene un ámbito de aplicación más amplio pues lo importante es que se incumpla una obligación pre-existente y exigible, al margen de que tal obligación derive o no de un contrato con prestaciones recíprocas.
3. Para resolver el Contrato, el incumplimiento debe ser “actual” o, lo que es lo mismo, que al tiempo de solicitarse la resolución, el deudor aún no haya ejecutado la prestación debida. Ello porque un incumplimiento pasado pero ya subsanado, ha dejado de ser incumplimiento y, por consiguiente, no puede calificarse como una causal legítima de resolución.
4. Por cuanto el resarcimiento se centra en el daño, para tener derecho a una indemnización no importa si el incumplimiento ya fue subsanado. Lo relevante es que tal incumplimiento haya perjudicado al acreedor.
5. La resolución sólo operará siempre que el incumplimiento califique como grave. La entidad objetiva de la infracción no se encuentra condicionada a la producción de daños, sino que se debe valorar en función de la importancia cuantitativa y cualitativa de la presta-

⁶ La mora por intimación y la mora automática se encuentran previstas en el artículo 1333 del Código Civil peruano:

Artículo 1333.- “Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.

3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.

4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor”.

ción que se incumple. En ese sentido, en la valoración de la importancia del incumplimiento deben considerarse una serie de elementos entre los que se encuentran si se ha incumplido una prestación principal y si ese incumplimiento es parcial o total. Cuando la prestación que se ha incumplido es accesoria, su importancia debe medirse en función de si pone en riesgo la ejecución de una prestación principal y, de ser así, debe evaluarse si el incumplimiento ha sido parcial o total.⁷

6. La finalidad del requisito de la gravedad del incumplimiento es evitar abusos por parte del acreedor y garantizar que el remedio resolutorio sea utilizado como un recurso excepcional. Ello, debido a que la finalidad del Derecho Contractual es propiciar el cumplimiento, de allí que se sostenga sobre el principio de obligatoriedad de los contratos.
7. Para que opere la responsabilidad civil contractual, en cambio, el incumplimiento debe haber generado un daño al margen de si la obligación que se incumple es o no relevante.
8. Sólo puede resolver el contratante fiel. Únicamente podrá ejercer el derecho de resolución aquel contratante que, habiendo padecido el incumplimiento de su contraparte, no ha incumplido con sus obligaciones. Y es que sería ilógico pensar que alguien que ha incumplido lo pactado en un contrato, pueda ejercer el derecho de resolución.

9. Para exigir una indemnización no es necesario calificar como un contratante fiel. De hecho, podría ocurrir que durante la ejecución de un contrato, ambas partes incurran en algún supuesto de incumplimiento y le generan daños a su contraparte. Es así que nada impide que en un proceso ambos contratantes formulen una pretensión resarcitoria y ambos obtengan, respecto de la misma, una sentencia o un laudo favorable por el que se le reconozca un derecho indemnizatorio.

10. Por contraposición, no podría ocurrir que en un mismo proceso las pretensiones resolutorias de ambas partes se declaren fundadas.

Así las cosas, el contraste entre ambos remedios frente al incumplimiento permite afirmar que la pretensión resolutoria y la resarcitoria pueden o no formularse de manera conjunta y que la pretensión resolutoria y la resarcitoria no requieren sustentarse en la misma causal. A partir de esto, además, podemos afirmar que lo más conveniente desde una perspectiva procesal es que de formularse una pretensión resolutoria y una pretensión resarcitoria, cada una se presente como pretensión principal. Y es que, se sustenten o no sobre una misma causal, cada pretensión requerirá que se acrediten elementos particulares y es mejor que una de ellas no se condicione al carácter fundado de la otra.

⁷ Manuel de la Puente ha señalado que en cuanto al carácter de la prestación ejecutada parcial, tardía o defectuosamente para justificar la resolución, coincide con el parecer de lo que él denomina como la doctrina mayoritaria (Véase MIRABELLI, Giuseppe, *Delle Obligazioni-Dei contratti in generale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1980, p. 606, citado por Manuel de la Puente). De esta manera, afirma que debe tratarse de una prestación principal, pero que en algunos casos la inejecución relativa de prestaciones accesorias puede considerarse relevante cuando pone en peligro la ejecución de prestaciones principales.

Para De la Puente, el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la prestación debe juzgarse con criterio objetivo, esto es, a partir del análisis de la interdependencia funcional de las obligaciones, con la salvedad de que debe tomarse en consideración la relación jurídico obligacional nacida de cada contrato en concreto. (2003, pp. 390-393)

3.2. La resolución contractual derivada del incumplimiento de obligaciones y de causas diferentes

Como se deriva de nuestro marco teórico, aunque es verdad que la resolución de los contratos en los supuestos del Código Civil antes descritos, pasaría por el incumplimiento de una obligación, eso no significa que dentro de la lógica del Código nacional, para resolver un contrato siempre deba producirse la inexecución de una obligación.

Naturalmente, será difícil concebir un mecanismo similar en el caso de la resolución judicial o arbitral, pues los jueces o árbitros deberán apreciar el incumplimiento de una obligación para poder declarar resuelto un contrato. Más aún, porque el propio artículo 1428, en su primer párrafo establece que la parte que demande la resolución, puede solicitar una indemnización de daños y perjuicios, agregando en su segundo párrafo, que a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Lo propio podríamos decir de la resolución extrajudicial o extra arbitral, pues si la misma pasa por constituir en mora al deudor incumpliente, va de suyo que estamos frente al incumplimiento de una obligación, y que el plazo mínimo legal de quince días, debe otorgarse precisamente para que el deudor incumpliente pueda proceder a cumplir con dicha obligación; caso contrario, como establece el propio artículo 1429 del Código Civil, el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

Distinto es el caso del artículo 1430, pues la resolución del contrato en él contemplada, no pasará por el análisis de los tribunales de justicia, ni por la constitución en mora del deudor, sino simplemente, por una declaración unilateral de resolución, basada en el incumplimiento de alguna obligación contemplada expresamente en el contrato.

Sin perjuicio de lo precisado en torno a los mecanismos de resolución por incumplimiento, debemos recordar que nada obsta a que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, incluyan cláusulas en las que se contemple el otorgar un derecho de resolución unilateral ante la configuración de supuestos distintos al incumplimiento.

Así, mediante pacto, pueden establecer como causal de resolución alguna hipótesis de incidencia que no se derive del incumplimiento de alguna obligación que haya asumido el deudor, sino de algún hecho objetivo cuya producción sea ajena a la voluntad e injerencia del propio deudor, es decir, que se produzca sin causa imputable a él, y que además no constituya un supuesto de incumplimiento de obligaciones propiamente dicho.

Éste es, precisamente, el caso que hemos adoptado como supuesto de análisis de este trabajo, a saber, aquel en el que una de las partes es titular de un derecho resolutorio por una situación que expresamente se ha previsto en el contrato y que no obedece al incumplimiento de su contraparte.

Y es claro que el Código Civil peruano admite perfectamente que la resolución pueda obedecer a situaciones distintas al incumplimiento de obligaciones.

El caso más emblemático lo tenemos cuando se resuelve un contrato por mutuo disenso, supuesto en el cual, recurriendo a lo dispuesto por el artículo 1313 del Código Civil, las partes convienen en dejar sin efecto su relación contractual. Este supuesto prueba que la resolución de los contratos en el Perú, no necesariamente tiene que derivar de culpa de alguna de las partes, ni del incumplimiento de alguna de sus obligaciones.

Otro ejemplo emblemático, es el de la resolución de pleno derecho, que se encuentra regulado en el artículo 1365 del Código Civil. La norma citada establece un mecanismo que permite a cualquier

ra de los contratantes poner término a la eficacia de los contratos de duración celebrados a plazo indeterminado, sin que sea necesario que se haya configurado una situación de incumplimiento.

3.3. Plena vigencia del derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios

De otro lado, es claro que, en el supuesto típico de incumplimiento por inejecución de las obligaciones de la parte contraria, cuando la parte fiel recurra a resolver el contrato, ya sea por el artículo 1428, por el 1429 o por el 1430, siempre tendrá el derecho de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento de su contraparte; incumplimiento que, en los casos descritos, será el que habrá motivado que se resuelva el contrato.

En el caso del artículo 1428, es evidente que tales daños y perjuicios serán reclamados en el proceso judicial o arbitral en el que se demande la resolución del contrato (argumento del propio artículo 1428, primer párrafo).

En el supuesto del artículo 1429, queda claro que tales daños y perjuicios se podrán reclamar a través del mecanismo resolutorio, es decir, por la carta notarial que exija el cumplimiento de la obligación, pero ante la falta de pago de tales daños y perjuicios, es decir, ante la renuencia del deudor incumpliente, el acreedor (parte fiel) se verá obligado a reclamar tales daños y perjuicios en la vía judicial o en la arbitral, según corresponda (argumento del segundo párrafo del artículo 1429).

Finalmente, en el caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 del Código Civil), también será claro que la parte fiel podrá reclamar en la carta a través de la cual resuelva el contrato, los daños y perjuicios que corresponda; como será claro también que, de no pagarlos el

deudor, el acreedor se verá obligado a demandarlo por tales daños en la vía judicial o en la arbitral.

3.4. Supuestos en los cuales los daños y perjuicios son ocasionados por el incumplimiento de obligaciones que nada tienen que ver con la causal invocada para la resolución del contrato

Como puede apreciarse, hasta aquí nos hemos referido a los supuestos en los cuales los daños y perjuicios se hubiesen derivado de la causal a través de la cual se resuelve el contrato.

Y es que, usualmente, solemos identificar el reclamo de daños y perjuicios con la causal resolutoria invocada.

En ese sentido, cabe preguntarnos si resulta posible, en el marco del Derecho peruano, que la causa por la cual se resuelve el contrato, nada tenga que ver con los daños y perjuicios sufridos por una de las partes en la ejecución de dicho contrato.

Esta situación podría darse en dos casos.

El primero de ellos sería aquél en el cual la causal resolutoria se derive del incumplimiento de una obligación del deudor, pero que este incumplimiento no hubiese generado daños y perjuicios; sino que, más bien, tales daños y perjuicios hubiesen sido ocasionados por el incumplimiento de otra obligación contractual del propio deudor.

El segundo supuesto estaría dado por aquellos casos en los cuales el contrato hubiese sido resuelto, esgrimiendo una causal que no conlleva incumplimiento de obligación alguna por parte del deudor, pero a pesar de ello, se hubiesen generado daños y perjuicios imputables a la parte que no resolvió el contrato, en el marco de la relación contractual.

En este sentido, no nos cabe la menor duda de que la parte fiel podría reclamar tales daños y perjuicios a la parte infiel, en la medida de que la resolución y la indemnización por daños y perjuicios son dos instituciones distintas e independientes, las cuales, si bien muchas veces son asociadas en la práctica, incluso tienen regulación específica o diferenciada en la ley peruana.

Como se recuerda, la resolución está regulada de manera genérica en los artículos 1371 y 1372 del Código Civil, y los mecanismos resolutorios, como hemos señalado, en los artículos 1428, 1429 y 1430 del propio Código.

Por su parte, la indemnización de daños y perjuicios se halla regulada en el Título de Inejecución de Obligaciones (artículos 1314 y siguientes) y, específicamente, en los artículos 1321 a 1332.

Esto significa que una parte puede resolver el contrato recurriendo a una cláusula contractual que le otorga un derecho de resolución unilateral sobre la base de una causal que no implique la inejecución de obligaciones y, subsecuentemente, reclamar una indemnización en caso de haber sufrido daños y perjuicios derivados de causa imputable a la parte contraria (dolo o culpa). No resulta indispensable que exista relación alguna entre tales daños y perjuicios y la resolución del contrato. ¿Y cuál es la razón de que ello sea posible?

Pues, simplemente, el hecho de que el resarcimiento por inejecución de obligaciones derivado de dolo o culpa del deudor, activa el mecanismo indemnizatorio, con independencia de cualquier consideración en materia resolutoria.

Así lo establece el artículo 1321 del propio Código, cuando señala que: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; agregando que “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumpli-

miento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”.

En ese sentido, como podrá apreciar el lector, el mecanismo resarcitorio no parte, en lo absoluto, de la idea de que el contrato haya sido resuelto, y menos aún, de que sea resuelto por la inejecución de la obligación que ha generado tales daños y perjuicios.

Y, es más, invitamos al lector a pensar en todos aquellos contratos en donde nunca se ha activado mecanismo resolutorio alguno, es decir, en aquellos contratos que se han ejecutado íntegramente, pero de manera defectuosa, en donde el acreedor no haya sido satisfecho por el deudor, pues la calidad del cumplimiento de la prestación no haya sido la pactada.

¿Podría acaso sostenerse que, porque el contrato nunca se resolvió, la parte perjudicada por dicho incumplimiento se vería impedida de reclamar la indemnización de daños y perjuicios que le corresponda?

La respuesta negativa se impone; y no sólo se impone, sino que además es obvia.

Y eso que estamos partiendo de supuestos en los cuales no se hubiera producido, cuando se resolvió el contrato, ninguna advertencia o salvedad de un futuro reclamo indemnizatorio. Simplemente, estamos partiendo de la idea de que jamás hubo dicha advertencia en lo que respecta a un reclamo futuro en torno a la indemnización.

En ese sentido, podríamos resumir nuestras ideas señalando que, de haberse producido un cumplimiento tardío, sí tendría que haber habido constitución en mora (sea ésta por intimación o automática, según corresponda); en tanto que, si se tratase de un incumplimiento absoluto, o de

un cumplimiento defectuoso o parcial, ni siquiera tendría que haber habido tal intimación.

Queda en evidencia que, en todos estos casos, dicho incumplimiento deberá acreditarse conforme a lo establecido por el artículo 1331 del Código Civil, norma que guarda estricta relación con la regla general de Derecho Procesal Civil, que establece que “quien alega un hecho debe probarlo”, en tanto que conforme al artículo 1332 del Código Civil peruano: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.

Entonces, como se puede apreciar de todos estos últimos supuestos, en ellos no ha existido resolución del contrato y queda en evidencia que no tendría que haber existido tal resolución para que se pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios; y más aún, que si la resolución del contrato hubiese estado basada en una causal objetiva, que no implique culpa o dolo de la parte que no recurre a tal resolución, queda claro que tales daños y perjuicios siempre van a poder ser reclamados en los tribunales de justicia.

Por lo demás y redondeando la idea, no existe en el Derecho peruano norma alguna que establezca la necesidad de derivar la indemnización de daños y perjuicios de la causal resolutoria, razón por la cual, aplicando el principio constitucional, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Así las cosas, podemos concluir esta parte afirmando que, tal cual se encuentra regulado nuestro ordenamiento jurídico, no existe impedimento alguno para que se formulen una pretensión resolutoria y una pretensión indemnizatoria que se fundamenten en causales diferentes.

3.5. La tesis de la compatibilidad también se sustenta en razones pragmáticas: Las con-

secuencias de su aceptación se condicen con los principios de justicia y eficiencia

Hasta aquí hemos constatado que, en nuestro sistema jurídico, nada impide que un mismo contratante solicite como pretensiones la resolución de un contrato y el pago de una indemnización por daños y perjuicios, y que sustente cada pretensión en una causal distinta.

En buena cuenta, entonces, concluimos que no existe incompatibilidad teórica entre una pretensión resolutoria no sustentada en un incumplimiento y una pretensión indemnizatoria sí sustentada en una situación de incumplimiento. Un contratante podría formular ambas y ambas podrían ser amparadas en el proceso judicial o arbitral respectivo.

Sin perjuicio de esta constatación teórica, en esta parte nos centraremos en un análisis pragmático para demostrar que una posición contraria a la delineada atentaría contra los derechos contractuales del acreedor y contra el sistema contractual en su conjunto

Nuestra evaluación parte del entendido de que la importancia de toda institución jurídica descansa en su utilidad, en su eficacia para afrontar la realidad y permitir o facilitar la convivencia social. Lo anterior determina que la tutela resolutoria y la tutela resarcitoria solo pueden entenderse, si se toma en cuenta la finalidad que persiguen. Asimismo, determina que la posición que se adopte respecto de ellas deberá ser la que mejor se condiga con tales finalidades.

Veamos.

La tutela resolutoria tiene por finalidad esencial liberar a un contratante del vínculo jurídico contractual que lo une a su contraparte, por haberse presentado una situación que ha determinado que pierda su interés en el mismo. Dependiendo de la

naturaleza de esa situación, la resolución puede ser por incumplimiento, por imposibilidad sobrevenida de la prestación, por la configuración de un supuesto de hecho concreto y causalizado en el contrato, por ejercicio de un derecho potestativo unilateral y contractualmente pactado o, incluso, por excesiva onerosidad de la prestación.

Como podemos observar, para que pueda disolverse el vínculo contractual a través de la institución jurídica de la resolución, no siempre será necesario que se produzca un incumplimiento. Ese elemento sólo es esencial para que operen los mecanismos de la resolución judicial o arbitral, de la resolución extrajudicial por intimación y de la resolución por cláusula resolutoria expresa.

Asimismo, y esto es especialmente relevante a efectos de nuestro análisis, en ningún caso la resolución se encuentra condicionada al acaecimiento de un daño. La legitimidad del contratante que solicita la resolución no se determina por el hecho de que la conducta de su contraparte le haya generado daños y perjuicios.

Sin perjuicio de ello y como ya hemos anotado, la resolución contractual no constituye un mecanismo excluyente de la responsabilidad civil contractual. Ello, pues —como hemos podido corroborar en los acápites precedentes— nada impide que el contratante que decidió terminar el vínculo contractual reclame los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de su contraparte le haya ocasionado.

La compatibilidad de ambas pretensiones se justifica, en esencia, en el hecho de que la tutela resolutoria y la tutela resarcitoria, persiguen finalidades distintas. Si bien ambas parten del objetivo de proteger los intereses del acreedor, el ámbito de esa protección y, por ende, la finalidad perseguida con ella, son diferentes.

El aspecto relevante para otorgar la tutela resarcitoria es la existencia de un daño producido por la inejecución de una obligación nacida en el seno de un contrato, independientemente de que éste sea uno con prestaciones recíprocas o no. Verificado este presupuesto, se analiza el hecho generador del daño y la relación de causalidad. Luego de este análisis material se procede a un análisis de imputabilidad, a fin de asignar la responsabilidad a través de los factores atributivos de la responsabilidad.

La tutela resarcitoria, que como institución no se restringe a los contratos con prestaciones recíprocas, no persigue la liberación del acreedor, sino su resarcimiento. Así, no sólo es compatible con la institución de la resolución contractual, sino también con la del cumplimiento específico.

En todo contrato, siempre existe la posibilidad de que uno de los contratantes no cumpla con la o las prestaciones a las que se ha obligado, o, en todo caso, cumpla de manera parcial, tardía o defectuosa. En uno y otro caso, siempre está presente la posibilidad de que ese incumplimiento genere daños a su contraparte. Tal posibilidad trae como correlato la necesidad de que el Derecho construya todo un andamiaje destinado a dar tutela a ese acreedor perjudicado, sancionar al deudor que no cumple e incentivar el cumplimiento. En ese esquema, resulta claro que el tema de la ejecución y la inejecución de las obligaciones no sólo presenta una faceta de orden jurídico entre las partes, sino también otra de naturaleza social.

En un sentido genérico, acorde con la visión tradicional que se reduce al binomio víctima–victimario, la responsabilidad civil puede describirse como una construcción humana destinada a regular el tema de la reparación, de modo que la víctima de un daño injusto sea resarcida.

La responsabilidad civil, sin embargo, no se restringe a una única función, sino que la realidad,

el dinamismo de la propia institución, exige que la responsabilidad no sólo pretenda alcanzar un fin resarcitorio, sino también uno disuasivo y uno sancionatorio. La función resarcitoria, la función preventiva o disuasiva y la función sancionatoria de la responsabilidad civil se encuentran íntimamente vinculadas. Aun otorgándole a la reparación un lugar preeminente, lo cierto es que la verdadera dimensión de la responsabilidad civil, su plena vigencia, se percibe con mayor claridad si se asume como un triángulo: La base es la reparación, pero requiere la presencia de otros dos lados, prevención y sanción, para tener forma y funcionalidad plena, pues solo así se trasciende la visión diádica para abarcar también la sistémica⁸.

Teniendo clara la diferencia esencial que existe entre la tutela resolutoria y la tutela resarcitoria, estamos en capacidad de evaluar las repercusiones que tendría el asumir que si un contratante que es titular de un derecho resolutorio no derivado del incumplimiento de su contraparte lo ejerce, pierde el derecho a reclamar una indemnización por el incumplimiento en que habría incurrido tal contraparte durante la ejecución del contrato.

Debemos ser enfáticos en que para nosotros una posición como ésta no resiste el menor análisis, pues las consecuencias que generaría su admisión a nivel de la relación contractual concreta y a nivel del sistema contractual mismo, son inaceptables por contrariar la lógica de las instituciones involucradas y de los principios de justicia y eficiencia que inspiran el ordenamiento jurídico.

Desde una visión diádica, esto es, centrada en los sujetos protagonistas de la controversia, aceptar una tesis que defiende la incompatibilidad de las pretensiones, supondría llegar al absurdo de aceptar que cuando el contratante fiel ejerció legítimamente su derecho contractual a terminar el

contrato, en razón del derecho que fue acordado, renunció tácitamente a su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de su contraparte le generó. Una interpretación como ésta es injusta e ineficiente:

1. Es injusta, porque determina que sea el contratante fiel quien soporte los daños que fueron provocados por el incumplimiento de su contraparte.
2. Es ineficiente, porque implica aceptar que, a fin de no perder su derecho indemnizatorio, el contratante fiel, pese a ser titular de un derecho de resolución que le permitía terminar la relación contractual de manera unilateral y por carta notarial, al amparo de lo previsto en el contrato, debió haber recurrido al más largo y costoso mecanismo de la resolución judicial o arbitral (artículo 1428 del Código Civil).

Desde una perspectiva sistémica, es decir, desde una perspectiva que considere que los contratantes se desenvuelven dentro de un sistema y que las soluciones que se adopten van a tener consecuencias en ese sistema, la posición que niega la compatibilidad de las pretensiones objeto de análisis, pondría en peligro el Derecho contractual en su conjunto. Ello, en la medida de que, el suponer *a priori* la exoneración injustificada del incumplimiento del deudor, supone también el incentivo de conductas contractuales oportunistas. Asimismo, atenta contra la lógica del sistema, al determinar que sea el acreedor quien soporte las consecuencias negativas (daños) generadas por el incumplimiento imputable del deudor.

Así las cosas, podemos concluir en que, atendiendo a las consecuencias mismas de la posición a favor de la incompatibilidad, la misma debe ser

⁸ La perspectiva diádica se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relaciona dos unidades individuales, como un par: el responsable y la víctima. Por su parte, la perspectiva sistémica pretende analizar un hecho y los participantes del mismo como partes interrelacionadas en un esquema más amplio y social, elementos de un contexto de relaciones entrelazadas (Fernández, 2001, p. 236).

rechazada. Y es que tanto desde un enfoque que se centre en el sistema contractual, como desde uno que se centre en la relación intersubjetiva que vincula a los contratantes del caso, que hemos planteado como supuesto de hecho de este trabajo, el negar la compatibilidad de la pretensión resolutoria y de la indemnizatoria propugna la consolidación de una situación injusta e ineficiente.

4. Conclusiones

En razón al análisis que hemos realizado, arribamos a las siguientes conclusiones:

- En el marco del Derecho peruano, es perfectamente posible que la causa por la cual se resuelve el contrato, nada tenga que ver con los daños y perjuicios sufridos por una de las partes en la ejecución de dicho contrato. Esto significa que una parte puede resolver el contrato recurriendo a una cláusula contractual que le otorga un derecho de resolución unilateral, sobre la base de una causal que no implique la inejecución de obligaciones de la parte contraria y, subsecuentemente, reclamar una indemnización en caso de haber sufrido daños y perjuicios derivados de causa imputable a la parte contraria (dolo o culpa). No resulta indispensable que exista relación alguna entre tales daños y perjuicios y la resolución del contrato.

Ello es posible en razón de que el resarcimiento por inejecución de obligaciones derivado de dolo o culpa del deudor activa el mecanismo indemnizatorio, con independencia de cualquier consideración en materia resolutoria.

- Desde un punto de vista práctico, tampoco existiría incompatibilidad entre ambas pretensiones o sus fundamentos. El con-

tratante fiel y titular de un derecho de resolución unilateral, al solicitar que se declare la resolución del contrato en ejercicio de ese derecho y, además, al exigir una indemnización por los daños que le ocasionó el incumplimiento de su contraparte, no se contradice a sí mismo.

- Una posición distinta no resiste el menor análisis, pues las consecuencias que generaría su admisión a nivel de la relación contractual concreta y a nivel del sistema contractual mismo, son inaceptables por contrariar la lógica de las instituciones involucradas y de los principios de justicia y eficiencia que inspiran el ordenamiento jurídico.

Desde una visión diádica, esto es, centrada en los sujetos protagonistas de la controversia, aceptar una lectura a favor de la incompatibilidad de las pretensiones, supondría llegar al absurdo de aceptar que cuando el contratante fiel ejerció legítimamente su derecho a terminar el contrato, renunció tácitamente a su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de su contraparte le generó. Una interpretación como esa es injusta e ineficiente.

Desde una perspectiva sistémica, es decir, desde una perspectiva que considere que los contratantes se desenvuelven dentro de un sistema y que las soluciones que se adopten van a tener consecuencias en ese sistema; la posición que niega la compatibilidad de las pretensiones pondría en peligro el Derecho contractual en su conjunto. Ello, en la medida de que, el suponer a priori la exoneración injustificada del incumplimiento del contratante infiel, supone también el incentivo de conductas contractuales oportunistas. Asimismo, atenta contra la lógica del sistema, al determinar que sea el acreedor quien soporte las consecuencias negativas (daños) generadas por el incumplimiento imputable del deudor.

Bibliografía

- De la Puente y Lavalle, Manuel. (2003). *El Contrato en general*, Tomo II. Palestra.
- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law). Estudios sobre responsabilidad civil. En *Estudios sobre la responsabilidad civil* (pp. 233-279). ARA Editores.
- Fueyo Laneri, F. (1992). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.
- Gazzoni, F. (2007). La extinción de las obligaciones: el cumplimiento. En León, L. Derecho de las relaciones obligatorias: Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios (pp. 209-219). Jurista.
- Roppo, V. (2009). *El contrato*. Gaceta Jurídica.

Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship* *Excessive onerosity, hardship and hardship clause*

Sergio García Long¹

Resumen. Desde una perspectiva comparada y transnacional, este trabajo se enfoca en el fenómeno de las circunstancias inesperadas en el derecho de contratos, y en específico, sobre la *hardship* y los diversos modelos de *hardship* propuestos por (i) las codificaciones civiles, (ii) los instrumentos internacionales de derecho uniforme, y (iii) la práctica contractual internacional. La pandemia hizo que la *hardship* se ponga de moda, pero con ocasión de ello se observó que la *hardship* no era realmente comprendida. Para corregir lo anterior es necesario un estudio que tenga en cuenta los tres niveles de análisis mencionados y que permita distinguir entre excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*. Solo así se entenderá la verdadera extensión de la *hardship* en los contratos y la interacción de sus modelos entre el Civil Law y Common Law.

Abstract. *From a comparative and transnational perspective, this work focus on the phenomenon of unexpected circumstances in contracts, and specifically, on hardship and the various models of hardship proposed by (i) civil codifications, (ii) international uniform law instruments, and (iii) international contractual practice. The pandemic made hardship fashionable, but with that was revealed that hardship was not really understood. To fix that, it is needed a study which includes the three levels of analysis aforementioned and to distinguish between excessive onerosity, hardship and hardship clause. Only this will allow to understand the real extension of hardship in contracts and the interaction of its models between Civil Law and Common Law.*

Palabras clave. Contratos, circunstancias inesperadas, excesiva onerosidad, *hardship*, cláusula *hardship*

Keywords. *Contracts, unexpected circumstances, excessive onerosity, hardship, hardship clause*

Sumario: I. Introducción. II. Precisiones terminológicas. III. Excesiva onerosidad. IV. *Hardship*. V. Cláusula *hardship*. VI. La pandemia. VII. Reflexiones finales. Referencias bibliográficas

I. Introducción

El estudio de las circunstancias inesperadas² es uno de los temas más complejos del derecho de contratos. Entiéndase por circunstancias inesperadas a todo impedimento sobrevenido que afecta al contrato

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (summa cum laude). Su actividad profesional y académica se enfoca en Derecho de Contratos, Societario, Fusiones & Adquisiciones, Financiamientos y Arbitraje. Asociado en Vargas Pareja Abogados. Ha sido profesor adjunto en Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP. Autor de libros, artículos y editor de obras colectivas en temas de su especialidad.

2 El uso de este término en el derecho comparado radica en el hecho de que existen diversas terminologías para referirse a todos los eventos sobrevenidos que pueden afectar un contrato y los diferentes efectos que pueden causar en el mismo. Por ello, se emplea el término general y omnicompreensivo “circunstancias inesperadas” (“*unexpected circumstances*”). Véase la obra colectiva bajo la edición de Hondius y Grigoleit (2011).

sin culpa de las partes. Dentro de esta materia, se han discutido innumerables teorías. Desde una perspectiva comparada, y pensando en un derecho contractual transnacional, las circunstancias inesperadas pueden generar los siguientes efectos: (1) *force majeure*, o (2) *hardship*³. En esta oportunidad nos enfocamos en la *hardship*.

Se recurre al derecho comparado con el fin de conocer las diversas visiones que existen en las jurisdicciones del Civil Law y Common Law, pero además, también se toma en cuenta a los principales instrumentos de uniformización (*soft law* y *hard law*) que son fuente del derecho contractual transnacional, lo cual nos permite estar al tanto de las mejoras que se han propuesto en relación a los derechos nacionales, los consensos logrados a nivel internacional, y de cuáles son las tendencias en la *lex mercatoria*. Al respecto, se tendrá en cuenta a la CISG⁴, PICC⁵, PECL⁶, DCFR⁷, CESL⁸, PLDC⁹, OHADAC Principles¹⁰, Trans-Lex Principles¹¹, ITC¹² y ICC¹³.

Así, se parte de la premisa de que existen modelos de *hardship*, tanto civilistas como anglosajones. Estos modelos pueden apreciarse en tres niveles: (1) derechos nacionales, (2) instrumentos de uni-

formización, y (3) práctica contractual internacional. Esta diversidad de modelos hace complejo el entendimiento de la *hardship*. Como en la torre de Babel, cada uno habla su propio idioma. Solo una visión comparada y transnacional nos permitirá comprender de verdadera extensión del fenómeno de las circunstancias inesperadas y la *hardship*, y así, se evitará discusiones innecesarias.

II. Precisiones terminológicas

La denominación que prima en la actualidad en la práctica contractual y el comercio internacional es “*hardship*”, a pesar de la existencia de diferentes denominaciones que se usan para referirse al mismo problema. En las codificaciones civiles se utilizan etiquetas como “*imprévision*” (imprevisión) (Francia), “*Geschäftsgrundlage*” (base del negocio) (Alemania), “*eccessiva onerosità sopravvenuta*” (excesiva onerosidad sobrevenida) (Italia), “*onvoorziene omstandigheden*” (circunstancias imprevistas) (Holanda) o “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) (España), mientras que en los instrumentos de uniformización se usa “*change of circumstances*” (PECL, DCFR, CESL), “cambio de circunstancias” (PLDC) o “*hardship*” (CISG,

3 Es usual entre los civilistas hacer referencia a la *frustration of purpose* en los derechos nacionales. Sin embargo, desde una perspectiva comparada y transnacional, es innecesario hacer mención a la misma desde que ella se encuentra subsumida en diversos supuestos de *force majeure* o *hardship*. Por ello, la *frustration of purpose* no es mencionada en la CISG, PICC o PECL. Es mencionada en los OHADAC Principles pero para indicar que está subsumida en la *hardship*. Por el contrario, está mencionada de manera autónoma en los PLDC siendo esta una excepción, la cual consideramos que no debe replicarse y que se explica en este caso por la influencia del derecho argentino en los redactores de los PLDC (el derecho argentino reconoce una norma expresa para la frustración del fin adicionalmente a aquella dedicada a la imprevisión).

4 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

5 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

6 Principles of European Contract Law.

7 Draft Common Frame of Reference.

8 Common European Sales Law. Aunque en el 2014 se haya descartado su implementación en la Unión Europea, ha quedado como un antecedente útil, sobre todo porque desde su publicación en el 2011 generó una importante publicación de trabajos que la analizaron y la compararon con otros instrumentos como la CISG, PICC, PECL y DCFR.

9 Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

10 Organization for the Harmonization of Commercial Law in the Caribbean Principles on International Commercial Contracts.

11 Principles on Transnational Law.

12 International Trade Centre.

13 International Chamber of Commerce.

PICC, ICC, ITC, OHADAC Principles, Trans-Lex Principles). A pesar de esta variedad de etiquetas, todas contienen el mismo desarrollo desde que regulan el mismo problema: la excesiva onerosidad, o de manera más amplia, el desequilibrio económico del contrato¹⁴.

Por ello, sin perjuicio del nombre usado para referirse a la institución jurídica, las codificaciones civiles o instrumentos de uniformización se refieren de manera expresa a la “excesiva onerosidad” en el contenido, sea por el incremento de costos en la prestación o por la devaluación de la contraprestación. Entonces, a pesar que “*hardship*” suele ser literalmente traducido al castellano como “dificultad”, esta es una mala traducción pues legalmente se refiere a la “excesiva onerosidad”.

Debido a este diferente uso terminológico, la práctica internacional optó por la uniformización y emplea el término “*hardship*” en virtud del desarrollo de las cláusulas *hardship*. Como señala el comentario 2 al artículo 6.2.1 de los PICC:

The phenomenon of hardship has been acknowledged by various legal systems under the guise of other concepts such as frustration of purpose, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, etc. The term “hardship” was chosen because it is widely known in international trade practice as confirmed by the inclusion in many international contracts of so-called “hardship clauses”.

Por tal motivo, el término “*hardship*” puede ser empleado de manera omnicompreensiva para referirse al fenómeno de la excesiva onerosidad del

contrato. Sin embargo, desde que existen diferentes modelos de *hardship*, es necesario realizar una ulterior distinción terminológica a efectos expositivos.

El análisis de la *hardship* tiene tres niveles: (1) derechos nacionales, (2) instrumentos de uniformización, y (3) práctica contractual internacional. Como tal, se usarán términos distintos para referirse a los diferentes modelos que se presentan en estos tres niveles de análisis. Cuando se use “excesiva onerosidad” se refiere a los derechos nacionales, “*hardship*” para los instrumentos internacionales de uniformización y “cláusula *hardship*” para la práctica contractual internacional. Esta distinción permitirá comprender mejor los distintos modelos de *hardship* que existen y cómo los mismos interactúan entre sí.

III. Excesiva onerosidad

En los derechos nacionales y las respectivas codificaciones civiles existe una torre de Babel en torno a la regulación de la excesiva onerosidad, debido a que se hablan idiomas distintos. Sin perjuicio del uso de denominaciones distintas, todas se refieren en el contenido a la excesiva onerosidad. Algo que caracteriza al modelo de la excesiva onerosidad según las codificaciones civiles es que (1) se trata de un remedio judicial, (2) que permite la intervención de las cortes para adaptar y/o resolver el contrato (según el modelo adoptado).

En el siglo XIX, las principales codificaciones civiles no contenían una regla sobre la *rebus sic stantibus*, a pesar de que estuvo reconocida en algunos

14 Philippe (1986) propuso la denominación «*bouleversement de l'économie contractuelle*», usualmente traducida al inglés como «*upheaval of the economy of the contract*» y que podría traducirse al castellano como «agitación de la economía del contrato». Philippe identificó que existía un problema que era tratado de manera distinta en las siete jurisdicciones que estudió (Francia, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Italia, Suiza y Holanda), existiendo teorías distintas en cada jurisdicción, cada una con sus propios fundamentos y terminología. Por ello, hablaba de manera general de «*bouleversement de l'économie contractuelle*» para enunciar al problema objeto de estudio. En Francia y Quebec también se habla de «*économie du contrat*».

códigos antiguos como el Código Civil bávaro de 1756, el Código Civil prusiano de 1794 y el Código Civil austriaco de 1812. Muestra de ello, fue que el Code Civil francés de 1804 no reconoció a la *rebus sic stantibus* o *imprévision*. La única excusa contractual era el *cas fortuit* o la *force majeure*. El respecto del *pacta sunt servanda* del original artículo 1134 del Code Civil era absoluto, y ello quedó resuelto en el famoso caso del Canal de Craponne (1876)¹⁵. A pesar que Francia mantuvo por muchos años el respeto estricto de que “el contrato es ley para las partes” (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*)¹⁶, otras jurisdicciones civilistas fueron relativizando dicha regla para reconocer al *rebus sic stantibus*.

En Alemania, la doctrina de la *Geschäftsgrundlage* (base del negocio) fue desarrollada por la jurisprudencia en virtud del artículo 242 del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) que regula a la *Treu un Glauben* (buena fe). Fue recién con la reforma del 2002 que se introduce el artículo 313 que reconoce de manera expresa a la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*)¹⁷.

§ 313. Alteración de la base del negocio

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato **se han modificado de modo sustancial las circunstancias que han devenido la base del contrato** y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, **puede exigirse la adaptación del contrato** en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso con-

creto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resultan ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible razonablemente a una parte la adaptación del contrato, **la parte perjudicada puede resolver el contrato**. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia. (Énfasis agregado)

En Italia, el artículo 1467 del Code Civile reconoce la teoría de la “*eccessiva onerosità sopravvenuta*” (excesiva onerosidad sobrevenida)¹⁸.

Sección III

De la excesiva onerosidad

Artículo 1467. Contrato con prestaciones recíprocas

En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes deviene en **excesivamente onerosa** debido a la ocurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede **demandar la resolución del contrato**, con los efectos establecidos en el artículo 1458.

La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida se encuentra dentro del alea normal del contrato.

15 Sobre la imprevisión en Francia, véase Legrand (1989, p. 910); Zimmermann (2004, p. 80-81).

16 Sobre el *pacta sunt servanda* en Francia, véase Tallon (1994).

17 Sobre el desarrollo de la base del negocio en Alemania, véase Horn (1985, p. 19-20); Gordley (2006, p. 349).

18 Sobre la excesiva onerosidad sobrevenida en Italia, véase Macario (2006); Gabrielli (2012); Gallo (2019).

La parte contra quien se solicita la demanda de resolución puede evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato. (Énfasis agregado)

En España, la excesiva onerosidad no se encuentra reconocida en su Código Civil. Sin embargo, la doctrina de la *rebus sic stantibus* ha sido ampliamente reconocida por la jurisprudencia española¹⁹. Por ejemplo, en la Sentencia del 9 de julio de 1984, el Tribunal Supremo señaló lo siguiente:

[...] pero como este cambio en la forma de prestar el servicio [...] implica un considerable **incremento del costo** del mismo, que agrava desmesuradamente la obligación contraída, no está obligada a prestar este servicio inevitablemente ampliado, sino que por aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, admitida por la Jurisprudencia, tiene **derecho a modificar las condiciones de prestación del servicio**, reintegrándose de ese gasto adicional a través del cobro de los mismos²⁰. (Énfasis agregado)

En Holanda, se encuentra regulada las “*onvoorziene omstandigheden*” (circunstancias imprevistas) conforme al artículo 6:258 del Burgerlijk Wetboek (BW)²¹.

Artículo 6:258. Circunstancias imprevistas

1. En virtud de un derecho de acción de una de las partes de un contrato, **la corte puede cambiar los efectos legales del contrato o resolverlo en su totalidad o en parte** si hay **circunstancias imprevistas** de tal naturaleza que la otra parte, de acuerdo a los estándares de razonabilidad y equidad, no pueda esperar una continuación sin cambios del contrato.

La corte puede modificar o resolver el contrato con efecto retroactivo.

2. La corte no modificará ni resolverá el contrato en la medida que las circunstancias imprevistas, en vista de la naturaleza del contrato o de la opinión común, deban quedar por cuenta de la parte que invoca estas circunstancias.

3. Para los efectos de este artículo, una persona a quien se le haya transferido un derecho u obligación del contrato, se equipara con una parte original de ese contrato. (Énfasis agregado)

El modelo del legislador italiano, y sobre todo, la denominación “excesiva onerosidad”, fue seguido por otras jurisdicciones civilistas, algunas europeas, africanas, y sobre todo latinas²². Por un lado, algunas jurisdicciones importaron el procedimiento italiano que otorga a la parte afectada el derecho a demandar la resolución del contrato, permitiendo a la otra parte la posibilidad de oponer la adaptación, mientras que otras le otorgan a la parte afectada la opción entre demandar la resolución o la adaptación, y de optarse por la resolución, algunas jurisdicciones permiten oponer la adaptación mientras que otras no. Incluso, algunas jurisdicciones invirtieron el procedimiento del legislador italiano y le otorgan a la parte afectada solo el derecho a demandar la adaptación del contrato. Por otro lado, mientras algunas jurisdicciones civiles usan de manera expresa la denominación “excesiva onerosidad” en el título de la respectiva sección o disposición legal, otras no tienen título alguno u de tenerlo prefieren por un término distinto. Sin perjuicio de lo anterior, en todos los casos se hace referencia a la “excesiva onerosidad” en el contenido. Sea la técnica legis-

19 Sobre el desarrollo jurisprudencial de la *rebus sic stantibus* en España, véase Salvador Coderch (2009); Carrasco Perera (2015).

20 Sánchez González (1990, p. 39).

21 Sobre las circunstancias imprevistas en Holanda, véase Hartkamp (1992); De Vries (2001).

22 Sobre la excesiva onerosidad en países latinos, véase Muñoz (2010).

lativa que se haya empleado, se puede observar que la denominación “excesiva onerosidad” es la más usada.

En Portugal, el artículo 437 de su Código Civil señala lo siguiente:

Subsección VII

Resolución o modificación del contrato por **alternación de las circunstancias**

Artículo 437. Condiciones de admisibilidad

1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una **alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación según juicios de equidad**, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumidas afecten gravemente los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.

2. **Requerida la resolución, la parte contraria podrá oponerse a la solicitud, declarando la aceptación de la modificación del contrato en los términos del párrafo anterior.** (Énfasis agregado)

En Grecia, el artículo 388 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 388. Si las circunstancias en que las partes, teniendo en cuenta la buena fe y los usos del tráfico, decidieron celebrar un contrato sinalagmático, cambian posteriormente, por razones extraordinarias que no eran posible prever, y si, como consecuencia de este cambio, el cumplimiento de las obligaciones, teniendo en cuenta las contraprestaciones, resulta **excesivamente gravoso** para el deudor, éste **podrá solicitar al juez que reduzca** las obligaciones a su discreción en la medida adecuada, **o resolver la totalidad del contra-**

to o de la parte no ejecutada. En el caso que se declare la resolución del contrato, todas las obligaciones derivadas del mismo dejarán de existir, y las partes se obligan mutuamente a devolver todo lo recibido de acuerdo con las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa. (Énfasis agregado)

En Egipto, el artículo 147 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 147. El contrato hace la ley entre las partes. Puede ser revocado o modificado solo por consentimiento mutuo de las partes o por las razones previstas por la ley.

Sin embargo, cuando como consecuencia de hechos excepcionales e imprevisibles de carácter general, el cumplimiento de la obligación contractual, sin llegar a ser imposible, se torne **excesivamente oneroso** de tal manera que amenace al deudor con una pérdida desorbitante, **el juez podrá** según las circunstancias, y después de tomar en consideración los intereses de ambas partes, **reducir** a límites razonables la obligación que se ha vuelto excesiva. Cualquier acuerdo en contrario es nulo. (Énfasis agregado)

En Argelia, 107 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 107. El contrato debe cumplirse de acuerdo con su contenido y de buena fe.

Vincula al contratista, no solo a lo expresado en el mismo, sino también a todo aquello que la ley, la costumbre y la equidad consideren consecuencia necesaria de este contrato según la naturaleza de la obligación.

No obstante, cuando, como consecuencia de hechos excepcionales, imprevisibles de carácter general, el cumplimiento de la obligación contractual, sin llegar a ser imposible, se tor-

ne **excesivamente oneroso**, de modo que amenace al deudor con una pérdida exorbitante, **el juez podrá**, según las circunstancias y después de haber tenido en cuenta los intereses de las partes, **reducir**, en una medida razonable, la obligación que se ha vuelto **excesiva**. Cualquier acuerdo en contrario es nulo. (Énfasis agregado)

En Argentina, el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación señala lo siguiente:

Artículo 1091. **Imprevisión**

Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna **excesivamente onerosa**, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o **pedir ante un juez**, por acción o como excepción, **la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación**. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia. (Énfasis agregado)

En Brasil, los artículos 478 y 479 de su Código Civil señalan lo siguiente:

Art. 478. En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se vuelve **excesivamente onerosa**, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, **podrá el deudor solicitar la resolución del contrato**. Los efectos de la sentencia que la decreta se retrotrae a la fecha de citación.

Art. 479. **La resolución podrá ser evitada ofreciéndose la modificación equitativa de las condiciones del contrato**. (Énfasis agregado)

En Bolivia, el artículo 581 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 581. Resolución judicial por **excesiva onerosidad** de los contratos con prestaciones recíprocas

1. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado **excesivamente onerosa** por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles **podrá demandar la resolución del contrato** con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

2. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada, o si la parte cuya prestación se ha tornado **onerosa en exceso** era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se presentaron después de cumplirse la obligación.

3. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la **onerosidad sobrevinida** está incluida en el riesgo o alea normal del contrato.

4. **El demandado puede terminar el litigio si antes de sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que, a juicio del juez, sean equitativas**. (Énfasis agregado)

En Paraguay, el artículo 672 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 672. En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la

prestación **excesivamente onerosa**, el **deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato** pendientes de cumplimiento.

La resolución no procederá cuando la **onerosidad sobrevenida** estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.

El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa.

Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o modificación equitativa de la manera de ejecutarlo. (Énfasis agregado)

En Panamá, el artículo 1161-A de su Código Civil señala lo siguiente:

Capítulo VI

De la terminación del contrato por **excesiva onerosidad**

Artículo 1161-A. En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser **excesivamente onerosa** por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación **podrá pedir la terminación del contrato.**

No podrá pedir la terminación, si la **onerosidad sobrevenida** entrara en el alea normal del contrato.

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. (Énfasis agregado)

En Cuba, el artículo 80 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 80. **Procederá también la rescisión** de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan **tan onerosa** para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida. (Énfasis agregado)

En Perú, el artículo 1440 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser **excesivamente onerosa** por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, **la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación**, a fin de que cese la **excesiva onerosidad.**

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, **el juez decidirá la resolución del contrato.** La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (Énfasis agregado)

En Colombia, el artículo 868 del Código de Comercio señala lo siguiente:

Artículo 868. Revisión del contrato por **circunstancias extraordinarias**

Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte **excesivamente onerosa**, **podrá ésta pedir su revisión.**

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado **las bases del contrato** y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, **el juez decretará la terminación del contrato**.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea. (Énfasis agregado)

El Guatemala, el artículo 1330 de su Código Civil señala lo siguiente:

Artículo 1330. Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambien de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento **demasiado oneroso** para el deudor, **el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial**. (Énfasis agregado)

Como vemos, Italia y sus seguidores (sobre todo los latinos), fueron los protagonistas en difundir legislativamente la denominación “excesiva onerosidad”. De allí que a pesar que en otras jurisdicciones civilistas se prefiera hablar de *imprévision* o *rebus sic stantibus*, en el contenido todas se refieren a la excesiva onerosidad de manera expresa.

Una excepción se encuentra en Alemania, cuyo artículo 313 del BGB no se refiere a la excesiva onerosidad al contener una técnica legislativa distinta que abarca tanto a la frustración del propósito como casos de error. A pesar de ello, es claro que la alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) puede producir excesiva onerosidad²³.

Finalmente, en Francia fue recién con la reforma del 2016 que la *imprévision* consiguió un lugar en el actual artículo 1195 del Code Civil. El modelo

francés toma en cuenta la tendencia observada en los principales instrumentos de uniformización, y como tal, incluye una primera etapa de renegociación, lo cual es visto como una novedad entre las codificaciones civiles²⁴.

Artículo 1195. Si un cambio de circunstancias que era imprevisible al momento de la celebración del contrato hace que la prestación sea **excesivamente onerosa** para una parte que no ha aceptado dicho riesgo, esta parte podrá **demandar la renegociación del contrato a la otra parte**. Ella continuará cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación.

En caso de rechazo o fracaso en las negociaciones, las partes pueden acordar la resolución del contrato en la fecha y en las condiciones que ellas determinen, **o solicitar de común acuerdo a un juez que proceda con la adaptación**. **A falta de acuerdo** dentro de un plazo razonable, **el juez podrá, a petición de parte, revisar el contrato o ponerle fin**, en las fechas y condiciones que fije. (Énfasis agregado)

En efecto, la novedad en los instrumentos de uniformización, sobre todo de perfil civilista, es la incorporación de un procedimiento contractual más complejo que inicia con una etapa de negociación del contrato. Esta innovación es el punto de partida que permite distinguir a los instrumentos de uniformización de los derechos nacionales. Fíjese que Argentina también regula a la renegociación en la excesiva onerosidad, sin embargo, dicha renegociación no está regulada como una etapa previa pues la norma argentina señala que la parte afectada “tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial

23 Véase Markesinis, Unberath y Johnston (2006, p. 319).

24 Sobre la imprevisión en Francia conforme a la reforma del 2016, véase Fauvarque-Cosson (2017); Pédamon (2017); Benatti (2018).

del contrato, o su adecuación”; entonces, se puede acudir directamente a las cortes. Por ello, no consideramos el modelo argentino como similar al modelo francés, sin perjuicio que en ambos casos la renegociación tenga base legal para que sea invocada en casos de *hardship* (algo que no existe en otras jurisdicciones nacionales).

Dado que el deber de renegociación no tiene base legal en las codificaciones civiles, de manera general y en específico ante la ocurrencia de excesiva onerosidad (salvo algunas excepciones como la ley civilista francesa y argentina), algunos autores nacionales consideran que la buena fe podría ser la base legal del deber de renegociación²⁵. Sin embargo, si se parte de la premisa que existen diferentes modelos de *hardship*, se debe concluir que si la renegociación no está reconocida en el procedimiento contractual definido por ley, entonces la misma no puede ser invocada. Lo contrario significaría modificar la ley a través de otra ley: invocar a la buena fe para modificar el modelo de excesiva onerosidad adoptado por el legislador. Esto no tiene sustento legal alguno. La renegociación solo puede ser invocada si la ley lo reconoce (o si ha sido pactada, claramente). Igualmente, siempre podrá ocurrir una renegociación espontánea si las partes desean renegociar de manera voluntaria, al margen de lo que diga la ley o el contrato.

25 Sobre esta discusión, véase Castiñeira (2014).

26 Es pertinente diferenciar entre uniformización y armonización. El primero es más cercano a igualar o unificar, mientras que el segundo a conciliar. Por este motivo, algunos consideran correcto hablar de armonización en lugar de uniformización. En realidad, ello dependerá del instrumento en específico. Hay instrumentos internacionales que pretenden regular un verdadero derecho contractual supranacional que facilite las transacciones transfronterizas, independientemente de lo que puedan decir los derechos nacionales. En este caso se puede hablar de uniformización pues la idea es que exista un verdadero derecho contractual internacional por encima de las naciones y desvinculado de naciones domésticas. En principio, se podría pensar en la CISG y los PICC. Por el contrario, otros instrumentos no tienen ese objetivo, sino que su misión es disponer guías que permitan a los derechos nacionales apuntar hacia una misma dirección, pero no unificarlos (en otras razones, por sus diferentes culturas). La armonización puede ser vista como una melodía que se forma de diferentes instrumentos musicales pero que en conjunto suenan bien. Se considera que los OHADAC Principles y los PLDC estarían en este caso. Sin perjuicio de esta distinción que es útil, estos conceptos podrían confundirse. Por ejemplo, algunas disposiciones de la CISG parecen uniformizar mientras que otras armonizar.

27 Sobre la *hardship* en los principales instrumentos de uniformización, véase Perillo (1996); Lindström (2006); Gutierrez de Larrauri (2010); Momberg (2011); DiMatteo (2015); Kuster y Andersen (2016); Schwenzer (2009).

28 La redacción de los instrumentos de uniformización no es la misma, y como tal, si bien se menciona a la renegociación, podría discutirse sobre su naturaleza jurídica desde que la renegociación es redactada como si fuera un remedio (PICC), un deber (PECL) o un presupuesto (DCFR). Sin perjuicio de estas diferencias, entiéndase a la renegociación como un deber sobre las partes del contrato.

IV. *Hardship*

Partiendo de la Torre de Babel que existe en los derechos domésticos, los principales instrumentos de uniformización propusieron un modelo de *hardship* que sea uniforme²⁶. A pesar de tal objetivo, se debe advertir que no todos los instrumentos de uniformización contienen el mismo modelo de *hardship* desde que varios de ellos son más civilistas mientras que otros más anglosajones, y como tal, tienen sentimientos distintos frente a esta institución legal²⁷. Pero si nos limitamos a los instrumentos de uniformización de carácter civilista, podemos observar que existe un modelo de *hardship* que se propone como un modelo más complejo y deseable que aquellos que existen en las jurisdicciones nacionales del Civil Law. De esta manera, se busca uniformización en torno a la *hardship* para el Civil Law.

La estructura contractual de la *hardship*, conforme a los PICC, PECL, DCFR, CESL y los Trans-Lex Principles, es la siguiente: (1) se reconoce el deber legal de renegociación del contrato, de manera que la primera etapa es una renegociación con el objetivo de otorgar que las partes puedan llegar a un acuerdo²⁸, (2) se reconoce la intervención de las cortes ante la falta de acuerdo, sea para adaptar o resolver el contrato (según correspon-

da), y (3) se prefiere por los efectos preservatorios del contrato.

Entonces, a diferencia de los derechos nacionales, los instrumentos de uniformización de perfil civilista reconocen la aplicación de un deber legal de renegociar ante la ocurrencia de *hardship*, se admite abiertamente la intervención de las cortes en los contratos, sobre todo para adaptarlo (entiéndase, modificarlo), y se prefiere por la conservación del contrato, siendo la terminación la última solución.

Desde que en muchas jurisdicciones civiles existe una visión social del contrato, se prefiere por la justicia sobre la eficiencia, y como tal, se admite ampliamente conceptos como la buena fe, la equidad y la justicia contractual. Lo anterior representa un terreno fértil para los deberes de renegociación y la intervención de las cortes en los contratos. Lo anterior fue tomado en cuenta por los instrumentos de uniformización al momento de proponer su modelo de *hardship*.

El punto de referencia de los principales instrumentos de uniformización fue la CISG de 1980. Sin embargo, en relación a la *hardship*, la CISG contiene un modelo interesante de perfil anglosajón y más familiarizado con la práctica internacional, y como tal, se aparta de los modelos civilistas propuestos por los PICC, PECL, DCFR, CESL y los TransLex Principles, a pesar que la CISG haya sido el antecedente de todos ellos como proceso de uniformización.

Para empezar, y teniendo en cuenta las diversas teorías que se manejan en los derechos nacionales, el primer paso para la uniformización fue adoptar una sola denominación. Mientras los PECL, DCFR, CESL y PLDC emplean la denominación “*change of circumstances*” o “cambio de circunstancias”, los PICC y TransLex Principles usan “*hardship*”. Esto se debe a que los PICC y TransLex Principles tienen un ámbito de aplica-

ción más extenso al referirse a los contratos internacionales, frente a lo cual, deben considerar a las partes que provienen del Civil Law como del Common Law, mientras que los PECL, DCFR y CESL solo aplican a jurisdicciones civilistas de Europa y los PLCD a las de Latinoamérica, y por ello, no usan la denominación anglosajona “*hardship*”. Sin perjuicio de lo anterior, y aunque los PICC y TransLex Principles sí usan el término “*hardship*”, mantienen en su contenido su perfil civilista al reconocer la renegociación y la intervención judicial para adaptar o resolver el contrato.

Los artículos 6.2.1, 6.2.2. y 6.2.3 de los PICC señalan lo siguiente:

Section 2: **Hardship**

Article 6.2.1

(Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes **more onerous** for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on **hardship**.

Article 6.2.2

(Definition of **hardship**)

There is **hardship** where the occurrence of events **fundamentally alters the equilibrium of the contract** either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Article 6.2.3

(Effects of **hardship**)

(1) **In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations.** The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.

(2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.

(3) **Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.**

(4) **If the court finds hardship it may,** if reasonable,

(a) **terminate the contract** at a date and on terms to be fixed, or

(b) **adapt the contract** with a view to restoring its equilibrium. (Énfasis agregado)

El artículo 6:111 de los PECL señala lo siguiente:

Article 6:111: **Change of Circumstances**

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become **more onerous**, whether because the cost of performan-

ce has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

(2) If, however, performance of the contract becomes **excessively onerous** because of a **change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it**, provided that:

(a) the **change of circumstances** occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a **change of circumstances** was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the **change of circumstances** is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) **If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:**

(a) **terminate the contract** at a date and on terms to be determined by the court; or

(b) **adapt the contract** in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the **change of circumstances**.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing. (Énfasis agregado)

El artículo III. – 1:110: del DCFR señala lo siguiente:

III. – 1:110: Variation or termination by court on a **change of circumstances**

(1) An obligation must be performed even if performance has become **more onerous**, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

(2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes **so onerous** because of an exceptional **change of circumstances** that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation **a court may**:

(a) **vary the obligation** in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or

(b) **terminate the obligation** at a date and on terms to be determined by the court.

(3) Paragraph (2) applies only if:

(a) the **change of circumstances** occurred after the time when the obligation was incurred;

(b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that **change of circumstances**;

(c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that **change of circumstances**; and

(d) **the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation.** (Énfasis agregado)

El artículo 89 del CESL señalaba lo siguiente:

Article 89. Change of circumstances

1. A party must perform its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished.

Where performance becomes excessively onerous because of an exceptional change of circumstances, the parties have a duty to enter into negotiations with a view to adapting or terminating the contract.

2. If the parties fail to reach an agreement within a reasonable time, then, upon request by either party a court may:

(a) adapt the contract in order to bring it into accordance with what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account; or

(b) terminate the contract within the meaning of Article 8 at a date and on terms to be determined by the court.

3. Paragraphs 1 and 2 apply only if:

(a) the change of circumstances occurred after the time when the contract was concluded;

(b) the party relying on the change of circumstances did not at that time take into account, and could not be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; and

(c) the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances. (Énfasis agregado)

El artículo 84 de los PLDC señala lo siguiente

Artículo 84. Cambio de circunstancias

(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.

(2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.

(3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes. (Énfasis agregado)

El artículo No. VIII de los TransLex Principes señala lo siguiente:

No. VIII.1 - **Hardship**: Requirements

Any event of legal, economic, technical, political, financial or similar nature

i) which is beyond the typical sphere of control of the disadvantaged party, and

ii) which occurs after the conclusion of the contract and whose effects could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract, or

iii) which existed at that time but was not known by the disadvantaged party and could not have been recognized by a reasonable per-

son of the same kind as the disadvantaged party in the same circumstances, and

iv) which causes a **fundamental alteration of the equilibrium of the contractual obligations**, thereby rendering the performance of the contract **excessively onerous** for that party, and

v) for which the disadvantaged party did not assume, explicitly or implicitly, in the contract or otherwise, the risk of its existence or occurrence.

constitutes **hardship**.

No. VIII.2 - **Hardship**: Legal consequences

(a) In case of the occurrence of an event as defined in Principle VIII.1, **the disadvantaged party may claim from the other party renegotiation of the contract with a view to reaching agreement on alternative contractual terms which reasonably allow both parties the continuation of the contract.**

(b) **If the parties fail to reach agreement on these alternative terms within reasonable time, either party may apply to a court or arbitral tribunal in order to have the contract**

i) **adapted** to the changed circumstances (provided the applicable procedural law gives the court or arbitral tribunal the authority to decide on such adaptation) with a view to restoring the initial equilibrium of the contract or, if such restoration is not feasible, to distributing the losses caused by the hardship event equally between the parties, or

ii) **terminated** at a date and on terms to be determined by the court or arbitral tribunal. (Énfasis agregado)

Como vemos, estos instrumentos de uniformización de perfil civilista logran cierta uniformidad²⁹ al enunciar los requisitos generales para que se pueda invocar a la *hardship*, impone una primera etapa de renegociación del contrato, y admite la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato, con una preferencia por los efectos preservatorios.

Al tratarse de un modelo civilista que no toma en consideración la diferente y opuesta filosofía que manejan los anglosajones sobre el derecho de contratos, es que existen otros modelos de *hardship* conforme a la estandarización de las cláusulas *hardship* en los contratos internacionales entre partes que provienen de familias jurídicas distintas, principalmente del Civil Law y Common Law.

V. Cláusula *hardship*

Los instrumentos de uniformización de perfil civilista presentaron un esquema que se considera como “moderno” y “más complejo” frente a las soluciones propuestas por los derechos nacionales del Civil Law. Sin embargo, si bien tales instrumentos demuestran cuál es la posición del Civil Law en relación a la *hardship*, en contratos internacionales la preferencia de las partes es distinta y ello se evidencia con la inclusión de las cláusulas *hardship*³⁰.

A diferencia del Civil Law, en el Common Law liderado por el derecho inglés, no se reconoce de manera general a la buena fe³¹ o los deberes de renegociación³², como tampoco se admite la intervención de

las cortes en los contratos para modificarlos o terminarlos³³. Como tal, no se reconoce una doctrina sobre *hardship*³⁴. En el derecho inglés se prefiere por el respeto absoluto de los contratos (al estilo francés de 1804) y la responsabilidad contractual es absoluta (salvo casos de *frustration of contract*). La filosofía es que los contratos deben ser respetados en sus términos y condiciones, de manera que la labor de las cortes se limita a ejecutar lo pactado por las partes, incluso si ello llevara a situaciones injustas. Así, a diferencia del Civil Law, se prefiere a la eficiencia y certeza sobre la justicia.

Si tenemos en cuenta esta filosofía anglosajona, es evidente que las cláusulas que se negocien entre partes del Civil Law y Common Law serán distintas a aquellas que sean negociadas solo entre partes civilistas. En consecuencia, el modelo de *hardship* en la práctica internacional es distinto al modelo propuesto por los instrumentos de uniformización civilistas. Son estas cláusulas *hardship* de perfil anglosajón, estandarizadas en el comercio internacional, las que se ven como una novedad en relación a los modelos de los derechos nacionales del Civil Law y los instrumentos de uniformización de perfil civilista.

Podemos describir tres casos en donde se pacta una cláusula *hardship* en un contrato en general: (1) se puede incluir una cláusula *hardship* en un contrato bajo una ley nacional que no reconoce a la excesiva onerosidad, de manera que la cláusula *hardship* suple ese vacío, (2) se puede incluir una cláusula *hardship* en un contrato sujeto a una ley civilista que reconoce a la excesiva onerosidad, pero se incorpora un es-

29 Se dice “cierta uniformidad” porque no son totalmente uniformes. Por ejemplo, solo en relación a los presupuestos para invocar a la *hardship*, mientras que algunos instrumentos de uniformización no indican que el impedimento debe estar más allá del control de la parte afectada, otros sí lo hacen. A pesar de lo anterior, se reconoce el esfuerzo realizado para lograr uniformizar el derecho de contratos, y como tal, sin perjuicio de las diferencias que pueden identificarse, el resultado general es positivo y en favor de la uniformización.

30 Sobre las cláusulas *hardship* en el comercio internacional, véase Melis (1984); Strohbach (1984); Konarski (2003); Fontaine (2018); Erdem (2018); Momberg (2020); Benatti (2021); García Long (2021a).

31 Sobre el rechazo de la buena fe en el derecho inglés, véase Goode (1992); Teubner (1998); Bridge (2005).

32 Véase la falta de reconocimiento legal de los deberes de renegociación en el derecho inglés, véase Cartwright (2009).

33 Sobre la labor de los jueces en los contratos en el derecho inglés, véase Schmitthoff (1988).

34 Sobre la ausencia de *hardship* en el derecho inglés, véase Beale, Bishop y Furmston (2008, p. 473).

quema más complejo, con efectos preservatorios del contrato y la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato (según sea el caso), y (3) se puede incluir una cláusula *hardship*, que independientemente de cuál sea la ley aplicable al contrato, incorpora un esquema contractual privado que solo permite efectos exoneratorios o liberatorios del contrato, sin renegociación e intervención de las cortes.

El primer escenario es claro. Por ejemplo, la ley chilena no reconoce a la excesiva onerosidad³⁵. Una solución es la incorporación de una cláusula *hardship*. El segundo escenario tampoco tiene mayor novedad. Por ejemplo, la ley italiana reconoce a la excesiva onerosidad para demandar la resolución del contrato, pero las partes podrían incorporar un esquema más complejo con una primera etapa de renegociación y la posibilidad de demandar también la adaptación³⁶.

El escenario más interesante es el tercero. En contratos internacionales las partes desconfían de la intervención de las cortes para resolver, y sobre todo, para adaptar el contrato, lo cual significa una modificación del contrato por parte de un tercero. Por un lado, las partes internacionales saben que la *hardship* es una excusa que está reconocida en la mayoría de las jurisdicciones nacionales del Civil Law, pero por otro lado, no quieren que un tercero defina el futuro del contrato, o de manera específica, lo modifique. Muestra de ello, es la falta de reconocimiento de la *hardship* en jurisdicciones anglosajonas (Inglaterra), o en todo caso, de su aplicación limitada (Estados Unidos de América)³⁷. Entonces, el punto medio está en negociar la incorporación de una cláusula *hardship* que solo tenga efectos exoneratorios o liberatorios, sin renegociación e intervención de las cortes. Este es el punto medio.

En consecuencia, el modelo de *hardship* que se ha estandarizado en la práctica contractual internacional es aquella (1) destinada a privatizar el procedimiento contractual para corregir la *hardship*, y (2) con preferencia por los efectos exoneratorios o liberatorios del contrato. Esto significa, como regla, la exclusión de la renegociación y la intervención de las cortes en el contrato, salvo que las partes así lo pacten. Como tal, mediante una cláusula *hardship* se puede pactar en contra de los modelos propuestos por las jurisdicciones nacionales civilistas y los instrumentos de uniformización de perfil civilista. Esta es la tendencia que se observa en la contratación internacional, como muestra de un consenso necesario entre partes civilistas acostumbradas a reconocer a la *hardship* con efectos conservatorios, y partes anglosajonas acostumbradas a rechazar a la *hardship*. Ante ello, el punto medio es que la *hardship* solo tenga efectos exoneratorios o liberatorios a través de un procedimiento privado, sin renegociación ni la intervención de las cortes. Este modelo de *hardship* presente en la contratación internacional se encuentra reconocido por la CISG, los OHADAC Principles, la ICC y la ITC.

La CISG es el proceso de uniformización de derecho de contratos más exitoso. A la fecha cuenta con 94 Estados Miembros, y entre las razones de este éxito, destaca el consenso que ha logrado entre partes del Civil Law y Common Law, sobre todo en temas esenciales y estructurales del derecho de contratos como lo es el eventual reconocimiento de la buena fe o el poder de las cortes para modificar el contrato. El objetivo era lograr un verdadero derecho de contratos supranacional, por encima de las naciones, y para ello era necesario llegar a un consenso entre jurisdicciones de familias jurídicas distintas. Como resultado, la CISG optó por un perfil anglosajón en relación a tales aspectos estructurales del derecho de

35 Sobre la ausencia de la excesiva onerosidad en el Código Civil de Chile, véase Momberg y Pino Emhart (2020).

36 Sobre esta preocupación en el derecho italiano, véase Sirena y Patti (2020).

37 En el derecho americano se reconoce a la impracticability, pero invocarla es tan difícil hasta el punto que se considera que es similar a invocar impossibility of performance. Al respecto, véase Halpern (1987); Camero (2015);

contratos, desde que se consideró que para el comercio internacional debía darse preferencia a la eficiencia y el respeto del pacto de las partes. Entonces, la CISG solo enunció una vez a la buena fe en todo su texto (artículo 7) y limitado a funcionar como criterio de interpretación de la CISG (y no como deber contractual)³⁸, y no admite la renegociación o la intervención de las cortes ante la ocurrencia de *hardship*. Esto demuestra el perfil anglosajón de la CISG.

La CISG le dedica el artículo 79 a los *impediments* (impedimentos) o *exemptions* (exenciones)³⁹. No usó las denominaciones “*force majeure*”, “*frustration*”, “*hardship*”, u otra de origen nacional, pues el objetivo fue y es promover la interpretación uniforme de la CISG conforme a su carácter internacional⁴⁰.

Section IV. **Exemption**

Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an **impediment** beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.

(3) The **exemption** provided by this article has effect for the period during which the **impediment** exists.

(4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the **impediment** and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the **impediment**, he is liable for damages resulting from such non-receipt.

(5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention. (Énfasis agregado)

De una lectura del artículo 79 de la CISG, la primera impresión es que regula a la *force majeure*, aunque no use dicho término. Por ello, siempre se discutió si existía un vacío en la CISG al no haber reconocido a la *hardship*. Algunos consideraban que existía tal vacío y que una solución para llenarlo sería la aplicación de los PICC para complementar a la CISG⁴¹. Esto produjo que el artículo 79 sea uno de los más debatidos y controversiales.

Al respecto, la Opinión 7 del CISG Advisory Council de octubre de 2007 señaló que, en virtud del artículo 79 de la CISG, es posible invocar tanto a la *force majeure* como a la *hardship* pues el concepto “*impediment*” es neutral y amplio.

CISG Advisory Council Opinion No. 7

38 Sobre el rol limitado de la buena fe en la CISG, véase Farnsworth (1995); Honnold (2009, p. 134-135); Bridge (2017).

39 Véase Flechtner (2007).

40 Audit (1998, p. 179); Germain (2014, p. 54).

41 Sobre la posibilidad de aplicar los PICC a la CISG, véase el debate en Garro (1995); Slater (1998); Ferrari, Gillette, Torsello y Walt (2017). También, sobre la aplicación de los PECL a la CISG, véase Flambouras (2007).

[...]

3.1 A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous (“hardship”), may qualify as an “impediment” under Article 79(1). The language of Article 79 does not expressly equate the term “impediment” with an event that makes performance absolutely impossible. Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79.

Lo anterior fue materializado posteriormente por la Corte Suprema de Bélgica, en el caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* (2009), en el cual se consideró que los PICC pueden complementar a la CISG y, en consecuencia, que en virtud del artículo 79 puede invocarse a la *hardship* e imponer entre las partes la renegociación del contrato⁴². La Corte belga señaló lo siguiente:

Changed circumstances that were not reasonably foreseeable at the time of the conclusion of the contract and that are unequivocally of a nature to increase the burden of performance of the contract in a disproportionate manner, can, under circumstances, form an impediment in the sense of this provision of the Convention.

A pesar de lo señalado por la Opinión 7 y lo resuelto por la Corte Suprema de Bélgica, quedaba pendiente la discusión sobre cuáles son las consecuencias de invocar a la *hardship* conforme a la CISG, esto es, si realmente existe un deber de renegociar y si se admite intervención de las cortes para adaptar o terminar el contrato⁴³. Como el artículo 79 solo tiene efectos exoneratorios o liberatorios, si se usa el mismo artículo 79 para invocar a la *hardship*, la parte afectada

solo tendría derecho a excusarse del cumplimiento del contrato mientras dura la *hardship*, lo cual es distinto al modelo de *hardship* de las jurisdicciones civilistas. De hecho, lo resuelto en el caso *Scafom* fue rechazado por varios expertos de la CISG pues tal fallo consideró que la *hardship* podría ser invocada conforme al artículo 79 pero que había un vacío en torno a las consecuencias de invocar *hardship*. Por ello usó a los PICC para complementar a la CISG. El problema con lo anterior es que ello no favorece la interpretación autónoma de la CISG.

Finalmente, la Opinión 20 del CISG Advisory Council de febrero de 2020 precisó cuáles son los efectos de la ocurrencia de una *hardship* conforme al artículo 79 de la CISG. La Opinión 20 señaló que la *hardship* bajo la CISG solo tiene efectos privados, de carácter exoneratorios, y así, funciona de manera similar a la *force majeure*. No hay renegociación ni intervención de las cortes. De esta manera, la CISG fomenta la unificación de la *force majeure* y *hardship*⁴⁴.

CISG Advisory Council Opinion No. 20

[...]

10. The exemption due to hardship **has effect for the period during which hardship exists.**

11. Under the CISG, the parties **have no duty to renegotiate** the contract in case of hardship.

12. Under the CISG, a court or arbitral tribunal **may not adapt** the contract in case of hardship.

13. Under the CISG, a court or arbitral tribunal **may not bring the contract to an end** in case of hardship (Énfasis agregado).

42 Sobre el caso *Scafom*, véase Veneziano (2010); Flechtner (2011); Ahmad (2014); Dai (2016).

43 Sobre las consecuencias de invocar *hardship*, véase Dewez, Ramberg, Momberg, Cabrillac y San Miguel Pradera (2011); Schwenzer y Muñoz (2019).

44 García Long (2021b, p. 25-26).

Entonces, bajo la CISG se puede invocar a la *hardship* a través de un procedimiento privado, sin renegociación y la intervención de las cortes. La CISG parte de la premisa que las partes son adversas a la intervención de un tercero en el contrato y que la renegociación solo tiene sentido de manera espontánea y no como deber legal. Entonces, el efecto de la *hardship* es que la parte afectada queda eximida de responsabilidad mientras dura el evento que provoca la *hardship*, esto es, no procede el pago de daños (o penalidades) ni la pretensión de cumplimiento. Lo anterior no impide, como señala el artículo 79(5) de la CISG, que cualquiera de las partes pueda alegar otro derecho conforme a la CISG (por ejemplo, la resolución del contrato si el impedimento se convierte en un incumplimiento fundamental, la suspensión, la reducción de la contraprestación, entre otros)⁴⁵.

De esta manera, la CISG propone un modelo de *hardship* conforme a la práctica internacional y las cláusulas *hardship* (de influencia anglosajona). Pero además, y como lo más importante es la primacía del acuerdo de las partes, la Opinión 20 señala que si las partes así lo desean, pueden incluir una cláusula *hardship* al estilo civilista, con renegociación y con pacto expreso que otorgue a las cortes el poder para intervenir en el contrato. Entonces, el artículo 79 es la norma supletoria.

Por otro lado, y sobre los OHADAC Principles⁴⁶, el artículo 6.3.1 señala que una vez verificado los presupuestos de la *hardship*, la parte afectada tiene derecho a terminar el contrato. No existe ni la renegociación ni la intervención de las cortes para adaptar o terminar el contrato.

Article 6.3.1. **Hardship**

⁴⁵ Téngase presente que el artículo 79(5) señala expresamente que el único remedio que no podrá invocarse es el pago de daños, de manera que en teoría podría reclamarse el cumplimiento específico del contrato. Sin embargo, entiéndase que la pretensión de cumplimiento es posible una vez que el impedimento haya desaparecido y no mientras dure (por obvias razones). Véase Flechtner (2007) y la Opinión 20 del Consejo Consultivo de la CISG.

⁴⁶ Véase Sánchez Lorenzo (2018).

1. A party is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 **a party is entitled to terminate the contract where this party proves that:**

a) the performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences; and that

c) it did not assume the risk of the event.

3. The party claiming an event that renders performance **excessively onerous** shall notify the other party in writing without delay, together with sufficient evidence of this event certified by a relevant body. This party is obliged to take all reasonable steps to limit the effect of the event invoked on the performance of its contractual duties.

4. Where either contracting party has, by reason of anything done by another contracting party in the performance of the contract, derived a benefit before the termination of the contract, the party deriving such a benefit shall be under a duty to pay the other party a sum of money equivalent to the value of such benefit. (Énfasis agregado)

Entonces, la regla supletoria en los OHADAC Principles es que la *hardship* solo tiene efectos liberatorios y de manera privada. Igual que en la CISG, los OHADAC Principles señalan que si así lo quisieran las partes, podrían incorporar una específica cláusula *hardship* que incluya renegociación, y/o adaptación judicial y/o resolución judicial. En efecto, los comentarios al artículo 6.3.1 de los OHADAC Principles señalan lo siguiente:

SPECIFIC HARDSHIP CLAUSES

Even when parties have submitted their contract to the OHADAC Principles on International Commercial Contracts and, failing that, to a domestic law, both the Principles and domestic laws recognise the priority of contractual terms in regulating cases of hardship. In international trade, there are well-known standardised hardship clauses, such as the ICC Hardship Clause 2003. The International Chamber of Commerce has drafted this model clause that can be incorporated into contract by reference. However, its wording is much more modest than the regulation proposed in the OHADAC Principles themselves.

This clause is clearly inspired by international texts such as the UNIDROIT Principles and PECL. However, it can be criticised in some points, because given the object of the contract or the interests at stake, parties may prefer to establish the right to terminate the contract instead of the option consisting in the obligation to renegotiate first, which may be undesirable depending on contracts involved. Moreover, when termination is considered as the main or only option or it is a subsidiary option at any event, the terms of the right to termination, the effects on restitution or the payment of benefits must be determined in the same manner as for cases of force majeure. However, the ICC hardship clause does not take such circumstances into consideration.

OHADAC therefore advises against completing the OHADAC Principles using the ICC hardship clause. To drafting a clause that complements the OHADAC Principles, parties must balance the additional utility of these clauses insofar as they contribute to correct or determine the proposed regulation in different ways.

A continuación, los OHADAC Principles proponen cuatro modelos de cláusulas *hardship* que constituyen pactos en contra de lo regulado por el artículo 6.3.1. De esta manera, a pesar de partir de un modelo de *hardship* estrictamente privado y liberatorio, se reconoce la primacía de la voluntad de las partes para incorporar el modelo de *hardship* que mejor se acomode a sus contratos.

La Cláusula A propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) el remedio es la resolución privada del contrato, y (3) no se incluye la renegociación ni la intervención de las cortes.

La Cláusula B propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) se incluye una etapa privada de renegociación (salvo que las partes pacten que la renegociación deba ser sometida a un tercero intermediador), (3) ante la falta de acuerdo en la renegociación, el remedio es la resolución privada del contrato, y (4) no se incluye la intervención de las cortes.

La Cláusula C propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) no hay renegociación, y (3) se pacta la intervención de las cortes para que proceda con la adaptación del contrato, salvo que esto no sea posible, en cuyo caso deberá terminarlo.

La Cláusula D propone un modelo de *hardship* en donde (1) se incluye un listado de eventos específicos que se presume ocasionarían *hardship*, (2) se incluye

una etapa privada de renegociación (salvo que las partes pacten que la renegociación deba ser sometida a un tercero intermediador), y (3) se pacta la intervención de las cortes para que proceda con la adaptación del contrato, salvo que esto no sea posible, en cuyo caso deberá terminarlo.

Entonces, la propuesta de los OHADAC Principles consiste en una regulación general supletoria sobre la *hardship* (artículo 6.3.1) que puede ser derogada por las partes con la inclusión de cuatro modelos específicos de cláusula *hardship*. Esta propuesta representa un esquema más adecuado y flexible que aquel propuesto por los instrumentos de uniformización de perfil civilista, los cuales pretenden corregir el problema de la *hardship* a través de una sola solución: se debe iniciar necesariamente por una renegociación y siempre intervendrán las cortes para adaptar o resolver el contrato. Por el contrario, la preferencia en la práctica internacional es mantener el procedimiento contractual como privado y con efectos liberatorios, y en todo caso, si las partes prefieren por un modelo distinto, deberán pactarlo. Entonces, entiéndase que son las partes las que deben otorgar poder a las cortes para que puedan adaptar o resolver el contrato.

Por el lado de la ICC, también se evidencia que la preferencia en la práctica internacional es el rechazo de la intervención de las cortes como solución ante la ocurrencia de una *hardship*, salvo que las partes así lo pacten. El esquema de la ICC también es más flexible que los modelos civilistas.

El ICC Hardship Clause 2003⁴⁷ era una combinación del modelo italiano y el modelo de los PICC. El legislador italiano propuso un modelo en donde la parte afectada tiene el derecho a demandar la resolución del contrato, no la adaptación. Por el contrario, los PICC propusieron un modelo que inicia con una etapa de renegociación, y ante la falta de acuerdo, pueden in-

tervenir las cortes para adaptar o resolver el contrato. En el 2003, el modelo de la ICC fue uno en donde ante la ocurrencia de los presupuestos de la *hardship*, las partes debían renegociar privadamente una solución, y ante la falta de acuerdo, la parte afectada podía terminar privadamente el contrato. No se permitía la intervención de las cortes. El procedimiento era estrictamente privado y con preferencia por los efectos liberatorios del contrato⁴⁸.

ICC Hardship Clause 2003

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, **where a party to a contract proves that:**

a) the continued performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences,

the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.

3. **Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the**

47 Sobre el modelo de la ICC del 2003, véase Fontaine (2018); Erdem (2018); García Long (2020).

48 Teniendo en cuenta que el antecedente del modelo de la ICC de 2003 fue el modelo italiano, éste no puede ser considerado como uno desactualizado por no permitir la adaptación judicial como sí lo hacen otras jurisdicciones nacionales civilistas. Sobre esta discusión, véase Sirena y Patti (2020).

event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract (Énfasis agregado).

Posteriormente, el reciente modelo de la ICC del 2020, siguiendo la experiencia de los OHADAC Principles, propone un esquema remedial más complejo pero también flexible. Mientras que los dos primeros párrafos son similares al modelo del 2003, la novedad del nuevo modelo del 2020 se encuentra en su tercer párrafo, el cual presenta tres alternativas que podrán ser elegidas por las partes según sus intereses: (1) la resolución privada (3A), (2) la adaptación o resolución judicial (3B), o (3) la resolución judicial (3C).

ICC Hardship Clause 2020

1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance **more onerous** than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.

2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, **where a party to a contract proves that:**

a) the continued performance of its contractual duties has become **excessively onerous** due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that

b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, **the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow to overcome the consequences of the event.**

3A	3B	3C
Party to terminate	Judge adapt or terminate	Judge to terminate
Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to terminate the contract , but cannot request adaptation by the judge or arbitrator without the agreement of the other party.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided for in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract , as appropriate.	Where paragraph 2 of this Clause applies, but where the parties have been unable to agree alternative contractual terms as provided in that paragraph, either party is entitled to request the judge or arbitrator to declare the termination of the contract.

(Énfasis agregado)

La ICC parte de la premisa que la mejor solución ante la ocurrencia de una *hardship* es la resolución privada del contrato, sin embargo, admite que las partes podrán acordar un modelo de *hardship* que permita la intervención de las cortes para adaptar o resolver el contrato. Sin perjuicio que se propone tres modelos remediales, fijese que la resolución está presente en los tres esquemas. En el primero, la parte afectada puede resolver sin la intervención de las cortes. En el segundo, la parte afectada puede acudir a las cortes para solicitar la adaptación o la resolución. En el tercero, la parte afectada puede acudir a las cortes para resolver el contrato, y así, evita cualquier cuestionamiento ulterior sobre la resolución.

Dentro de este escenario pro-liberación, la renegociación tiene más sentido que cuando es incluida en un modelo que tiene preferencia por la conservación del contrato. Si hay renegociación convencional y se le otorga a la parte afectada el derecho a terminar el contrato ante la falta de acuerdo, la parte no afectada tendrá incentivos para renegociar el contrato porque la otra parte podrá resolver si la renegociación falla. Pero, incluso si no se pacta la renegociación, igual aplicará en la práctica y de manera espontánea pues la parte no afectada sabrá que la parte afectada podrá resolver sin consultarle, entonces, mejor es anticiparse y proponer una renegociación para evitar la resolución.

La renegociación solo tiene sentido cuando las partes tienen incentivos para renegociar, y estos incentivos sólo existen cuando la parte afectada tiene derecho a terminar el contrato. Si la parte afectada tiene el derecho a solicitar la adaptación judicial, desaparecen los incentivos para renegociar privadamente si esa renegociación la definirá el juez. ¿Para qué renegociar si ante la falta de acuerdo igual se acudiría a las cortes para definir la modificación del contrato? Así, la renegociación se convierte en un procedimiento ficticio y artificial si las partes no tienen incentivos para renegociar.

Finalmente, tenemos a las cláusulas *hardship* de los Model Contracts for Small Firms 2010 del ITC. Por ejemplo, la cláusula *hardship* del ITC Model Contract for the International Commercial Sale of Goods (Standard Version) es la siguiente:

16. Change of circumstances (hardship)

[Comment: The Parties should be free to consult each other in the event of a major change in circumstances – particularly one creating hardship for a particular party. However, an SME should only include the option at the end of Article 16.3 (right to refer to the courts/arbitral

tribunal to make a revision or to terminate the contract) if (i) the SME considers that it is not likely to be used against that party's interests by a party in a stronger tactical position or (ii) the right to refer to a court/tribunal is already an existing right under the applicable governing law in the event of hardship.]

16.1 Where the performance of this contract becomes more onerous for one of the Parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on change of circumstances (hardship).

16.2 If, however, after the time of conclusion of this contract, events occur which have not been contemplated by the Parties and which fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the Parties in the performance of its contractual obligations (hardship), that party shall be entitled to request revision of this contract provided that:

16.2.1 The events could not reasonably have been taken into account by the affected party at the time of conclusion of this contract;

16.2.2 The events are beyond the control of the affected party;

16.2.3 The risk of the events is not one which, according to this contract, the Party affected should be required to bear;

16.2.4 Each party shall in good faith consider any proposed revision seriously put forward by the other party in the interests of the relationship between the Parties.

[Option [add if wished: Otherwise delete if not applicable or not enforceable under the law governing the contract.

“16.3 *If the Parties fail to reach agreement on the requested revision within [specify time limit if appropriate], a party may resort to the dispute resolution procedure provided in Article 22. The [court/arbitral tribunal] shall have the power to make any revision to this contract that it finds just and equitable in the circumstances, or to terminate this contract at a date and on terms to be fixed.*”.]. (Énfasis agregado)

El modelo del ITC también demuestra el sentimiento que se encuentra en los contratos internacionales: el procedimiento contractual de la *hardship* es privado y no se admite la intervención de las cortes, salvo que las partes así lo pacten. Por ello, la cláusula *hardship* de la ITC señala que si ocurre *hardship*, la parte afectada podrá solicitar a la otra –de manera privada– la revisión del contrato y que las partes deberán negociar de buena fe cualquier propuesta de manera seria (en otras palabras, se incluye una primera etapa de renegociación). Pero la cláusula no indica qué ocurre ante la falta de acuerdo en la renegociación. Ante ello, propone un párrafo final (16.3) cuya incorporación dependerá del acuerdo de las partes, quienes decidirán si otorgan o no a las cortes el poder para adaptar o terminar el contrato.

Nuevamente, modelos como el de la ITC otorgan mayor flexibilidad a las partes para que sean ellas las que definan el mejor modelo de *hardship* para su contrato, en lugar de encasillar el procedimiento por un solo camino como lo hacen los modelos civilistas.

Teniendo en cuenta este panorama, vemos que en la práctica internacional se prefiere por la cláusula *hardship* que tenga un procedimiento privado y con efectos exoneratorios o liberatorios, por encima del modelo civilista que tiene renegociación,

que admite la intervención de las cortes (para adaptar y resolver) y que tiene preferencia por la conservación del contrato. En otras palabras, la historia es distinta en la práctica contractual internacional: el modelo de *hardship* en el comercio internacional puede ser un pacto en contra del modelo de *hardship* de los instrumentos de uniformización de perfil civilista.

Fíjese que acá se ha hecho énfasis en la cláusula *hardship* de perfil anglosajón para resaltar los otros modelos de *hardship* que existen en la práctica, y así, contraponerlos a los modelos civilistas. Como tal, es perfectamente posible, y de hecho ocurre en la práctica, que se pacten cláusulas *hardship* civilistas, con renegociación e intervención judicial. El punto es no olvidar que hay modelos de *hardship* anglosajones que se pactan incluso entre partes del Civil Law, y que estos son distintos a los modelos civilistas.

VI. La pandemia

Con el brote de la pandemia del Covid-19 se publicaron diversos trabajos sobre el impacto de la crisis sanitaria en los contratos⁴⁹. Con ocasión de estos trabajos se hizo énfasis en la *force majeure* y la *hardship*, y con ello se puso en evidencia que tales excusas contractuales eran comprendidas solo en parte. En el Perú, esto se explica en el hecho de publicar por publicar, por intentar ser parte de la novedad, de la primicia. Si antes de la pandemia existían cinco trabajos sobre la *hardship*, con la pandemia se publicaron veinte. Este brote de trabajos demostró el lado feo de la doctrina peruana: el oportunismo. El resultado fue una serie de trabajos con interpretaciones erradas y contradictorias. Por ejemplo, se confundía entre *hardship* y cláusula *hardship*, se consideraba que la

49 Véase los trabajos publicados en Derecho de los Desastres: Covid-19. Tomo I y II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020; Covid-19: su impacto en las relaciones jurídico privadas. Gaceta, 2020, y Coronavirus and the Law in Europe. Intersentia, 2021.

renegociación siempre puede invocarse (aunque no tenga base legal), se indicaba que la excesiva onerosidad en el Perú permite resolver el contrato, y sobre todo, se omitía la perspectiva anglosajona sobre la *hardship*. En resumen, no se tenía en cuenta que la *hardship* tiene diferentes modelos conforme a las leyes nacionales, los instrumentos de uniformización y la práctica internacional, y que es necesario conocerlas todas para verificar cuál es el modelo adoptado en el contrato.

En virtud de lo anterior, más que discutir si la pandemia podría generar *hardship* (lo cual es un segundo paso), lo primero que se debe hacer es prestar atención a cuál es el modelo de *hardship* aplicable. Si el contrato está sometido al derecho peruano, entonces aplicará la excesiva onerosidad conforme al artículo 1440 del Código Civil, el cual regula un procedimiento judicial y para adaptar el contrato, lo cual significa que se debe acudir a las cortes. No se puede demandar la resolución del contrato. Incluso, fíjese que el legislador peruano no regula una adaptación amplia como lo hacen otras codificaciones pues señala expresamente que la parte afectada puede demandar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación (la adaptación podría consistir, además, en ampliación de plazos, distribución equitativa de pérdidas, exoneración de responsabilidad, entre otros). Además, dentro del modelo peruano no se reconoce a la renegociación. También téngase presente que la parte demandada puede oponerse a la adaptación solicitando la resolución del contrato, algo que le resta utilidad práctica a la excesiva onerosidad pues para qué le sirve a la parte afectada demandar la reducción de la prestación (que busca la preservación del contrato), si la otra parte podrá oponerse la resolución para extinguirlo.

Por otro lado, podría ocurrir que el contrato sea negociado en Perú pero se someta a los PICC, PECL o PLDC. En estos casos, el modelo aplicable será uno también judicial para que las cor-

tes puedan resolver o adaptar el contrato según sea solicitado, pero además tendrá renegociación como primera etapa para corregir a la *hardship*. Además, acá las cortes tendrán mayores poderes para adaptar el contrato pues los instrumentos de uniformización no se limitan a la reducción de la prestación o aumento de la contraprestación.

Finalmente, podría ser que el contrato esté sometido a ley peruana pero que el contrato sea sometido a estándares internacionales (piénsese en un contrato petrolero), y como tal, se pacta una cláusula *hardship* anglosajona. En este caso, no habría renegociación ni intervención de las cortes. La parte afectada solo podría invocar *hardship* para exonerarse de responsabilidad por incumplimiento mientras dure el impedimento o para terminar el contrato. También podría ocurrir que la específica cláusula *hardship* incorpore en el contrato un modelo que combine renegociación y/o resolución judicial y/o adaptación judicial. Si bien la cláusula *hardship* anglosajona puede ser preferida en ciertos casos, también puede pactarse un modelo civilista.

En relación al derecho peruano, debe prestarse atención al artículo 1444 del Código Civil, el cual es una norma rara y extraña desde una perspectiva comparada pues señala que es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad. Por el contrario, la regla en el derecho comparado es que las leyes civiles regulen a la excesiva onerosidad de manera dispositiva, para que las partes puedan incorporar específicas cláusulas *hardship* con modelos distintos al regulado de manera supletoria. Entonces, uno podría considerar que el artículo 1444 del Código Civil haría nula cualquier cláusula *hardship* bajo derecho peruano. Sin embargo, la correcta interpretación es concluir que las cláusulas *hardship* sometidas a ley peruana no son nulas, ya que regularían un procedimiento adicional y paralelo al regulado por ley de manera imperativa. Esto significa que siempre se podrá invocar el artículo 1440 aunque se pacte una cláusula *hardship*.

En otras palabras, se tendría dos procedimientos para corregir a la excesiva onerosidad, lo cual no es deseable y desincentiva el pacto de cláusulas *hardship* en el Perú. Fíjese que esto también ocurre con las cláusulas MAC/MAE en operaciones corporativas y financieras, las cuales están destinadas a regular de manera particular al riesgo económico y otras circunstancias. Estas cláusulas son válidas y eficaces, sin perjuicio que también pueda invocarse excesiva onerosidad conforme al artículo 1440 del Código Civil⁵⁰. Sin embargo, lo deseable sería que solo sea procedente una sola acción. Claramente, es urgente derogar el artículo 1444 del Código Civil pues es contradictoria con la práctica contractual actual. Lamentablemente, el último Anteproyecto de Reforma del Código Civil (2019) no se percató de ello.

Lo anterior demuestra que no se puede encasillar a la *hardship* en un solo modelo ni explicarla bajo una sola perspectiva. El fenómeno es más amplio y debe ser analizado caso por caso, teniendo en cuenta los diferentes modelos de *hardship* que podría aplicarse. Una vez que se ha revisado cuál es el modelo aplicable, recién se podrá concluir si hay *hardship* o no en el caso concreto, lo cual dependerá del ámbito de aplicación y los presupuestos según del modelo de *hardship*.

No es la oportunidad para analizar este punto a profundidad, pero de manera ilustrativa, el derecho peruano señala que la excesiva onerosidad debe ser un evento sobrevenido extraordinario e imprevisible, los PECL indican que debe tratarse de un evento sobrevenido que no haya podido ser tomado en cuenta a la firma del contrato y cuyo riesgo no haya sido asumido, los PICC señalan que puede tratarse de un evento originario (pero conocido después) o sobrevenido que no pudo ser tomado en cuenta a la firma del contrato, cuyo riesgo no fue asumido y que está fuera del control de la parte afectada, mientras que la CISG (con-

forme a la Opinión 20 del Consejo Consultivo) señala que el evento puede ser originario (pero conocido después) o sobrevenido que no pudo ser tomado en cuenta a la firma del contrato, que está fuera del control de la parte afectada y que no pudo ser evitado o superado. Como vemos de las diferentes formas cómo se regulan los presupuestos de la *hardship*, no corresponde analizar en abstracto si hay *hardship* o no, sino que es necesario partir de cuál es el modelo aplicable, y una vez verificado esto, recién se puede concluir si puede o no invocarse *hardship*.

VII. Reflexiones finales

No hay abogado más peligroso que aquél que solo ve las cosas desde una sola jurisdicción nacional, sobre todo en el derecho de contratos. Desde que la premisa en los contratos es que todo está permitido salvo que esté prohibido, las partes pueden pactar libremente el contenido de los contratos mientras no vulneren norma de carácter imperativo. Como tal, lo dispuesto por el legislador en materia de contratos es solo la primera impresión, la norma supletoria. Si las partes no están de acuerdo con lo que señala la ley, podrán pactar algo distinto. Pero para pactar algo distinto, en primer lugar, deben identificar alguna deficiencia en la ley que justifique derogarla por pacto y, en segundo lugar, deben tener alguna idea de cuál sería el pacto alternativo. Al respecto, el conocimiento del derecho comparado y transnacional es esencial para conocer las diversas soluciones que se proponen frente a un mismo problema.

Para la *hardship*, se han propuesto diversos esquemas contractuales en las codificaciones civiles, instrumentos de uniformización y práctica contractual internacional. Por un lado, esto demuestra que existen diferentes modelos para corregir a la *hardship* y, por otro lado, que si uno no está de

50 Sobre la cláusula MAC/MAE en operaciones corporativas y financieras, véase García Long (2016 y 2019).

acuerdo con el modelo aplicable de manera supletoria, siempre podrá pactar otro modelo alternativo. Es en el derecho comparado y transnacional donde se puede observar la interacción de estos modelos.

En un primer nivel están las codificaciones civiles, que regulan un modelo judicial que permite la intervención de las cortes para resolver, o adaptar o, resolver o adaptar el contrato según corresponda. Usualmente se prefiere el término “excesiva onerosidad”. En un segundo nivel están los instrumentos internacionales de derecho uniforme en materia contractual, que proponen un modelo que empieza con una renegociación, y ante la falta de acuerdo la parte afectada podrá acudir a las cortes para solicitar la resolución o adaptación. Aquí se habla de *hardship* (o cambio de circunstancias). Finalmente, en un tercer nivel, está la práctica internacional que prefiere por un modelo de influencia anglosajona que regule un procedimiento privado sin intervención de las partes ni renegociación. La parte afectada solo puede exonerarse o liberarse del contrato. Esto se logra con la incorporación de una cláusula *hardship* (sin perjuicio de que las partes puedan incluir un modelo civilista si así lo desean).

Esta amplia perspectiva es esencial para los abogados transaccionales, sobre todo frente a transacciones transfronterizas pero también para las nacionales. Aunque uno sea un abogado peruano, revisará contratos sujetos a leyes de otras jurisdicciones o contratos sometidos a ley peruana pero con cláusulas extranjeras. Como tal, la práctica profesional exige a los abogados conocer cómo interactúan los diversos modelos contractuales. En su momento, tal vez bastaba con mirar al derecho nacional. Pero ahora, en un mundo cada vez más plano por la globalización, es esencial prestar atención a los desarrollos del derecho contractual comparado y transnacional. La *hardship* es un buen ejemplo de lo anterior.

Bibliografía

- Ahmad Tajudin, A. (2014). Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S: a case review of changing circumstances under the United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG) of 1980. En *Juridical Tribune*, 4 (2), 211-224.
- Audit, B. (1998). The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. En Carbonneau, Thomas E. (ed). *Lex mercatoria and arbitration* (pp, 173-194). Kluwer Law International.
- Beale, H. G.; Bishop, W. y Furmston, M. P. (2008). *Contract. Cases and materials*. Fifth edition. Oxford University Press.
- Benatti, F. (2018). L'imprévision nel code civil riformato. En *Giurisprudenza Italiana* (pp. 1302-1309),1302-1309.
- Benatti, F. (2021). Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales. En Vásquez Rebaza, W. (Ed.), *Cláusulas de la Contratación Privada Contemporánea* (pp. 87-98). Ius et Veritas.
- Bridge, M. G. (2005). Doubting good faith. *New Zealand Business Law Quarterly*, 11, 430-450.
- Bridge, M.I G. (2017). Good faith, the Common Law, and the CISG. *Uniform Law Review*, 22 (1), 98-115.
- Camero, J. (2015). Mission impracticable: the impossibility of commercial impracticability. *The University of New Hampshire Law Review*, 13 (1), 1-34.
- Carrasco Perera, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina “rebus sic stantibus”. *Revista Cuadernos Civitas de Ju-*

risprudencia Civil, No. 98, mayo-agosto, 175-206.

- Cartwright, J. (2009). Negotiation and renegotiation: An English perspective. En Cartwright, J.; Vogenauer, S. y Whittaker, S. (eds). *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')* (pp. 51-70). Hart Publishing.
- Castiñeira Jerez, J. (2014). ¿Existe (o debe existir) un deber de renegociar los contratos? En Abel Lluch, X. (ed). *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables* (pp. 821-8219). Bosch Editor.
- Dai, T. (2016). A case analysis of *Scafom International BV v Lorraine Tubes S.A.S.*: the application of article 79 of the United Nations Convention on International Sale of Goods. *Perth International Law Journal*, 1, 131-146.
- Dewez, J.; Ramberg, C.; Momberg, R.; Cabril-lac, R. y San Miguel Pradera, L. P. (2011). The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles. *European Review of Private Law*, 19 (1), 101-154.
- De Vries, Gerard J.P. (2001). Are the Principles of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law? En Hesselink, Martijn W. y De Vries, Gerard J.P. (ed). *Principles of European Contract Law* (pp. 105-186). Kluwer.
- DiMatteo, L. A. (2015). Contractual excuses under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines. *Pace International Law Review*, 27 (1), 258-305.
- Erdem, E. (2018). Chapter 5. Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause. En Bortolotti, F. y Ufot, D. (eds). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*. ICC Dossier (pp. 123 – 136). ICC Publishing.
- Farnsworth, E. A. (1995). Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, (3), 47-64.
- Fauvarque-Cosson, B. (2017). Does review on the ground of *imprévision* breach the principle of the binding force of contracts? En Cartwright, J. y Whittaker, S. (eds). *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms* (pp. 187-205). Hart Publishing.
- Ferrari, F.; Gillete, C. P.; Torsello, M. y Walt, S. D. (2017). The inappropriate use of the PICC to interpret hardship claims under the CISG. *Internationales Handelsrecht*, 17 (3), 97-102.
- Flambouras, D. P. (2007). Exemption and hardship: remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law (Articles 6:111 and 8:108) may be used to interpret or supplement Article 79 CISG. En Felemegas, J. (ed). *An international approach to the interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (pp. 499-505). Cambridge University Press.

- Flechtner, H. (2007). Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. *Pace International Law Review*, 19 (1), 29-51.
- Flechtner, H. (2011). The exemption provisions of the Sales Convention, including comments on “hardship” doctrine and the 19 June 2009 decision of the Belgian Cassation Court. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade - International Edition*, 2011, 84-101.
- Fontaine, M. (2018). Chapter 1. The evolution of the rules on hardship. From the first study on hardship clauses to the enactment of specific rules. En Bortolotti, F. y Ufot, D.(eds). *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World. ICC Dossier*. ICC Publishing, 11-40.
- Gabrielli, E. (2012). *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. G. Giappichelli Editore.
- Gallo, Pa. (2019). Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione. En *Digesto delle Discipline Privatistiche, diretto da Rodolfo Sacco*. UTET Giuridica, 439-470.
- García Long, S. (2016). *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en operaciones de fusiones y adquisiciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Long, S. (2019). La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En García Long, S. (ed). *Derecho contractual financiero. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Normas Jurídicas y PUCP.
- García Long, S. (2020). Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias. En *Derecho de los Desastres: Covid-19*, (Tomo I, pp. 151-187). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Long, S. (2021a). La cláusula *hardship*. En *Dimensión Mercantil*, 8 de marzo.
- García Long, S. (2021b). Por qué no debemos distinguir entre “caso fortuito” y “fuerza mayor”. Reflexiones desde el derecho contractual transnacional. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (93), marzo, 21-48.
- Garro, A. (1995). The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG. *Tulane Law Review*, 69 (5), 1149-1190.
- Germain, C. (2014). Reducing legal babelism: CISG translation issues. En DiMatteo, L.A. (ed). *International Sales Law. A Global Challenge*. Cambridge University Press, 51-62.
- Goode, R. (1992). The concept of “good faith” in English law. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 2. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1-12.
- Gordley, J. (2006). Foundations of private law: Property, tort, contract, unjust enrichment. Oxford University Press.
- Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *hardship* en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales. *Revis-*

- ta de Derecho Privado*, (44), julio – diciembre, 1-40.
- Halpern, S. W. (1987). Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for the wisdom of Solomon. *University of Pennsylvania Law Review*, 135 (5), 1123-1178.
- Hartkamp, A. S. (1992). Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands. *American Journal of Comparative Law*, 40 (3), 551-572.
- Honnold, J. O. (2009). Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Fourth edition. Edited and updated by Harry M. Flechtner. The Hague: Wolters Kluwer.
- Horn, N. (1985). Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in some European Laws and in International Law. En Horn, N. (ed). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (pp. 15-29). Kluwer Law International.
- Konarski, H. (2003). Force majeure and hardship clauses in international contractual practice. *International Business Law Journal*, (4), 405-428.
- Kuster, D. y Andersen, C. B. (2016). Hardly room for hardship – A functional review of article 79 of the CISG. *Journal of Law & Commerce*, 35 (1), 1-20.
- Legrand, P. Jr. (1989). The case for judicial revision of contracts in French law (and beyond). *McGill Law Journal*, 34 (4), 908-951.
- Lindström, N. (2006). Changed circumstances and hardship in the International Sale of Goods. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, p. 1-29.
- Macario, F. (2006). III. Le sopravvenienze. En Roppo, V. (ed). *Trattato del Contratto. V. Rimedi* – 2 (pp. 494-658). Giuffrè.
- Markesinis, B.; Unberath, H. y Johnston, A. (2006). *The German Law of Contract*. (3rd Edition). Hart Publishing.
- Melis, W. (1984). Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1 (3), 213-221.
- Momberg, R. (2011). Change of circumstances in international instruments of contract law. The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 15 (2), 233-266.
- Momberg, R. (2020). Las cláusulas hardship como mecanismo de adaptación del contrato. En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (pp. 463-493). Thomson Reuters.
- Momberg Uribe, R. y Pino Emhart, A. (2020). The impact of Covid-19 in Chilean Contract Law. En *Opinio Juris in Comparative Law. Studies in Comparative and National Law. Special Issue: Impact of Coronavirus Emergency on Contract Law* (pp. 1-12).
- Muñoz, E. (2010). Impossibility, Hardship and Exemption under Ibero-American Contract Law. *The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 14, 175-192.
- Pédamon, C. (2017). The paradoxes of the theory of *imprévision* in the new French law of

- contract: a judicial deterrent? *Amicus Curiae*, (112), 10-17.
- Perillo, J. M. (1996). Hardship and its impact on contractual obligations: a comparative analysis. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 20. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1-14.
- Salvador Coderch, P. (2009). Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-60.
- Sánchez González, M. P. (1990). Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus. Tecnos.
- Sánchez Lorenzo, S. (2018). UNIDROIT principles and OHADAC Principles on International Commercial Contracts. Convergences and Divergences. En Leible, S. y Miquel Sala, R. (eds). *Legal integration in Europe and America. International contract law and ADR* (pp. 69-106). JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.
- Schmitthoff, C. M. (1988). Hardship and intervenor clauses. En Cheng, C.(ed). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law* (pp. 415-423). Martinus Nijhoff Publishers.
- Schwenzer, I. (2009). Force majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, 39 (4), 709-726.
- Schwenzer, I. y Muñoz, E. (2019). Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. *Uniform Law Review*, 24 (1), 149-174.
- Sirena, P. y Patti, F. P. (2020). Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law. *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, No. 3706159, 1-24.
- Slater, S. D. (1998). Overcome by hardship: the inapplicability of the UNIDROIT Principles' hardship provisions to CISG. *Florida Journal of International Law*, 12, 231-262.
- Strohbach, H. (1984). Force majeure and hardship clauses in international commercial contracts and arbitration. *Journal of International Arbitration*, 1 (1), 39-52.
- Tallon, D. (1994). Le concept de bonne foi en droit français du contrat. En *Saggi, Conferenze e Seminari*, 15. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Ups in New Divergences. *The Modern Law Review*, 61 (1), 11-32.
- Veneziano, A. (2010). UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, 15 (1), 137-149.
- Zimmermann, R. (2004). Lecture 2: The transition from Civil Law to Civil Code in Germany: Dawn of a New Era? En Zimmermann, R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today* (pp. 53-105). Oxford University Press.

Compromiso de contratar: algunos comentarios sobre su actual regulación legislativa

Pre-contract agreement: Some comments on its regulations in force

Marco Antonio Ortega Piana¹

Resumen. En el presente artículo se comentan críticamente los alcances de la regulación legislativa sobre el compromiso de contratar, poniendo de relieve que, por su naturaleza contractual en razón de su objeto obligacional, resultan aplicables las reglas formativas de los contratos, destacándose que, en razón del contenido del acuerdo preliminar y durante su vigencia temporal que debe ser necesariamente predeterminada, se formula una oferta de vinculación definitiva de lo ya acordado íntegra y preliminarmente, la misma que debe ser aceptada bajo responsabilidad, salvo causa justificante. Asimismo, se destacan los remedios legales aplicables en caso se materialice el riesgo ordinario de incumplimiento prestacional por negativa injustificada para la celebración oportuna del contrato definitivo.

Abstract. *The scope of the legislative regulation on the Pre-contract agreement is hereby critically commented, emphasizing that, for its contractual nature because of its mandatory purpose, the formative rules of contracts are thereto applicable, noting that due to the contents of the preliminary agreement and during its validity term which must be mandatorily predetermined, a final binding offer of what has already been fully and preliminarily agreed is formulated, which must be accepted under liability, unless there is a justifying cause. Likewise, this work highlights the legal remedies applicable in case the ordinary risk of non-performance arises, due to unjustified refusal for the timely execution of the final contract.*

Palabras clave. Perfeccionamiento constitutivo, objeto contractual, oferta, aceptación, incumplimiento, resolución por incumplimiento, responsabilidad por daños y perjuicios.

Keywords. *Constitutive improvement, contractual purpose, offer, acceptance, non-compliance, termination for non-compliance, liability for damages.*

Sumario: 1. El objeto contractual en general. 2. El compromiso de contratar como acuerdo de naturaleza obligacional. 3. El régimen de acuerdo total formativo del contrato. 4. Alcances del contenido esencial del compromiso de contratar. 5. Vocación temporal del compromisorio de contratar. 6. Justificación de la reforma legislativa sobre duración del compromiso de contratar. 7. Concepto previo: El contenido obligacional del compromiso de contratar. 8. El concurso electivo por incumplimiento del compromiso de contratar. 9. La negativa justificada y el régimen de obligaciones de medios y de resultados. 10. La resolución del compromiso por inexecución de la obligación. 11. Sobre el perfeccionamiento constitutivo contractual.

Debo agradecer la oportunidad que me brinda la revista Foro Jurídico, editada por los alumnos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mi *alma mater*, para presentar este trabajo con ocasión de la edición relativa a su vigésimo aniversario institucional, una buena oportunidad para apreciar lo avanzado hasta el momento, felicitarse por los logros y éxitos alcanzados, hacer un balance de debilidades y fortalezas y, ahondando en estas últimas, renovar propósitos para seguir escalando hacia la visión insti-

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del área de Derecho Civil patrimonial en la Universidad de Lima y en la Universidad ESAN. Consultor en CMS-Grau

tucional, inspirando y contribuyendo a la formación jurídica.

El presente trabajo pretende compartir algunos comentarios sobre la actual regulación legislativa del compromiso de contratar, figura negocial que permite a las partes vincularse de manera preliminar para fines de contratar en un futuro de manera definitiva, aunque bajo una dinámica completamente distinta a la que rige tratándose del convenio de opción.

Compromiso de Contratar

Artículo 1414.- Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo.

1. El objeto contractual en general

Dentro de la regulación sobre contratos parte general, contenida en el Código Civil de 1984, hay normas de singular relevancia, entre ellas, la establecida en su artículo 1402², cuyos alcances se extienden más allá de lo que uno pudiese representar inicialmente. Es así que la norma en cuestión establece que el objeto de todo contrato es obligacional, no diferenciándose para ello si se trata de un contrato preparatorio o de uno definitivo. De manera

correlativa, por exclusión, los acuerdos negociales que carezcan de dicho contenido obligacional no son contratos sino convenciones (De la Puente, 2002, p. 109) o convenios.

¿Por qué nuestro Código Civil establece que el objeto contractual, como sinónimo de propósito de las partes al celebrar el respectivo acuerdo, debe ser obligacional?

Habiendo participado activamente en todo el proceso de elaboración del Código Civil vigente, De la Puente (2011, pp. 20-25) destaca, de un lado, que se quiso dejar explícita mención que al representar todo contrato un instrumento, un vehículo de cooperación para el intercambio económico orientado a satisfacer inmediatamente determinado interés negocial (del acreedor) y de manera mediata el de la sociedad misma, lo que las partes se representan y proponen -para fines de celebrar un contrato (función normativa³: autorregulación de intereses)- es establecer una vinculación con el deudor, una determinada clase de relación jurídico-patrimonial, de tal manera que, como consecuencia de la relación instituida, pueda exigirse cierta actividad. Exigencia en sentido estricto, por lo que ante un incumplimiento como posible patología negocial, el acreedor pueda recurrir a los diversos medios de tutela y protección que están orientados a cautelar sus intereses⁴, los que se extienden desde la

2 “El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”.

3 “En realidad el negocio, y por lo tanto el contrato, nacen ya como actos normativos en el plano jurídico, por que (sic) los privados expresan, con el contrato, la potestad, atribuida a ellos por el ordenamiento, de crear normas jurídicas. El contrato nace como fuente de obligaciones, y es tal porque tiene naturaleza de fuente normativa. Si él créase vínculos solamente en el plano prejurídico no sería un contrato” (Ferri, 2004, pp. 56-57).

4 Resulta pertinente remitirnos a los artículos 1219 y 1428 del Código Civil, entre otros. Sobre el particular resulta más que precisa la doctrina siguiente: “Concebida la obligación como un deber de colaboración intersubjetiva, su función es precisamente la de satisfacer el interés del acreedor, satisfacción en la que el deudor ha de poner todo su empeño, en las condiciones correspondientes a la naturaleza de la prestación, a las disposiciones generales y singulares de ley, y en las obligaciones surgidas del ejercicio de la autonomía privada, además, a las estipulaciones del negocio. La satisfacción del acreedor, realizada en general por el deudor, único obligado a ella, tiene por efecto básico extinguir la obligación, al haberse realizado su función y, por consiguiente, libera al deudor (solutio). La insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o definitiva, implica una anomalía, que de ordinario se imputa al deudor y, más concretamente, a un mal comportamiento suyo, al margen de las cargas probatorias: si incumbe al acreedor demostrar la culpa del obligado, o es a este a quien corresponde probar su

posibilidad de exigir el cumplimiento, de generarlo forzosamente, de obtener la ejecución debida por vías alternas, por cuenta del deudor, etc., hasta la posibilidad de optar (concurso electivo) por la resolución del vínculo contractual, remedio este último sujeto a los requisitos pertinentes, todo ello sin perjuicio de la reclamación indemnizatoria por los daños causados, sea por el cumplimiento moroso o por el incumplimiento (definitivo).

En otras palabras, el legislador se representó que la relación jurídica derivada de un contrato no sólo debía poseer contenido patrimonial en general (artículo 1351 del Código Civil⁵), sino que ese contenido debía ser específico: debe corresponder a una obligación, auténtica vinculación o encadenamiento del deudor al acreedor. En consecuencia, el deudor asume un deber específico frente al acreedor, limita conceptualmente su libertad, pero el acto de ejecución de lo debido quedará siempre sujeto -contradictoriamente- a su libertad, porque representa actuación, cooperación, acto querido; siendo que de inobservarse ese débito, el acreedor cuenta con una serie de remedios.

Por lo tanto, de un contrato pueden derivarse múltiples situaciones jurídicas subjetivas, activas y pasivas, de ventaja y de desventaja, pero debe contener necesariamente la que corresponde al crédito – débito.

Y de otro lado (y esto es, a nuestro juicio, lo más significativo, pero curiosamente lo que menos se

destaca y, por consiguiente, susceptible de “olvidarse”), el legislador pretendió cerrar la discusión que pudiese existir en nuestro medio (bajo el Código Civil de 1936) sobre la posibilidad de configuración de los contratos con efectos reales o traslativos, esto es, aquellos que por el sólo mérito de su celebración implican por sí la transferencia de propiedad del bien materia del acuerdo (al margen que sea mueble o inmueble) o, en general, la transferencia de derechos reales. A través del artículo 1402 del Código Civil se descartó la denominada espiritualización de la transferencia convencional de propiedad (régimen del *solo consensu*) que pudiese ser invocada tratándose de los contratos de cambio. En tal virtud, siempre es bueno recordarlo, en el diseño legislativo nacional, la norma eje es el artículo 1402 del Código Civil, siendo que a partir de ella deben leerse e interpretarse los alcances de las maneras convencionales de transferencia de propiedad, recogidas en los artículos 947 (bienes muebles) y 949 (bienes inmuebles) del mismo cuerpo normativo, y no al revés.

Conforme al señalado diseño legislativo sobre el objeto contractual, la celebración de un contrato de cambio, al margen de su onerosidad o gratuidad, de su plurilateralidad o unilateralidad, o de su perfeccionamiento formativo, sea consensual o no, sólo implica la generación de la obligación de transferir propiedad, de manera que hay un compromiso, un deber específico de ejecución prestacional (el débito o deuda) a ser observado

inocencia. (...). Es natural que el derecho se preocupe por tutelar adecuadamente el derecho de crédito y que esté atento a proporcionar al acreedor los mejores instrumentos para su satisfacción cabal o, en últimas, su frustración menor. (...) . El deudor, por el solo hecho de serlo, al no cumplir, queda expuesto a la ejecución forzada por parte del acreedor, específica o por equivalente pecuniario, y además por los perjuicios causados a este con su renuencia. (...). Esta regulación general del funcionamiento anómalo de la relación crediticia, se complementa con la disciplina propia de las obligaciones surgidas del negocio jurídico, y dentro ella, además, con la específica de algunas categorías de negocios y más singularmente de contratos. (...). Ante la insatisfacción de una de las partes como acreedora de obligación correlativa resultante de contrato de prestaciones recíprocas, es preciso establecer el por qué de la inexecución o ejecución insuficiente o inadecuada de la prestación a su favor, a fin de determinar la suerte de la obligación y del contrato, de acuerdo con las circunstancias. (...). Se resuelven los contratos de prestaciones correlativas por incumplimiento de los deberes que originan, o por imposibilidad de la prestación o de la continuidad de la ejecución del contrato” (Hinestrosa, 2007, pp. 181-186).

5 Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

por el deudor en beneficio del interés del acreedor. De ello se desprende que la transferencia de propiedad no se produce en etapa de celebración, por la sola celebración, sino en etapa de ejecución contractual, aunque sea inmediatamente luego de la celebración por sustitución legal y con efectos limitados (caso del artículo 949, sobre negocio de cambio inmobiliario), siendo que dicha transferencia de propiedad demandará siempre del concurso o actividad del deudor⁶ (régimen del título y modo), dado que su obligación fundamental, esencial, es perfeccionar la transferencia de propiedad⁷, para que esa transferencia no sea limitada, sino que sea efectivamente un derecho que permita excluir, que sea oponible *erga omnes*.

Habiendo transcurrido más de tres décadas desde que el Código Civil de 1984 entró en vigencia pareciera que no caló suficientemente este último propósito legislativo. Es más, cuando se genera el debate sobre la naturaleza del régimen de transferencia convencional de propiedad adoptado por el Código Civil, no se suele enmarcarlo en función a la norma que regula al objeto contractual y a lo que el legislador diseñó, en su momento, tratándose de la transferencia convencional mueble

e inmueble, siendo tendenciosamente más cómodo quedarse con la definición general de contrato (relación jurídico-patrimonial) que permitiría respaldar la tesis del contrato traslativo, a pesar que el legislador no se representó esta última (De la Puente, 1999, pp. 21-32)⁸, proponiéndose una lectura sesgada del artículo 949 del Código Civil, olvidando que todo derecho real es, por definición, de eficacia *erga omnes*, oponible a terceros, y que el legislador nacional, durante los casi veinte años que duró el proceso de elaboración del actual Código Civil, en momento alguno se representó un sistema traslativo de transferencia de propiedad, por lo que no se puede interpretar, menos aplicar, nuestro Código Civil, siguiendo la experiencia legislativa de otros países o de la doctrina que la informa.

Pero, más allá de la problemática relativa a la transferencia convencional de propiedad inmueble, a cuándo y cómo se produce, lo cierto es que en materia de contratos no puede obviarse el contenido del artículo 1402 de nuestro Código Civil.

El contrato, por ser un acto jurídico, está articulado sobre la base de una declaración de

6 Nos remitimos a lo expresado en nuestros trabajos. Véase Ortega (2000, pp. 29-39; 2014, pp. 423-471).

7 Aunque el tema del indicado perfeccionamiento figura en el artículo 1549 del Código Civil (“Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”), la regla debe aplicar por igual a todo contrato de cambio (p.e. donación), en atención a los alcances del artículo 949 del Código Civil (“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”), dado que por expreso mandato legal la transferencia (con eficacia derivada del contrato, *inter partes*) se produce como efecto natural luego de celebrado el contrato, de asumida la obligación de transferencia, siendo que la ley sustituye la actuación prestacional inmediata del deudor, pero sin que ello signifique que el acreedor haya adquirido un efectivo derecho real, dado que la transferencia derivada del artículo 949 del Código Civil carece de eficacia absoluta, de allí que requiera del concurso del deudor, del vendedor, para fines no sólo de publicitarla sino de hacerla oponible, adquiriendo propiamente un derecho real, la propiedad (*erga omnes*, por definición), lo que en ausencia legislativa de un régimen constitutivo registral, sólo se podría lograr mediante la entrega, el dar que se mantiene en cabeza, bajo la cooperación, del respectivo deudor. Por ello, sostener que el comprador adquiere propiedad bajo el artículo 949 del Código Civil, no deja de ser expresión carente de contenido efectivo, dado que la propiedad implica excluir a terceros, y ello no se logra de manera absoluta por el pretendido *solo consensu*. Nos remitimos nuevamente a nuestro trabajo publicado por Forseti y Gaceta Jurídica (Supra: nota 6).

8 La tesis central del reconocido maestro radica en destacar que durante el largo proceso de elaboración del actual Código Civil, la representación del legislador fue la implementación de un sistema de transferencia sustentado en la teoría del título y modo (contrato obligacional), más allá que el bien fuese mueble o inmueble, registrado o no registrado, de manera que los alcances del artículo 949 del Código Civil deben ser interpretados en función a ello, siendo que *inter partes* la propiedad inmueble cierta se transmitiría inmediatamente luego de celebrado el correspondiente contrato de cambio, más no por su celebración misma.

voluntad orientada a establecer una relación jurídica. (...) Alcanzada esta finalidad, el contrato deja de existir, porque no tiene otra función que desempeñar.

La ejecución de la relación jurídica (...) es algo inherente a la prestación, que es un elemento de la obligación, y no al contrato, que no requiere de ejecución. En otras palabras, el contrato al crear la relación jurídica cumple su función normativa, que es lo único que queda de él, y esta función normativa se incorpora a la obligación, formando parte de ella. El contrato no obliga; lo que obliga (valga la redundancia) es la obligación.

(...)

En estas condiciones, el objeto del contrato debe ser aquello para lo cual él se celebra, que es crear la obligación. El cumplimiento de ésta ya no es cometido del contrato, sino función propia de la obligación. [el subrayado es nuestro] Consecuentemente, la prestación y el bien o servicio que se obtiene mediante la ejecución de ella, están dentro del área de la obligación y no en la del contrato. No es posible, por ello, que estos dos elementos (prestación y bien o servicio) sean el objeto del contrato (De la Puente, 2011, pp. 23-24).

Atendiendo a ello, bien podemos afirmar que el contrato posee doblemente carácter instrumental. Es un vehículo para el tráfico o intercambio económico (alcances mediatos). Y es también un vehículo de cooperación intersubjetiva (alcances inmediatos), instituyendo una relación jurídica que permite exigir comportamientos, prestaciones, para obtener bienes o servicios, sujeto todo ello a la relatividad y a la posibilidad en cabeza de quien asumió voluntariamente el débito.

2. El compromiso de contratar como acuerdo de naturaleza obligacional

Sobre la base que el objeto contractual debe ser obligacional y, por consiguiente, lícito o conforme a Derecho (artículos 1402 y 1403⁹ del Código Civil), resulta evidente que la definición normativa o descripción negocial del compromiso de contratar, en razón de su función, es plenamente compatible con el enunciado general del objeto contractual.

En efecto, de acuerdo al artículo 1414 bajo comentario, por el mérito del compromiso, las partes o promitentes se “obligan” a celebrar un contrato definitivo, ambas por igual.

Siendo que el contenido prestacional de una obligación puede ser un dar, hacer o no hacer, en el caso del compromiso de contratar los promitentes se obligan a un *facere* que consiste en celebrar el contrato definitivo en su oportunidad. En función de lo anterior, cuando una de las partes comunica su voluntad de contratar definitivamente (lo que corresponde a formular la respectiva oferta), lo que hace es reclamar su crédito, la ejecución del débito derivado del acuerdo preliminar, el cual radica en el deber específico de aceptar la referida oferta.

Siendo que la aceptación de toda oferta es una expresión del poder negocial, acto libre por definición, puede resultar contradictorio afirmar la existencia de un “deber de aceptar”; empero, conforme analizaremos, el promitente requerido resignó (al celebrar el compromiso) esa libertad, en la medida que la oferta recibida se ajuste a las condiciones bajo las cuales declinó precisamente su libertad, manteniéndola plenamente en caso contrario, generándose por consiguiente la posibilidad de rechazar legítimamente una oferta cuyo contenido sea ajeno a lo previamente acordado.

9 “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

El denominado compromiso de contratar no es sino una promesa de contrato definitivo, de allí que el Código Civil se refiera a un contrato preparatorio, que más bien debe entenderse como un contrato preliminar o precontrato. Pero esta última expresión no debe llevar a engaño. No es que el precontrato no sea un contrato, o que corresponda a una situación previa a un contrato; por el contrario, el precontrato es un contrato, sólo que lo es de manera previa a otro -que tendrá el carácter de definitivo- que las partes declaran que se proponen celebrar, de ser el caso. Y por corresponder a una relación jurídico-obligacional, el compromiso cuenta con todos los mecanismos de tutela y protección en caso se genere una situación de incumplimiento.

En función de lo anterior, el compromiso no se adscribe a una simple negociación en la que, conforme a las reglas de la buena fe, se entiende que las partes tienen el propósito de contratar de manera definitiva a futuro. En el caso del compromiso de contratar, la negociación ya concluyó. Lo que se ha celebrado como fruto de esa negociación es un contrato para contratar, un contrato preliminar respecto de cuyos contenidos las partes se obligan a contratar definitivamente en un futuro.

El objeto del compromiso es el mismo que el de todo contrato, obligacional (artículo 1402 del Código Civil). Conforme a ello, el artículo bajo comentario establece que por el respectivo acuerdo las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, dado que el contrato celebrado es de carácter meramente preliminar, con un evidente límite temporal de vigencia. En palabras de Díez-Picazo:

Aunque la terminología aquí, como en tantos otros puntos, puede resultar equívoca el llamado precontrato es él mismo un contrato, puesto que supone la existencia de una concorde voluntad de las partes. Lo único que ocurre es que esa concorde voluntad de las

partes asigna al acuerdo entre ellas existente una pura función preliminar o preparatoria del contrato que en definitiva entre ellas se establecerá o podrá establecerse [lo subrayado es nuestro] (1996, p. 329).

Siguiendo la regla general en materia de contratación se estará ante un acuerdo plurilateral sinagmático, de manera que ambas partes se obligan recíprocamente a celebrar el contrato definitivo. No obstante, en el marco de la autonomía privada, nada impide que la respectiva carga obligacional sea asumida exclusivamente por una de las partes, por lo que el compromiso de contratar puede ser tanto plurilateral como unilateral (Alpa, 2015, p. 203), aunque esto último no sea lo más frecuente.

Conforme a lo señalado, por ejemplo, A y B bien pueden celebrar un compromiso de compraventa por cuyo mérito se obligan recíprocamente a celebrar la compraventa (como contrato definitivo), o pueden convenir, manteniendo la figura del compromiso, que sólo A se obliga frente a B a celebrar la compraventa, más este último no se obliga a ello. En tal virtud, en el primer escenario, tanto A como B gozan de legitimidad para requerir a su contraparte la celebración del contrato definitivo, extendiendo la correspondiente oferta. Sin embargo, en el segundo escenario, B carece de legitimidad para exigir a A la celebración del contrato definitivo, lo cual queda reservado únicamente a la iniciativa de A.

Adviértase que el compromiso unilateral no debe ser confundido con la opción, porque el contenido negocial es absolutamente diferente. En el compromiso media una asunción obligacional, el compromiso de aceptar la oferta que pudiese extenderse para que el contrato preliminar sea un contrato definitivo, compromiso respecto del cual es posible un incumplimiento, más allá de las consecuencias que ello genere. En la opción no se asume un compromiso obligacional, no hay crédito y débito, sino situaciones jurídicas subjetivas distintas, de un

lado, un derecho potestativo y, del otro, un estado de sujeción; en consecuencia, por el solo ejercicio de la opción, por su sola comunicación, queda celebrado el contrato definitivo, no hay posibilidad de incumplimiento para fines de dicha celebración, en atención que el otorgante se coloca en sujeción al haber generado una oferta que es de carácter irrevocable, el ejercicio de la opción no es proponer una oferta sino extender la aceptación a la oferta ya recibida.

En la opción no hay prestación a ser ejecutada para la formación del acuerdo definitivo, no hay estrictamente colaboración alguna a ser realizada porque el interés del titular del derecho potestativo se satisface con su sola actuación, afectando inevitablemente con ello a quien se encuentra en estado de sujeción. Por ello, desde la perspectiva de las situaciones jurídicas subjetivas, bien puede afirmarse que en el acuerdo de opción las partes están relacionadas en términos de derecho potestativo y sujeción, no de crédito y débito, *ergo*, el acuerdo no es contractual, pero origina ciertamente, de implementarse, un contrato.

Y lo anterior es sin perjuicio de una grave diferencia práctica, el compromiso de contratar no es un acto inscribible en Registros Públicos (en materia inmobiliaria), a diferencia de la opción, lo cual se explica por la circunstancia del contenido negocial, ya que no compete a un registrador público calificar si la negativa de aceptación de una oferta es legítima o no, en razón de corresponder o no a lo convenido en el contrato preliminar inscrito.

Según analizaremos más adelante, en función al contenido obligacional del compromiso, se derivan remedios específicos en caso de incumplimiento del acuerdo asumido. Y es que, conforme se ha indicado, las partes ya no se encuentran ante una negociación, simple o avanzada, sino que han celebrado finalmente un contrato, por lo que han resignado conscientemente su libertad de contratar, de manera que el compromiso celebrado es plenamente vinculante: el deudor queda "encadenado", sujeto a ejecutar una prestación (el *facere* consistente en la celebración del contrato definitivo, no en negociarlo) que radica en aceptar la oferta que su contraparte pueda formular, siempre y cuando la misma sea con arreglo al contenido negocial ya establecido, débito que permite satisfacer el interés del acreedor, de aquél que extiende la oferta.

En consecuencia, encontrándonos ante un contrato se aplica toda la regulación que resulte pertinente y que se encuentra contenida en la Sección primera del Libro VII del Código Civil; asimismo, se aplica el régimen legal sobre inexecución de obligaciones¹⁰, contenido en la Sección segunda del Libro VI del Código Civil, quedando a salvo que la regulación específica disponga cosa distinta.

Contenido del compromiso de contratar

Artículo 1415.- El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.

10 Nos remitimos a la CAS. Nro. 5211-2007 LIMA, publicada el 30 de junio de 2008 en el Diario Oficial El Peruano, separata Jurisprudencia, pág. 24444, en cuyo décimo quinto considerando se expresa lo siguiente: "Que, sin perjuicio de lo expuesto debemos precisar que el compromiso de contratar en sí constituye un contrato, que se reduce a preparar y a asegurar situaciones jurídicas para el futuro, donde se compromete a las partes a la celebración de un contrato posterior, además en estos actos confluyen el acuerdo de voluntades, el objeto y demás elementos del contrato definitivo, por lo que jurídicamente no es posible negarle la categoría de contrato [lo subrayado es nuestro]. Y ante el eventual incumplimiento e irrogación de daños, las reglas aplicables serían las de inexecución de obligaciones, como ha sucedido en el presente caso".

3. El régimen de acuerdo total formativo del contrato

El compromiso es un contrato con la singularidad que tiene una determinada duración, es un acuerdo temporal, de manera que las partes se presentan y proponen celebrar un contrato definitivo durante el respectivo período de vigencia, celebración que podrá ser exigida indistintamente (regla general de carga obligacional plurilateral) o solo por una de las partes (regla de excepción, opción unilateral).

Siendo un contrato, el compromiso está sujeto a una regla imperativa y que corresponde además a nuestro orden público contractual: la necesidad del acuerdo formativo total, de conformidad con lo sancionado en el artículo 1359 del Código Civil¹¹.

Como bien es sabido, desde el aspecto de la extensión del acuerdo formativo, hay dos maneras de determinar cuándo se genera la relación contractual. La primera de ellas corresponde al denominado “acuerdo total”, esto es, que la existencia del contrato está subordinada a que las partes hayan alcanzado el consenso en todos y cada uno de los aspectos del respectivo negocio, sean principales o no, *ergo*, de mantenerse cualquier diferencia, por mínima que sea, no habrá contrato. Y la segunda, contrapuesta a la anterior, es el “acuerdo parcial”, conforme al cual el contrato queda celebrado desde que las partes logran el consenso tratándose, al menos, de los aspectos principales o esenciales, admitiéndose dicha celebración aun cuando hubiese disenso entre las partes, aunque ello debe estar restringido a los aspectos secundarios. En el marco del acuerdo formativo parcial sólo se destaca lo concerniente a la celebración misma del contrato, más allá que este último sea plenamente eficaz o no, o de la posibilidad de intervención

jurisdiccional para salvar cualquier discrepancia que pudiese mantenerse respecto de los aspectos secundarios.

Nuestro sistema legal ha optado inequívocamente por el régimen del acuerdo formativo total, conforme al artículo 1359 del Código Civil, cuyo antecedente legislativo inmediato radica en el artículo 1344 del Código Civil de 1936¹².

El artículo, a nuestro entender, denota la necesidad de que las partes intervinientes en la formación del contrato plasmen su acuerdo, entendido como concordancia sustancial de declaraciones, sobre el total de las estipulaciones que conforman la materialización de la autorregulación de intereses que, a través del contrato, operan en la realidad social. Evidentemente, la autorregulación (contractual), en su conjunto, no podrá ser acogida ni tutelada por el ordenamiento si es que faltara tal conformidad, ya que nadie podría ver alterada su particular esfera de intereses en tanto no asienta en ella en forma total [lo subrayado es nuestro]. Una concordancia parcial, es decir sobre una parte de los puntos autónomos de autorregulación, no podrá generar la existencia del contrato (inexistencia material), considerando que la composición planteada, al menos en términos normales, es un todo unívoco sobre el que necesariamente debe formarse aquél (Palacios, 2007, pp. 80-81).

Pero la absoluta necesidad del acuerdo formativo total no debe confundirse con una exigencia normativa en el sentido de que las partes deban declarar absoluta y expresamente todos y cada uno de los contenidos negociales, dado que por integración impropia -sea cogente o sea supletiva-, algunas disposiciones legales se incorporan a lo

11 “No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.”

12 “Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. La inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito”.

declarado (De la Puente, 2011, p. 267)¹³, siendo suficiente que las partes acuerden (expresamente) lo que estimen como fundamental, siendo lo más importante que no se evidencie disenso alguno. Se sobreentiende que, tratándose de aquellas reglas que se aplican supletoriamente al contrato, las mismas se integran por voluntad tácita de las partes, dado que, si ellas desean un contenido negocial diferente, tienen la posibilidad de pactarlo expresamente.

El Ordenamiento busca promover la contratación, como instrumento para fines del intercambio de bienes y servicios, no impedir la o dificultarla generando innecesarios costos transaccionales.

Así, por ejemplo, en el marco de un contrato de compraventa será suficiente que A y B se pongan de acuerdo en *res et pretio*, y si este último se hubiese acordado en dólares de los Estados Unidos de América, resultará supletoriamente aplicable lo establecido en el artículo 1237 del Código Civil¹⁴, esto es, el acuerdo de voluntades ya alcanzado quedará integrado por una disposición conforme a la cual el pago de la deuda contraída en moneda extranjera puede realizarse tanto en dicha moneda como en el importe equivalente en moneda nacional, de manera que las partes no necesitan declararlo expresamente (se sobreentiende que así se lo representó el oferente y, sobre dicha base, también el aceptante). Como la ley se presume conocida, se entiende que A y B al guardar silencio sobre la materia se representan la señalada posibilidad de pago. No obstante, si las partes desean impedir la aplicación supletiva de la indicada disposición legal, entonces resultará necesario que

convengan expresamente lo relativo a la moneda *in solutionem*, por lo que dicho material será también un aspecto fundamental del negocio.

Postulamos que este régimen del acuerdo formativo total no puede ser obviado en materia del compromiso de contratar al analizar su extensión o alcances.

4. Alcances del contenido esencial del compromiso de contratar

El artículo 1415 del Código Civil posee -atendiendo a la regla del acuerdo formativo total- un contenido que podríamos calificar, desde una primera lectura, como algo confuso.

En efecto, la señalada disposición establece que el compromiso de contratar demanda de un acuerdo mínimo sobre los aspectos o elementos esenciales del respectivo negocio, lo cual sugeriría una suficiencia de dicho acuerdo (sobre los aspectos esenciales de todos los aspectos contractuales) para que exista el correspondiente contrato, por más que inclusive pudiese mantenerse una discrepancia sobre aspectos que no sean esenciales. De acuerdo a dicha tesis interpretativa, el actual disenso en cuestión debería ser finalmente superado para fines de celebrar, en su momento, el contrato definitivo (lo cual significa admitir, tácitamente, que en el compromiso de contratar las partes se obligan, antes que a contratar, a negociar); de lo contrario, de no superarse el disenso, no solo no podría celebrarse contrato definitivo alguno, sino que esa falta de celebración sería sin responsabi-

13 En la misma línea, ver Palacios (2007, pp. 82-83); tratándose de la integración contractual dada la actividad declarativa de las partes desarrollada en su momento.

14 “Puede concertarse obligaciones en moneda extranjera no prohibidas por leyes especiales.

Salvo pacto en contrario, el pago de una deuda en moneda extranjera puede hacerse en moneda nacional al tipo de cambio de venta del día y lugar del vencimiento de la obligación.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si no hubiera mediando pacto en contrario a lo referido a la moneda de pago y el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, al que rija al día del pago”.

lidad, de manera que la negativa a contratar (de manera definitiva) estaría justificada.

Así, se sostiene lo siguiente sobre el particular:

De acuerdo con lo normado por el artículo 1415, lo que permite singularizar al contrato definitivo es la estipulación, por lo menos, sobre sus elementos esenciales.

Por cierto que no hay obstáculo jurídico para que el compromiso de contratar se estipulen todos los términos del contrato definitivo. En este caso, la oferta que se formule para celebrarlo no hará más que reproducir la totalidad de los términos previamente estipulados.

Sin embargo, la ley no impone como contenido del compromiso de contratar tamaño determinación del contrato definitivo. Su contenido quedará satisfecho cuando se estipulen los elementos esenciales. [lo subrayado es nuestro] En este caso, queda abierta la posibilidad para que la oferta de celebrar el definitivo contenga más términos que los acordados al celebrar el preparatorio (Bolaños, 2007, p. 344).

A mayor abundamiento, al compararse los alcances de los artículos 1415 y 1422¹⁵ del Código Civil, se destaca que, el caso de la opción, a diferencia del compromiso, sí sería necesario lograr el acuerdo formativo total, ya que la respectiva norma demanda que se haya alcanzado el consenso sobre “todos los elementos y condiciones del contrato definitivo”, a diferencia del compromiso donde sólo se requeriría de un acuerdo básico o mínimo, respecto de lo fundamental o esencial, lo cual se suele identificar son los elementos esencia-

les especialísimos del respectivo negocio. Y como explicación final se invoca los alcances de cada una de las dos modalidades de acuerdos preparatorios. Como la celebración del contrato definitivo -en el marco de la opción- estaría sujeta a la sola voluntad del optante, es manifiesto que su contenido debería haber sido previa y absolutamente convenido, ya que no habrá posteriormente espacio deliberativo alguno, ya que el contrato definitivo queda automáticamente celebrado cuando se comunica el ejercicio de la opción (durante su vigencia). En cambio, como el compromiso representa una obligación de contratar (sea mutua o no), esto significaría finalmente que las partes deben ponerse oportunamente de acuerdo en todo lo que corresponda (esto es, alcanzar el consenso sobre lo que había disenso con ocasión de celebrarse el compromiso), porque de no hacerlo habría una “negativa justificada” para celebrar el contrato definitivo, la misma que no podría ser suplida judicialmente, dado que los jueces no “escriben” los contenidos negociales, atendiendo que el contrato es por definición un acto libre en función de lo querido por ambas partes.

Así, siguiendo dicha explicación, por ejemplo, en materia del compromiso de compraventa, sería suficiente que las partes se pongan de acuerdo sobre *res et pretio*, por lo que cualquier discrepancia sobre aspectos que no sean esenciales o principales, esto es, que no sean los tipificantes de la compraventa (elementos esenciales específicos o especialísimos¹⁶), como sería por ejemplo lo concerniente a la moneda a ser empleada para fines del pago del precio convenido en moneda extranjera, o lo relativo a la oportunidad de entrega del bien, podrá mantenerse luego de celebrado el compromiso, aunque debiéndose superar para celebrar el contrato definitivo, una vez que este último sea

15 “El contrato de opción debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo”.

16 Téngase presente que los elementos estructurales del acto jurídico pueden ser esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales son legalmente indispensables; los naturales están previstos legalmente, pero pueden ser retirados bajo la autonomía privada; y los accidentales si bien no están previstos legalmente, pueden ser incorporados por autonomía privada. Los elementos esenciales pueden ser generales o especialísimos, entendiéndose estos últimos como aplicables únicamente a ciertos negocios. Véase Moreyra García Sayán (2005, pp. 89-90).

requerido. Es más, siguiendo esta explicación, en el caso que las partes no llegasen a alcanzar -en su momento- el acuerdo formativo total, esto es, que no superasen cualquier desacuerdo no esencial actual, o que no lograsen ponerse de acuerdo expresamente sobre todos los contenidos negociales que quedaron pendientes, ello representaría una razón justificada para que no se celebre el contrato definitivo de compraventa, dado que no se puede obligar a contratar, a declarar un acuerdo cuando no hay efectivamente tal.

En ese sentido, son particularmente interesantes las expresiones de Arias Schreiber sobre los alcances del compromiso de contratar:

Si como indicamos en esa oportunidad, este compromiso es distinto del contrato definitivo, no será necesario que el primero contenga todos los términos y condiciones del segundo y bastará que se encuentren establecidas las condiciones fundamentales. En efecto, siendo el contrato definitivo autónomo, es en él que se completarán los detalles de la relación contractual, quedando las partes en libertad para incorporar otras cláusulas, sin alejarse obviamente de lo que era y sigue siendo esencial [lo subrayado es nuestro]. No debemos olvidar, reiterando el concepto, que el contrato definitivo constituye un nuevo acuerdo de voluntades y como tal es diferente del compromiso de contratar (1995, p. 206).

Si entendemos que el ilustre profesor sanmarquino se refiere a la posibilidad que se celebre un compromiso con ciertos desacuerdos, para luego completar los detalles (pendientes) con ocasión de contratar de manera definitiva, no compartimos definitivamente dicha lectura sobre los contenidos del compromiso de contratar, estimando que colisiona frontalmente con lo exigido en el artículo 1359 del Código Civil.

Esta posición interpretativa es la que habría sido acogida en el ámbito judicial, conforme se desprende de la CAS. 2053-2010 LA LIBERTAD¹⁷, en cuyo segundo considerando se expresa lo siguiente:

Que, antes de resolver los agravios expuestos, resulta necesario señalar que el artículo 1415 del Código Civil, prevé que “El compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo”, de la disposición citada se observa que por el compromiso de contratar las partes acuerdan la celebración de un contrato definitivo, el que a su vez debe formar parte del contenido del compromiso de contratar, estipulando necesariamente los elementos esenciales del contrato definitivo. Al respecto, este Supremo Tribunal considera pertinente indicar que la razón por la que la ley exige la determinación del contrato definitivo, radica en el efecto de obligación al que se someten las partes al suscribir el contrato de compromiso, esto es, si el contrato definitivo no estuviera determinado, no habría razón para que el destinatario de la oferta estuviera obligado a aceptarla, sin embargo, queda obligado por cuanto en el compromiso de contratar consintió en los términos esenciales en ella. Debe resaltar-se que la ley no impone como contenido del compromiso de contratar la determinación del contrato definitivo, por lo que su contenido queda satisfecho al estipularse solo los elementos esenciales, por consiguiente, existe la posibilidad de que al celebrarse el contrato definitivo se puedan incluir nuevos términos a los establecidos en el contrato preparatorio [lo subrayado es nuestro].

De acuerdo al criterio expresado en la citada resolución suprema casatoria, si bien los términos y condiciones del compromiso de contratar de-

17 Publicada el 2 de noviembre de 2011 en el Diario Oficial El Peruano, separata Jurisprudencia, pág. 31836.

ben contener los del contrato definitivo (lo cual suscribimos), resulta suficiente los elementos esenciales del acuerdo definitivo a celebrarse, de manera que, en su momento, de llegar a celebrarse este último, puedan incorporarse nuevos términos y condiciones. Surge la duda sobre la representación de la exigencia contenida en el artículo 1415 del Código Civil ¿el acuerdo sobre los contenidos del contrato definitivo debe ser sólo en cuanto los elementos esenciales o se requiere de un acuerdo formativo total? Dado que la propia Corte Suprema de Justicia reconoce el objeto obligacional del compromiso de contratar, ¿se mantiene la obligación de contratar de manera definitiva cuando se formula una oferta que, si bien contiene los elementos esenciales, incorpora otros aspectos novedosos?, ¿o es que dicha oferta debe corresponder absolutamente a lo ya acordado preliminarmente?

Adviértase que en la CAS. 5211-2007 LIMA¹⁸, el criterio pareciera distinto, porque en su décimo quinto considerando se expresa lo siguiente:

Que, sin perjuicio de lo expuesto debemos precisar que el *compromiso de contratar en sí constituye un contrato, que se reduce a preparar y a asegurar situaciones jurídicas para el futuro, donde se compromete a las partes a la celebración de un contrato posterior, además en estos actos confluyen el acuerdo de voluntades, el objeto y demás elementos del contrato definitivo*, [lo subrayado es nuestro] por lo que jurídicamente no es posible negarle la categoría de contrato. Y ante el eventual incumplimiento e irrogación de daños, las reglas aplicables serían las de inejecución de obligaciones, como ha sucedido en el presente caso.

Conforme a esta jurisprudencia casatoria, el compromiso contiene los elementos, los términos y

condiciones, del contrato definitivo, por lo que el tema no se restringe a los de naturaleza esencial, más allá que esa amplitud sea explícita o implícita.

Hubiese sido óptimo que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie de manera clara y concluyente, dado que las dos resoluciones casatorias referidas pueden ser interpretadas según diferentes enfoques. Pero el tema cierto, y allí radica el problema, es que el texto del artículo 1415 del Código Civil sugeriría un régimen de excepción a lo sancionado en el artículo 1359 del mismo cuerpo legislativo. Por ello, hemos sostenido que el texto legislativo bajo comentario es, de primera lectura, confuso. Hay que leer el artículo 1415 del Código Civil no sólo de manera textual, sino contextual, sistemáticamente.

De otro lado, tomando el contenido de las dos citas bibliográficas precedentes¹⁹, no es que no exista un obstáculo para que el compromiso contenga todos los términos y condiciones del contrato definitivo a celebrarse, por lo que la extensión del acuerdo estaría subordinada a la voluntad de las partes. Dicha apreciación significa que no sería necesario alcanzar el acuerdo total para fines de celebrar el compromiso de contratar. El Ordenamiento impone, de manera inderogable, el contenido del compromiso como contrato, de manera que aquél debe contener al que corresponda al contrato definitivo, de tal forma que, en su momento, el requerimiento para celebrarlo, la oferta, se ajuste absolutamente al contenido prefijado. Tampoco se trata de sostener que por ser el compromiso un contrato distinto al definitivo, sus contenidos no requieren ser iguales, porque se trata evidentemente de dos contratos distintos en su objeto y en el tiempo. Como bien expone Arias Schreiber en su obra (1995, p. 203), el compromiso no es ni representa la celebración del contrato definitivo cuya ejecución ha sido diferida, sino que corresponde al acuerdo de celebrar (no negociar) en un futuro

18 Supra: nota 10.

19 Véase Bolaños (2007, p. 344) y Arias Schreiber (1995, p. 206).

el contrato definitivo, un segundo contrato, atendiendo al contenido ya determinado.

Nuestra tesis es que, si bien el contrato definitivo que pudiese celebrarse es distinto al compromiso ya celebrado, sus contenidos sustantivos son, deber ser, los mismos. Postulamos, por consiguiente, que el compromiso de contratar debe contener todos los términos y condiciones del futuro contrato definitivo. Y es que, por interpretación sistemática no puede obviarse la exigencia del artículo 1359 del Código Civil, norma que corresponde a nuestro orden público contractual. Siendo el compromiso un contrato, se rige por la señalada norma, por lo que en función de la misma debe interpretarse y aplicarse el régimen sancionado en el artículo 1415 del Código Civil.

Bien puede afirmarse que, en función al interés y voluntad de las partes, el Ordenamiento genera una suerte de ficción. Y lo afirmamos porque, no obstante haberse alcanzado el acuerdo formativo total, no se está ante un contrato definitivo sino ante uno preliminar, limitado excepcionalmente, sujeto a que durante su vigencia una de las partes tome la iniciativa de celebrar el contrato definitivo y, por consiguiente, formule una oferta para fines de dicha celebración, una oferta que no puede estar sujeta irrestrictamente a su arbitrio (por más que como toda oferta sea expresión del poder negocial de quien la formula), porque al haberse asumido correlativamente el débito de aceptarla, queda sobreentendido que ya se conocen y comparten los contenidos negociales, todos y no solo algunos por más esenciales que sean.

Por ello, podemos sostener que las partes se obligan a celebrar el contrato definitivo en función a los contenidos ya identificados o determinados con ocasión de celebrar el compromiso. De lo contrario, para la celebración del contrato defi-

nitivo se estaría ante una simple negociación, abierta, para intentar alcanzar la coincidencia, ¿qué mérito o relevancia tendría entonces haber celebrado un compromiso que obliga a contratar de manera definitiva (y no a negociar)?

En atención a lo expuesto, más allá del contenido obligacional del compromiso, lo cierto que como todo contrato debe satisfacer el requisito imperativo del artículo 1359 del Código Civil, en el sentido que las partes deben estar conformes sobre todas sus estipulaciones, lo que incluye los términos y condiciones del contrato que se proponen celebrar de manera definitiva durante la vigencia del preliminar, conformidad o consenso que puede apreciarse en sentido negativo, esto es, que no debe haber discrepancias, por mínimas que sean.

En razón de lo expuesto, ¿a qué se refiere entonces el artículo 1415 del Código Civil sobre el contenido esencial del compromiso?

Creemos que no debería incurrirse en el error de confundir “elementos esenciales” con “elementos tipificantes”.

Nos explicamos. Como bien sabemos, la declaración de voluntad para fines de celebrar un contrato (bajo la regla general de formación consensual) puede ser expresa (escrita o verbal) o tácita (conductual), siendo la regla general que debe ser expresa, al menos tratándose de quien realiza la oferta (dado que sí es posible una respuesta, declaración reactiva por definición, a través de la denominada “aceptación tácita”). Dicha declaración expresa debe relacionarse a los elementos tipificantes del respectivo negocio (así, siguiendo el ejemplo ya propuesto del contrato de compraventa, dichos elementos serán *res et pretio*²⁰), trátase de una tipificación social o legislativa, debiendo además incorporar expresamente cualquier otro aspecto que sea relevante, para evitar que se apli-

20 Dejamos a salvo el régimen excepcional, que confirma la regla, del denominado “precio habitual”, al cual se contrae el primer párrafo del artículo 1547 del Código Civil.

que (integración contractual, referida precedentemente) de manera supletoria el Código Civil (en algunos casos, tratándose de los contratos atípicos, es evidente que a falta de elementos tipificantes, el acuerdo debe ser extensamente total).

Así, volviendo al ejemplo de la compraventa, si las partes identifican necesariamente la moneda *in obligationem* como la moneda *in solutionem*, ello deberá declararse explícitamente, porque de lo contrario se estará bajo el entendimiento que las partes se sometieron a la regla supletoria conforme a la cual el precio pactado en moneda extranjera puede ser pagado por el comprador tanto en la moneda en que se expresa (dólares de los Estados Unidos de América) como en moneda nacional (soles), de conformidad con el artículo 1237 del Código Civil. Por consiguiente, las partes deberán declarar expresamente lo relativo a cosa, precio y moneda de pago. Si las partes no se ponen de acuerdo en dicho extremo del negocio (moneda de pago), no habrá simplemente contrato, ni preliminar ni definitivo, porque hay disenso.

Las partes deben coincidir en todos los aspectos contractuales, debiéndolo hacer expresamente tratándose de aquellos que estimen como esenciales, fundamentales, para evitar la aplicación supletiva de la ley, a la cual se someterían tácitamente al no mantener disenso. Admitiéndose que una oferta debe ser, por definición, autosuficiente²¹, en el ejemplo propuesto la oferta de compraventa estaría conformada por la declaración sobre *res et pretio* e integrada (entre otros aspectos) por la aplicación supletoria del régimen legal sobre pago de obligaciones en moneda extranjera. Ello nos lleva a concluir que, si bien todo elemento tipificante es esencial, no todo elemento esencial es

tipificante, siendo que la esencialidad es definida por el común interés.

Planteadas así las cosas, la exigencia del artículo 1415 del Código Civil es exactamente la misma que la de su artículo 1359 (e inclusive en su artículo 1422 en materia de opción): el acuerdo negocial debe ser total, lo cual significa que las partes deben convenir expresamente todo aquello que estimen relevante para sustraerse de la aplicación supletiva de la ley. En función a ello, queda claro que, de mantenerse una discrepancia, por mínima o secundaria que sea, no habrá consenso formativo del respectivo contrato, por más que su naturaleza sea preparatoria a título de compromiso.

Resultan pertinentes las expresiones de Messineo sobre el particular:

(...)...mediante el (contrato) preliminar, los efectos jurídicos normales del contrato no se producen todos inmediatamente; se producen tan sólo algunos, porque las partes lo quieren así. En todo lo demás, el preliminar es un contrato común; y como tal, exige que concurran todos los requisitos de los contratos.... Como noción sumaria se puede dar ésta: el preliminar es un contrato dirigido a la conclusión de otro (futuro) contrato entre las mismas partes. Se llama definitivo al contrato al cual el contrato preliminar sirve de preparación (función preparatoria del preliminar).

De ordinario, contiene en sí sólo los puntos esenciales del contrato definitivo; en parte, el mismo está en blanco [lo subrayado es nuestro] (1986, pp. 353-354).

21 “La respectiva declaración debe presentar tal contenido que permita a su destinatario aceptarla y, con ello, generar el consenso formativo del contrato; por ello la oferta debe ser plena, completa, contener todos los términos y condiciones que sean necesarios o indispensables para la formación del respectivo negocio” (Spota, 1981, pp. 265-266).

El indicado autor italiano es concluyente cuando afirma la necesidad de un acuerdo sobre todos los requisitos del respectivo contrato. Sin perjuicio de ello, destaca que el contrato preliminar o preparatorio contiene ordinaria, común, frecuentemente, un acuerdo sobre los aspectos esenciales, quedando “en blanco” respecto de otros aspectos contractuales. Sobre la base de la necesidad del acuerdo formativo total, queda claro que la referencia a que una parte del contrato pueda estar “en blanco” sólo puede referirse a lo que es materia de un acuerdo tácito o implícito (con la correspondiente integración contractual, según ya ha sido destacado), más no a un disenso, desencuentro o desacuerdo. Entre falta de declaración expresa y disenso hay, literalmente, un mar de diferencia.

Asimismo, sobre la materia en cuestión, Alpa expresa lo siguiente:

El contrato preliminar es el contrato por el cual las partes se obligan a celebrar un contrato futuro. Se dice “preliminar” porque antecede a un contrato “definitivo”; no debe creerse, sin embargo, que el contrato preliminar es un contrato “solo a mitad” (no corresponde a las tratativas); o un contrato en el cual se fijan solo algunos puntos, dejando la determinación de los otros al definitivo (no corresponde a la puntuación). [lo subrayado es nuestro] Es un contrato verdadero con efectos solo obligatorios: la obligación asumida por las partes es celebrar otro contrato con el mismo objeto (2015, p. 202).

Siendo un contrato, el compromiso demanda de un acuerdo sobre todos los términos y condiciones del negocio que las partes desean final, mediamente celebrar, aunque ello no significa jurídicamente que estén celebrando este último, dado que prometen celebrarlo, sujeto a la temporalidad del compromiso.

Por ello, de formularse en su oportunidad una oferta para celebrar el contrato definitivo que no corresponda a esos contenidos ya convenidos, explícita o implícitamente, será absolutamente legítimo un rechazo, una negativa a celebrar el contrato definitivo, y es que la libertad de contratar fue resignada bajo ciertos términos y condiciones, no para los que se pudiesen proponer posteriormente de manera unilateral, arbitraria.

Ahora bien, lo anterior no significa que, en su momento, no se pueda generar una oferta (de celebrar el contrato definitivo) que carezca de correspondencia con los términos y condiciones explícitos o implícitos del compromiso, de lo ya acordado en su oportunidad. Entendemos que a ello correspondería la representación de Arias Schreiber (1995, p. 206), cuando hace referencia a la incorporación de otras cláusulas a lo fundamental del acuerdo ya alcanzado con ocasión de celebrar el preparatorio. Y quisiéramos asumir que a ello también se refiere la CAS. 2053-2010 LA LIBERTAD citada precedentemente²². De ser aceptada dicha oferta, se habrá celebrado el contrato correspondiente (hay finalmente consenso) pero, en rigor, ello no elimina la circunstancia que la oferta formulada no reflejaba lo que se acordó en su momento (y que vinculaba preliminarmente a las partes), de manera que el contrato celebrado finalmente no estará causado en lo acordado preliminarmente a título del compromiso. La actuación de las partes significaría que deciden soberanamente dejar de lado el compromiso, haciendo prevalecer su interés actual de cerrar un negocio bajo condiciones distintas a las que se representaron inicialmente. De otro lado, de haber mediado un rechazo de dicha oferta (por no ser conforme a lo preliminarmente acordado), se estaría ante una actuación justificada, ante una negativa legítima para celebrar el contrato definitivo, porque no se puede pretender obligar a una parte promitente a celebrar un contrato definitivo

22 Supra: nota 17.

bajo condiciones diferentes a las acordadas en su momento, explícita o implícitamente.

En síntesis, la exigencia contenida en el artículo 1415 del Código Civil, sobre extensión del acuerdo de las partes promitentes, al menos tratándose de los elementos esenciales del contrato definitivo a celebrarse, parte de la premisa que no exista entre ellas disenso alguno sobre el contenido del futuro negocio, de manera que resulta implícito su entendimiento que se aplica, por integración, un determinado régimen supletorio a todo aquello que no sea materia de declaración expresa, observándose el acuerdo formativo total.

Plazo del compromiso de contratar

Artículo 1416.- El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera plazo, éste será de un año²³.

5. Vocación temporal del compromiso de contratar

En palabras de calificada doctrina, la relación obligatoria corresponde a un acontecer temporal que puede presentar uno o varios momentos. Aunque dicha circunstancia temporal merece analizarse con el detenimiento adecuado:

La existencia de una circunstancia temporal aparece como algo evidente, pero no tiene una función unívoca. La idea de tiempo puede cumplir, puesta en conexión con la relación obligatoria, funciones muy diversas.

(...) En la doctrina tradicional se había observado ya que al lado de unos contratos que se cumplen de manera inmediata, existen otros que exigen una ejecución reiterada du-

rante un largo tiempo o un comportamiento continuo. Un ejemplo de los primeros puede ser la compraventa con pago inmediato del precio e inmediata entrega de la cosa. Un ejemplo de los segundos puede ser el arrendamiento.

(...) Existe una relación obligatoria instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o de las prestaciones previstas en ella. En cambio, son relaciones obligatorias duraderas todas aquellas cuyo desenvolvimiento supone un período de tiempo más o menos prolongado y por lo tanto una pervivencia temporal, [lo subrayado es nuestro] toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas (arrendamiento, préstamo, depósito, trabajo, sociedad, gestión, suministro, etc.).

(...) La primera cuestión que plantean las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas consiste en determinar si es o no necesaria una concreta duración del vínculo contractual. Esta pregunta parece que debe encontrar una respuesta afirmativa, pues, aunque en nuestro Derecho Positivo no existe una norma concreta, la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria. Constituyendo ésta, desde el punto de vista del deudor, una limitación de la libertad, tal limitación, si fuera perpetua, debería ser contraria al orden público.

Supuesto lo anterior, cabe cuestionar si es necesario que esa duración temporal de la relación haya de encontrarse de alguna manera predeterminada o si, al revés, es posible una indeterminación de la duración de la relación

²³ Texto legislativo vigente conforme a lo establecido en el Artículo Único de la Ley 27420, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de febrero de 2001.

obligatoria. En uno y otro caso, cabe todavía preguntarse si esa determinada o indeterminada duración temporal encuentra algún límite en las normas del Derecho Positivo o en los principios generales de derecho (Díez Picazo, 1996a, pp. 321-323).

Hemos señalado que el compromiso corresponde a un acuerdo temporal, con una vigencia limitada en el tiempo, de manera que su objeto (celebrar el contrato definitivo) sólo puede ser exigido durante la indicada vigencia temporal.

El plazo, si bien es un elemento estructural accidental del acto jurídico, sujeto a su incorporación negocial en el marco de la autonomía privada, en algunos casos adquiere la naturaleza de elemento esencial, por la naturaleza misma de las cosas. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de suministro y de arrendamiento, dado que por definición se está ante acuerdos de duración, sujetos necesariamente a un plazo, siendo que la estimación de su extensión es lo que queda librado a la autonomía privada (aunque en algunos casos con limitantes legales, en función a un interés que pueda trascender a lo particular).

Los negocios preparatorios y, en particular, el compromiso de contratar, son acuerdos de duración; no se trata de relaciones jurídicas que se ejecuten de manera instantánea a su celebración, presuponen tiempo, un plazo dentro del cual pueda decidirse, en función a la subsistencia del interés, la celebración del contrato definitivo, cuyo contenido ya ha sido además identificado: el tránsito de lo preliminar a lo definitivo. Tampoco se trata de relaciones jurídicas perpetuas, porque una limitación a la libertad, al poder negocial de contratar, no puede carecer de limitante temporal, resulta absurdo representarse la asunción de una

carga obligacional o de una sujeción cuya exigencia o subsistencia carezca de restricción temporal, de manera que debe haber un mecanismo para extinguir un contrato (Roppo, 2009, p. 513).

En otras palabras, durante la vigencia del compromiso es exigible la obligación que representa su objeto, requiriéndose la celebración del contrato definitivo, ya que durante dicha vigencia las partes han limitado su poder negocial, obligándose a contratar.

De otro lado, bien sabemos que el plazo puede clasificarse en determinado (lo que incluye al determinable) e indeterminado.

Tratándose del plazo determinado, la duración del vínculo está prefijada por las partes al momento de contratar, o es susceptible de ser determinada con los criterios que han previsto (el denominado plazo determinable). En cambio, tratándose de los acuerdos sujetos a plazo indeterminado, la duración del contrato no puede ser estimada con ocasión de contratar, de manera que el vínculo se extenderá en el tiempo, pero con una limitante natural: no hay contrato perpetuo, de allí que la ley establezca un mecanismo de liberación que corresponde a un receso de liberación, para recobrar la libertad (Bianca, 2007, pp. 761-763), inmotivado y gratuito.

En función a lo anterior, la relación contractual sujeta a plazo determinado (e inclusive en su variedad determinable) termina, finaliza, se extingue de pleno derecho al vencimiento del respectivo plazo, no siendo necesario preaviso o comunicación alguna²⁴. En cambio, tratándose del contrato a plazo indeterminado, de ejecución sucesiva o periódica, la ley legitima a cualquiera de las partes para que ponga fin al vínculo a su solo

24 Esto se encuentra recogido, por ejemplo, en el artículo 1699 del Código Civil (“El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas”) en materia de arrendamiento, pero el concepto debe aplicar por igual a cualquier otro contrato sujeto a plazo determinado (así como también debe aplicar la figura de la “continuación” (artículo 1700 del Código Civil), cuando está pendiente la restitución de bienes).

criterio²⁵; pero como no se trata de afectar la confianza generada en el tiempo, sorprendiendo a la contraparte con la comunicación de terminación contractual, el artículo 1365 de nuestro Código Civil²⁶ establece, como regla supletoria, que para poner fin al contrato sujeto a plazo indeterminado se requiere de una comunicación con treinta (30) días mínimos de antelación. En el marco de la contratación paritaria, entendemos que se estará a lo que las propias partes hubiesen definido sobre el particular, regulando la extensión del preaviso; de lo contrario, se aplica supletivamente la señalada regla.

No hay compromiso de contratar sujeto a plazo indeterminado. Y es que en el negado supuesto de que el vínculo contractual fuese a plazo indeterminado, el mismo estaría sujeto a una evidente precariedad, dado que cualquiera de las partes podría desligarse del compromiso a su sola decisión, siendo suficiente que lo comunique con la anticipación mínima de fuente legal referida precedentemente. El interés de celebrar mediatamente el contrato definitivo -al haberse resignado la libertad de contratar por un determinado plazo, generando un crédito- no puede estar subordinado absolutamente a la voluntad de la contraparte.

Ahora bien, conforme al artículo bajo comentario, la duración del compromiso puede ser fijada de manera determinada por las partes, o puede serlo de manera determinable; este último sería el caso, por ejemplo, cuando la duración del compromiso se subordina a la vigencia determinada

de otra relación contractual, o cuando conviene remitirse a lo que decida un tercero.

¿Podría impugnarse el plazo establecido finalmente por el tercero? ¿Qué ocurre si el tercero no cumple con fijar el plazo? En nuestra opinión, para tratar de responder tales inquietudes resultan aplicables, por analogía, las reglas contenidas en los artículos 1407 y 1408 del Código Civil. Así, presumiéndose la equidad como criterio de actuación del tercero, la fijación del plazo por tercero podría impugnarse jurisdiccionalmente sobre la base que aquél no haya aplicado las reglas de la equidad; y de lograrse probar ello, afectándose la fijación del plazo de duración del compromiso, corresponderá que las partes designen a un nuevo tercero o que, cualquiera de ellas, solicite que el plazo sea determinado finalmente de manera jurisdiccional, dado que el criterio a aplicarse es objetivo, lo cual deriva en que el tercero sea sustituible. Y en ausencia de actuación del tercero que debía actuar con equidad, su rol podría ser asumido por el juez o árbitro, fijando la duración del compromiso, ya que el criterio a aplicarse es objetivo, carece de componente subjetivo.

Sin embargo, si para fines de la determinación del plazo las partes se sometieron expresamente al libre arbitrio del tercero, las respuestas serán distintas radicalmente. Dado el carácter subjetivo del criterio pactado, sólo se podrá impugnar el plazo, en la medida que se pruebe arbitrariedad, mala fe; y de lograrse probar, las partes deben sustituir necesariamente de común acuerdo al tercero, dado que el criterio a aplicarse es personalísimo, sub-

25 Se sostiene que esta terminación contractual corresponde a un caso de arrepentimiento o recesso ad libitum o ad nutum, librado al mero arbitrio. Véase Barchi (2008, pp. 293-294). Con relación a lo expresado por dicho autor, consideramos que el arrepentimiento o recesso debería ser asociado propiamente a los contratos de duración determinada (o determinable), como mecanismo de salida convencional o legal, que permita ponerles término anticipado. Tratándose de los contratos sujetos a duración indeterminada, la terminación es inherente por la naturaleza misma de las cosas, para evitar una absurda perpetuidad del vínculo, de manera que no hay terminación “anticipada”, no hay arrepentimiento respecto de un plazo que, al no ser prefijado, no es forzoso.

26 “En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho”.

jetivo. Y en caso que el tercero no cumpla con el encargo, no podrá recurrirse unilateralmente al mecanismo jurisdiccional, ya que al ser personalísimo el criterio a aplicarse, la fuente del mismo debe provenir del acuerdo de las partes. ¿Qué ocurre en esos casos? Dado que el compromiso es un contrato temporal por la naturaleza de las cosas, y no habiéndose establecido plazo alguno, lo que correspondería sería aplicar supletivamente la ley, asumiéndose el plazo anual de duración, de manera que prevalece el artículo 1416 del Código Civil respecto de lo previsto en el artículo 182²⁷ del mismo cuerpo normativo, dada que la intervención jurisdiccional no aplica cuando el criterio de actuación del tercero es de carácter subjetivo.

6. Justificación de la reforma legislativa sobre duración del compromiso de contratar

Por último, no puede dejarse de destacar que el actual texto del artículo 1416 del Código Civil corresponde a una modificación legislativa.

El tenor original del artículo en cuestión establecía un plazo máximo legal, conforme a lo siguiente: “El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo”.

Resulta manifiesto que la orientación del texto original limitaba sensiblemente a la autonomía privada, introduciendo imperativamente una limitación temporal al compromiso. Era una restricción bajo la misma orientación a la que aún subsiste en el artículo 1688 del Código Civil, en cuanto establece que el plazo determinado máximo para un contrato de arrendamiento es de diez

años, disponiéndose que cualquier exceso queda reducido a dicho límite temporal.

Pero no sólo se trataba de una norma innecesariamente limitativa de la autonomía privada, sino que era contradictoria con otras disposiciones legales. En cierto evento académico realizado para conmemorar el décimo quinto aniversario de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 -en donde las críticas estuvieron dirigidas a la necesidad de cambiar dicho cuerpo normativo antes que introducir modificaciones o adecuaciones- al plantearse la revisión de la normativa sobre contratos parte general, se destacó lo relativo a las diversas contradicciones no sólo al interior del propio código sino respecto de normas sobrevinientes, tales como la Constitución Política y a las leyes sobre sociedades, protección al consumidor, etc., de allí que en materia de contratos preparatorios el entonces Presidente de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República planteó lo siguiente:

5.4. Plazos en los contratos preparatorios. Artículos 1416° y 1423° del Código Civil y artículo 41° de la Ley General de Sociedades.

Esta contradicción no sólo afecta la redacción interna del Código Civil, sino que se contrapone con lo preceptuado recientemente por la Ley General de Sociedades vigente desde 1998.

Nos explicamos. El plazo máximo del compromiso de contratar es de un año (artículo 1416° del Código Civil) y del contrato de opción, de seis meses (artículo 1423° del Código Civil), pero la nueva Ley General de Sociedades en su artículo 41° establece la validez de los contratos preparatorios cualquiera sea su plazo, dejando así la decisión de

27 “Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren. La demanda se tramita como proceso sumarísimo”.

establecer el mismo a la libertad contractual de los contratantes. Particularmente, somos partidarios de que se debe dejar a la autonomía de la voluntad de las partes la decisión de establecer el plazo de estos contratos, toda vez que es necesario darle agilidad a la circulación de los bienes.

Frente a este panorama, surge la siguiente interrogante: ¿ante la evidente contradicción entre el Código Civil y la nueva Ley General de Sociedades, qué legislación se aplica? En principio, se dirá que cuando se trate de contratos preparatorios civiles se aplicará el Código Civil y cuando se celebre contratos preparatorios por sociedades o cuyos bienes materia del contrato sean acciones, participaciones o cualquier otro título emitido por las sociedades, se aplicará la Ley General de Sociedades. Sin embargo, cuando no pueda determinarse la naturaleza jurídica del contrato, ¿qué norma aplicaremos?

Igualmente, consideramos, con carácter de urgente, que se uniformicen criterios y, consecuentemente, se reforme el Código Civil (Muñiz, 2011, pp. 84-85).

Ahora bien, en el contexto de acuerdos paritarios, resulta cuestionable instituir legalmente un plazo máximo de vigencia contractual, ya que ello corresponde a un tema que -a nuestro entender- se asocia al interés particular antes que, al general, por lo que deberían ser las propias partes las que fijen libremente la duración temporal del contrato y que ello no se derive finalmente de una imposición legal.

Establecer normativamente que determinado contrato de duración no debe extenderse más allá de cierto plazo, puede ser considerado como un

exceso legislativo ya que nadie mejor que las propias partes, como agentes económicos razonables y con efectiva libertad económica y jurídica, para fijar la duración del vínculo que acuerdan. Distinto puede ser el criterio en materia de contratos no paritarios, escenario en el cual sea aceptable o justificable que se regule el tema de un plazo máximo legal o que se proscriba, en todo caso, un régimen de renovaciones automáticas que impida, en los hechos, a la parte débil (miembro de una categoría o *status* contractual protegido jurídicamente, inclusive en el plano constitucional) separarse del negocio. Asimismo, distinto puede ser el caso cuando se está ante una situación que va más allá de los intereses particulares, como ocurre tratándose de las limitantes temporales asociadas a los pactos de no concurrencia en el mercado (la preferencia a la cual se refiere el artículo 1614 del Código Civil en materia de suministro exclusivo²⁸), conforme inclusive refiere Roppo (2009, pp. 598-599).

El hecho cierto es que, denunciada la falta de concordancia con las normas societarias y en el contexto histórico de una corriente de opinión crítica a las limitantes a la autonomía privada, el legislador optó finalmente por modificar la regla relativa a la duración de los contratos preparatorios y, en particular, del compromiso de contratar y, en armonía con las disposiciones contenidas en los artículos 1354²⁹ y 1356³⁰ del Código Civil, estableció que son exclusivamente las partes las que definen la duración del compromiso de contratar, de manera determinada o determinable.

En consecuencia, hoy en día las partes pueden acordar libremente que el compromiso tenga una vigencia determinada, por ejemplo, de seis o nueve meses, o de uno o diez años, siendo que, en defecto de declaración sobre plazo determinado

28 Nos remitimos a lo expresado en nuestro trabajo. Ver Ortega (2012, pp. 206-207).

29 “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

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

o determinable, se aplica la disposición legal que la establece en un año, dado que se trata de un acuerdo con vocación temporal y no puede quedar sujeto a la regla de los contratos a plazo indeterminado.

Compromiso de contratar a su vencimiento

Artículo 1417.- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.

Atendiendo a la actual regulación contenida en el artículo 1416 del Código Civil, resulta manifiesto que la regla establecida en el artículo bajo comentario ha quedado tácitamente derogada, conforme al artículo I del Título Preliminar del Código Civil³¹. En efecto, en un escenario legislativo conforme al cual había un límite temporal infranqueable para el compromiso de contratar, de manera que cualquier exceso quedaba reducido al plazo máximo legal de un año, resultaba consistente regular que, en caso de renovaciones, cada una de ellas debía observar la regla del límite máximo anual.

Siendo actualmente que la duración del compromiso es establecida por las partes, sin restricciones para fijar dicha subsistencia temporal, carece de justificación mantener en el Código Civil una norma que se remite a un texto ya derogado.

Es así que, siguiendo ese criterio, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, elaborado por el grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984, constituido por Resolución Ministerial Nro. 0300-2016-JUS, se propone la derogación expresa del artículo bajo comentario.

³¹ “La ley se deroga sólo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

Negativa injustificada de celebrar el contrato definitivo

Artículo 1418.- La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:

1.- Exigir judicialmente la celebración del contrato.

2.- Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

En uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

7. Concepto previo: el contenido obligacional del compromiso de contratar

Conforme hemos destacado, no obstante su carácter preliminar, el compromiso de contratar es ciertamente un contrato, posee contenido obligacional y, conforme a ello, le resultan aplicables las disposiciones pertinentes del derecho de obligaciones. Su singularidad radica, entre otros aspectos, en su vocación temporal, limitada en el tiempo, y la identidad de contenidos respecto al contrato definitivo que pudiese celebrarse. En efecto, en el ejemplo varias veces propuesto de una compraventa, el objeto del compromiso de compraventa es celebrar el respectivo contrato definitivo; en cambio, el objeto del contrato (definitivo) de compraventa es lo relativo a la transferencia de propiedad del bien y el pago del precio dinerario.

Atendiendo a ese carácter obligacional, no debemos olvidar que, en materia de obligaciones, el interés es la noción matriz, que permite dar sentido funcional al contenido de la respectiva

relación jurídica patrimonial (Bianca, 1994, pp. 111-115).

Las obligaciones (como relaciones jurídicas) se estructuran sobre la base de un determinado interés, el de una parte (acreedor) que pretende algo que está al alcance, en la posibilidad, en la esfera patrimonial de su contraparte (deudor), de allí que el contrato, por poseer un objeto que es obligacional, sea fuente de cooperación, porque el deudor se compromete, mediante la ejecución prestacional a su cargo, a satisfacer dicho interés más allá que sea de ejecución positiva (dar, hacer) o negativa (no hacer). Dado que las obligaciones pueden ser de fuente autónoma (voluntaria) o heterónoma (legal), el medio ordinario para generarlas es mediante el acuerdo de los interesados, de allí que pueda afirmarse que todo contrato es literalmente instrumental, no sólo porque sirve para fines del tráfico de bienes y servicios, dotándolo de seguridad, sino porque lo que pretende inmediatamente es instituir una determinada clase de relación jurídica o, sobre la base que la misma ya existe, regularla, modificarla o extinguirla.

8. El concurso electivo por incumplimiento del compromiso de contratar

En función al interés comprometido, frente a la posibilidad de un incumplimiento como anomalía ordinaria y riesgo representable en todo contrato, el ordenamiento reconoce en el acreedor la posibilidad de recurrir a un conjunto de mecanismos (de tutela o protección al crédito) que permitan obtener lo prometido (cuando sea pertinente), salvo que se incline por el remedio extremo de la resolución contractual, todo ello conforme

a lo establecido en los artículos 1219 y 1428 del Código Civil, según corresponda.

Nos interesa destacar este aspecto. Frente a una situación de incumplimiento (que parte de la premisa que es posible ejecutar lo debido), el acreedor puede optar por mantener el contrato (en rigor, mantener la relación jurídica creada en su momento por la celebración del contrato) y exigir el cumplimiento de lo adeudado, o por resolverlo. A ello se denomina “concurso electivo” en el marco de la inexecución de obligaciones (Messineo, 1986a, pp. 338-339)³².

El contenido del artículo 1418 del Código Civil corresponde precisamente a dicha opción. Nos explicamos.

La vigencia temporal del compromiso implica que durante la misma cualquiera de las partes (en el escenario de un compromiso de carga plurilateral), tomando la iniciativa negocial, puede requerir a su contraparte la celebración del contrato definitivo, dado que ambas partes asumieron (como regla general) la obligación de celebrarlo. Requerir la celebración se materializa en la formulación de una oferta cuyo contenido -conforme ya hemos desarrollado- debe presentar absoluta simetría con el contenido que presenta el compromiso ya convenido. El destinatario de la oferta, quien es promitente de la celebración del contrato definitivo, debe aceptarla.

Frente a ello, la parte requerida (que debe aceptar la oferta) sólo podrá liberarse del compromiso invocando, y probando, una causa justificada; de lo contrario, de mediar negativa injustificada, se activan los remedios pertinentes a los que se refiere el artículo bajo comentario.

32 La parte agraviada por el incumplimiento, manteniendo interés, puede preferir pedir la condena del deudor, de manera que se incline por una ejecución de forma específica o en forma genérica (por equivalente) a cargo de dicho deudor; empero, también es posible, por pérdida de interés, que se incline por la resolución, con las ventajas de quedar liberada de su propio compromiso prestacional, y si ya hubiese cumplido, de obtener la correspondiente restitución, según corresponda.

9. La negativa justificada y el régimen de obligaciones de medios y de resultado

Con relación a su artículo 1418, el Código Civil no define lo que debe entenderse por “injustificada negativa” que permita activar los remedios legales en caso de incumplimiento del compromiso de contratar.

Hay que desentrañar el sentido de la expresión legislativa atendiendo a que las partes se obligan a contratar de manera definitiva, y no a negociar o a realizar sus mayores y mejores esfuerzos para ello.

Una negativa justificada sería, por ejemplo, una situación de imposibilidad sobreviniente, conforme a la cual ya no puede ejecutarse la prestación sobre la cual versa el contenido obligacional del contrato definitivo a celebrarse (que corresponde finalmente al interés negocial por el cual se celebró el compromiso, como antesala del contrato definitivo), como sería, en el ejemplo de la compraventa, el perecimiento del bien único. No tiene sentido, ni utilidad, aceptar la oferta de un contrato nulo por imposibilidad prestacional originaria.

Lo que no podría ser considerado como una negativa justificada es, en nuestra opinión, la supuesta falta de acuerdo sobre los términos y condiciones negociales del futuro contrato definitivo, atendiendo a que las partes se habrían puesto únicamente de acuerdo -para celebrar el compromiso- en los elementos esenciales del contrato definitivo, difiriendo el acuerdo sobre los demás aspectos no esenciales. Conforme ya hemos destacado tratándose de los alcances del artículo 1415 del Código Civil, el compromiso demanda de acuerdo total respecto de los contenidos del futuro contrato definitivo (aunque sin celebrarse el mismo), aplicándose la ley para todo aquello que no hubiese sido materia de acuerdo expreso, entendiéndose que todo lo que sea esencial o fundamental debe ser objeto de explícita convención

entre las partes. Es más, de haber habido cualquier desacuerdo, por mínimo que sea, ni siquiera se habría celebrado compromiso alguno. En tal virtud, dado que el disenso implica la inexistencia contractual (preparatoria o definitiva), es imposible que se genere el supuesto de hecho de una falta de acuerdo como causa justificante.

Y es que postular la tesis que una falta de acuerdo sobre los aspectos negociales que habían quedado “en blanco” (al celebrar el compromiso) corresponde a una negativa justificada significaría, en los hechos, admitir que el compromiso es finalmente un espacio de negociación, librado o sujeto a la regla de la buena fe, en el cual debe actuarse con diligencia y lealtad, pero respecto del cual no se admite que las partes se obliguen a ponerse de acuerdo, ya que la generación del acuerdo total emana de un acto libre. En otras palabras, desde la perspectiva bajo comentario, el compromiso implicaría que las partes se obligan a negociar la celebración en el futuro de un contrato definitivo, lo cual es algo muy distinto a la tipificación de la figura contenida en el artículo 1414 del Código Civil, en el sentido, que el compromiso implica que las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. Obligarse a contratar es algo absolutamente diferente a comprometerse a negociar.

De no poder invocarse, y probarse, causa justificada, la parte interesada en la celebración del contrato definitivo podrá optar según su conveniencia por (i) demandar, exigir jurisdiccionalmente, su celebración, lo cual equivale a la ejecución forzosa de lo debido: la obligación de contratar, o (ii) por resolver el respectivo vínculo, al haber perdido interés en la celebración del contrato definitivo; queda claro que en ambos casos queda expedito el derecho de la parte fiel, agraviada por el incumplimiento injustificado, de reclamar el pago indemnizatorio por daños y perjuicios. Ese concurso electivo corresponde a lo establecido en

general en los artículos 1219³³ y 1428 (primer párrafo)³⁴ del Código Civil.

¿Tiene sentido que el promitente que reclama la celebración del contrato definitivo, en caso de negativa injustificada para dicha celebración, opte por la resolución por incumplimiento? Por supuesto, porque habiendo perdido interés en la ejecución de lo debido, pretende liberarse de la propia obligación a su cargo (efecto liberatorio derivado de la resolución), porque podría darse la circunstancia que, manteniéndose aún vigente el contrato, la parte que se negó injustificadamente pero frente a la cual no se reaccionó, cambie de criterio, y exija el cumplimiento del compromiso, cumplimiento que tendría que ser observado por el promitente que comunicó inicialmente su voluntad de contratar, pese a que ya no tenga interés en constituir el vínculo definitivo.

Imagínese que el contratante no reciba la prestación debida porque la contraparte no la cumple ... (...) ... en casos así el intercambio contractual, tal como programado por las partes, resulta alterado en daño de ese contratante, si él fuera constreñido igualmente a realizar la propia prestación, lo haría sin recibir la contraprestación He ahí entonces que se activa el remedio: el contrato se resuelve precisamente para liberar del vínculo

contractual y, por lo tanto, de la obligación de realizar la propia prestación, [lo subrayado es nuestro] al contratante perjudicado por el incumplimiento de la contraparte (Roppo, 2009, 863-864).

¿Puede haber causa justificada distinta a la imposibilidad? El tema se asocia a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultados, así como al régimen de responsabilidad civil que de ello se desprende, esto es, sobre cuándo corresponde invocar la diligencia como razón eximente de responsabilidad.

No obstante que el promitente asume una obligación con contenido prestacional de hacer³⁵ (celebrar el contrato definitivo, y no de negociar simplemente la celebración del mismo) y que este tipo de prestación corresponde emblemáticamente a una obligación de medios, con lo cual sería de aplicación un régimen que permite la liberación de responsabilidad demostrando ausencia de culpa (diligencia), no es menos cierto que, por la naturaleza de las cosas, en el contexto de un compromiso de contratar, la causa no imputable sólo puede identificarse con aquello que desborda al respectivo deudor: la causa ajena, por lo que la prueba de la diligencia es irrelevante, porque el interés del acreedor, de aquél que solicita y conmina la celebración del contrato definitivo, sólo queda

33 “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

34 “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

35 Ariás Schreiber, citando a De Ruggiero expresa que la función del compromiso “no es otra que vincular a las partes comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular; su objeto no es, pues, el propio del contrato a celebrarse, sino la conclusión de éste, osea, un “facere”, consistente en asentir o en prestarse a cuanto precise para dar vida al contrato que se compromete estipular (...)” (1995, p. 203).

satisfecho mediante la celebración del respectivo negocio, lo cual está absolutamente en la esfera de posibilidad del respectivo deudor. En efecto, atendiendo a lo ya tratado sobre el régimen del acuerdo formativo total, no se trata de que el deudor se obligue a negociar y, por consiguiente, a procurar alcanzar un acuerdo contractual (lo cual escapa a su control), sino que el deudor se obliga a aceptar la oferta que le proponga su contraparte (lo cual sí se encuentra bajo su control), en el entendido que dicha oferta debe corresponder

absolutamente a lo ya acordado con ocasión de celebrar el compromiso.

Sobre el particular, téngase presente que conforme a autorizada doctrina³⁶, una obligación es de resultado cuando la prestación asumida está subordinada al dominio volitivo del deudor³⁷, salvo que por causas ajenas quede impedido de ejecutarla, de manera que la responsabilidad contractual asumida es de carácter “objetivo”³⁸.

36 “La obligación de hacer consiste siempre en un determinado comportamiento, esto es, en un determinado despliegue de energía llevado a cabo por el deudor. El interés del acreedor, sin embargo, no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios. A partir de estos datos fundamentales, se puede entender sin dificultad que existe lo que JORDANO FRAGA (“ADC” 44,1, 1991, pág. 20) denomina dos formas de configurar el contenido de la prestación debida, cuando ésta consiste en un *facere*. La obligación se llama de medios, según el autor citado, cuando como consecuencia de la forma en que en aquella se define la prestación, el deudor cumple desplegando la actividad diligente (técnica o común) debida, de manera que ésta constituye en sí misma aquello que el acreedor debe obtener. La prestación ciertamente se encamina a un fin ulterior, pero la realización de éste no se compromete. No se incluye en el programa de prestación. Lo contrario, cabalmente, ocurre en las prestaciones de resultado, en las que lo debido es la obtención del concreto resultado, que, por consiguiente, se integra en el contenido de la prestación. En este tipo de obligaciones no basta que el deudor despliegue la actividad diligente encaminada al logro del resultado, sino que debe obtener este último. Por resultado se debe entender una determinada de una realidad física y jurídica, del modo como esta se encontraba en el momento anterior a la constitución de la relación obligatoria” [lo subrayado es nuestro] (Díez-Picazo, 1996, p. 246). Tomando las palabras de Díez-Picazo, en el marco de un compromiso de contratar, en el cual las partes acuerdan la celebración de un futuro contrato definitivo, el resultado será precisamente esa realidad jurídica que se genere como consecuencia de cumplirse con el compromiso asumido.

37 “Esta función de las obligaciones de medios presupone que la calificación jurídica de las obligaciones se atenga al dato cierto que brinda cada relación en particular. Ello da lugar a que la referencia prejurídica asuma una importancia fundamental. La ley, en otros términos, no podrá imponer a un deudor la obtención de un resultado que la ciencia y la técnica del momento no estuviesen en grado de asegurar (por ejemplo, curar a un paciente afectado por un mal incurable), mientras que sí puede, arbitrariamente, establecer el momento a partir del cual las personas alcanzan la mayoría de edad, o delimitar la responsabilidad del guardián o del transportista. Por consiguiente, el resultado efectivamente comprometido depende de la posibilidad concreta de conseguirlo; solamente aquello que puede conseguirse *in natura* puede ser comprometido, [lo subrayado es nuestro] y ello no ocurre con la curación del paciente afectado por el cáncer; por ende, el resultado de esta clasificación debe ser identificado con el cumplimiento de todas las actividades que puedan conducir a la realización de tal fin, aunque sea un fin irrealizable” (Franzoni, 1998, pp. 312-313). Conforme se aprecia, una prestación de hacer, será categorizable como de resultado cuando lo comprometido se encuentre plenamente es la competencia del deudor, de manera que éste se encuentre en la efectiva posibilidad de satisfacer el interés del acreedor mediante la ejecución de lo debido.

38 Podría postularse que las obligaciones de medios corresponden a un régimen de responsabilidad subjetivo, que permite la liberación de responsabilidad probándose la ausencia de culpa, la cual se extiende desde la acreditación de la diligencia hasta la demostración de la causa ajena; en cambio las de resultado corresponden a un régimen objetivo, en el cual resulta ajeno lo relativo a la culpa (y, por consiguiente, a la diligencia), de manera que el solo incumplimiento deriva en responsabilidad, salvo que se prueba la causa ajena o fractura causal. Como bien expresa Ospina, en los países de tradición jurídica latina, el incumplimiento siempre se atribuye por culpa, lo que ocurre es que, atendiendo a la naturaleza de la prestación, la liberación de responsabilidad puede darse en algunos casos probando al menos diligencia, mientras que en otros resulta indispensable probar el hecho extraño impediendo (Ospina, 2008, pp. 119-121). Adviértase que la clasificación de las obligaciones en medios y de resultado sería finalmente un tema de responsabilidad. Desde otra perspectiva, Franzoni estima que la clasificación en cuestión no es un tema de responsabilidad, sino que está estructurada para establecer a qué se obligó el respectivo deudor siendo que el régimen de responsabilidad aplicable no será más que una consecuencia de lo anterior (1998, p. 312).

(...) En la doctrina francesa, la diferencia de una u otra obligación ha sido puesta en la diversa distribución de la carga de la prueba de la justificación de la imposibilidad de cumplimiento. Si el deudor compromete un resultado y el resultado no se produce, deberá ser considerado como incumplimiento a menos que él mismo pueda justificar la existencia de un caso fortuito. En cambio, si no se comprometió el resultado, habrá de ser el acreedor quien demuestre la falta de diligencia en el deudor.

Este punto de vista ha sido criticado por JORDANO FRAGA (ob. loc. cit), para quien no existen principios relativos a la carga de la prueba que sean distintos, aunque hay que admitir que el diferente modo de configurar la prestación y por consiguiente el diverso modo de configurar la contravención, repercute en el contenido de la carga probatoria del acreedor (...) (Díez Picazo, 1996a, p. 247).

Salvando las diferencias que pudiesen existir entre las legislaciones española y nacional, lo cierto es que más allá que en nuestro sistema legal se presume la culpa (como “leve”, conforme al artículo 1329 del Código Civil), tratándose de las obligaciones de medios opera una responsabilidad “subjetiva”, dado que frente a la inejecución de obligaciones el deudor se libera de la responsabilidad exigible probando diligencia o actuación conforme a lo esperado razonablemente, en función a la ciencia o al arte de la técnica, sin perjuicio, desde luego, de poder invocar una causa ajena; en cambio, en las obligaciones de resultado (como es el caso de la prestación contenida en el compromiso de celebrar en el futuro un contrato definitivo) la responsabilidad es “objetiva” porque

el deudor sólo se libera de responsabilidad demostrando causa ajena³⁹: caso fortuito, fuerza mayor, hecho concluyente de tercero y hecho concluyente del acreedor.

El hecho propio del acreedor quedaría evidenciado en la circunstancia que el deudor sea requerido para la celebración del contrato definitivo bajo términos y condiciones que no corresponden al contenido del compromiso, a lo convenido en su momento. Y es que el promitente declinó su libertad de contratar bajo cierto régimen, por lo que no se le puede exigir que quede obligado en el marco de un contrato definitivo con un contenido negocial distinto al consensuado en su oportunidad. En cambio, si la oferta de quien expresa su interés en celebrar el contrato definitivo sí se ajusta a los contenidos ya identificados, explícita o implícitamente, de no haber causa ajena, no habrá posibilidad jurídica de invocar una negativa justificada.

En dicho sentido y retomando lo expresado inicialmente, en caso se requiera la celebración del contrato definitivo y el respectivo deudor carezca de causa justificativa para negarse (causa ajena, atendiendo a la naturaleza de la prestación y a la responsabilidad que se deriva de ella), dependerá del acreedor (concurso electivo) exigir su ejecución forzada u optar por la resolución contractual.

¿En qué radica, en este caso, la ejecución forzada? Que el juez declare celebrado el contrato definitivo, verificando que la oferta para su celebración (desatendida por la parte contraria, pese a que se realizó dentro del plazo de vigencia del acuerdo) corresponde efectivamente con lo pactado preliminarmente.

Sin embargo, una cosa es que se declare jurisdiccionalmente celebrado el contrato definitivo, y

39 En nuestro medio, en función a lo expresado se han interpretado los alcances de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil. Ver comentarios a los señalados artículos por parte de los profesores Fernández, G. y León, L. (2007). En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (pp. 627-659). Gaceta Jurídica.

otra cosa, muy distinta, es que se ejecute dicho contrato, dado que esto último dependerá definitivamente de la actuación, de la voluntad, del respectivo deudor, y del propio interés del acreedor. La celebración forzada del contrato definitivo no garantiza la ejecución de lo debido, siendo ello una variable que deberá dimensionar el promitente que opta por dicha ejecución forzada. La situación se torna más complicada cuando el contrato definitivo se relaciona a una prestación de hacer, de carácter personalísimo, en donde la declaración de celebración contractual no derivará en la posibilidad de ejecución forzada.

Por último, en el escenario de la celebración jurisdiccional, la función del juez es la de realizar la declaración que le correspondería al promitente, en caso de rebeldía. Conforme ya hemos expresado, la autoridad jurisdiccional verificará que la oferta para celebrar el contrato definitivo corresponda a lo convenido preliminarmente y, sobre dicha base, declarará celebrado el contrato definitivo, teniendo en consideración si dicho contrato es formativamente consensual o formal.

10. La resolución del compromiso por inejecución de obligación

El Código Civil hace mención a que, frente al incumplimiento de la parte a quien se le requiere la celebración del contrato definitivo, el interesado puede optar por solicitar que se deje sin efecto el compromiso.

No se trata estrictamente de un desistimiento contractual, en el sentido que la ley concede el derecho potestativo de apartarse del contrato, lo cual dejaría en entredicho el carácter vinculante del contrato preparatorio celebrado; tampoco se trata de una pretensión que esté subordinada a la soberana voluntad de la contraparte (solicitar implica pedir algo a alguien, y ello significa subor-

dinarse a otra esfera jurídica), lo cual correspondería en todo caso a un mutuo disenso.

Lo que la ley establece como “Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar” no es otra cosa que la pretensión, o el derecho potestativo (según sea el caso) de resolver el compromiso ante el incumplimiento (injustificado) de la contraparte, más allá de la manera en que se implemente dicha resolución, sea jurisdiccional o extrajurisdiccionalmente, siendo que la representación ordinaria es que uno se represente la intervención jurisdiccional, solicitando que se declare constitutivamente la resolución contractual (se invoca una pretensión). Por consiguiente, resultan de aplicación todas las nociones relativas al señalado remedio contractual, partiendo que el emplazado debe encontrarse en una situación de mora (que denota la falta contractual, y no una simple falta de cumplimiento que es un mero retardo), siendo aplicables las nociones sobre legitimidad resolutoria (gravedad del incumplimiento y que el invocante de la resolución sea parte fiel) como sobre el procedimiento resolutorio (protocolo a seguir, sobre la base de la legitimidad, para obtener la resolución; resolución jurisdiccional o extrajurisdiccional), así como sobre los efectos derivados (Díez-Picazo, 1996a, pp. 699-727; Roppo, 2009, pp. 873-899).

Conforme a ello, el ejercicio de la pretensión en sede jurisdiccional) o del derecho potestativo (en sede extrajurisdiccional) está subordinado a la generación de un incumplimiento sustancial o significativo, situación que se presenta evidentemente en el presente caso, dado que el objeto mismo del compromiso obligacional asumido por las partes era la celebración del contrato definitivo. Además, la parte que solicita o invoca la resolución, como remedio ante la patología del incumplimiento, debe ser “parte fiel” del compromiso, esto es, quien no esté en falta respecto de sus obligaciones, que no haya incurrido en incumplimiento.

Asimismo, como ya hemos referido, la resolución podrá operar jurisdiccionalmente o no. Es así que podría aplicarse la cláusula resolutoria expresa que hubiese sido pactada en el compromiso, conforme a lo establecido en el artículo 1430⁴⁰ del Código Civil; de lo contrario, de no haberse convenido el pacto comisorio, y de haberse perdido definitivamente interés en la celebración del contrato definitivo, corresponderá al acreedor agraviado solicitar la declaración constitutiva de resolución en la vía jurisdiccional, conforme al artículo 1428 del Código Civil, siendo que sólo de manera excepcional, el interesado podría inclinarse por la denominada resolución por intimación, a la que se contrae el artículo 1429⁴¹ del Código Civil, bajo la premisa (de primera instancia) que aún mantenga interés en celebrar el contrato definitivo (la prestación debida es aceptar la oferta formulada), de manera que con la respectiva intimación genera una última oportunidad (concediendo un plazo excepcional) para lograr la ejecución prestacional debida (celebración del contrato definitivo mediante la aceptación de la oferta), bajo apercibimiento de resolución de pleno derecho.

Resuelto el compromiso, sea por declaración jurisdiccional constitutiva o de manera unilateral -según corresponda al interés del acreedor-, se desprenden los efectos típicos de la resolución (Larroumet, 1993, pp. 154-159; Forno, 1987, pp. 85-98), como remedio extintivo del vínculo: liberatorio para la parte fiel respecto de la obligación a su cargo, cuya exigibilidad dependía del cumplimiento ajeno, restitutivo para las partes de las prestaciones ya ejecutadas, según sea la naturaleza del contrato celebrado (tracto único o trac-

to sucesivo, con el tema de la eficacia temporal de la resolución), y reparatorio para la parte fiel, agraviada por el incumplimiento ajeno, en lo que concierne a sus daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

Dado que la resolución es un remedio respecto de los contratos plurilaterales de prestaciones recíprocas, cabe cuestionarse sobre la viabilidad jurídica de dicho remedio en el contexto del compromiso de contratar unilateral (donde una sola de las partes asumió la obligación de contratar en el futuro, obligación o deber específico que luego desconoce). Entendemos que en ese escenario no correspondería invocarse la resolución por incumplimiento, por lo que las opciones de la parte agraviada por el incumplimiento se limitarían a exigir la celebración del contrato definitivo en sede jurisdiccional y reclamar el pago indemnizatorio por la morosidad correspondiente. Empero, nada impide que, en el ejercicio de la autonomía privada, las partes hubiesen podido convenir un acuerdo de terminación o arrepentimiento unilateral, por el cual sería suficiente la sola declaración del promitente (acreedor agraviado según la narrativa precedente) para poner fin al vínculo, sin perjuicio de otros efectos que pudiesen corresponder, aunque ya sería impertinente el reparatorio.

Formalidades de los contratos preparatorios

Artículo 1425.- Los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

40 “Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

41 “En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios”.

11. Sobre el perfeccionamiento constitutivo contractual

La regla general del ordenamiento es que los contratos se perfeccionan constitutivamente por el simple acuerdo de voluntades de las partes, no siendo necesario que el consentimiento esté materialmente exteriorizado a través de documento alguno, menos que se proceda a ejecutar las prestaciones; en ese sentido, es suficiente el acuerdo verbal para que, para todo efecto legal, se tenga por celebrado el respectivo contrato⁴² desde el momento en que la aceptación llega a conocimiento del oferente⁴³.

Dicho régimen sobre perfeccionamiento formativo, como toda regla general, admite excepciones. Y en ese sentido, así como la ley regula a los denominados contratos consensuales (definidos precedentemente), también reconoce a los llamados contratos formales, esto es, aquellos en que la voluntad común sólo existe jurídicamente si es que se declara a través de determinada forma documental que puede ser hasta de tres maneras distintas: por escrito, por escrito de fecha cierta y por escritura pública; fuera de ellas no hay otra forma de la cual se pueda hacer uso para acreditar voluntad coincidente. Por ello, al ser un requisito necesario para la formación de la voluntad, se trata de una solemnidad, declaración y forma se confunden, declaración y documento se identifican.

El artículo 1352 del Código Civil⁴⁴, se refiere a lo enunciado precedentemente: los contratos son,

como regla general, consensuales (celebrados bajo el principio de libertad de forma, lo cual significa que las partes pueden exteriorizar libremente su voluntad bajo cualquier manera), salvo que dichos acuerdos posean legalmente el carácter de formales, por excepción, lo cual se asocia al concepto de exigencia necesaria (solemnidad) de una determinada forma documental⁴⁵, bajo sanción de nulidad.

Conforme a lo señalado, frente a la indicada regla general formativa, la regla de excepción es que el derecho establezca que la declaración de voluntad sólo será existente y, por consiguiente, productora de efectos merecedores de tutela jurídica, en la medida que cumpla con la forma exigida de manera necesaria, y no contingente o prescindible, por lo que la voluntad común deberá expresarse ineludiblemente de una determinada manera. Forma de la declaración se confunde, se identifica, con la declaración misma; conforme a ello, ante la inobservancia de la forma necesaria exigida, se entenderá que no ha habido declaración de voluntad por las partes, menos consenso, por lo que no se habrá generado relación contractual alguna. Así, el contrato sólo estará celebrado, válidamente celebrado, en la medida que las partes (ambas, al ser un acto plural) declaren su voluntad de una determinada o específica manera solemne, la misma que es exigida “bajo sanción de nulidad”, enunciado que es para destacar que no se trata de una forma meramente probatoria y, por consiguiente, prescindible. Por ejemplo, la ley⁴⁶ esta-

42 Artículo 1352 del Código Civil.

43 Artículo 1373 del Código Civil.

44 “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

45 Sobre este particular merece destacarse que, con toda razón, Guillermo Lohmann manifiesta que, en rigor, la “forma” siempre se da en todo acto jurídico y, en particular, tratándose de contratos, puesto que la voluntad para poseer relevancia debe expresarse, exteriorizarse, sea de manera expresa o tácita, siendo más bien que el requisito de validez de la manifestación de voluntad en algunos casos se asocia a la observancia de una determinada forma necesaria, lo cual implica una formalidad. En ese sentido, la formalidad no es sino la exigencia de una determinada forma. Por ello, el señalado autor expresa que “toda declaración requiere de una forma externa (o sabida ausencia de ella) que refleje su voluntad; pero no todo negocio reclama formalidad” (Lohmann, 1986, p. 102).

46 Artículo 1625 del Código Civil de 1984.

blece que el contrato de donación inmobiliaria se celebra mediante declaraciones contenidas en una escritura pública, bajo sanción de nulidad; *ergo*, si las partes exteriorizan su voluntad bajo una forma distinta, no se genera consentimiento alguno en el plano jurídico, por lo que no se producen los efectos que se habrían representado las partes. La declaración de voluntad debe, tiene que, expresarse necesaria, imperativamente conforme a la respectiva forma.

Este tipo de perfeccionamiento constitutivo, el formal, el solemne, no es frecuente, pero se mantiene ante determinados negocios.

Si la forma solemne se confunde con la declaración de voluntad de las partes, en rigor, la inobservancia de la solemnidad derivaría en inexistencia antes que en invalidez, porque esta última categoría presupone un acto celebrado (Espinoza Espinoza, 2008, pp. 495-498)⁴⁷; empero, nuestro Código Civil, zanja la cuestión estableciendo que la inobservancia de la forma legalmente exigida bajo sanción de nulidad es causal de invalidez a título de nulidad. *Roma locuta, causa finita*. En nuestra opinión, ello genera confusión al dimensionarse los alcances de las normas bajo comentario. No puede ser nulo lo inexistente, sólo puede serlo aquello que existe, dado que la nulidad es finalmente la negación de pleno derecho de efectos para algo que ha sido celebrado en oposición a reglas esenciales del ordenamiento. Además, si el negocio fuese nulo, lo cual presupondría existencia, a través de esta última se estaría asumiendo que ya hubo consentimiento, aunque el mismo no haya sido suficiente, siendo que esto último derivaría en admitir -indirecta e impropriamente- que el contrato ya se habría formado, dado que el contrato no es sino consentimiento. Estimamos que este problema de categorías jurídicas, más allá

de lo que enuncie en particular nuestro Código Civil, bien puede ser salvado. Para fines genéticos. la inobservancia de la forma necesaria no es que conlleve nulidad (por haberse omitido seguir -para fines de la declaración común- la forma establecida por ley bajo sanción de nulidad), sino que deriva en inexistencia, siendo que la referencia a la exigencia legal de una determinada forma bajo sanción de nulidad se realiza únicamente para diferenciarla de una forma que fuese simplemente probatoria. Es una referencia por exclusión, atendiendo a que, si no se indica que se está ante una forma *ad solemnitatem*, se entendería que es meramente *ad probationem*⁴⁸. En materia de formación del consentimiento, entendemos que la ausencia de una declaración tal como lo pudiese exigir imperativamente la ley, conlleva a que no se haya generado el consenso, elemento formativo esencial del negocio; en consecuencia, al no haber jurídicamente un acuerdo volitivo, el pretendido contrato es simplemente inexistente.

Admitimos que el postular que la solemnidad es la declaración misma de voluntad, no resulta consistente con lo expresado en el artículo 1352 de nuestro Código Civil: “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”, dado que la palabra “además” sugiere que al consentimiento (que ya estaría generado) se le exigiría un requisito adicional para formar al contrato, pero que ya hay consentimiento. Los alcances de este artículo han sido objeto de múltiples comentarios en los diversos intentos de reforma del actual Código Civil. Postulamos que el consentimiento sólo se genera, legalmente, si se satisface la solemnidad; por ello nos referimos a un consentimiento calificado. Empero, no puede negarse que el

47 El autor destaca que la inexistencia es la falta de configuración del negocio o acto, a diferencia de la invalidez que presupone un negocio o acto que adolece de cierta patología (estructural) que deriva en que no genere los efectos jurídicos representados, los ya referidos efectos propios del negocio, sea por falta de elementos esenciales o por presentar vicios de la voluntad.

48 Artículo 144 del Código Civil.

Código Civil en diversas partes de su articulado diferencia entre la manifestación de voluntad (entiéndase declaración) y la necesidad de observar de manera necesaria cierta forma, bajo sanción de nulidad. Recuérdese que el lenguaje legislativo no es, ni tiene que ser, uno académico o científico⁴⁹, de manera que bien puede entenderse que la norma en cuestión se refiere a que “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos en que debe observarse la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”, lo cual reconocería que la regla general de perfeccionamiento genético es el consentimiento simple, salvo que se exija de un consentimiento calificado, observándose una solemnidad.

¿Qué es lo que justifica que se haya establecido esta excepción de los contratos formales respecto de los consensuales? Para fines de promover la contratación y el fluido intercambio de bienes y servicios, no tenemos duda que los contratos se perfeccionan de manera instantánea por el simple acuerdo de voluntades, pero existen casos en los cuales se justifica establecer ciertos límites, en el más puro sentido de la palabra, para que las partes puedan evaluar, por ejemplo, si están efectivamente interesadas en cerrar el contrato, límites que se asocian a la necesidad de expresar por escrito o de manera documental su acuerdo; por ello es que entendemos que los contratos gratuitos son generalmente contratos formales, ya que en el fondo lo que se pretende es que quien realiza el sacrificio patrimonial sea consciente de lo que acuerda (Stolfi, 1959, pp. 215-216), por ello la necesidad de volcarlo en un documento (más allá de la forma exigida en particular).

Además las formalidades cumplen otras funcionalidades: permiten, en algunos casos, asegurar la

autenticidad de la declaración de voluntad (es el caso manifiesto, por ejemplo, de la escritura pública), permiten preservar la declaración de voluntad (lo escrito puede mantenerse archivado, con mayor razón cuando estamos nuevamente, por ejemplo, frente a una escritura pública) o, simplemente, permiten probar la existencia del respectivo acto, sobre todo cuando él mismo ha sido celebrado más no ejecutado.

Sobre esta materia, resulta relevante reproducir las expresiones de Messineo sobre la denominada solemnidad contractual:

La razón jurídica de esta imposición por parte del ordenamiento jurídico, estriba, como es sabido, en la exigencia de que las partes se vean forzadas por la necesidad del uso de la forma solemne, a reflexionar sobre la importancia económica del acto que van a realizar al estipular el contrato y se decidan a ello después de un maduro examen; es, por tanto, un medio indirecto de defensa de las partes contra su propia ligereza posible. Pues, si esto mismo no es suficiente, aquella de las partes que estipula atolondradamente un contrato solemne, sin percatarse de su importancia, tiene ya que imputárselo a sí misma (1986, p. 151).

12. Sobre la forma del compromiso de contratar

El artículo 1425 del Código Civil establece que los contratos preparatorios son nulos si no siguen la misma forma prescrita legalmente para la celebración del contrato definitivo, bajo sanción de

49 “En el léxico jurídico pueden distinguirse tres planos de análisis. El primero es el lenguaje natural u ordinario, que es el de la expresión usual, habitual, cotidiana o corriente de la sociedad. El segundo es el lenguaje de los hombres dedicados a la ciencia jurídica, que es un lenguaje característico que aspira a expresar con la mayor precisión posible las construcciones propias del derecho. El tercero es el lenguaje legislativo, es decir, el lenguaje del legislador, que si bien no debe ser ajeno al rigorismo semántico del jurista, tampoco debe apartarse demasiado del sentido de los vocablos encarnado en la comunidad” (Alterini et al., 2000, p. 2).

nulidad. La norma se coloca en el supuesto específico del perfeccionamiento constitutivo de los contratos formales.

¿Se justifica dicha exigencia tratándose tanto del compromiso de contratar como del acuerdo de opción, como modalidades de negocios preparatorios? Tenemos nuestras serias dudas.

Ya hemos señalado que, tratándose del compromiso de contratar, el mismo ya es un contrato celebrado, sólo que, a título preliminar, siendo que, durante su vigencia, una de las partes podrá tomar la iniciativa y requerir la celebración del contrato definitivo, formulando la respectiva oferta, la misma que deberá ser aceptada. Se trata entonces que, de manera ulterior a la celebración del compromiso y durante su plazo de vigencia, se genera la oferta y la aceptación del contrato definitivo, las declaraciones formativas del contrato definitivo. Siendo así, es a estas últimas a las que debería aplicarse la exigencia formativa solemne. Pero el negocio preliminar es uno distinto, ¿por qué razón se exige la celebración de la misma manera que la exigida para el contrato definitivo, por qué debe seguir la misma solemnidad? Pareciera que se está ante un exceso legislativo, porque, reiteramos, son contratos con identidad distinta, por más que su contenido sea el mismo.

Atendiendo a los conceptos señalados precedentemente, ¿se justifica que la ley sancione la nulidad del compromiso de contratar cuando carezca de la misma forma solemne prescrita para el contrato definitivo?

Tratándose del compromiso de contratar, que es jurídicamente un acuerdo distinto al contrato definitivo que pudiese finalmente celebrarse, en el cual se requiere que las partes se pongan de acuerdo (para cuyo efecto, se extiende una oferta acor-

de con los contenidos negociales ya convenidos, exigiéndose su aceptación), estimamos que no hay razón suficiente para exigir la identidad de forma, menos para la sanción de nulidad antes referida. Por ejemplo, dado que el suministro gratuito es un contrato formal, ya que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad (artículo 1605 del Código Civil⁵⁰), el respectivo compromiso podría ser verbal. Y es que, conforme ya hemos expresado en su oportunidad, el compromiso de contratar no es el contrato definitivo ni se convierte en el contrato definitivo, por más que exista identidad de contenidos. Compromiso de contratar y contrato definitivo (que pudiese celebrarse finalmente) son contratos distintos, con objeto diferente. En el compromiso, quien toma la iniciativa de celebrar el contrato definitivo deberá realizar una oferta, respecto de lo cual se ha convenido que el destinatario está obligado a aceptarla. Por lo tanto, son esas dos declaraciones negociales las que, en su momento, deben satisfacer la exigencia de solemnidad, al margen de lo que se hubiese observado con ocasión de celebrar el compromiso de contratar.

Sin embargo, somos conscientes que ello no es lo que dispone la ley.

Entendemos que el tema radica en la prueba que se requeriría de haber alcanzado el acuerdo total, dado que, conforme se ha analizado, debe haber identidad de contenido entre el compromiso de contratar y el contrato definitivo. Estimamos que, para evitar cuestionamientos, el legislador ha optado por una medida simple: identidad de perfeccionamiento, por más que ello puede generar un sobrecosto, a través de dicha exigencia se evita la posibilidad de cuestionarse los alcances del contenido negocial.

50 “La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad”.

En función de lo expresado resulta interesante remitirnos a la CAS. 2053-2010-LA LIBERTAD⁵¹. Se trata de un caso relativo a la celebración de un contrato definitivo de anticresis (conforme al artículo 1091 del Código Civil⁵²), en función que se estima que se ha celebrado un compromiso de contratar, siendo que la parte demandada niega la existencia de un convenio preestablecido.

Y resulta interesante no sólo por lo relativo al análisis sobre el contenido del compromiso (dados los alcances del artículo 1415 del Código Civil), sino porque de la resolución casatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República no se extrae información sobre las razones por las que la parte demandada niega la existencia del compromiso de anticresis, máxime cuando la anticresis es un contrato formal, sujeto a una solemnidad, lo cual significa que el respectivo compromiso de contratar debió estar contenido necesariamente en una escritura pública (en función a lo sancionado en los artículos 1092⁵³ y 1425 el Código Civil). La resolución casatoria se refiere únicamente al contrato preparatorio de anticresis celebrado el 29 de octubre de 2003, pero sin indicar si dicha fecha corresponde a la del otorgamiento de la respectiva escritura pública. De no haberse extendido escritura pública, por más que las partes hubiesen alcanzado un acuerdo formativo total sobre los contenidos negociales del futuro contrato definitivo, no se habría celebrado válidamente compromiso alguno en razón de lo regulado en el artículo legal bajo comentario, el compromiso sería inexistente. De haberse otorgado la señalada escritura pública sí se habría celebrado válidamente el compromiso. Resulta además interesante la resolución casatoria en cuestión porque al declarar infundado el correspondiente recursos de casación y, por lo tanto, al no casar la sentencia de vista, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de La Libertad, que confirmó la sentencia apelada de primera instancia, que a su vez declaró fundada la demanda, no aborda el tema de cómo se entiende celebrado el contrato (formal) definitivo de anticresis: ¿por el mérito de la sola declaración judicial?, ¿debe otorgarse una escritura pública por mandato judicial? Nos remitimos a lo ya expresado al comentar los alcances del artículo 1418 del Código Civil.

Distinto es el caso del convenio de opción.

Conforme ha sido destacado precedentemente, el optante -titular del respectivo derecho potestativo- no propone la celebración del contrato definitivo, sino que al comunicar su ejercicio de la opción comunica simplemente la celebración contractual (en rigor, acepta la oferta que le había sido extendida con ocasión de celebrarse la opción, por quien quedó en estado de sujeción). Dado que el acuerdo de opción ya contiene la declaración de oferta del contrato definitivo (generada por quien quedó en sujeción), es aceptable y justificable que se exija legislativamente para la celebración del acuerdo de opción la misma forma necesaria requerida para el contrato “definitivo”, dado que el concedente de la opción (quien realiza la oferta del contrato “definitivo”, siguiendo la terminología del Código Civil) ya no tendrá que realizar ninguna declaración formativa adicional, quedando sólo pendiente que el optante ejerza la opción, si así lo estimase (en otras palabras, que acepte dicha oferta). Sin perjuicio de ello, siendo que la comunicación de ejercicio de la opción no es otra cosa que la declaración de aceptación de la indicada oferta, esa aceptación deberá también observar en su momento (como declaración formativa) la misma forma que la exigida para la celebración del contrato “definitivo”, dado que la declaración del optante contenida en el acuerdo

51 Supra: nota 17.

52 “Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos”.

53 “El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte”.

de opción corresponde a la adquisición del derecho potestativo, no a la voluntad de celebrar el contrato definitivo, voluntad *ex post*.

En palabras de autorizada doctrina nacional:

Finalmente, conviene analizar si la solemnidad puede afectar tan solo a la declaración de uno de los contratantes o necesariamente a la de ambos. Debe tenerse presente que si bien, dada la posición adoptada en este trabajo, la aceptación constituye la declaración conjunta de la voluntad común, el carácter solemne de la aceptación no determinará por sí sola la solemnidad del contrato, sino que requiere que la declaración de la oferta, que el destinatario hace suya mediante la aceptación, sea hecha también solemnemente [lo subrayado es nuestro] (De la Puente, 2011, pp. 138-139).

En tal virtud, para fines de celebrar el contrato definitivo derivado de una opción como acuerdo formal, sujeto a una solemnidad, la respectiva aceptación debe satisfacer la correspondiente exigencia formativa de los contratos formales. Oferta y aceptación, ambas declaraciones deben observar por igual la forma necesaria, bajo sanción de nulidad, más allá que en el caso bajo comentario no se trate de declaraciones simultáneas. Pero no ocurre en el compromiso, donde las partes se proyectan que, en el futuro, durante la vigencia del compromiso, podrá haber una oferta respecto de la cual se ha asumido la obligación de aceptarla.

Muy probablemente este tema requiera de una adecuación legislativa

Por último, resulta manifiesto que, bajo la regla general de perfeccionamiento constitutivo (consensualidad contractual), las partes poseen una irrestricta libertad de forma, tanto para celebrar acuerdos preliminares como definitivos, no requiriéndose coincidencia formal entre unos y otros.

13. Conclusiones

El propósito del presente trabajo ha sido comparar algunos comentarios sobre la actual regulación del compromiso de contratar en el Código Civil de 1984; sin embargo, de ello bien pueden extraerse ciertas conclusiones.

La regulación legislativa del compromiso de contratar resulta, en general, consistente con la regulación del objeto contractual, así como de los remedios en caso de materializarse el riesgo de incumplimiento, que permiten tutelar el crédito. No obstante ello, existiendo múltiples actores o agentes jurídicos en nuestro medio que, en materia de interpretación legal, privilegian el texto antes que el contexto, sea probablemente conveniente explicitar ciertos temas, introducir algunas precisiones, como sería el caso de la exigencia sobre la extensión de los contenidos negociales del compromiso, generando un texto que sea coincidente con el que está previsto expresamente en materia de opción, en el sentido que el compromiso de contratar debe contener todos los términos y condiciones del contrato definitivo a celebrar.

Asimismo, cabe plantearse la conveniencia de una modificación normativa eliminando la actual exigencia conforme a la cual el compromiso de contratar debe celebrarse de la misma forma regulada para el contrato definitivo, de allí que existan formativamente compromisos consensuales y compromisos formales. La regla formativa debería ser de celebración consensual, bajo el régimen de libertad de forma, siendo que ya será de responsabilidad de las partes generar una forma probatoria que genere convicción de la celebración en cuestión.

Bibliografía

- Alpa, G. (2015). El contrato en general - Principios y problemas (Trad. J. Retamozo Escobar). Pacífico Editores.
- Alterini, J., Corna, P., Angelani, E. y Vásquez, G. (2000). Teoría General de las Ineficacias. La Ley.
- Arias Schreiber, M. (1995). Exégesis del Código Civil peruano de 1984, con la colaboración de Carlos Cardenas Quirós, Angela Arias-Schreiber M. y Elvira Martinez Coco (Tomo I - Contratos: Parte General). Gaceta Jurídica.
- Barchi, L. (2008). Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786. *Advocatus*, (19), 291-321.
- Bianca, C.M. (1994). El interés (Traducción libre a cargo de Gastón Gernández de la parte pertinente del libro *Diritto Civile - volume 4: L'obbligazione*). *Ius Et Veritas*, (9), 111-115.
- Bianca, C.M. (2007). Derecho Civil (Volumen 3: El contrato, Trad. de F. Hinestrosa y E. Cortés). Universidad Externado de Colombia.
- Bolaños, V. (2007). En AA.VV., Código civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VII - Contratos en General, 2ª Edición). Gaceta Jurídica.
- Díez-Picazo, L. (1996). Fundamentos del derecho civil patrimonial (Volumen 1, 5ª Edición). Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1996a). Fundamentos del derecho civil patrimonial (Volumen 2, 5ª Edición). Civitas.
- De la Puente, M. (1999). Estudios sobre el contrato de compraventa. Gaceta Jurídica.
- De la Puente, M. (2002). La convención y el contrato (primera parte). En *Advocatus*, (7), 106-114.
- De la Puente, M. (2011). El Contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (2ª Edición). Palestra.
- Espinoza Espinoza, J. (2008). Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Gaceta Jurídica.
- Fernández, G. y León, L. (2007). En AA.VV., Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VI - Derecho de Obligaciones, 2ª edición). Gaceta Jurídica.
- Ferri, L. (2004). Lecciones sobre el contrato (Trad. N. Carreteros). En Morales, R. y León, L. Curso de Derecho Civil. Grijley.
- Forno, H. (1987). Resolución por incumplimiento. En De la Puente, M. y Muñiz Siches, J. (Dirs.). Temas de Derecho Contractual (pp. 75-149). Cultural Cuzco.
- Franzoni, F. (1998). La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado. En *Themis*, (38), 81-87.
- Hinestrosa, F. (2007). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. En AA.VV., Incumplimiento Contractual y Tutela del Acreedor. Grijley.
- Larroumet, C. (1993). Teoría General del Contrato, (Volumen II). Temis.
- Lohmann, J.G. (1986). El Negocio Jurídico. Librería Studium.

- Messineo, F. (1986). Doctrina general del contrato (Tomo I, Trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra). Ediciones Jurídicas Europa América.
- Messineo, F. (1986a). Doctrina general del contrato (Tomo II, Trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra). Ediciones Jurídicas Europa América.
- Moreyra García Sayán, F. (2005). El acto jurídico según el Código Civil peruano, curso teórico, histórico y comparativo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Muñiz Siches, J. (2001). Revisión del Código Civil de 1984 y la necesidad de reformas urgentes. En ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Ortega, M. (2000). Compraventa y transferencia de propiedad inmueble. *Advocatus*, (3), 29-39.
- Ortega, M. (2012). Algunas notas a considerar sobre la lectura del Código Civil en materia de suministro. *Advocatus*, (27), 187-210.
- Ortega, M. (2014). Objeto contractual y transferencia de propiedad. *Forseti*, (2). 10-46.
- Ospina, G. (2008). Régimen general de las obligaciones (8ª Edición). Editorial Temis.
- Palacios, E. (2007). En AA.VV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo VII - Contratos en General, 2ª Edición). Gaceta Jurídica.
- Roppo, V. (2009). El contrato (Trad. de N. Carreteros, Trad. a cura de E. Ariano). Gaceta Jurídica.
- Spota, A. (1981). Instituciones del Derecho Civil - Contratos (Volumen 1). Ediciones Depalma.
- Stolfi, G. (1959). Teoría del Negocio Jurídico. *Revista de Derecho Privado*.

¿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 reconvenional. 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 <small>(exceso o déficit del Área Real en relación al Área Declarada)</small>	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 cábida³⁹.

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 denunciantes” [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 fungen 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 forzados.

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 fondo 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. 279)⁹⁸. 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 emisor 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 difiere 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.

habitabilidad 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 2ª 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.

(...)

2ª) **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 aquélla 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 modificatorio 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 *peligro* 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 estandarizadas 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 puesto 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.

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”.

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:

(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 neutrales– 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/>

Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable: Estado de la cuestión y perspectivas de reforma

The patrimonial regimes of marriage and stable union: State of affairs and prospects for reform

Alex F. Plácido V.¹

Resumen. Con ocasión del Bicentenario de la Independencia del Perú, que se presenta como la gran oportunidad histórica para los operadores jurídicos de efectuar una revisión global de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma, se realiza un examen integral a la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable; tarea que se justifica si se considera que la actual previsión normativa, contenida en el Código Civil de 1984, respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, analizarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993 y los desarrollos del derecho comparado en esta materia.

Abstract. *On the occasion of the Bicentennial of the Independence of Peru, which is presented as the great historical opportunity for legal operators to carry out a global review of legal institutions with a perspective of reform, a comprehensive examination of the regulation of marriage property regimes is carried out. and of the stable union; a task that is justified if it is considered that the current normative provision, contained in the 1984 Civil Code, responded to the postulates of the 1979 Constitution, which today is repealed; corresponding, therefore, to analyze it under the perspectives introduced by the 1993 Constitution and the developments of comparative law in this matter.*

Palabras clave: Matrimonio. Sociedad de Gananciales. Separación de Patrimonios. Convivientes. Comunidad de Bienes

Keywords: *Marriage. Society of Guancialés. Separation of Assets. Co-survivors. Community of goods*

Sumario: 1. Introducción. 2. Regímenes convencionales y legales. 3. Autonomía privada, orden público y régimen patrimonial. 4. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales. 5. La sociedad de gananciales como régimen patrimonial supletorio. 6. El régimen patrimonial general del matrimonio. 6.1 Las disposiciones generales expresas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano. 6.2 Las disposiciones generales implícitas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano. a) El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio. b) Igualdad jurídica de los cónyuges. 7. Tipificación del régimen de sociedad de gananciales. 8. Tipificación del régimen de separación de patrimonios; 9. Tipificación del régimen patrimonial de la unión estable. 10. Conclusiones.

¹ Abogado, consultor, docente e investigador. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad del Pacífico, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad San Ignacio de Loyola. Correo de contacto: aplacidov@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-1145-584X>

1. Introducción

El Bicentenario de la Independencia del Perú se presenta como la gran oportunidad histórica para pensar lo pensado y proyectar mejoras de futuro, en diferentes áreas y disciplinas. En el caso de los operadores jurídicos, ello importa una posibilidad para realizar una revisión integral de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma. Este ensayo se centrará en los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993.

El proceso de codificación civil sobre la materia nos muestra que, al inaugurarse con la Independencia la época republicana, existía la más grande dispersión legislativa: contradicciones normativas entre sí, en unos casos; la abrogación parcial en otros, como también su disconformidad con la costumbre, a la que se le reconoció prevalencia sobre la misma ley. Este desconcierto legal determinó la necesidad de generar unidad legislativa coherente y orgánica, que fuera, asimismo, obra propia del nuevo Estado que creó la gesta emancipadora, y que coincide, a su vez, con el movimiento europeo que substituye las compilaciones carentes de sistematización y organicidad con los cuerpos legales codificados.

Dentro de ese camino, el primer intento de codificación -aunque considerado como un tratado doctrinario más que como documento legislativo propiamente dicho, por su falta de técnica jurídica- fue el Proyecto de Manuel Lorenzo Vidaurre de 1834 (primera parte, consagrada a las “Personas”) y 1835 (dos partes restantes, relativas a “Dominio y Contratos” y “Últimas voluntades”); el que no tuvo éxito, porque para entonces su orientación fue extremadamente radical y anticlericalista.

Muy poco después, Santa Cruz promulgó el Código Civil que lleva su nombre, el 22 de junio y el 1 de noviembre de 1836, respectivamente, para los Estados Sur y Nor Peruanos; que fue la aplicación, en nuestro país, del Código que regía en Bolivia desde 1830, impuesto bruscamente como efecto de su dominación militar y política, operándose así una verdadera concesión expansiva.

El Código de Santa Cruz, elaborado en Bolivia, elaborado bajo la preponderante influencia del Código Napoleón, representó el primer caso de recepción del derecho francés en las nuevas nacionalidades hispanoamericanas; que “no desconoció lo que había de vital y profundo en la legislación de la Colonia, como que, en efecto, las instituciones del matrimonio religioso y de los gananciales se fusionan con las contenidas en el modelo francés” (Valverde, 1942, p. 40). Vencido Santa Cruz en Yungay, el 20 de enero de 1839, terminó la Confederación y con ella el régimen legal que implantó. De este modo se abroga el Código Civil de 1836 y vuelve a quedar en vigencia el antiguo y desarreglado derecho colonial.

Luego de diversas iniciativas legislativas y superadas las pugnas entre conservadores y liberales, fue recién el 28 de julio de 1852 que se promulga el primer Código Civil del Perú; “el que mantiene el ordenamiento familiar que le precediera, con algunas variantes y con gran dominio de la doctrina sacramentista e influencia del derecho romano, como asimismo y por la vía indirecta de la legislación castellana del derecho germánico” (Valverde, 1942, p. 45).

Los deberes y derechos de los cónyuges se regulan bajo el sistema de potestad marital, con la fórmula legal según la cual el marido debe proteger a la mujer y la mujer obedecer al marido. La sociedad de gananciales, como único régimen de bienes en el matrimonio, denominada sociedad conyugal, reconoció amplísimos poderes de administración y disposición al marido, sin facultad de control con-

cedida a la mujer. El patrimonio social con relación a los terceros está en la misma condición que el de los bienes propios del marido, haciéndose efectivo el derecho de la mujer sólo a la disolución del matrimonio.

Promulgado el 30 de agosto de 1936, el segundo Código Civil organizó los deberes y derechos conyugales bajo el sistema jefatural del marido, que reconoció la autonomía de la mujer para contratar, disponer de sus bienes propios y litigar sobre ellos, como para ejercer, con el consentimiento expreso o tácito del marido, cualquier profesión o industria o realizar cualquier trabajo fuera de la casa común. Asimismo, se le reconoció la representación de la sociedad conyugal, con idénticas facultades que el marido, en la satisfacción de las necesidades ordinarias del hogar. Igualmente, la sociedad de gananciales era el único régimen de bienes en el matrimonio que admitió el derecho de la mujer a controlar la administración de los bienes sociales, pudiéndose oponer a los actos judiciales al interés familiar. Adicionalmente, reconoció la separación judicial de bienes, en casos excepcionales, cuyo objetivo es la protección del patrimonio de la mujer casada; régimen de separación que reemplaza al de gananciales. No obstante, todas estas innovaciones, contenidas en el Código Civil de 1936, “no representan propiamente un cambio sustancial de las bases institucionales del derogado de 1852, sino una revisión integral del mismo, según expresión de sus autores; quienes se propusieron conservar en cuanto fuese posible la antigua y tradicional legislación civil” (Valverde, 1942, p. 54).

El tercer Código Civil, que entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984, regula dos regímenes patrimoniales del matrimonio. Denomina “sociedad de gananciales” al régimen de comunidad relativo a las adquisiciones a título oneroso que los cónyuges realicen durante el matrimonio, así como a los frutos y productos que generen tanto bienes propios como bienes sociales; permaneciendo, en cambio, en propiedad separada de cada uno, los bienes que

tuviese con anterioridad al matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Con la denominación de “separación de patrimonios”, se contempla un régimen de separación absoluta.

Adicionalmente y siguiendo el sistema de posible elección entre varios regímenes típicos tal como están normados, nuestro vigente Código Civil regula un sistema de elección mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

Ahora bien, como esa posibilidad de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizadas por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, el Código Civil contempla como régimen legal supletorio el de sociedad de gananciales, en consideración a la comunidad de intereses económicos que genera, coincidentemente con la comunidad de vida que importa el matrimonio.

Como se indicó, este ensayo se centrará en la revisión de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993. Al efecto, evaluará también la propuesta en estas materias contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. Ello permitirá tener un panorama actual del estado de la cuestión y de sus perspectivas de reforma.

2. Los regímenes convencionales y legales

Se sostiene, en el derecho contemporáneo, que los cónyuges deben ser libres para ordenar sus relaciones económicas al contraer matrimonio con arreglo a sus propios intereses y deseos, preconizándose incluso que debiera ser obligatorio para aquéllos el otorgar el correspondiente pacto nupcial al tiempo del matrimonio. Pero, en general, esta obligatoriedad no suele imponerse; las legislaciones prevén solamente la posibilidad de otorgar el pacto sobre régimen económico o bien la más limitada, de optar por alguno de los sistemas que previamente aparecen regulados en la ley. Como se señaló, en el Código Civil peruano, el sistema de elección entre regímenes típicos es mutable; contemplándose los derechos de opción y de sustitución del régimen patrimonial, ya sea que el pacto nupcial se otorgue antes o durante el matrimonio.

Ahora bien, como esa posibilidad de establecer su propia regulación o de aceptar alguno de los regímenes legales puede no ser utilizada por los contrayentes por no establecer absolutamente nada al tiempo del matrimonio, las legislaciones, para este evento, prevén con carácter supletorio un determinado régimen legal. El Código Civil peruano contempla como régimen legal supletorio el de sociedad de gananciales.

Por último, es posible que la ley no considere regímenes convencionales; sino, por el contrario, imponga un régimen legal único, forzoso, tal como ocurrió con los Códigos Civiles peruanos de 1852 y de 1936, que se refirieron sólo a la sociedad de gananciales.

De otro lado, el amplio margen que cabe en orden a la libertad de pacto, bien absoluta, bien limitada, a elegir entre varios sistemas, pero generalmente con posibilidad de modificaciones sobre los regímenes típicos, da a esta materia un aspecto plenamente contractual, pudiendo llevar a la idea de que el llamado pacto nupcial es un contrato más.

Este aspecto aparece destacado en los Códigos que a imitación del francés regularon esta materia entre los contratos bajo la denominación de contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio. Pero la doctrina reacciona contra esta configuración legal, considerando que existe en el régimen matrimonial un preferente aspecto institucional. Así, se sostiene que:

El régimen matrimonial tiene en realidad un carácter institucional. Esta institución es, desde luego, accesoria a la del matrimonio. Tiene su principio y fundamento en un acto de voluntad de los esposos cuando ellos mismos han elegido su régimen, y es puramente legal si no han celebrado contrato (Planiol, Ripert y Boulanger, 1952, p. 2).

En análogo sentido se manifiesta Castán Tobeñas (1941, p. 534), según el cual la naturaleza del régimen económico matrimonial:

Es más que contractual, institucional. Se trata de un complejo que puede recibir sus reglas, según los casos, de la voluntad de los esposos o puramente de la ley, pero que siempre está vinculado a la institución del matrimonio, constituyendo un accesorio de ella.

Nuestro Código Civil de 1984 regula el régimen económico matrimonial en el Libro III sobre el Derecho de Familia. La posibilidad de que los contrayentes puedan optar, entre el régimen de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, y que los cónyuges puedan sustituir el régimen económico vigente, demuestra la existencia en él de la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía de aquéllos y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio tiene. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen economi-

co del matrimonio; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas. Por ello, ambos aspectos, discutidos en la doctrina, no se excluyen, sino que se integran; y, esa conjunción, en nuestro sistema se aprecia como una convención o capitulación matrimonial.

3. La autonomía privada, orden público y régimen patrimonial

Luego de la celebración, inmediatamente surge la relación jurídico-matrimonial: el objeto del matrimonio como acto jurídico. Esta relación jurídica que nace del matrimonio tiene un contenido personal y patrimonial establecido en la ley; el que por naturaleza es indisponible a la autonomía privada.

Cuando se afirma que el contenido de la relación jurídico-matrimonial es indisponible a la autonomía privada, queremos decir que, estando previstos en la ley todos los efectos que se derivan de ese estado de familia, la autonomía privada no puede modificar ni sustraer los efectos establecidos en el ordenamiento positivo.

Sin embargo, esto no significa que la autonomía privada no tenga otro rol trascendental en el Derecho de Familia que el de sólo crear actos jurídicos familiares como sostiene la doctrina clásica. Así, el consentimiento para casarse, el consentimiento para adoptar y ser adoptado, etc.

Se sostiene que una de las características del Derecho de Familia es que la mayoría de sus normas son de orden público, por estar referidas a la organización de la familia y del matrimonio; y que, por tal motivo, la autonomía privada está casi totalmente restringida en este campo del Derecho Civil, asumiendo, entonces, relevancia jurídica sólo al momento de la creación de los actos jurídicos familiares, al haberse contemplado los efectos de éstos por el orden público familiar de manera indisponible.

No obstante, en cuanto a los efectos personales, ello no importa que la autonomía privada no pueda regular el contenido de la relación jurídico-matrimonial; vale decir, determinar cómo se van a cumplir los derechos y deberes que derivan de este estado de familia. Así, por ejemplo, el artículo 288 del Código Civil establece que los cónyuges se deben recíprocamente asistencia; cuestión que, en sentido material, se traduce en los alimentos. Empero, la ley no señala cómo se cumplirá este deber conyugal; de qué manera se atenderán las necesidades alimentarias de los cónyuges con los ingresos percibidos por ellos. Esto corresponde a la autonomía privada y, de hecho, resulta imperceptible por ser una cuestión ordinaria, que es de todos los días.

Por eso, una revisión del sistema familiar peruano demuestra que la autonomía privada cumple un doble rol en el Derecho de Familia: primero, a nivel de la creación del vínculo jurídico familiar, segundo y quizás lo más trascendental, a nivel del contenido de ese vínculo jurídico familiar, a través de la regulación de los derechos y deberes de cada estado de familia, observando una actuación acorde al orden público familiar; interviniendo, por lo general, el órgano jurisdiccional para suplir la imprevisión de la autonomía privada y, en última instancia, para controlar la legalidad de su actuación.

Pero, en cuanto a los efectos patrimoniales, cabe preguntarse si el régimen patrimonial del matrimonio es de orden público o si el carácter imperativo se restringe a algunos preceptos de vital importancia para el régimen. No cabe duda de que la dimensión esencial y los fines del matrimonio imprimen su impronta a los efectos patrimoniales; es decir, los efectos patrimoniales son un efecto de la organización matrimonial de la familia. Sin embargo, debe apreciarse que los efectos personales son indudablemente más anejos a la esencia del matrimonio que los patrimoniales; lo que evidencia que en estos últimos existen áreas excluidas del orden público familiar. Así, durante la vigencia del régimen patrimonial, el orden público familiar rige

con la mayor intensidad en todos los aspectos de la vida económica de los cónyuges.

Pero ese orden público familiar solo emerge ante el conflicto entre los cónyuges o con terceros; pues, mientras ello no ocurra, está latente:

En realidad, las partes gozan de gran libertad, pero bajo un marco estatutario imperativo en lo atinente principios motrices de las diversas partes materiales del régimen, que en general tienen su vértice en el amparo de la comunidad económica que hace posible el desarrollo de la vida de consuno (Basset, 2010, p. 89).

Es que interesa garantizar la satisfacción de las cargas sociales y asegurar el patrimonio social matrimonial, para satisfacer la solidaridad familiar y el adecuado desenvolvimiento económico de la familia, sobre la base de la subsidiariedad del Estado. Por eso, durante este periodo, el orden público familiar se concentraba fundamentalmente en la imperatividad del principio asociativo central: el de comunidad.

De tal manera que, fenecido el régimen patrimonial, la incidencia del orden público familiar se retira y las partes retoman su pleno protagonismo autónomo:

Sin embargo, el Estado se retira gradualmente, con la misma gradualidad con la que reaparece la plena vigencia de la autonomía de las partes. El desinterés del Estado es paulatino. Pero el peso de la imperatividad se distribuye en otras líneas fuerza. Se debilita la protección de la comunidad y crece el vigor de los principios de protección de terceros y de la incolumidad patrimonial de cada parte, en donde se torna visible en forma de epígono de la comunidad, toda la intensidad del orden público (Basset, 2010, p. 90).

Por ello, la partición por mitades del régimen de sociedad de gananciales no interesa al orden públi-

co familiar en líneas generales. Es que, finalizada la sociedad de gananciales, el orden público familiar se va difuminando hacia las individualidades de la postcomunidad (disolución y liquidación). Así se comprende cómo es posible, y siempre después de disuelta la sociedad de gananciales, derogar el principio de partición por mitades, por acuerdo de los cónyuges. Ha cesado el régimen imperativo de la sociedad de gananciales y la partición ocurre precisamente a causa de su fenecimiento.

En resumidas cuentas, el régimen patrimonial está librado, en principio, a la libertad de los cónyuges, salvo las áreas que son de interés fundamental del Estado. El orden público es movable y se desplaza acompañando las vicisitudes de la vida familiar con diferente intensidad.

4. Las convenciones o capitulaciones matrimoniales

La adopción del sistema de elección y variabilidad del régimen patrimonial genera el desarrollo de los derechos de opción, a favor de los contrayentes, y de sustitución, que corresponde a los cónyuges. El ejercicio de estos derechos ocasiona el surgimiento de convenciones o capitulaciones matrimoniales; aunque la modificación del régimen patrimonial también se puede realizar con aprobación judicial o por ministerio de la ley.

Las convenciones o capitulaciones matrimoniales son los acuerdos celebrados entre los contrayentes, para adoptar un determinado régimen patrimonial que la ley autoriza a convenir, o por los cónyuges, para modificar el régimen patrimonial en rigor.

Se aprecia que, evidentemente, el contenido propio de las convenciones o capitulaciones matrimoniales es el referido a la adopción o modificación del régimen patrimonial. Pero además de esta materia se admite, en virtud del principio general de que lo que no está prohibido está permitido, la po-

sibilidad de que junto a tal estipulación principal figuren otros pactos que se relacionen con la órbita patrimonial de los cónyuges; como por ejemplo, la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, el otorgamiento de un poder amplio para que un cónyuge se encargue de la administración total o parcial de los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el conferir facultades especiales para que un cónyuge pueda realizar actos de disposición o de constitución de gravámenes sobre los bienes propios del otro y de los bienes sociales, el convenir la contribución de cada uno para atender al sostenimiento del hogar, etc.

Dada la trascendencia de la separación de patrimonios en el matrimonio, se comprende fácilmente por qué las legislaciones suelen establecer una forma prescrita *ad solemnitatem* para el ejercicio del derecho de opción. Aunque también debería permitirse su ejercicio en el mismo momento de la ceremonia permitiendo su consignación en el acta de casamiento, en nuestro Código Civil se exige la escritura pública y expresamente se sanciona con nulidad su inobservancia, la que se regula por el régimen general de invalidez del acto jurídico. Adicionalmente y con el propósito de proteger a los terceros que de buena fe y a título oneroso contratan con los cónyuges, se organiza un registro que en algunas legislaciones supone una publicidad especial y, en otras, anotaciones marginales en la partida matrimonial del Registro Civil. En nuestro Código Civil se dispone, como *forma de publicidad*, la inscripción en el registro personal para que surta efectos frente a terceros (artículo 295); a quienes, entonces, se les podrá oponer el régimen patrimonial elegido.

Resulta claro que la eficacia del régimen patrimonial adoptado por los contrayentes queda subordinada a la celebración del matrimonio. Se está frente a una condición suspensiva que no es contemplada por voluntad de las partes, sino que está establecida en la ley. En tal sentido, su naturaleza corresponde a una condición suspensiva legal con

una determinación de tiempo y que surte efecto tan sólo desde la celebración del matrimonio.

De otra parte, si los contrayentes desean optar por el régimen legal supletorio resultará innecesario el otorgamiento de una escritura pública ni la inscripción en el registro correspondiente, por cuanto la previsión legislativa se impondrá inmediatamente de celebrado el matrimonio.

Para la sustitución del régimen patrimonial en forma convencional, se exige, como condición de validez, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal; precisándose, que el nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción. Sobre la formalidad para el ejercicio del derecho de sustitución, la Corte Suprema ha señalado que:

La sustitución de un régimen patrimonial por otro durante la vigencia del matrimonio debe constar en escritura pública, lo cual constituye un requisito para su validez que es la cualidad o atributo necesario de un acto jurídico para que surta efectos legales, pero su inobservancia no es sancionada con nulidad. Siguiendo la regla contenida en el artículo 144 del Código Civil, se concluye que se trata de una forma *ad probationem*, y en consecuencia las partes pueden compelerse recíprocamente a llenarla; a diferencia de lo estipulado por el artículo 295 del Código Sustantivo donde la exigencia de que el acuerdo de separación de patrimonios adoptado antes del momento de la celebración del matrimonio deba constar en escritura pública, constituye una formalidad *ad solemnitatem*, pues su inobservancia es sancionada con la nulidad del acto jurídico de conformidad con lo establecido por el inciso sexto del artículo 219 del Código acotado (Asociación No hay Derecho, 2000, p. 149).

Sin embargo, debemos precisar que, si la ley exige que la opción del régimen patrimonial se constitu-

ya por escritura pública bajo sanción de nulidad, su sustitución debe efectuarse siguiendo la misma formalidad, pues lo contrario supondría afirmar que el cambio de régimen puede efectuarse en cualquier otra forma escrita, incluso oralmente. Recuérdese que, dentro de la bipartición tradicional, la forma *ad solemnitatem* es un presupuesto de validez del acto jurídico y por eso también se les ha denominado forma *ad substantiam*, por estar prescritas para la existencia jurídicamente relevante de la voluntad negocial, “de manera que ésta, si no asume la concreción de la forma prescrita, es jurídicamente irrelevante, aunque fuese naturalmente idónea para expresar la intención” (Barbero, 1967, p. 457). Justamente el artículo 296 señala que “Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública...”, denotándose que la forma prescrita es un presupuesto de validez del mencionado acto jurídico. Con el presente caso, se ha comprobado que la bipartición tradicional no da respuestas idóneas a numerosos supuestos en los que la ley prevé una forma y, sin embargo, la no observancia de esa forma no provoca expresamente la invalidez del acto jurídico. Junto a supuestos que son claros hay otros que no encajan en la clasificación bipartita. Desde esta perspectiva correspondería seguir la clasificación tripartita de los actos jurídicos debido a la forma: “actos formales de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa, y no solemnnes” (Zannoni, 1986, p. 81).

Los primeros -actos jurídicos formales de solemnidad absoluta- son aquellos en que la forma es propiamente constitutiva de modo que, de no satisfacerse, el acto es nulo; los segundos -actos jurídicos formales de solemnidad relativa- son aquellos en que la forma legal es requerida para que el acto produzca sus efectos típicos, pero de no satisfacerse la forma, pueden producir un efecto distinto, diverso; finalmente, los actos jurídicos no solemnnes son aquellos en que la exigencia de la forma está impuesta al solo efecto de la prueba (Betti, 1959, p. 225).

Dentro de esta clasificación, la escritura pública para el convenio de sustitución de régimen patrimonial es una *formalidad absoluta*, por cuya inobservancia el mencionado acto jurídico es nulo por no cumplirse con la forma exclusivamente ordenada por la ley.

Acorde con los criterios expuestos precedentemente, en otra oportunidad la Corte Suprema también ha señalado que:

El artículo 296 del Código Civil establece los requisitos de validez del convenio de sustitución de régimen patrimonial del matrimonio, por lo que la inobservancia de tales requisitos -entre ellos, el otorgamiento de escritura pública- determina la nulidad del acto jurídico de cambio de régimen patrimonial (Asociación No hay Derecho, 2000, p. 290).

5. La sociedad de gananciales como régimen legal supletorio

La existencia de dos regímenes patrimoniales determina que, si los cónyuges no se adhieren a ninguno, necesariamente se admita un régimen legal supletorio. La tradición jurídica en nuestro país motivó que el régimen de adquisiciones a título oneroso o sociedad de gananciales sea el régimen legal supletorio. No se trata de una ficción para suponer que tácitamente ha sido aceptado por quienes hasta pueden ignorar todo lo que afecta a esta situación. El régimen supletorio opera por ministerio de la ley, en defecto de separación patrimonial convenida (artículo 295 del Código Civil) o por deficiencia de ésta.

No obstante, existen voces de reforma para implementar el régimen de separación de patrimonios como el régimen supletorio legal, con el argumento que su conveniencia se pondrá de manifiesto al momento de la disolución del matrimonio, pues

el tema patrimonial ya no será un punto de discusión.

Disentimos de este propósito. Más allá de que sea el régimen que ha imperado en nuestro país desde siempre y es el que más enraizado se encuentra con la idiosincrasia y la cultura peruana, la sociedad de gananciales se presenta como el régimen patrimonial más acorde al fin del matrimonio que es la vida común, pues evidencia una comunidad de intereses económicos que coadyuva a la consolidación de una familia. El lucro, ganancia, o incremento patrimonial que cada cónyuge experimenta obedece, en cierta medida, al esfuerzo, la actividad y el espíritu de economía y ahorro de ambos; siendo particularmente injusta la separación de patrimonios frente al consorte que trabaja en el hogar y no tiene ingresos fuera o los tiene en menor medida. Siendo así, en nuestro sistema jurídico el régimen de separación de patrimonios debe seguir siendo convencional.

6. El régimen patrimonial general del matrimonio

La consideración del matrimonio como un *consortium omnis vitae* repercute en los bienes que poseen los esposos por la vinculación inevitable que se produce entre los intereses de ambos. Surge entonces que la unión conyugal requiere, como mínimo, un sistema de ordenación económica básico; y aquí es donde aparece el llamado régimen patrimonial general del matrimonio, en el cual se establecen -con carácter imperativo- deberes comunes e iguales que el hecho mismo del nexo conyugal impone a sus miembros con el objeto de salvaguardar las necesidades más primarias del matrimonio. Son disposiciones generales de orden público que tienen en mira no sólo a los cónyuges considerados individualmente sino también al núcleo familiar visto en su integridad; por cuya razón, sus reglas -además de proteger a los terceros involucrados y la

buena fe- tienden a brindar plena vigencia al requisito de la solidaridad, partiendo de la preservación del principio de igualdad jurídica en las relaciones conyugales, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigor.

En ese sentido, es indudable el acierto de anteponer las normas más esenciales para la economía conyugal que deben salvaguardar las necesidades más primarias de un matrimonio. Esta normativa tendrá una aplicación general, sin perjuicio de las referencias en cada uno de los regímenes patrimoniales. En nuestro sistema jurídico, tales disposiciones se encuentran expresamente contempladas, aunque también otras tienen una consideración implícita que surge de las normas básicas que orientan e informan el derecho familiar.

6.1. Las disposiciones generales expresas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano.

De conformidad con el artículo 300 del Código Civil, cualquiera que sea el régimen patrimonial vigente ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar, según sus respectivas posibilidades y rentas; esto es, tienen el deber de levantar las cargas de la familia.

No se precisa en la ley qué debe entenderse por “sostenimiento del hogar”, pues según el régimen patrimonial puede entenderse de diverso modo. Pero, en general, debe considerarse no sólo los gastos más usuales y necesarios para el mantenimiento de la familia, educación e instrucción de los hijos, habitación, vestido y atención de enfermedades de los integrantes del núcleo, sino también a todas aquellas erogaciones que sean propias de una razonable y normal gestión de la economía doméstica.

Al respecto, debe tenerse presente que la regulación de la obligación de levantar las cargas familiares responde a la finalidad de dar cumplimiento a los

deberes conyugales que se les impone a los esposos como un código ético-jurídico. Los Mazeaud precisan que “preocupado por proteger a la familia... el legislador debe asegurar la protección del patrimonio familiar; ya que sin patrimonio, la familia no podría cumplir plenamente ni su función social ni su función económica”; agregando que, “necesaria para los esposos, la organización del patrimonio familiar lo es también para los hijos, porque gracias a ese patrimonio se podrá proveer a su mantenimiento y a su educación...” (Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, 1965, p. 10).

El código ético-jurídico al que se ha aludido está integrado por diversas normas, las que se evidencian la existencia de uno referido al matrimonio y otro a las relaciones paternofiliales. El primero, se resume en los deberes conyugales de alimentar y educar a los hijos (artículo 287); de fidelidad y asistencia recíproca (artículo 288); y, de cohabitación (artículo 289). El segundo, se aprecia en el conjunto de derechos y deberes que impone la patria potestad a los padres (artículo 423) y en los deberes de los hijos de obedecer, respetar y honrar a los padres (artículo 454). Estos evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias, el respeto y consideración recíproca que deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

En el régimen de sociedad de gananciales, el sostenimiento del hogar se identifica con el concepto de cargas de la familia y circunscribe la actuación de la potestad doméstica o gestión ordinaria familiar. Así, en la previsión del inciso 1 del artículo 316 del Código Civil se puede apreciar la comprensión del código ético-jurídico enunciado, cuando establece que “son de cargo de la sociedad: 1. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes”. Esto es que, con los bienes comprendi-

dos en el régimen patrimonial se debe cumplir con el deber conyugal de asistencia recíproca y el deber paterno de proveer al cuidado de los hijos.

Por ello, se entiende que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas de la familia. Siendo así, la repercusión de la responsabilidad patrimonial frente a terceros debe ser precisada en los regímenes típicos. Así, en la sociedad de gananciales se establece que los bienes sociales y, subsidiariamente, los propios de cada cónyuge, a prorrata, responden de las cargas de la familia. En el régimen de separación de patrimonios, si bien no se ha previsto norma expresa, se concluye que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas de la familia, con su patrimonio personal, en proporción a la contribución que convengan.

Cuando uno de los cónyuges incumpliera su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, *ad sustinenda onera matrimonii*, el juez, a instancia del otro reglará el aporte de cada uno (artículo 300 del Código Civil); pudiendo dictarse las medidas cautelares más convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras. Al respecto, téngase presente que el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos son contribuciones a las cargas de la familia y, como tales, deben ser consideradas por el juez al momento de establecer el aporte de cada cónyuge.

Como quede señalado, la conveniencia de facilitar la satisfacción de las necesidades ordinarias de la familia y el principio de igualdad jurídica de los cónyuges determinó que se les atribuya por igual el poder doméstico; según el cual, cualquiera de los esposos podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia (levantamiento de las cargas familiares), conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. Ello permite, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor, la necesaria flexibilidad para atender la vida familiar en su aspecto de gestión del hogar, con un sentido de igualdad para ambos

cónyuges (segundo párrafo del artículo 292 del Código Civil).

Debemos reiterar que, en el régimen de sociedad de gananciales, el poder doméstico faculta a cualquiera de los cónyuges a realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia y a la conservación de su patrimonio; circunscribiéndose, por tanto, al levantamiento de las cargas sociales. En tal sentido, comprende no sólo las adquisiciones corrientes u ordinarias para el sustento cotidiano, sino todos aquellos actos que representan la satisfacción de necesidades inmediatas de la familia, conforme con la condición social y económica de ésta. Como se observa, el poder doméstico refiere tanto a actos de administración y como de disposición que tengan por objeto el cuidado de la familia; estando, también, incluidas las necesidades urgentes, aun cuando sean de carácter extraordinario. Así, por ejemplo, el suministro ordinario de bienes y servicios para la familia exige la disposición de los fondos necesarios para efectuar los pagos respectivos.

Apréciase que la administración de un patrimonio -en un sentido lato- comprende:

...la suma de la actividad de administración y de disposición que un sujeto puede cumplir en relación a un patrimonio; y que, los actos de administración o de disposición, en otros términos, constituyen la totalidad de la actividad susceptible de ser realizada por quien tiene la administración del patrimonio (Mosset Iturraspe, 1982, p. 126).

Pero en sentido restringido, el criterio clásico o tradicional ha sido distinguirlos a partir de la función que aquél cumple en relación con el patrimonio. Así, el acto de administración es aquel que, sin alterar la integridad del patrimonio, tiende a su mantenimiento, mejoramiento o generación de frutos; mientras que el acto de disposición es aquel que altera la integridad del patrimonio. De ese modo,

la actividad de “administración” excluiría todo acto que pudiera afectar, directa o indirectamente los bienes singulares que lo componen: cualquier acto del que resulte la sustitución de un bien por otro o un derecho por otro, aunque derivara, en los hechos, en una ventaja patrimonial, excedería el concepto de “administración” así entendido. La idea central es, por lo tanto, “la mantención del patrimonio en un idéntico estado, conservando inalterable la individualidad de los bienes singulares que lo componen” (Tobías, 1990, p. 247).

Pero la realidad económica permite advertir que la gestión patrimonial se desarrolla en una multitud de supuestos de una manera radicalmente diversa. Junto con una actividad económica “estática”, caracterizada por la mantención o permanencia en el patrimonio de bienes generadores de frutos, coexiste una concepción más “dinámica” de la actividad económica. Ello permite inferir la manifiesta insuficiencia del criterio tradicional. A partir del mismo, las permanentes enajenaciones y adquisiciones que requieren una ordenada y regular administración de un patrimonio se deberían considerar actos de disposición, al menos cuando ellas produzcan una “sustancial” alteración de la composición del patrimonio. También se pueden considerar como tales aquellas enajenaciones que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes, como modo ordinario de resguardar la aptitud funcional del complejo de bienes. Empero, como se comprenderá, una conclusión de esa especie resulta decididamente disvaliosa y susceptible de comprometer seriamente el éxito de una gestión patrimonial, debido a trabas (asentimientos, autorizaciones judiciales, etc.). El resultado de la gestión está íntimamente vinculado, en esos supuestos, con la “dinámica” de la misma gestión.

Aparece clara, por lo tanto, la imposibilidad de aplicar a la gestión de estructuras patrimoniales como las descriptas, la distinción tradicional: la administración “ordinaria o regular” de esos patrimonios, caracterizados por la fi-

alidad de lucro, por su funcionalidad y por el estrecho ligamen entre los bienes y servicios, requiere una dinámica particular que la torna incompatible con la existencia de ataduras o vínculos externos (Tobías, 1990, p. 251).

Es por ello que, actualmente, la distinción se realiza sobre la base de la “trascendencia patrimonial”. Se parte de la idea que el mantenimiento de la “integridad” del patrimonio -en un sentido económico- supone la mantención de su potencialidad económica, con total independencia de la subsistencia o cambio de los bienes singulares o individuales que lo componen. La permanencia de la integridad patrimonial, por lo tanto, no resulta de la subsistencia inalterada de bienes individuales que componen el patrimonio, sino de la subsistencia de su potencialidad económica, es decir, de su aptitud para conservar su productividad y capacidad funcional. En ese sentido, los actos que exceden la administración ordinaria -denominados en nuestra legislación civil como de disposición- son los de “trascendencia patrimonial”. “El interés legal, por ello, es el de resguardo de la integridad patrimonial, en el sentido amplio antes apuntado (mantención de la potencialidad económica del patrimonio): los actos que la ley rodea de particulares resguardos -antes de trascendencia patrimonial- son aquellos que pueden poner en peligro tal integridad” (Plácido V., 2017, p. 186). Surge de todo ello la conclusión que el criterio distintivo se sustenta en la existencia del “riesgo” o “peligro” de la disminución de la integridad del patrimonio, entendida ésta como la conservación de su potencialidad económica: cada vez que el acto a celebrarse comprometa o ponga en riesgo la potencialidad económica del patrimonio se estará frente a un acto de disposición, y será de administración en caso contrario.

Son varias las críticas que se podrían formular a la teoría, como es la dificultad que supone para el tercero la determinación de si el acto que se trata pone en riesgo la potencialidad económica del patrimonio; sin embargo, es

ineludible concluir que el criterio clasificatorio debe ser necesariamente extrínseco (Fassi y Bossert, 1977, p. 77).

Es verdad que, en nuestra legislación civil, se establece que “para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquier de los cónyuges” (artículo 292, segundo párrafo); señalándose que “corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social” (artículo 313); y, se precisa que, “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer” (artículo 315). Pero la aplicación de la teoría tradicional genera el inconveniente de requerir la necesaria intervención conjunta de los cónyuges para el suministro ordinario de bienes y servicios de la familia por la disposición del dinero requerido para los pagos; se estaría frente a un acto de disposición. En cambio, la referencia a la teoría del riesgo determina que cualquiera de los cónyuges pueda realizar aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de los bienes del patrimonio; en tal supuesto, se está ante un acto de administración. De otra parte, en esta última tesis, los “actos de conservación” serían una subespecie de actos de administración y que es aquel que, importando o no una enajenación, por ser urgente o necesario tiende a resguardar un bien patrimonial en peligro.

Por otro lado, también se comprueba que la utilización de los términos “actos de administración”, en una disposición que autoriza la actuación conyugal indistinta, y “administración del patrimonio”, en otra que establece la actuación conyugal conjunta, exige utilizar el criterio de la “trascendencia patrimonial” para poder comprender los verdaderos alcances de una y otra norma.

En todo caso, no escapará al criterio que la ley no define el criterio, sino que lo “presupone”. Admitiendo la dificultad para establecer una diferenciación neta y absoluta que sirva para la variedad

y multiplicidad de situaciones en que se desarrolla, consideramos que el criterio sustentado en la integridad del patrimonio es el más adecuado a nuestra realidad, para distinguir los actos de administración y de disposición conyugal. A través de él se superan las críticas que se han formulado al criterio tradicional: ningún inconveniente existirá en calificar como actos de administración -por la inexistencia de riesgo- a aquellos actos que conducen a la renovación periódica y regular de algunos de los bienes del complejo patrimonial y a la enajenación de productos, como modo de conservar su productividad y aptitud funcional o a aquellas otras enajenaciones y adquisiciones que se realizan regularmente en una estructura patrimonial cuyo objetivo es el logro de “ganancias” a través de la diferencia entre lo que han costado y lo que se ha recibido. Es por ello, que preferimos utilizar además el concepto de “gestión” como el que más se ajusta a la actuación económica que realizan los cónyuges respecto de su patrimonio.

De acuerdo con esto, de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán los bienes sociales y, subsidiariamente, los bienes propios de ambos cónyuges en partes iguales. Este sistema de responsabilidad por las cargas sociales es una evidente garantía para el acreedor y también para la propia economía familiar: al fortalecer el crédito familiar, evita la desconfianza del acreedor sobre la incertidumbre de los bienes que responderán de la deuda.

El poder doméstico autoriza a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia, pero no faculta a realizar actos de administración y disposición que excedan de ellas, lo que se aprecia en la trascendencia patrimonial de tal acto, y para lo cual se exige actuación conjunta. “El sistema de actuación conjunta de los cónyuges implica el ejercicio de una facultad compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la validez de los actos. Se trata, pues, de una copar-

ticipación en la administración y disposición extraordinaria de bienes sociales” (Plácido V., 2017, p. 189).

6.2. Las disposiciones generales implícitas a los regímenes patrimoniales del matrimonio en el Código Civil peruano

a. El interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio.

“Si bien no hay norma expresa sobre el particular, por el principio constitucional de protección de la familia y por la consideración en el Código Civil de que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, está implícito que la gestión de los bienes debe responder al interés familiar, como precepto rector, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor” (Plácido V., 2017, p. 190). Así como el ejercicio de la propiedad debe realizarse en armonía con el interés social, la gestión de los bienes en el matrimonio debe responder al interés familiar. Este se impone como un límite natural a la administración y disposición de bienes propios y sociales, según el caso; se constituye, pues, en la medida necesaria para afectar patrimonialmente a la familia y que, de hecho, los cónyuges utilizan en un matrimonio normal. Por ello, y ante su inobservancia por uno de los cónyuges, el interés familiar es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda. Aquí podrá argumentarse el abuso del derecho por acción o por omisión.

La consideración al interés familiar como principio rector de la gestión de los bienes del matrimonio surge del código ético-jurídico que se impone a los consortes para el cumplimiento de los deberes conyugales. Como se ha indicado, “el código ético-jurídico está integrado por diversas

normas que evidencian la unidad personal que resulta para los cónyuges de las nupcias: el respeto y consideración, la consulta y coordinación recíprocas deben ser la regla de oro de las relaciones conyugales y, en especial, de la toma de decisiones con repercusión patrimonial” (Plácido V., 2017, p. 191). Por ello, se impone a los mismos una conducta moral tal que haga posible que la unidad de la pareja sea una realidad y tiendan al sostenimiento de la familia, según los roles asumidos.

Dentro de esta concepción, la gestión de los bienes propios -sea en el régimen de sociedad de gananciales o en el de separación de patrimonio-, cuya regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos, debe realizarse en armonía con el interés familiar.

Por esta razón, legislaciones como la española y la argentina contemplan expresamente una limitación al poder dispositivo de bienes propios a fin de proteger el hogar familiar, cualquiera que sea el régimen patrimonial en vigencia. Establecen que para disponer o gravar el inmueble donde está constituido el domicilio conyugal y de los muebles de uso ordinario de la familia, se requiere la intervención de ambos cónyuges, aunque tales bienes pertenezcan a uno solo de ellos. Por ello

es que admiten, por vía de autorización judicial supletoria y ante la negativa injustificada del otro esposo, la enajenación del inmueble o de los muebles comprendidos en el menaje ordinario del hogar².

La medida anotada tiene su razón de ser en la necesidad de satisfacer el interés familiar: salvar a cualquiera de los cónyuges de la arbitrariedad o mala voluntad del otro e impedir un ejercicio antifuncional y abusivo de los derechos.

b. La igualdad jurídica de los cónyuges

La equiparación de sexos, que asocia en el matrimonio a personas iguales en dignidad y derecho, no es otra cosa que la aplicación del principio general de igualdad de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación.

En este principio se sustentó el legislador de 1984 para el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer casada, abolir la autoridad marital y reformar el régimen patrimonial del matrimonio, a fin de admitir su participación en la dirección de la economía de la familia en un plano paritario con el marido; aunque, como ya se explicó, excepcionalmente mantuvo la prohibición de los cónyuges de contratar respecto de bienes sociales.

2 Así, en la legislación española, el artículo 1376° del Código Civil establece: “Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición”. Por su lado, el artículo 1377° establece: “Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges. Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes”. En la legislación argentina, el artículo 456° del Código Civil y Comercial establece: “Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”. A su tiempo, el artículo 458° señala: “Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo”.

La preeminencia del marido en el ejercicio de derechos personales ha desaparecido ante la actual organización de la familia. Es que en los hogares bien estructurados rige el concurso de ambos cónyuges. Queda la mujer casada en condición jurídica de igualdad respecto del marido y aun cuando se pueda pregonar que así han desaparecido incapacidades, esto no es así porque la igualdad es reconocimiento de la realidad que impulsa una organización jurídica de la familia diversa. Dentro de este contexto, el actual orden patrimonial de los cónyuges se sustenta en este principio, el cual debe ser considerado para la solución de cualquier necesidad de vida.

Se debe destacar que, en particular, es en el régimen de sociedad de gananciales en el que el principio de igualdad se proyecta en todos sus ámbitos. Ello es así, por cuanto este régimen procura distribuir en cabeza de ambos cónyuges las ganancias obtenidas durante su vigencia.

Para esto, en primer lugar, la igualdad es contemplada como una medida estricta y objetiva resultante de la comparación de títulos de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. Por eso, para los bienes sociales el principio importa la regla de la gestión o administración conjunta conyugal y se expresa en una igualdad cuantitativa o de cosa a cosa, que asegura la titularidad de ambos cónyuges respecto de los bienes comunes; por lo que, aquí la igualdad se la entiende en sentido de reciprocidad en los cambios de la justicia conmutativa. Es una igualdad respecto de cosas o títulos, estrictamente jurídica, y, por ello, objetiva. Pero, en segundo lugar, es en la familia en la que se dan relaciones de justicia distributiva, en las que la solidaridad adquiere visos especiales de promoción de alguno de sus integrantes más débiles. Aquí, la regla de la gestión o administración conjunta conyugal es una medida igualitaria que asegura se distribuya en ambos cónyuges las

decisiones a adoptar sobre los bienes sociales, atendiendo a las necesidades de cada uno, independientemente del rol asumido en el hogar. De esta manera, la igualdad de cosas a persona permite establecer una igualdad de resultado en la gestión de los bienes sociales. Aquí la igualdad se la entiende en sentido de necesidades de la justicia distributiva (Plácido V., 2017, p. 194).

7. Tipificación del régimen de sociedad de gananciales

Previamente, se debe precisar que lo que caracteriza todo régimen de sociedad de gananciales es la existencia de una masa común de bienes partible entre ambos cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen.

Se presenta en formas diversas, pero que siempre tienen como característica la formación de esa masa; implica, por lo tanto, una unión de intereses entre los esposos, que participan en la buena o mala fortuna de uno y otro durante el matrimonio. Por eso, hay comunidad siempre que exista una masa común partible, y no la hay si ella falta (Basset, 2010, p. 55).

Se reitera, el elemento esencial del régimen es la partición de la referida masa común. No es esencial, en cambio, que la partición se haga por partes iguales, ni tampoco la unidad de masa, administración y responsabilidad, ni la jefatura del marido.

El régimen de “sociedad de gananciales”, regulado en nuestro Código Civil está tipificado así:

a) Según la extensión de la masa común, es una comunidad restringida. Se trata de una comunidad limitada a las adquisiciones a título oneroso realizadas por los cónyuges durante el matri-

monio y a los frutos o productos de los bienes propios de ellos y de los sociales; conservando, en cambio, cada uno de los cónyuges la propiedad de los bienes que tuviesen antes del matrimonio y los adquiridos con posterioridad a título gratuito. Es, pues, un régimen de comunidad limitada a las adquisiciones realizadas por el esfuerzo o trabajo de ambos cónyuges y conformada, también, por los frutos y productos de los bienes propios y sociales, que asimismo se obtiene normalmente por el esfuerzo de la administración de los mismos. Como una descripción, en el artículo 301 del Código Civil se dispone que “en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad”. Los bienes propios pertenecen al cónyuge propietario; mientras que, los bienes sociales corresponden a ambos cónyuges.

Como se ha indicado, la sociedad de gananciales es una comunidad limitada a las ulteriores adquisiciones a título oneroso. El desarrollo de esta idea básica lleva a la distinción entre bienes sociales y propios de cada cónyuge, formándose así diferentes masas patrimoniales: el patrimonio social y el separado o propio de cada uno de los cónyuges. Esto exige la precisa determinación de cada adquisición para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente. Téngase presente que ninguna influencia tiene, en principio, la voluntad de los cónyuges en la determinación de la naturaleza de los bienes, los cuales serán propios o sociales atendiendo exclusivamente a las previsiones legales a que están sometidos. Vale decir, la clasificación de los bienes como propios o sociales lo realiza la ley y no la voluntad de los cónyuges. Esto responde a que el régimen patrimonial del matrimonio es un efecto de éste, cuya regulación está contemplada en la ley; por lo que, su contenido es indisponible a la voluntad de los cónyuges.

Para adscribir el bien a la masa patrimonial correspondiente, deben tenerse presente estos tres principios rectores (Plácido V., 2017, p. 216):

- *La época de adquisición.* Son propios los bienes adquiridos antes del matrimonio por los cónyuges o aquellos que, adquiridos después, lo son por una causa o título anterior (artículo 302, inciso 1 y 2). Son sociales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución por una causa anterior. Se trata de un criterio temporal para la calificación de los bienes.

Este principio rector se ve desconocido en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar el numeral 4 al artículo 311 para precisar que los bienes adquiridos antes de la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos. Tal incorporación es un despropósito, por cuanto la consideración al principio rector de la época de adquisición determina el carácter propio del bien, no obstante que su precio sea pagado durante el matrimonio. Ello es así, por cuanto antes del matrimonio rigen las normas del derecho común: el adquirente de bien mueble es propietario desde que se lo entregan (tradición); el adquirente de bien inmueble es propietario desde que surge la sola obligación de enajenárselo (consensual), de conformidad con los artículos 947 y 949 del Código Civil. La regla del origen de los fondos, que tiene relevancia sobre el precio pagado, resulta inaplicable para determinar la titularidad del bien, por no estar vigente sino después de celebrado el matrimonio. No obstante, se presenta como una norma

complementaria encaminada a nivelar los patrimonios propios con el social. En tal virtud, se reconoce a los cónyuges y a la sociedad el derecho recíproco al reembolso de las cantidades anticipadas, a fin de dejar indemne el patrimonio que proporcionó dinero para adquisiciones a favor de otra masa patrimonial. De esta manera, se conserva íntegro un patrimonio a través de los sucesivos actos de disposición realizados sobre el mismo. Por ello, se concluye que en nuestro sistema jurídico el bien adquirido antes del matrimonio es propio del adquirente (artículo 302, inciso 2, del Código Civil); quien quedará obligado a reembolsar al patrimonio que proporcionó el dinero para el pago del precio, si no fue el suyo propio.

- *El carácter oneroso o gratuito* de las adquisiciones durante el matrimonio. Son propias las adquisiciones de bienes realizadas a título gratuito por cualquier de los cónyuges durante el matrimonio, tales como una herencia, legado o donación en su favor (artículo 302, inciso 3). Se trata de un criterio referido a la naturaleza del título de adquisición.
- *El origen de los fondos empleados en las adquisiciones.* Aun tratándose de adquisiciones onerosas durante el matrimonio, si ellas tienen su origen en el empleo de dinero o fondos propios, lo adquirido será propio (artículo 311, incisos 2 y 3). Por lo mismo, si se utilizó dinero o fondo social, lo adquirido será social. Se trata de un criterio basado en la regla de la subrogación real.

En atención a este principio rector, el bien adquirido durante el matrimonio y cuyo precio es pagado con dinero propio y dinero social tiene naturaleza dual: es

propio y social, a la vez, en proporción a los respectivos aportes. En ese sentido, resulta innecesaria la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar el numeral 4 al artículo 311 para reconocer la naturaleza dual del bien adquirido durante el matrimonio, cuyo precio es pagado en parte con dinero propio y dinero social

Estos principios se complementan y deben aplicarse en forma conjunta para establecer una correcta calificación del bien.

De otra parte, en el Código Civil también se atribuye expresamente el carácter propio o social del bien. Para lo primero, se contempla una relación enumerativa (artículo 302) y, para lo segundo, se preceptúa que todos los no comprendidos en esa relación son sociales (artículo 310). Sin embargo, no debe perderse de vista los principios rectores explicados. Estos completarán cualquier imprevisión en la enunciación legislativa que, por descarte, podría atribuir una errónea calificación del bien.

El artículo 302 del Código Civil trata de los bienes propios, o sea los que son adquiridos con antelación al casamiento y otros durante éste, en casos y circunstancias que los hacen incommunicables, constituyendo todos ellos el patrimonio personal de cada cónyuge. El Código vigente siguiendo la técnica en esta parte del derogado de 1936, ha tratado de completar al máximo la enumeración de los bienes propios; incurriendo en omisiones, inherentes a este tipo de enumeraciones, las que se salvan con los principios rectores para la calificación de los bienes (Plácido V., 2017, p. 223).

Así, en el numeral 4 del artículo 302 se omitió la consideración como bien propio a la indemnización por daños inferidos a bienes propios de cada cónyuge, así como la que se perciba en cumplimiento de un seguro real. Igualmente, la indemnización es un bien propio porque viene a reemplazar o a sustituir el bien en el patrimonio personal del cónyuge, quien ha sufrido la destrucción o deterioro del mismo. La regla de la subrogación real, contenida en el numeral 2 del artículo 311, viene a completar el vacío; la indemnización no puede ser calificada como social, por más que no esté comprendida en la relación de bienes propios.

Se comprueba otra omisión en el numeral 5 del artículo 302, pues sólo se refiere a los derechos de autor e inventor y no se mencionan los otros derechos inherentes a la persona como son los demás derechos intelectuales: nombre y lema comercial, marca de fábrica o de servicio, diseño y modelo industrial, etc. También lo son el derecho a la jubilación o a la pensión, porque es personalísimo y vitalicio del jubilado o pensionista. Asimismo, el derecho de asociación (artículo 89 del Código Civil), el derecho de pedir alimentos (artículo 487 del Código Civil), el usufructo paterno (artículo 440 del Código Civil). Por ello, la regla debería considerar como bienes propios a todos los derechos inherentes a la persona, y no solamente a los derechos intelectuales. Sin embargo y mientras no se realice la respectiva reforma legislativa, los demás derechos personalísimos -no mencionados expresamente en este dispositivo- deben ser considerados siempre como bienes propios por tener tal condición. El precepto de ser un bien social por no estar incluido en la relación de bienes propios resulta ser contraria a su naturaleza.

De otra parte, si bien el numeral 7 del artículo 302 expresamente solo se refiere como propias a las nuevas acciones y participaciones que se distribuyan por un aumento de capital a consecuencia de la revaluación de activos fijos en una sociedad

donde un cónyuge tiene acciones o participaciones de carácter propio; la naturaleza de las nuevas acciones y participaciones que se distribuyan por nuevos aportes o por capitalización de utilidades, se determina por el principio rector del carácter oneroso o gratuito de la adquisición durante el matrimonio. Así, las acciones que se reciban serán propias, si los nuevos aportes se realizaron con fondos propios, o serán sociales, si se efectuaron con caudal social. Respecto de la capitalización de utilidades, las acciones que se perciban serán propias por cuanto no hay contraprestación alguna para su percepción; descartándose que sean sociales por no referirse a frutos civiles, que tienen la calidad de bienes sociales.

b) Según la responsabilidad por las deudas, es una comunidad de obligaciones separadas con responsabilidad subsidiaria. Así, en principio de las deudas personales responde el patrimonio propio de cada cónyuge; sin embargo, la responsabilidad por estas obligaciones puede alcanzar subsidiariamente al patrimonio social y, eventualmente al propio del cónyuge no deudor, si es que aquéllas se contrajeron en beneficio del futuro hogar (el artículo 307 del Código Civil dispone que “las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor”) o en provecho de la familia (el artículo 308 del Código Civil señala que “los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia”). De otro lado, de las obligaciones sociales, tanto las asumidas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio del poder doméstico como también las contraídas por ambos por actos de administración y disposición que exceden de tal potestad, responden los bienes sociales y, a falta o insuficiencia de éstos, los propios de cada cónyuge, a prorrata (artículo 317 del Código Civil).

Como queda indicado, en principio, de las deudas personales anotadas precedentemente responde el patrimonio propio de cada cónyuge. Sin embargo, en los casos de los artículos 307 y 308, la responsabilidad por estas obligaciones puede alcanzar subsidiariamente al patrimonio social y, eventualmente, al propio del otro cónyuge, si es que aquéllas se contrajeron en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia.

En tales circunstancias, para que la responsabilidad subsidiaria se haga efectiva se requiere:

- La previa comprobación que la deuda se contrajo en beneficio del futuro hogar o en provecho de la familia. Esta disposición no desvirtúa el régimen de separación de deudas personales que hace gravitar el pago sobre los bienes propios, porque es condición que la deuda aproveche a la comunidad, y si esto se acredita habrá quedado establecida la responsabilidad subsidiaria de los bienes sociales. Su probanza está a cargo del acreedor, quien deberá acudir a un criterio objetivo para el efecto: por la finalidad a la que está destinado la obligación contraída, se comprueba el beneficio que reportarán a la comunidad. Es pues, el beneficio de la común necesidad e intereses de los que conviven en el hogar conyugal la que hace comunicable la deuda personal.
- La acreditación de la falencia del activo propio del cónyuge deudor. Como la obligación pesa directamente sobre el que la contrajo y es principio universal que el acreedor tiene como garantía el patrimonio de su deudor, se prescribe la previa comprobación de falencia de aquél, la que una vez demostrada funcionará la mencionada responsabilidad subsidiaria (Plácido V., 2017, p. 258).

Cumplidos estos requisitos, el acreedor podrá hacer efectivo su crédito con cargo a los bienes so-

ciales y, en su caso, a los bienes propios del cónyuge no deudor. Es decir, podrá emplear las medidas legales a fin de que se le procure aquello que se le adeude; entre otras, embargar y rematar bienes sociales en aplicación de la responsabilidad subsidiaria por la deuda personal de uno de los cónyuges. Y debe quedar claro que, para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, debe evidenciar el cumplimiento de los requisitos previamente anotados. Aquí se evidencia una ponderación entre el principio de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución) y el principio de protección de los mecanismos de solución de conflictos derivados de la relación contractual (artículo 62 de la Constitución).

Sin embargo, la anotada ponderación se ve desconocida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, cuando se pretende incorporar un último párrafo al artículo 307 del Código Civil para precisar que, en tal supuesto, “*el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación*”. Esto es, cuando fenezca el régimen de sociedad gananciales que da paso a su liquidación; lo que se produce exclusivamente por hechos aleatorios, como son la muerte y la ausencia, o por la acción de los cónyuges, como la invalidez del matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio y el cambio de régimen patrimonial (artículo 318). Como se aprecia, ninguna de esas circunstancias depende del accionar del acreedor.

Por ello, tal incorporación es un despropósito, por cuanto coloca al acreedor en una situación de indefensión, en la medida que no podrá emplear ninguna medida legal a fin de que se le procure aquello que se le adeude; y, genera una privilegiada tutela a favor de los cónyuges, a pesar de la demostración que la obligación fue contraída en beneficio de la común necesidad e intereses de los

que conviven en el hogar conyugal, lo que hace comunicable la deuda personal.

De otro lado, el principio contenido en el artículo 309 del Código Civil y siempre que se acredite el provecho o beneficio de la deuda para la familia, determina la garantía patrimonial de los acreedores por las deudas personales de uno de los cónyuges: por éstas responden sus bienes propios y la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación. Para que esto último ocurra, debe producirse alguna de las causales de fenecimiento de la sociedad de gananciales a que se refiere el artículo 318. De ellas, como se explicó, cuatro de ellas dependen de la voluntad de los cónyuges (que se invalide el matrimonio, que se separen de cuerpos, que se divorcien, que sustituyan su régimen patrimonial) y dos del azar (que se muera o ausente uno de los cónyuges); no pudiendo el acreedor promover la disolución del régimen patrimonial del matrimonio.

A partir de ello, es evidente que el acreedor podrá dirigirse contra los bienes propios del cónyuge deudor e inclusive embargarlos y ejecutarlos: el patrimonio responsable se forma inicialmente con sus bienes propios. Si éstos no fuesen suficientes, el acreedor tiene la posibilidad subsidiaria de dirigirse contra la parte los bienes sociales que le corresponderá a su deudor en caso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, y respecto de la parte de los bienes sociales que le corresponderá en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, en nuestro sistema jurídico existen dos posiciones encontradas: una, que niega toda posibilidad de embargo sobre tales bienes; y, otra, que acepta su admisión, sin posibilidad de ejecutarlo (Plácido V., 2017, p. 262).

Como se ha explicado, el régimen patrimonial del matrimonio regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y con respecto a los ter-

ceros. Se trata de una ponderación entre el principio de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución) y el principio de protección de los mecanismos de solución de conflictos derivados de la relación contractual (artículo 62 de la Constitución). A partir de ello, sus normas deben resolver con justicia las relaciones entre los cónyuges y cuidando el interés de los hijos, de la familia, de los terceros y el público. Sin embargo, la revisión de las disposiciones sobre sociedad de gananciales contenidas en el Libro III del Código Civil evidencia que éstas han tenido una especial preponderancia en regular con mucho detalle las relaciones patrimoniales de los cónyuges; si bien no descuidan de fijar el régimen de responsabilidad patrimonial frente a terceros, no se refieren a los derechos y acciones que tienen éstos como efecto de las obligaciones. No obstante, ello no importa considerarlas como un compartimiento estanco al cual no puede referirse las disposiciones generales del Derecho de Obligaciones, más aún si se comprueba que no contiene disposiciones relativas a los efectos de las obligaciones. Es evidente, pues, que el sistema jurídico constituye un conjunto interrelacionado y complementario; por lo que, es procedente remitirse a una parte de ella para resolver un asunto no regulado en otra.

Por este motivo y de *lege lata*, admitimos la tesis del embargo sin posibilidad de ejecución. Ello responde a que, por un lado, no cabe duda que el cónyuge deudor goza de derechos expectáticos sobre el bien que le pudiera corresponder a la liquidación del patrimonio social existente con su cónyuge y que el embargo es una medida cautelar que, por su naturaleza, apunta a asegurar el cumplimiento de las obligaciones; y, por el otro, un sentido de justicia nos exige impedir la elusión del pago de dichas obligaciones por parte de los deudores morosos que intenten ampararse en su condición patrimonial de cónyuge para evitar la ejecución de las acreencias existentes en su contra. Debe, entonces, permitirse el embargo precisando que dicho gravamen se extiende sólo sobre la

parte que le correspondería al cónyuge deudor al fenecimiento de la sociedad de gananciales y que se hará efectivo al momento de la disolución del régimen. De esta manera, se respeta la naturaleza jurídica del régimen y se concilian los intereses de los acreedores (Plácido V., 2017, p. 267).

A pesar de ello y de *lege ferenda*, debe reformarse el Código Civil a fin de dejar sentado que el embargo de bienes sociales por deudas personales provoca, de pleno derecho, la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello permitirá que los intereses de los acreedores se hagan efectivos, pues además de embargar podrán rematar bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges; y, protegerá los intereses del cónyuge no deudor, pues la liquidación del régimen permitirá identificar su parte que permanecerá intocable.

c) Según la gestión o administración de los bienes, es una comunidad de gestión o administración mixta. Así, respecto de los bienes propios se contempla un régimen de gestión separada cuando se señala en el artículo 303 del Código Civil que “cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos”. En cambio, con relación a los bienes sociales se distingue: para los actos de administración ordinaria de la familia, es de tipo indistinta, es decir, cualquiera de los cónyuges pueden realizarlos, lo que hace presumir la conformidad del otro (el segundo párrafo del artículo 292 del Código Civil señala que “para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges”); mientras que, para los actos de administración extraordinaria de la familia, es de tipo conjunta, es decir, para su realización se requiere la actuación de ambos consortes (el artículo 313 del Código Civil dispone que “corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social”; mientras que el artículo 315 del Código Civil

precisa que “para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer”).

Con relación a los bienes propios, la regla general es que cada cónyuge conserva la libre administración de éstos y puede disponer de ellos o gravarlos (artículo 303 del Código Civil). Es claro que el ejercicio de estas facultades del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar; éste se constituye en la medida para afectar patrimonialmente a la familia y es el argumento para restringir o suprimir algún acto de gestión de los bienes propios, que lo perjudica o para verificar la realización de uno que demanda (Plácido V., 2017, p. 281).

En ese sentido, sí resulta oportuna la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, por la que se propone incorporar un segundo párrafo al artículo 303 para precisar que “aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar”. No obstante, es importante conocer los alcances del término “asentimiento” contenido en la propuesta; en particular, si se toma como referencia que, para que un cónyuge pueda “renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación”, el artículo 304 exige “el consentimiento del otro” consorte. Lamentablemente, en la exposición de motivos no hay ningún fundamento de ello.

Para proponer una reforma al sistema de gestión o administración de los bienes del régimen de sociedad de gananciales, el legislador debe tener presente el tipo de comunidad según la gestión o administración de los bienes sociales que se ha asumido conforme a nuestro ordenamiento ju-

rídico; por cuanto los regímenes patrimoniales del matrimonio responden al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio, no existiendo un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presentan con variantes que son fruto natural de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad de cada país. Por eso, se deben poner en evidencia las características del régimen de sociedad de gananciales en cuanto a la gestión patrimonial de los bienes, con relación a la organización de las relaciones patrimoniales de los cónyuges; y, dentro de ello, determinar la naturaleza jurídica de la intervención conyugal. De esta manera, quedará en evidencia la consecuencia jurídica en caso ésta no se produzca. Esta precisión fundamental, justamente, no aparece efectuada con la propuesta.

Resulta importante realizar una breve referencia histórica sobre el régimen de gestión o administración de los bienes en la sociedad de gananciales, en nuestro sistema jurídico. La comunidad de gestión marital era el tipo de administración que siguió nuestra codificación anterior al Código Civil de 1984 por el influjo del antiguo derecho francés recogido por el Código Napoleón. En este tipo de comunidad, el marido administraba no sólo los bienes sociales y los suyos propios, sino también los propios de la mujer. Pero, el reconocimiento del principio de igualdad jurídica de los cónyuges determinó su desaparición de las legislaciones; que, en nuestro caso, se inició con el Decreto Ley 17838 del 30 de setiembre de 1969 que modificó el artículo 188 del Código Civil de 1936, requiriendo la intervención de la mujer en los actos de disposición (y gravamen) de los bienes sociales. Se debe precisar que dicha reforma legislativa no introdujo el tipo de gestión o administración separada, pues conservó la comunidad de gestión marital atenuada por la intervención de la mujer en determinados actos: “El marido es el administrador de los bienes comunes con las

facultades que le confiere la ley, requiriéndose la intervención de la mujer, cuando se trate de disponer o gravar bienes comunes a título gratuito u oneroso”. Ello es así, por cuanto en la comunidad de gestión separada, mientras dura el régimen cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de su patrimonio propio y social, es decir, de los bienes por él adquiridos, aun cuando estén destinados a entrar en la masa partible a la disolución del régimen patrimonial. En ese régimen de comunidad de gestión separada se justifica la referencia al término “asentimiento”, con clara referencia a un acto de legitimación.

Con la Constitución de 1979, el principio de igualdad entre los cónyuges gravitó directamente en todas las esferas del régimen de sociedad de gananciales y, en particular, en el tipo de comunidad gestión o administración. Ello es así, por cuanto este régimen procura distribuir en cabeza de ambos cónyuges las ganancias obtenidas durante su vigencia. Para esto, en primer lugar, la igualdad es contemplada como una medida estricta y objetiva resultante de la comparación de títulos de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad de gananciales. Por eso, para los bienes sociales el principio importa la regla de la gestión o administración conjunta conyugal y se expresa en una igualdad cuantitativa o de cosa a cosa, que asegura la titularidad de ambos cónyuges respecto de los bienes comunes; por lo que, aquí la igualdad se la entiende en sentido de reciprocidad en los cambios de la justicia conmutativa. Es una igualdad respecto de cosas o títulos, estrictamente jurídica, y, por ello, objetiva. Pero, en segundo lugar, es en la familia en la que se dan relaciones de justicia distributiva, en las que la solidaridad adquiere visos especiales de promoción de alguno de sus integrantes más débiles. Aquí, la regla de la gestión o administración conjunta conyugal es una medida igualitaria que asegura se distribuya en ambos cónyuges las decisiones a adoptar sobre los bienes sociales, atendiendo a las necesidades de cada uno, independientemente del rol asumi-

do en el hogar. De esta manera, la igualdad de cosas a persona permite establecer una igualdad de resultado en la gestión de los bienes sociales. Aquí la igualdad se la entiende en sentido de necesidades de la justicia distributiva.

Acorde con los conceptos precedentes, ahora se comprende la referencia al término “consentimiento” en el artículo 304 para la renuncia de herencias o legados o para no aceptar donaciones, como un acto que integra la manifestación de voluntad para hacer dejación de esos derechos; y, las razones, por las que la propuesta de modificación al artículo 303 debe ser acorde con ellas.

Ahora, respecto a los bienes sociales, en el Código Civil de 1984 se ha asumido una comunidad de gestión mixta: para los actos de administración ordinaria de la familia (artículo 292), es de tipo indistinta, es decir, cualquiera de los cónyuges puede realizarlos, lo que hace presumir la conformidad del otro. Este es el poder doméstico, que autoriza a cualquier cónyuge a satisfacer las necesidades ordinarias de la familia; pero, no facultad realizar actos de administración y disposición que excedan de él y para lo cual se exige actuación conjunta. Los actos de administración extraordinaria de la familia (artículos 313 y 315) es de tipo conjunta, es decir, para su realización se requiere la actuación de ambos consortes. El sistema de actuación conjunta de los cónyuges implica el ejercicio de una facultad dominical compartida por ambos consortes, de tal forma que se requiere la voluntad concorde de los esposos como elemento constitutivo necesario para la eficacia estructural de los actos. Se trata, pues, de una coparticipación en la administración y disposición de bienes sociales (Plácido V., 2017, p. 286).

Sin embargo, se sostiene que la coparticipación uxoria resulta perjudicial para el matrimonio: por un lado, “introduce un factor de antagonismo e irritación y coloca al cónyuge que debe otorgar el consentimiento ante un auténtico conflicto”

(Vidal Taquini, 1990, p. 339): si lo otorga puede resultar perjudicial; si no lo hace por desconocimiento, inexperiencia o simple capricho, quizás ocasione el fracaso del negocio, con el consiguiente resentimiento que quedará entre los cónyuges que los llevará a la desunión de sus vidas; por el otro, “afecta el dinamismo del tráfico patrimonial” (Vidal Taquini, 1990, p. 340).

Disentimos de estas apreciaciones (Plácido V., 2017, p. 298):

La coparticipación uxoria acentúa la idea de comunidad en el matrimonio: hace más viva y operante la sociedad conyugal y reafirma que los bienes sociales pertenecen a ambos cónyuges; protege al cónyuge de la mala fe del otro, evitando que cuando las relaciones empiezan a deteriorarse se pueda enajenar real o simuladamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, burlando así los derechos del primero. En resumidas cuentas, la necesidad del acuerdo de ambos cónyuges estrecha los vínculos al conocerse la situación económica de la familia, por participar activa y permanentemente en el manejo de sus bienes y de los sociales. En lo que se refiere al tráfico jurídico de bienes y servicios, es verdad que el mantenimiento de la coparticipación conyugal como una regla única afectará su dinamismo. Es por esta misma razón que se admiten normas especiales que atienden justamente a mantener su dinamismo. Así, el artículo 315 del Código Civil señala: “*Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales*”.

Por eso, y atendiendo a la naturaleza de la intervención uxoria, conforme a la cual la voluntad concorde de los cónyuges es un elemento esencial de la estructura del acto, su no concurrencia determina su ineficacia estructural o invalidez; resultando, en estricto, un caso de nulidad por falta de manifestación de voluntad.

Así, el acto practicado sin intervención de uno de ellos es nulo por falta de manifestación de voluntad: esta se configura con la intervención de ambos cónyuges, por el conjunto de sus declaraciones de voluntad (artículo 219, inciso 1, del Código Civil). Vale decir, la falta de intervención conyugal determina la inexistencia de manifestación de voluntad. No hay voluntad declarada ni voluntad de declarar, elementos que configuran la declaración de voluntad.

Las razones de la exigencia de la actuación conjunta conyugal se aprecian cuando se considera que esta está dirigida al amparo de la familia; provocar la coparticipación de los cónyuges en los negocios jurídicos de mayor trascendencia patrimonial evita que se lesione la base económica del núcleo familiar, impide que sobrevengan actos fraudulentos que un cónyuge pretenda realizar en perjuicio del otro cónyuge. Los principios de protección de la familia y de promoción del matrimonio constituyen pilares del ordenamiento jurídico y son el fundamento de la actuación conjunta conyugal.

Por ello, discrepamos de la propuesta de modificación al artículo 315 contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. Así, propone que “si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz”. Agrega que “el cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración”.

La incorporación de esta propuesta generará una incoherencia en el ordenamiento jurídico por cuanto no considera el tipo de gestión o administración conjunta de la sociedad de gananciales regulado en el Código Civil y que se conservará a pesar de la propuesta de reforma. Al contrario, toma en cuenta al tipo de gestión o administración separada, que es ajeno y extraño a nuestro sistema jurídico, y en el que es sostenible que cada uno de los cónyuges administre y disponga libremente de su patrimonio propio y social. Por eso, cuando para determinados actos de disposición se exija el asentimiento del otro consorte, dicha intervención constituye un elemento externo que legitima el acto de disposición; por lo que, si no concurre dicho elemento externo, el acto es ineficaz respecto del cónyuge que no interviene, quien puede ratificarlo si le interesa.

Adicionalmente y sin explicación alguna de esta supresión, en la propuesta contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, se ha desconsiderado la excepción a la regla de la actuación conjunta contemplada en leyes especiales y que resulta acorde con el tracto comercial; como ocurre, por ejemplo, en la legislación sobre títulos valores (Ley 27287) en cuya sexta disposición final se establece que en “la transferencia o constitución de gravámenes sobre títulos valores emitidos o transferidos a favor de una persona natural, no se requiere la intervención del cónyuge”, rigiendo la misma norma para los valores representativos mediante anotación en cuenta; asimismo, en la legislación bancaria, financiera y de seguros (Ley 26702), respecto del contrato de cuenta corriente bancaria, se dispone en su artículo 227 que “en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta”; o en la legislación laboral sobre la compensación por tiempo

de servicios (Decreto Legislativo 650), en cuyo artículo 39 se establece que “la compensación por tiempo de servicios tiene la calidad de bien común sólo a partir del matrimonio civil... y mantendrá dicha calidad hasta la fecha de la escritura pública en que se pacte el régimen de separación de patrimonios o de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ponga fin a dicho régimen”; y, sobre la afectación en garantía, el retiro parcial o total del depósito en caso de cese, “se presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador cuenta con el consentimiento correspondiente para realizar tales actos”, estableciéndose que “para desvirtuar esta presunción basta que el cónyuge ... que acredite su calidad de tal, lo manifieste por escrito al empleador y al depositario”.

De otro lado, el sistema de coparticipación conyugal requiere que ambos cónyuges puedan y quieran actuar de común acuerdo, situación normal en el matrimonio. Siendo así, ofrece el inconveniente de la imposibilidad o negativa de uno de los cónyuges para prestar su necesario consentimiento. Consecuentemente, debe preverse legislativamente un mecanismo de solución a estas situaciones.

Nuestro Código Civil establece la regla de que, sobre los bienes sociales, corresponde a ambos cónyuges practicar los actos de administración y de disposición que exceda de la potestad doméstica (artículos 313 y 315). Sin embargo, no contempla expresamente una solución legislativa a los supuestos en que uno de los cónyuges no pueda o no quiera intervenir. Estimamos, que ella debe encontrarse en el principio rector de la gestión de los bienes, cualquiera que sea el régimen patrimonial en rigor: el interés familiar, el cual está implícito en nuestros ordenamientos por el precepto constitucional de protección de la familia. A partir de ello, puede recurrirse al órgano jurisdiccional para que autorice supletoriamente la realización del acto. La imposibilidad de intervención de un cónyuge, que provoca la no

atención de una necesidad de vida, y la negativa injustificada del mismo, que constituye una omisión abusiva del derecho de disposición del bien social, perjudican gravemente el interés familiar. Sostener la posición prohibitiva, en el sentido de que, si un cónyuge no puede o no quiere realizar el acto, este nunca se verificará, es contrariar el interés familiar (Plácido V., 2017, p. 303).

En este extremo, la propuesta de modificación al artículo 315 contenida en el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, pretende completar el vacío normativo, otorgando una solución legislativa a los supuestos en que uno de los cónyuges no pueda o no quiera intervenir; aunque, desde la perspectiva de considerar a la intervención conyugal como un acto de asentimiento: “Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiéndose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo”.

En resumen, la sociedad de gananciales es la comunidad existente entre marido y mujer sobre los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, y las rentas o beneficios producidos también durante el mismo por los bienes propios de cada uno de ellos y por los sociales; correspondiéndoles a cada uno la gestión y responsabilidad de su propio patrimonio y conjuntamente a ambos la del patrimonio social que debe responder al interés familiar. A su disolución, que se produce por las causas previstas en la ley, la comunidad es liquidada; adjudicando a cada cónyuge, en partes iguales y a título de gananciales, los bienes sociales que quedasen luego de pagadas las cargas y deudas de la sociedad de gananciales.

8. Tipificación del régimen de separación de patrimonios

En nuestro sistema jurídico la separación de patrimonios constituye un régimen patrimonial del matrimonio con carácter autónomo y originario. Antes existía una separación legal con carácter de sanción por la infracción de ciertas prohibiciones matrimoniales, impuesto por la ley; que, a su vez, “era un régimen derivado al contemplarse un solo régimen originario y diversas causales de disolución de la sociedad de gananciales con el mantenimiento del vínculo matrimonial” (Espín Cánovas, 1982, p. 324).

La separación de patrimonios es un régimen convencional, que también puede ser impuesto por decisión judicial o por imperio de la ley. El carácter originario y convencional sustenta afirmar que, si los cónyuges hubieran otorgado una convención matrimonial en la que pactan que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por las que haya de regular sus relaciones patrimoniales, debe considerarse que tales consortes están sometidos al régimen de separación de patrimonios.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema jurídico, en donde se regula de manera restringida la separación de patrimonios por decisión judicial, la orientación actual es referir las causales a supuestos de ineptitud para la gestión patrimonial y situaciones de incumplimiento de deberes familiares con repercusión económica a la familia. Así, en el primer caso, se comprenden a la interdicción civil, a la desaparición; mientras que en los segundos, se incluyen a la condena por abandono de familia, la realización por sí solo de actos que exceden de la potestad doméstica que entrañan fraude o peligro a los derechos del otro cónyuge, la separación de hecho por más de un año, el incumplir grave y reiteradamente con el deber de informar sobre los rendimientos de sus actividades económicas y el embargo de bienes sociales

por deudas personales de uno de los cónyuges. Basta comparar para apreciar la mayor amplitud que ahora se concede a la situación separatista y la repercusión que para lograrla tiene el incumplimiento de deberes familiares.

En el Anteproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, se propone modificar el artículo 329 para ampliar los casos en que la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios puede ser impuesta por decisión judicial: “El régimen de separación puede ser establecido por el juez: a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. b) Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso. c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado”.

Si bien coincidimos con el propósito que se busca con la reforma, consideramos que deben comprenderse los supuestos referidos a la separación de hecho conyugal por más de un año y, sobre todo, el embargo de bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges; debiéndose, además, reconocer legitimidad a los acreedores para demandar la sustitución judicial como una medida de defensa de su derecho crediticio.

De otra parte, el régimen de separación de patrimonios se funda en la independencia absoluta de los patrimonios de los cónyuges. Ello significa que pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento de iniciarse el mismo y los que después adquiere con recursos propios o sustitución, así como los frutos y productos de éstos (artículo 327 del Código Civil).

Asimismo, el principio de separación se revela tanto en la administración y disponibilidad de bienes de cada cónyuge como en su exclusiva responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que contraiga (artículo 328 del Código Civil).

Pero esta absoluta separación está moderada, en cuanto afecta a la vida familiar en la esfera del poder doméstico y de las obligaciones para atender aquellas necesidades familiares. Si bien en sede de este régimen no hay norma que regula como se atenderán las cargas familiares, la regla general del artículo 300 del Código Civil, permite concluir que los cónyuges contribuirán a su levantamiento con su patrimonio personal, en proporción a la contribución que convengan o la que establezca el juez. Esto implica que, en suma, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, responderán ambos cónyuges.

Asimismo, el interés familiar como principio rector para la gestión de los bienes atenúa la absoluta separación. En resumen, el ejercicio de las facultades de administración y disposición del cónyuge propietario debe realizarse en armonía con el interés familiar; lo cual se aprecia marcadamente respecto del inmueble donde está constituido el domicilio de la familia. Para estos casos, como se expuso para la gestión de los bienes propios en el régimen de sociedad de gananciales, debe requerirse la intervención de ambos cónyuges.

De otra parte, es posible que surjan bienes en copropiedad si estos son adquiridos por ambos cónyuges, rigiéndose los mismos por las reglas contenidas en el libro de los Derechos Reales del Código Civil. Igualmente, es probable que ambos cónyuges asuman obligaciones comunes, ya sean mancomunadas o solidarias según como se originen; remitiéndose su tratamiento a las disposiciones del libro de Obligaciones del Código Civil.

El régimen de separación de patrimonios fenece coincidentemente cuando se disuelve el matrimo-

nio por invalidación, por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges. Hay que añadir también el supuesto de cambio de régimen por así convenirlo los cónyuges en ejercicio de su derecho de sustitución (artículo 331 del Código Civil). De ocurrir el fenecimiento de este régimen, simplemente debe entregarse a su propietario los bienes que estuviesen en poder del otro cónyuge; salvo que medie alguna eventualidad que autorice el derecho de retención, por ser este acreedor de aquel y su crédito no esté suficientemente garantizado.

9. Tipificación del régimen patrimonial de la unión estable

La tipificación del régimen patrimonial de la unión estable exige tener presente que la regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a las previsiones de la Constitución de 1979, la que hoy está derogada; requiriéndose, por tanto, su interpretación conforme a la Constitución de 1993.

Los cambios sustanciales se aprecian de la comparación de las previsiones que sobre familia contienen las Constituciones de 1979 y 1993.

La primera, en sus artículos 5 y siguientes, se refería al punto de la siguiente manera:

Artículo 5.- El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación...”. El artículo 9 se refería a las uniones de hecho: “Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimentos matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

La segunda, en sus artículos 4 y siguientes, se refiere al tema de la siguiente forma:

Artículo 4- La comunidad y el Estado... protegen a la familia y promueven al matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad...”. El artículo 5 trata el tema de las uniones de hecho: “Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

De esta visión, se aprecian dos grandes cambios sustanciales:

a) Mientras que, en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados; en cambio, en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados. En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial. En la segunda, por el contrario, la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

b) Mientras que, en la Constitución de 1979, la unión estable no es fuente generadora de una familia; en cambio, en la Constitución de 1993, la unión estable es una fuente generadora de una familia. En la primera, es claro que la unión estable es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia; bajo el criterio de la apariencia al estado matrimonial. En la segunda, por el contrario, la unión estable es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia; ahora se sigue el criterio de la equiparación al matrimonio.

Estas premisas son fundamentales tenerlas presente, más aún si como se ha señalado en el Código Civil de 1984 se sustenta en los postulados

de la Constitución de 1979 y, por ello, toda su normatividad está formulada sobre la idea de la familia de origen matrimonial. Por esa razón, al tema de la unión estable solo se le dedica un único artículo: el artículo 326 que la regula en su aspecto patrimonial.

Hoy, con la Constitución de 1993, la familia puede nacer tanto de un matrimonio como de una unión estable; extendiéndose, por tanto, el mandato de protección constitucional a la familia nacida de ellas.

Llegados a este punto debemos responder ¿cómo determinar la concordancia entre los principios de protección de la familia, de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable, contenidas en la Constitución de 1993?

La formulamos de la siguiente manera:

a) La familia que la Constitución ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión estable. Existe, pues, pluralismo familiar. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional.

b) El matrimonio debe ser promovido por mandato constitucional. A partir de ello, debe considerarse al matrimonio como la principal fuente de la que surge una familia. Pero no significa que sea la única fuente.

c) La unión estable por reconocimiento constitucional es productora tanto de efectos personales como patrimoniales y, por ello, es la otra fuente de la que surge una familia.

d) Sin embargo, desde que el matrimonio debe ser promovido se advierte que se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión estable, dentro de la jerarquía de valores constitucionales.

A partir de ello, es claro que no pueden ser iguales los mecanismos que se prevean para acceder a los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional de la familia.

Ya se ha señalado, que la unión estable es la otra fuente generadora de una familia. Ello se aprecia del propio texto constitucional. Si bien el artículo 5 de la Constitución de 1993 alude expresamente a los efectos patrimoniales de dicha unión, no puede pasar desapercibido que el texto también refiere a la conformación de un hogar de hecho y, como es innegable, cualquier hogar se sustenta en el afecto de la pareja con fines de constituir una familia, compartiendo metas, proyectos, valores y, por lo general, para tener descendencia, dando lugar a relaciones personales entre los componentes del grupo familiar. Surgiendo, por tanto, de la unión estable una familia, esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución; sin desconocer que debe promoverse el matrimonio como la principal base de constitución.

Igualmente, del texto constitucional se deducen los elementos que configuran la unión estable generadora de una familia. Así, establece que se trata de una unión entre un hombre y una mujer; por tanto, se trata de una unión monogámica y heterosexual. Agrega la ausencia de impedimentos matrimoniales en los sujetos que componen la unión de hecho. Así lo exige el texto constitucional cuando precisa que el varón y la mujer deben ser "*libres de impedimento matrimonial*". Asimismo, resulta claro que tal unión debe sustentarse en el libre consentimiento de los convivientes, lo que exige su reconocimiento judicial para exigir los efectos derivados de la unión; por lo que, también, debe reconocerse el principio de libre ruptura para su extinción. De otro lado, si bien en el texto del artículo 5 de la Constitución de 1993 no existe referencia alguna a un plazo que deba ser fijado en la ley para el reconocimiento de la

unión de hecho, como sí lo requería el artículo 9 de la Constitución de 1979, ello no significa que el plazo de dos años continuos al que se refiere el artículo 326 del Código Civil resulte ser incompatible con el actual texto constitucional, por cuanto éste exige estabilidad en la unión.

De otro lado y conforme con el artículo 5 de la Constitución de 1993, la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. De ello se deduce, en primer lugar, que el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso; en segundo término, que ese régimen es el de comunidad de bienes; y, por último, que a esa comunidad de bienes se aplican las reglas del régimen de sociedad de gananciales en lo que fuere pertinente.

De estas previsiones constitucionales, se advierte claramente que los convivientes no pueden convenir una "separación de patrimonios" para regular sus relaciones patrimoniales. La previsión constitucional evidencia lo expuesto cuando señala que la unión de hecho "da lugar a una comunidad de bienes", lo que responde al mandato diferenciador que surge del principio de promoción del matrimonio; por eso, a esta última institución, el legislador civil puede reconocerle los regímenes patrimoniales que estime pertinente, en la medida que a ello no se ha hecho referencia en el texto constitucional. Se trata de una nota diferenciadora de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable, que se resume en lo siguiente: si se quiere regular las relaciones patrimoniales bajo el régimen de separación de bienes, debe contraerse matrimonio; pues si sólo se convive, se someterán al régimen de comunidad de bienes.

En ese sentido, constituyen un despropósito las propuestas de reforma a los artículos 295, 296, 326 y 327 del Código Civil, contenidas en el An-

teproyecto de reforma del Código Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, que permiten optar o sustituir la comunidad de bienes por el régimen de separación de patrimonios; en la medida que desconocen las previsiones constitucionales que configuran la naturaleza especial del régimen patrimonial de la unión estable.

Por otra parte, debe advertirse que el artículo 326 del Código Civil de 1984, acorde al requerimiento contenido en el artículo 9 de la Constitución de 1979 que hacía referencia al “tiempo y las condiciones que señala la ley”, condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión estable, “siempre que” ésta haya durado por lo menos dos años continuos. Esto significa que, mientras no se cumpla con este plazo, los convivientes someten sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes y, en su caso, a las de copropiedad, en vista de no existir regulación sobre la primera en el Código Civil.

En tal sentido y bajo el influjo de la Constitución de 1979, una vez cumplido el plazo señalado, a partir del día primero del año tercero en adelante, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente; lo que no importa una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Esto último es relevante cuando se compruebe la impertinencia de la aplicación de las normas de sociedad de gananciales; en estos casos, las disposiciones de la comunidad de bienes y, en su caso, las de copropiedad serán las pertinentes.

Sin embargo, desde la perspectiva de la Constitución de 1993, el artículo 326 del Código Civil de 1984 debe ser reinterpretado, desde que en aquélla no existe condicionamiento alguno. En efecto, se comprueba que en el texto del artículo 5 de la

Constitución de 1993 no aparece la frase en el “tiempo y las condiciones que señala la ley”, que contenía el derogado artículo 9 de la Constitución de 1979. A ello, debe agregarse que, con la Constitución de 1993, de la unión estable surge una familia que merece protección constitucional. Por lo que, una vez cumplido el plazo señalado, con eficacia retroactiva al inicio de la convivencia, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente; lo que no importa, como ya se dijo, una conversión de la comunidad de bienes en sociedad de gananciales. Esta interpretación del artículo 326 del Código Civil de 1984 se ajusta al principio protector de la unión estable como familia, a que se refiere la Constitución de 1993; apreciándose, conforme a dicho mandato de protección, un tratamiento idéntico al del matrimonio, en tanto se acredite que es una unión estable propia, en el que los efectos patrimoniales se producen desde la celebración de las nupcias.

Ahora, tanto el artículo 9 de la Constitución de 1979 como el artículo 5 de la Constitución de 1993, señalan que la comunidad de bienes está sujeta a las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. A partir de ello, se debe apreciar que la aplicación extensiva que proponen de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes de los convivientes tiene límites. Ello se comprueba con la frase “en cuanto le fuere aplicable”. Esto quiere decir que no se trata de una aplicación automática de tales disposiciones, sino sólo de aquellas que resulten pertinentes. Vale decir, que ante un problema patrimonial de los convivientes la solución se debe encontrar, en primer lugar, en las normas del régimen de sociedad de gananciales que resulten pertinentes aplicar; y, en caso comprobar la impertinencia de tal aplicación extensiva, sólo en este caso la respuesta estará en las disposiciones del régimen de copropiedad.

Pero ¿cómo saber cuándo una norma de sociedad de gananciales es pertinente o no aplicar a la comunidad de bienes de los convivientes? La respuesta se encuentra en los límites de la aplicación extensiva que deberán ser apreciados caso por caso.

Con la Constitución de 1979, los límites se podían deducir de los siguientes criterios: a) el respeto a la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes; y, b) la inaplicación de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales que establezcan excepciones o restrinjan derechos.

Sin embargo, con la Constitución de 1993 que reconoce a la unión estable como base fundante de una familia que merece protección constitucional, los límites se reducen al respeto a la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes; en la medida que las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales que restringen derechos responden al mandato constitucional de protección. Así, en el caso del artículo 304 del Código Civil, la restricción al derecho de renunciar a una herencia o legado, o de no aceptar una donación, atiende a la conservación para la sociedad de los frutos y productos que esos bienes propios puedan generar, en caso sean aceptados; mientras que respecto del artículo 312 del Código Civil, la restricción de la libertad de contratación entre los cónyuges sobre bienes sociales pretende conservar la expectativa sobre los gananciales de futuro que puedan generar los bienes sociales.

En cuanto al respeto de la naturaleza jurídica del régimen patrimonial de los convivientes, por ejemplo, no resulta pertinente aplicar la previsión del artículo 296 del Código Civil según el cual los cónyuges pueden modificar su régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios. Ello es así, por cuanto el régimen patrimonial de los convivientes es único y forzoso; no pudiendo, por tanto, sustituir -durante la

convivencia- la comunidad de bienes impuesta por mandato constitucional. Otro ejemplo es el referido a la impertinencia de la aplicación del artículo 324 del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho, por cuanto esta última situación importa la extinción de la unión de hecho. Vale decir, que en caso de separación de hecho se extingue la comunidad de bienes entre los convivientes y debe procederse a su liquidación; cesando de producirse derechos comunitarios.

Como se explicara, la sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuándo son o no aplicables las normas del régimen de sociedad a la comunidad de bienes originada de una unión estable, produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deben probar su participación en la adquisición de los bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los mismos, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio. Sin embargo y como queda dicho, desde la perspectiva de la Constitución de 1993, todos los bienes adquiridos se presumirán sociales desde el inicio de la convivencia, una vez que se cumpla con el plazo del artículo 326 del Código Civil.

De manera general, debe considerarse pertinentes las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales relativas a la calificación de los bienes, la responsabilidad por las obligaciones, la gestión patrimonial y las de liquidación del régimen patrimonial.

10. Conclusiones

1. El Bicentenario de la Independencia del Perú se presenta como la gran oportunidad histórica para pensar lo pensado y proyectar mejoras

de futuro, en diferentes áreas y disciplinas. En el caso de los operadores jurídicos, ello importa una posibilidad para realizar una revisión integral de las instituciones jurídicas con perspectiva de reforma. Este ensayo se centrará en los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable, lo que se justifica si se considera que la actual regulación contenida en el Código Civil de 1984 respondió a los postulados de la Constitución de 1979, la que hoy se encuentra derogada; correspondiendo, por tanto, revisarla bajo las perspectivas introducidas por la Constitución de 1993.

2. Del matrimonio y de la unión estable derivan consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida -en uno y otro caso- crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida del grupo familiar van exigiendo; por ello, es necesario organizar un régimen que determine como se contribuirá para la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar, cuál será la repercusión sobre la propiedad y administración de los bienes presentes o futuros y, también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas.
3. Una regla gobierna el establecimiento de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable: debe responder al concepto que cada agrupación tiene sobre el efecto del matrimonio y de la unión estable, no existiendo un carácter de uniformidad en el tiempo y en el espacio, y se presenta con variantes que son fruto natural de las costumbres, la tradición, la organización familiar y todos los demás factores históricos, económicos y sociales de la realidad.
4. En la regulación de los regímenes patrimoniales del matrimonio y de la unión estable existe un ámbito de acción para la autonomía privada, si bien con limitaciones para garantía

de los cónyuges o convivientes y de los terceros. Estos límites, además de los generales de la autonomía privada, proceden en especial del aspecto institucional que el matrimonio y la unión estable tienen. Ellos son producto del contenido ético de las relaciones jurídicas familiares, que imprime un matiz particular y propio al sistema familiar y del que no es ajeno el régimen económico del matrimonio y de la unión estable; no se está, pues, ante relaciones jurídicas puramente económicas.

5. Con la Constitución de 1993, la familia que se ordena proteger es la que nace tanto del matrimonio como de la unión estable. Existe, pues, pluralismo familiar. En ese sentido, a la familia que nace de ambos institutos se le debe reconocer los efectos personales como patrimoniales que respondan al mandato de protección constitucional. Ahora bien, desde que se ordena en el texto constitucional que el matrimonio debe ser promovido, se advierte que éste se encuentra en una mayor consideración respecto de la unión estable, dentro de la jerarquía de valores constitucionales. Por ello, la comunidad de bienes de los convivientes constituye un elemento diferenciador que surge de la concordancia de los principios de promoción del matrimonio y de reconocimiento integral de la unión estable; determinándose así que, durante la vigencia de esta última, aquel régimen patrimonial sea único y forzoso.

Bibliografía

- Asociación No hay Derecho. (2000). Casación N°1345-98 LIMA del 16 de diciembre de 1998. En Asociación No hay Derecho, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria. Tomo II* (pp. 148-152). Ediciones Legales.

- Asociación No hay Derecho. (2000). Casación N°880-97 LORETO del 20 de octubre de 1998. En Asociación No hay Derecho, *El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria* (pp. 290-291). Ediciones Legales.
- Barbero, D. (1967). Sistema de Derecho Privado. Tomo I. Ejea.
- Basset, U. (2010). La calificación de los bienes en la sociedad conyugal. Abeledo Perrot.
- Belluscio, A. (1979). Manual de Derecho de Familia. Tomo II. Depalma.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Revista de Derecho Privado.
- Borda, G. (1962). Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo I. Perrot.
- Castán Tobeñas, J. (1941). Derecho civil español común y foral. Tomo III. Reus.
- Espín Cánovas, D. (1982). *Manual de Derecho Civil español. Familia. Vol. IV*. Editoriales de derecho reunidas.
- Fassi, S., y Bossert, G. (1977). *Sociedad conyugal. Tomo I*. Astrea.
- Josserand, L. (1951). Derecho civil. Los regímenes matrimoniales. Tomo III. Volumen 1. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Mazeaud, J. (1965). *Lecciones de Derecho Civil. Parte IV. Volumen I*. Ediciones jurídicas Europa-América.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). *Mandatos*. Ediar.
- Plácido V., A. (2017). Los regímenes patrimoniales del matrimonio y de las uniones estables en la doctrina y en la jurisprudencia. Instituto Pacífico.
- Planiol, M., Ripert, G., y Boulanger, J. (1952). *Traite Elementaire de Droit Civil. Tome VIII*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.
- Ripert, G., y Boulanger, J. (1965). Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol. Tomo IX. La Ley.
- Tobías, J. (1990). Actos de administración y actos de disposición. En *Derecho de Familia. Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa*. Rubinzal-Culzoni.
- Valverde, E. (1942). *El derecho de familia en el Código Civil peruano Tomo I*. Imprenta del Ministerio de Guerra.
- Vidal Taquini, C. (1990). Régimen de bienes en el matrimonio. Astrea.
- Zannoni, E. (1986). Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Astrea.

Mirando hacia el interior: Problemática regulatoria de la propiedad comunal en el Perú y su relación con los recursos naturales, la preservación y el ejercicio de sus derechos^{1 2}

Looking inward: Regulatory problems of common land in Peru and its relationship with natural resources, the preservation and exercise of their rights

Raúl Ravina Sánchez³

Resumen. El presente trabajo tiene como finalidad describir parte importante de la problemática regulatoria en torno a la propiedad comunal en el Perú. Para ello, planteamos como hipótesis que existen diversos temas que el marco normativo y en los procedimientos vigentes que no permiten garantizar los derechos de las comunidades campesinas y el adecuado aprovechamiento de sus tierras. Con el fin de confirmar nuestra hipótesis, analizaremos los siguientes temas relacionados con la regulación de la propiedad comunal: i) relación con los recursos naturales, ii) falta de deslinde y titulación, iii) superposición de derechos, iv) actualización de padrones, estatutos y juntas directivas, v) número elevado de miembros que dificulta la toma de acuerdos, vi) derechos de usufructo y adjudicación individual al interior de la comunidad. Para el desarrollo de algunos de los problemas identificados hemos revisado casos reales que serán utilizados a manera de ejemplos que grafican la situación del sistema.

Abstract. *This work is intended to describe an important part of the regulatory problems on common land in Peru. To this end, we hypothesize that there are various issues that the regulatory framework and procedures in force do not allow to guarantee the rights of peasant communities and the proper use of their lands. To confirm our hypothesis, we will analyze the following issues related to the regulation of common land: i) relationship with natural resources, ii) lack of demarcation and titling, iii) overlapping of rights, iv) update of registers, statutes and boards of directors, v) high number of members that complicates to make agreements, vi) usufruct rights and individual adjudication within the community. To develop some of the problems identified we have reviewed real cases which will be used as examples to represent the situation of the system.*

Palabras clave. Propiedad Comunal, Comunidades Campesinas, Comunidades, Derechos de Propiedad, COFOPRI, Titulación Rural, Deslinde y Titulación, Superposición, Mor Derecho de Propiedad, Comuneros.

Keywords. *Common Land, Peasant Communities, Communities, Property Rights, COFOPRI, Rural Titling, Demarcation and Titling, Overlapping, Property Right, Commoners.*

1 El presente artículo constituye parte de nuestra tesis denominada “Entre lo común y lo privado: Derecho de propiedad de las comunidades campesinas, problemática y propuestas” sustentada para obtener el grado de Magister en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú

2 Este trabajo no incluye el análisis de la regulación constitucional de la propiedad comunal. Para conocer nuestra posición sobre el tema puede revisarse nuestra tesis denominada “Entre lo común y lo privado: Derecho de propiedad de las comunidades campesinas, problemática y propuestas”.

3 Socio del área de Derecho Inmobiliario y Construcción de CMS - Grau, es actualmente profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad del Pacífico y ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Sumario: 1. Introducción. 2. Relación con los recursos naturales. 3. Falta de deslinde y titulación. 4. Superposición de derechos. 5. Actualización de padrones comunales y juntas directivas. 6. Número elevado de miembros que dificulta la toma de acuerdos. 7. Derechos de usufructo y adjudicación individual al interior de la comunidad. 8. Propuesta de lineamientos para la mejora regulatoria de la propiedad de comunidades campesinas

1. Introducción

En el sistema de propiedad comunal, un predio pertenece en conjunto a un grupo de personas que comparte el derecho a explotar este bien e implica, al menos a nivel conceptual, el libre acceso de los miembros del grupo al bien común. Normalmente, la propiedad común o comunal se da al interior de grupos de personas que comparten un espacio físico, una historia y una cultura, y realizan la explotación de un bien en forma conjunta. Históricamente, ha estado ligado a ciertas formas de explotación de la tierra para agricultura, pastoreo y recolección. Al interior del predio comunal se produce una situación especial, pues un mismo predio es “consumido” de forma colectiva entre los miembros de la comunidad. En ese sentido, la propiedad comunal funciona “hacia afuera” como una propiedad privada y “hacia adentro” como un espacio de consumo colectivo, sin exclusión.

En varios países latinoamericanos se pueden distinguir dos tipos de origen de la propiedad comunal, uno ancestral, que tiene relación directa con la ocupación histórica que las comunidades ejercen desde antes de la conquista europea y que de alguna manera es “reconocido” por los estados modernos y, uno que llamaremos político, que se generaron a partir de procesos políticos (reformas legales, reformas agrarias) que, como una forma de enfrentar la problemática de los pobladores indígenas, asimilaron la situación de grupos campesinos sin tierra o sin títulos de propiedad al de las comunidades campesinas.

El derecho de propiedad comunal debe cumplir principalmente dos funciones sociales: preservar los valores culturales, sociales e históricos que la justifican, y conseguir este primer objetivo sin limitar, o limitar lo menos posible, el ejercicio de los atributos de la propiedad y combatir la escasez.

En lo económico, la función del régimen de propiedad comunal está en permitir el mejor aprovechamiento de las tierras por las comunidades. Al respecto, existe el riesgo de que una visión solo protectora termine aislando a las comunidades del mercado más de lo estrictamente necesario, afectando finalmente a quienes se busca proteger. Otro elemento que debe tenerse presente desde el punto de vista económico, es que se debe buscar evitar la sobreexplotación de la tierra que la existencia de bienes de libre acceso puede generar.

En lo jurídico, la construcción del derecho de propiedad comunal debe conjugar la función social y económica que se decida dar a la propiedad comunal y brindar un marco legal e institucional que permita que se cumpla con la visión que se tenga para el tratamiento del tema de la pluralidad cultural.

En el presente artículo describiremos parte de la problemática regulatoria en torno a la propiedad comunal en el Perú. Sin embargo, en esta ocasión el énfasis no estará dirigido al análisis.

Para el desarrollo de algunos de los problemas identificados hemos revisado casos reales que se-

rán utilizados a manera de ejemplos que grafican la situación del sistema.

Finalmente, plantearemos algunos lineamientos de mejora regulatoria con la finalidad de resolver los problemas que se identifiquen.

2. Relación con los recursos naturales

Respecto a la relación entre el derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras y el derecho del estado sobre los recursos naturales que se encuentran en nuestro territorio, existe la propuesta de reconocer a las comunidades la titularidad de los recursos naturales, en especial los mineros, que se encuentren en el subsuelo de sus tierras. Esta propuesta plantea que, el otorgar dicha titularidad a las comunidades campesinas⁴, los conflictos sociales que se vienen produciendo en las zonas donde se pretenden desarrollar proyectos de explotación de recursos naturales, se reducirían.

Como explicaremos seguidamente, nosotros no coincidimos con la utilidad de otorgar este derecho en favor de los propietarios de tierras. Por el contrario, creemos que existe el riesgo de que la aprobación de este planteamiento eleve la conflictividad y tenga muchos problemas prácticos para su implementación. Por otro lado, si creemos adecuado generar los mecanismos para garantizar los derechos de las comunidades campesinas sobre aquellos recursos naturales que viene aprovechando desde tiempos ancestrales y que forman parte inherente de su estilo de vida (aguas, bosques, etc).

Se entiende por recursos naturales todo aquel elemento que forma parte de la naturaleza y que puede ser aprovechado por el ser humano, incluyendo su aprovechamiento directo o comercial

(Tejada, 2017, p.227). En ese sentido, el artículo 3° de la Ley para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N° 2682) establece:

Artículo 3°.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a) las aguas: superficiales y subterráneas
- b) el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c) la diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistas; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d) los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e) la atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f) los minerales;
- g) los demás considerados como tales;

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente Ley.

Por otro lado, en el Perú, los recursos naturales pertenecen a la nación, tal como lo establece el artículo 66° de la Constitución de 1993, que señala:

⁴ La propuesta se extiende a todos los propietarios de tierras donde existan recursos naturales de interés económico.

Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Por su parte, el artículo de la mencionada ley N° 26821, señala:

Artículo 4°.- Los recursos naturales mantenidos en su fuente, sean éstos renovables o no renovables, son Patrimonio de la Nación. Los frutos y productos de los recursos naturales, derechos obtenidos en la forma establecida en la presente Ley de Comunidades Campesinas, son del dominio de los titulares de los concedidos sobre ellos.

Las citadas normas regulan la propiedad de los recursos naturales y acogen el llamado *Sistema Dominialista*, que ha sido desarrollado en la doctrina principalmente para el caso de los recursos minerales pero que se aplica también para los demás recursos naturales. Sobre este sistema, explica Tejada, citando a Belaunde, “el Sistema Dominialista también distingue la superficie, suelo o subsuelo del yacimiento minero como elementos distintos con regulación propia y, además, atribuye el Dominio Originario de los yacimientos mineros a la colectividad representada por el Estado...”. (Tejada, 2017, p. 234).

El *Sistema Dominialista* incluye a su vez dos modalidades, el *Sistema Dominialista Regalista* y el *Sistema Dominialista Socialista*. En los países en que se acoge el primer sistema, los recursos natu-

rales pertenecen de manera originaria al estado, que puede optar entre explotarlos directamente u otorgarlos en concesión a terceros; en cambio, en aquellos países que acogen el segundo sistema, se reconoce el derecho originario del estado, quien puede explotarlos directamente pero no podrá ceder su explotación a terceros.

En el Perú, se acoge el *Sistema Dominialista Regalista*, por lo que se otorga al Estado la propiedad exclusiva de los recursos naturales dentro del territorio, incluyendo todas sus clases, sean estos renovables o no. Además, nuestro sistema admite que el estado ceda la utilización de los recursos naturales a particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, incluidas las comunidades. A cambio, el Estado puede exigir el pago de retribuciones como tasas, regalías y/o impuestos por las ganancias que se generen. En cuanto a la regulación de las condiciones para la utilización y el otorgamiento en concesión a particulares, estas se regularán mediante Ley orgánica. Así, por ejemplo, la regulación sobre las formas de concesión de los recursos naturales para actividades extractivas está recogida en las Leyes orgánicas de; minería⁵, hidrocarburos⁶, electricidad⁷.

Como se sabe, el Perú cuenta con un potencial minero muy importante, siendo en la actualidad la actividad minera una de las más importantes del país. Según cifras estimadas por el Ministerio de Energía y Minas, en el 2018, la minería aportó casi el 10% del PBI el 61% de las exportaciones del país (Ministerio de Energía y Minas, 2018).

Sin embargo, en los últimos años, el desarrollo de nuevos proyectos mineros se ha visto dificultado por la existencia de una importante oposición de la población que vive en las zonas de los proyectos. Esto ha generado, tanto que, no se desarro-

5 Ley General de Minería, cuyo Texto único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, publicado el 3 de junio de 1992.

6 Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicada el 13 de agosto de 1993.

7 Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, publicada el 19 de noviembre de 1992.

llen nuevos proyectos, como que las actividades de los proyectos existentes se lleven a cabo con tranquilidad.

Frente a este escenario, han surgido varias voces (Gherzi 2007; Eguren 2009; Tejada 2011) que plantean que, una buena forma de enfrentar esta conflictividad entre el desarrollo de los proyectos y la población de su área de influencia, sería el otorgarles a los dueños de los terrenos donde se desarrollan los proyectos, la titularidad sobre los recursos minerales que se encuentran debajo de sus predios. Esta propuesta implicaría pasar del *Sistema Dominialista Regalista* al *Sistema de Accesión*, que es el sistema que se aplica en El Reino Unido, parte de los Estados Unidos, Canadá y otros países del Common Law, y que establece que el propietario del predio superficial es titular de los recursos naturales (en este caso minerales) que se encuentran en el subsuelo de su predio. Sobre este sistema, Tejada explica:

También denominado Sistema Civil, Fundiario o de derecho ilimitado. Este Sistema sostiene que el yacimiento minero es accesorio al dominio del suelo superficial, por cuanto, jurídicamente lo accesorio corre la suerte del principal. En consecuencia, el propietario de un inmueble o terreno superficial en virtud de su título de propiedad y en aplicación del principio de accesión, se convierte automáticamente en propietario del yacimiento que se encuentra dentro de los límites de su propiedad (2017, p. 231).

Quienes postulan este cambio de sistema sostienen que existen un desalineamiento entre los intereses de los propietarios de los proyectos mineros, que son titulares de las concesiones de explotación otorgadas por el estado, y los pobladores de las áreas de influencia de dichos proyectos, quienes no se verían adecuadamente beneficiados por el desarrollo de la actividad minera y no tendrían interés en que esta se desarrolle. En cambio, pos-

tulan que, si se otorga a los propietarios del suelo los derechos sobre los recursos minerales, estos podrían negociar sus derechos sobre la tierra y sobre los recursos minerales de manera conjunta, obteniendo importantes compensaciones económicas que se podrían dar a manera de pago en efectivo o con la entrega de participaciones en los resultados del proyecto, con o sin participación en la empresa que lo vaya a desarrollar. Gherzi (2007) lo explica con el siguiente ejemplo:

La pregunta que yo le formulo a mis alumnos es la siguiente ¿Cuál es la diferencia entre encontrar petróleo en Texas y encontrar petróleo en el Perú? La respuesta, después de arduo debate, es una sola: si tú encuentras petróleo en Texas eres rico, si tú encuentras petróleo en el Perú eres pobre. La razón es paradójicamente institucional. Porque ustedes podrían preguntarse ¿Por qué si has encontrado petróleo en un lugar eres rico y en otro eres pobre? Porque en el Perú ese petróleo es del Estado, cuando lo encuentras te lo quitan y se lo dan a otra persona.

Si encuentras petróleo en tu casa o mutatis mutandi, oro, plata, cobre, estaño o lo que fuere, pues no es tuyo, es del gobierno. Y el Estado puede asignarlo a través de determinados procedimientos, más o menos parecidos en los países de América latina, a quien le parezca. Este es el problema y la razón por la cual quisiera plantearles algunas reflexiones esta tarde.

En la misma línea, señala Alonso Gurmedi (2011):

Finalmente, está la opción de darle a los comuneros la propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran debajo del suelo para que puedan, con un derecho de propiedad claramente establecido, negociar directamente con la minera las condiciones

de su explotación. El problema aquí, claro, es poder determinar con seguridad y precisión el derecho de propiedad para que pueda ser de verdadera utilidad al campesino (y claro, podría implicar también revisar el régimen de propiedad dentro de las comunidades campesinas).⁸

Por su parte, el ex congresista José Carlos Eguren elaboró durante su periodo congresal un documento de trabajo donde expresaba lo siguiente:

La propiedad, es la prolongación de la libertad humana, un medio para su desarrollo y dignificación. La propiedad entendida a cabalidad debe tener como finalidad el logro del desarrollo humano y la justicia social. La propiedad, en el contexto de los derechos reales, debe comprender la propiedad del suelo - la superficie- y el subsuelo, de conformidad con el principio de accesión, tal como sucede en países como Estados Unidos de Norteamérica (los grupos tribales y particularmente Alaska), Canadá (región de Nunavut), el Reino Unido y Sudáfrica, entre otros. El Sistema Accesorio o Fundiario permite que “el propietario de la superficie, es decir del suelo del terreno sea también propietario del subsuelo y, por lo tanto, de los recursos naturales (riquezas mineras y/o hidrocarburíferas) que pudieran existir. Para este sistema, superficie y subsuelo son uno sólo, a diferencia del Sistema Dominalista donde se trata de dos inmuebles diferentes y separados”, los mismos que implican derechos independientes el uno del otro.

La introducción de este concepto en nuestra realidad jurídica, permitirá un mejor enfoque del problema del derecho de propiedad, particularmente, en el caso de nuestras Comunidades Nativas y Campesinas, así como

al derecho a acceder a los beneficios que la explotación de sus tierras, de manera directa, les deben ofrecer (2009, pp. 9-10).

Por otro lado, en el caso específico de los pueblos indígenas, existen una serie de convenios y tratados internacionales, así como, importante jurisprudencia internacional que reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 15° inciso 1, lo siguiente:

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Sin embargo, el propio inciso 2 del citado artículo 15° del Convenio 169 admite que los Estados pueden tener la propiedad de los recursos minerales y de los recursos naturales que existen en el subsuelo y plantea que el derecho de los pueblos indígenas debe ser protegido mediante mecanismos de consulta, participación en los beneficios y compensación por eventuales daños.

Artículo 15

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explo-

⁸ El resaltado es nuestro.

tación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

En la misma línea se pronuncia el inciso 1 del artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que establece:

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

En nuestra opinión, la implementación de un sistema de acceso, donde la propiedad del suelo otorgue el derecho sobre los recursos naturales, no solucionaría los problemas sociales que vienen dificultando el desarrollo de proyectos mineros en la actualidad, esto en razón de los argumentos que seguidamente pasaremos a desarrollar.

En primer lugar, existe un problema importante para la implementación de la medida, pues una gran cantidad del territorio nacional ya se encuentra concesionado. En efecto, revisando, por ejemplo, el tema de los recursos minerales que se encuentran en el subsuelo peruano, en la actualidad, alrededor del 14.07% del territorio nacional cuenta con concesiones mineras otorgadas a privados, las mismas que además corresponden al 37.87% del territorio de las comunidades campesinas (Martínez, 2017). Estos porcentajes son todavía mayores, si se considera solamente las zonas que están geológicamente identificadas con potencial minero. Es evidente que estos derechos, previamente asignados, no podrían ser desconocidos por el estado sin, al menos, pagar una in-

demnización. Es decir, la implementación de esta propuesta colisiona con los derechos adquiridos por parte de los actuales concesionarios, lo que podría dar lugar a reclamos y pedidos indemnizatorios.

En segundo lugar, el otorgamiento del derecho sobre los recursos naturales a los propietarios del suelo se enfrenta a los diversos problemas de determinación del derecho de la propiedad predial en el país. En el Perú una gran cantidad de predios, incluidos los de las comunidades campesinas, no se encuentran debidamente titulados, tienen problemas de superposición de derechos, no han sido catastrados adecuadamente o no cuenta con límites bien definidos. Esta situación, ya de por sí problemática, podría tornarse mucho más conflictiva, en tanto los derechos en discusión tendrían un potencial económico mayor. En ese sentido, se estarían generando potenciales conflictos que no se vienen considerando.

En tercer lugar, en el caso específico de las comunidades campesinas, se pueden generar tensiones por la distribución de los beneficios entre los miembros de la comunidad, esto especialmente si los recursos minerales se identifican en zonas que vienen siendo usufructuadas por solo parte de los miembros de la comunidad. Si bien, sería de esperarse que, en este caso, las comunidades deben funcionar como una sola unidad, creemos muy probable que se genere una conflictividad importante al interior de las comunidades. En ese sentido, tenemos la presencia, muy generalizada, de explotación individual que puede generar presión para otorgar beneficios especiales para los directamente afectados. Adicionalmente, se podría generar una tendencia a la subdivisión de la comunidad y para su parcelación.

En el ámbito legal, el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 66° de la Constitución de 1993 se sustenta en el interés común de la sociedad, que la explotación de los recursos naturales

no debe estar segregada del interés nacional y que, por lo tanto, corresponde al Estado, en representación de la nación, su titularidad.

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés

rídico-política de la Nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce. El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.⁹

UBICACIÓN	ESTADO DEL PROYECTO	AÑO	USO	ÁREA	PRECIO PAGADO		PRECIO POR HECTAREA	
					Soles	Dólares	Soles	Dólares
MOQUEGUA	FACTIBILIDAD	2008	FACILIDADES	3460	S/.16,090,609		S/.4,650	
MOQUEGUA	FACTIBILIDAD	2014	FACILIDADES	1380		US\$ 10'282,117		US\$ 7,450
CAJAMARCA	FACTIBILIDAD	2009	VARIOS	1	S/.10,000		S/.10,000	
APURIMAC	CONSTRUCCIÓN	2013	EXPANSION	1900	S/. 122'400,000		S/.64,421	
APURIMAC	CONSTRUCCIÓN	2010	FACILIDADES	30.02	S/.180,127		S/.6,000	
CAJAMARCA	CONSTRUCCIÓN	2010	FACILIDADES	66	S/.433,800		S/.6,572	
TRUJILLO	EXPLORACIÓN	2012	EXPLORACIÓN	51.84	S/.748,430		S/.14,385	
CUZCO	OPERACIÓN	2017	PIT (recurso mineral)	1.98		US\$ 1'487,775		US\$ 750,000
CUZCO	OPERACIÓN	2016	BOTADERO	8.78		US\$1'294,172		US\$ 147,254
CUZCO	OPERACIÓN	2016	FACILIDADES	1.55		US\$186,000		US\$ 120,000

Fuente: Cuadro de elaboración propia, a partir de casos concretos en donde hemos participado, la información sobre las partes involucradas se mantiene en reserva por confidencialidad.

nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribire su exclusivo y particular goce. En ese sentido, los recursos naturales - como expresión de la heredad nacional- reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión ju-

En el caso de los proyectos que ya han sido implementados o que cuenten con un avance significativo, es probable que se generarían expectativas y eventuales reclamos, para que los propietarios o ex propietarios del suelo sean compensando económicamente de forma ex post. Este "costo adicional", evidentemente escaparía a los estimados de inversión de las compañías que desarrollan el proyecto.

⁹ Sentencia del Expediente 0048-2004-PI/TC.

Debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, los propietarios de predios donde se implementan proyectos mineros cuentan con mucha información sobre la importancia que sus predios tienen para el desarrollo de los proyectos y sobre el valor que pueden exigir para acceder a cederlos. En el siguiente cuadro, elaborado a partir de nuestra participación en algunos casos de negociación y a otras fuentes, podemos mostrar algunos montos que se vienen pagando para la adquisición de terrenos para proyectos mineros. En todos estos casos, es fácil concluir que los montos pagados no guardan relación con el valor de mercado de los predios, sino que incorporan el hecho que en su subsuelo existan recursos minerales e incluso, en casos en que no hay mineral, que puedan servir para la instalación de facilidades que son indispensables para el proyecto.

Los predios a los que se refiere el cuadro anterior se encuentran situados en zonas sobre los 3,000 metros de altura, con baja productividad agrícola y pecuaria. En ese sentido, los montos que se pagaron exceden largamente el valor agrícola y pecuario de los mismos e incorporan su aporte para el desarrollo de un proyecto minero. Por otro lado, hay tres elementos que parecen guardar relación con el valor pagado; i) la fecha de la transferencia, ii) la etapa del proyecto, y, iii) el propósito de la adquisición. En cuanto a la fecha de transferencia, se aprecia una tendencia al incremento de los precios pagados con el pasar de los años. En relación de la etapa del proyecto, se aprecia que en cuanto más avanzado el mismo, los precios tienden a subir, siendo que los precios más altos los que corresponden a la etapa de operación del proyecto, donde muchas veces la adquisición de ciertos terrenos estratégicos, como son por ejemplo los adquiridos para ampliación de la explotación mineral (PIT), construcción o ampliación de botaderos y carreteras, se torna indispensable para la continuidad del proyecto.

En relación con el punto anterior, somos de la opinión que, en los casos de conflictos sociales relacionados con proyectos mineros, la implementación de la propuesta en análisis no hubiera sido la solución esperada. Decimos esto basados en el hecho de que en la mayoría de los proyectos donde se han presentado altos grados de conflictividad y oposición, esta no ha sido dirigida por los propietarios de los donde se desarrolla efectivamente el proyecto, de hecho, en casos como Conga, Las Bambas, Tía María, las tierras del proyecto ya han sido transferidas voluntariamente a las empresas que buscan desarrollarlos.

En el caso del Proyecto Conga, la empresa Yanacocha adquirió el derecho de propiedad de los terrenos sobre los que proyectó realizar sus actividades y en general esto se ha realizado sin mayores conflictos con los vendedores. Lo que sí se produjo fue el reclamo de pobladores de la zona que habrían estado en posesión de parte de estos terrenos y que reclaman no haber sido compensados. En este caso, se puede apreciar que el problema es una discusión sobre quién es el verdadero propietario y no sobre los derechos a ser compensados por la existencia del recurso mineral en el subsuelo de los predios¹⁰. Respecto al Proyecto Tía María, los reclamos principales vienen por el lado de los pobladores del valle del Tambo, que viven y trabajan en las tierras colindantes al proyecto. Los reclamos contra este proyecto son básicamente socio ambientales y no tienen que ver con reclamos de los vendedores de tierras. En el caso del proyecto Las Bambas, los reclamos que han generado las paralizaciones y bloqueos de carreteras, no son respecto a tierras en donde se realice explotación de minerales, sino a la aparente falta de compensación por tierras que han sido afectadas por carreteras que tienen la condición de bienes de dominio público.

10 Esto sin considerar los conflictos en materia ambiental que tienen otra connotación.

En todos estos casos, los reclamantes son básicamente los pobladores de zonas colindantes, cuyas tierras no son parte de las que el proyecto necesita adquirir y, que son quienes tendrían que convivir con los proyectos durante su ejecución.

En consecuencia, consideramos que en razón de; i) los problemas para su implementación, ii) los conflictos nuevos que se podrían generar, y, iii) el poco efecto que parece que tendría esta medida para reducir la conflictividad, no es conveniente que los propietarios del suelo adquieran la propiedad de los recursos naturales ubicados en el subsuelo. Ahora bien, en el caso de las comunidades campesinas, en razón de los convenios internacionales suscritos por el Perú, debe garantizarse que la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de sus tierras, se realice previa consulta a las mismas y que se generen mecanismos adecuados para que las comunidades se beneficien de dicha explotación y para que sean resarcidas en caso se les generen daños.

Finalmente, consideramos que, en relación con los recursos naturales que se encuentran en la superficie y vienen siendo utilizados históricamente por las comunidades, el Estado debería implementar los mecanismos para que el marco legal reconozca un privilegio especial para el reconocimiento de estos derechos.

3. Falta de deslinde y titulación

En esta sección analizaremos uno de los temas más relevantes para la seguridad jurídica de las comunidades campesinas sobre sus tierras, el deslinde y titulación. Al respecto, intentaremos demostrar que los constantes cambios institucionales en el manejo del deslinde y titulación de comunidades campesinas, la falta de una visión adecuada respecto a la necesidad de brindar verdadera seguridad jurídica a las comunidades y la

falta de una reforma legal y procedimental de los procedimientos para el deslinde y titulación, afectan los derechos de las comunidades campesinas sobre sus tierras.

A lo largo de la presente investigación, hemos hecho constante referencia al derecho de propiedad de las comunidades campesinas sobre sus tierras y a como nuestra constitución, sus leyes de desarrollo y los instrumentos internacionales suscritos por el Perú reconocen plenamente ese derecho. Sin embargo, la mera declaración, no garantiza el derecho pleno de las comunidades sobre sus tierras pues es necesario que sea acompañada por mecanismos de reconocimiento y protección de sus derechos. Al respecto, Laureano del Castillo (2004) hace referencia a la necesidad de contar con una norma sobre el deslinde y titulación de comunidades.

¿Se justificaba la aprobación de una ley especial dedicada al deslinde y titulación comunal? Aunque desde 1920, como veremos en las páginas siguientes, se declara en los textos constitucionales la protección del Estado hacia las tierras comunales, no bastaba esa declaración para que las comunidades tuvieran el pleno respaldo sobre la propiedad de sus tierras. De eso fue muy consciente el gobierno de Alan García, el cual impulsó la Ley de Deslinde del Territorio conjuntamente con la Ley General de Comunidades Campesinas. La experiencia histórica demostró que, al momento de presentarse un litigio por tierras comunales, la norma constitucional señalaba un principio pero carecía del respaldo que la legislación sobre propiedad otorgaba a los propietarios, más aún si uno de los litigantes exhibía un título de propiedad inscrito en los registros públicos.

En ese sentido, es evidente que es necesario que las comunidades campesinas cuenten con títulos de propiedad que les permitan garantizar efectivamente sus derechos y ejercerlos a plenitud. Para ello, no es solo necesario el sistema de deslinde

y titulación de las comunidades campesinas existía, sino que se necesita que funcione de manera adecuada. Sin embargo, hemos podido identificar diversas falencias a las que haremos referencia seguidamente.

En primer lugar, tal como señala la Defensoría del Pueblo:

En los últimos años, sin embargo, se ha variado periódicamente a la entidad que estaba encargada de dichos procedimientos. Así, por ejemplo, dicha competencia ha estado a cargo del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETH2 (1992-2007), el Organismo de la Formalización de la Propiedad Informal- COFOPRI (2007-2009), los Gobiernos Regionales (2009-2012) y, desde el año pasado, la rectoría del proceso de saneamiento de la propiedad comunal se encuentra a cargo del Ministerio de Agricultura y Riego, pero la ejecución de la tarea se mantiene en los Gobiernos Regionales¹¹ (2014, p. 1).

En efecto, en los últimos treinta años, tanto el manejo institucional, la ejecución y la rectoría del deslinde y titulación de terrenos de comunidades campesinas¹², ha venido siendo realizado por distintas entidades. Inicialmente, se creó el Proyecto Especial de Titulación de Tierras (PETH)¹³, ente especializado que contaba con financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para llevar a cabo un proceso de catastro y titulación

de predios rurales y comunidades. Durante su existencia, llegaron a haber 4,186 comunidades campesinas¹⁴ tituladas, sin embargo, el trabajo del PETH fue cuestionado porque sus procedimientos no garantizaban que los títulos emitidos otorgaran real seguridad jurídica a los beneficiarios. En efecto, se cuestionaba que el PETH no hubiese generado una reforma legal que garantizase que los derechos de propiedad asignados y los linderos establecidos fueran inobjetables. Por el contrario, el PETH se limitó a aplicar el marco legal existente sin enfrentar adecuadamente la problemática de la propiedad rural. Algunos elementos que nos permiten apreciar este problema son los siguientes:

De acuerdo con COFOPRI (Defensoría del Pueblo 2014)¹⁵, el 61.5% de las comunidades campesinas tituladas no se encuentran geo-referenciadas, es decir, no existe certeza sobre la real ubicación de sus linderos.

El proceso de deslinde tiene un carácter eminentemente práctico donde el análisis de los elementos jurídicos que acreditan la propiedad comunal y la de los colindantes era muy limitado. De hecho, el elemento más importante durante el deslinde eran las reuniones con los colindantes, donde si las partes suscribían la respectiva acta de colindancia, se daba por hecho lo que allí se consignase, sin tomar las medidas necesarias para evitar la afectación de derechos de terceros. Como

11 El Ministerio de Agricultura y Riego – Minagri, en conjunto con el Banco Interamericano de Desarrollo –BID–, han formulado el proyecto de inversión pública “Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú, Tercera Etapa – PETH3”, cuyo financiamiento proviene de fondos públicos, así como de un préstamo monetario para el cual se ha suscrito el contrato de préstamo de endeudamiento N° 3370/OC-PE entre el BID y la República del Perú en el año 2015. (Tomado de <https://uegps.gob.pe/peth3/>).

12 Estos cambios constantes en el manejo del deslinde y titulación de las comunidades se han producido conjuntamente con los procesos de titulación de predios rurales.

13 El Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETH) fue creado por la octava disposición complementaria del Decreto Ley N° 25902.

14 De un universo estimado a esa fecha de 5,774 comunidades campesinas existentes a nivel nacional, esta cifra corresponde a la etapa de ejecución del denominado PETH2.

15 Citado por el informe de la Defensoría del Pueblo N° 002-2014-DP/AMAPPI-PPI.

veremos más adelante, esta es una debilidad que se mantiene hasta la fecha.

- a) La falta de antecedentes catastrales adecuados a nivel de registros públicos, no eran corregidos, haciéndose una suerte de borrón y cuenta nueva a partir del catastro que levantaba la propia entidad, lo que genera que la determinación de los límites de los predios sea determinada sólo a partir de los datos recogidos en campo,

y que pueden generar la afectación de derechos de terceros.

Toda esta problemática abonó en la transferencia de las competencias para la titulación rural (predios individuales y comunidades), en favor de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI), que en el año 2007 absorbió al PETT¹⁶⁻¹⁷. Desde 1996, COFOPRI venía desarrollando el programa de formalización de la propiedad urbana en el país, para lo cual, había

Departamentos	Total CC	Reconocidas y Tituladas	Reconocidas Por Titular	Por Reconocer y Titular	Extensión Titulada
Amazonas	54	52	2	-	691 917,63
Áncash	351	331	20	-	1 724 468,75
Apurímac	476	432	44	-	1 974 103,66
Arequipa	104	95	9	-	1 415 774,55
Ayacucho	691	486	205	-	2 918 606,52
Cajamarca	111	88	23	-	395 743,19
Cusco	927	796	131	-	2 682 443,08
Huancavelica	640	524	116	-	1 848 231,34
Huánuco	300	205	87	8	970 780,04
Ica	11	6	5	-	202 580,55
Junín	403	357	46	-	1 268 416,64
La Libertad	123	112	11	-	469 282,33
Lambayeque	28	18	10	-	448 005,71
Lima	289	229	60	-	2 194 683,99
Loreto	921	44	66	811	304 961,95
Madre de Dios	1	-	-	1	-
Moquegua	76	72	4	-	498 595,08
Pasco	74	64	9	1	500 843,01
Piura	136	125	11	-	921 164,42
Puno	1 303	1 057	246	-	2 162 313,04
San Martín	63	1	3	59	1 264,40
Tacna	46	43	3	-	486 528,73
Ucayali	139	-	-	139	-
TOTAL	7 267	5 137	1 111	1 019	24 080 708,62

Fuente: (SICCAM, citado en Instituto del Bien Común y Centro Peruano de Estudios Sociales, 2016)

que muchas veces son poco concluyentes

desarrollado un nuevo marco legal que ponía énfasis en el otorgamiento de títulos de propiedad

16 Mediante Decreto Supremo N° 005-2007-VIVIENDA.

17 Al respecto ver Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento. (2008). *Sustento de fusión COFOPRI-PETTS, Transferencia de funciones a los Gobiernos Regionales y Decreto Legislativo N° 1089*. [Diapositiva de Power Point]. Minem. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/Fusi%C3%83%C2%B3n%20COFOPRI-PETT.pdf>

que brindaran toda la seguridad legal a los beneficiarios. Sin embargo, COFOPRI no cumplió con mejorar significativamente los procedimientos para la titulación rural, manteniendo el *status quo* y los problemas descritos previamente. Finalmente, serias acusaciones de corrupción de funcionarios¹⁸ llevaron al gobierno de turno a emitir el Decreto Supremo N° 088-2008-PCM, por el cual se transfirieron las competencias de formalización de la propiedad rural a los gobiernos regionales.

La cesión de competencias a los gobiernos regionales coincidió con el proceso de descentralización regional que se venía implementando desde el gobierno de Alejandro Toledo. Lamentablemente, esto se realizó sin mediar mayor preparación y, de un momento a otro, los gobiernos regionales recibieron miles de expedientes que debían tramitar sin encontrarse preparados ni tener los recursos necesarios.

Desde el año 2013, El Ministerio de Agricultura y Riego asumió la rectoría del proceso de catastro y titulación rural y es el encargado de brindar soporte técnico a los gobiernos regionales para la ejecución de la titulación rural. En cuanto a los resultados del proceso de titulación de comunidades campesinas, de acuerdo con las cifras del Sistema de Información sobre Comunidades Campesinas del Perú al 2016, se tiene la información sobre el siguiente avance.

Como se puede apreciar, el proceso de titulación masiva parece haber avanzado significativamente. En efecto, alrededor del 70% de las comunidades campesinas identificadas al 2016 ya se encuentran tituladas¹⁹. Sin embargo, existen más

de 1,000 comunidades campesinas pendientes de titulación. Por otro lado, contrastando la información del SICCAM con la proporcionada por COFOPRI correspondiente al año 2009, el avance de la titulación de comunidades campesinas, desde el año 2009, ha sido mínimo. Además, la tarea de titulación de comunidades campesinas se encontraría mucho más atrasada si consideramos como parte de la tarea la georreferenciación de todos los predios titulados²⁰.

A manera de primeras conclusiones en este punto, a partir de los cambios que se han producido en el marco institucional relacionado con la titulación rural y de su marco legal vigente, específicamente en el de deslinde y titulación de las comunidades campesinas, consideramos que se deberían considerar los siguientes lineamientos para el manejo futuro:

- a) Responsabilizar a una entidad centralizada. Respecto a la descentralización de las funciones de titulación de las comunidades campesinas, consideramos que los programas masivos de formalización/titulación de la propiedad, tienen básicamente carácter temporal. En efecto, la formalización de la propiedad, especialmente si se realiza de forma correcta, es un proceso de naturaleza finita, pues la masa crítica que justifica su existencia se va extinguiendo en la medida que el programa avanza. Es más lógico entonces, que, en estos casos, una sola entidad pueda concentrar los recursos necesarios para ejecutar un programa rápido, masivo y homogéneo a nivel nacional.
- b) Es evidente, sin embargo, que la sola centralización de funciones no es suficiente para

18 Al respecto ver Miranda, O. (22 de abril de 2010). *El millonario regalo de Cofopri*. IDL-Reporteros. Recuperado de <https://www.idl-reporteros.pe/el-millonario-regalo-de-cofopri>

19 Debe considerarse que, del número de comunidades campesinas pendientes de titulación, alrededor de un 14% se refiere a comunidades ribereñas, que no fueron parte de los objetivos de titulación en años anteriores.

20 Como señalamos anteriormente, COFOPRI estima que 61.5% de las comunidades campesinas tituladas no se encuentran georreferenciadas.

garantizar que el programa de formalización funcione bien, pues tenemos los ejemplos del PETT y COFOPRI, que como explicábamos anteriormente, no cumplieron adecuadamente con el encargo. A nuestro entender, no basta con que, como sucede actualmente, el gobierno central asuma una función rectora de la formalización de la propiedad a cargo de los gobiernos regionales, pues este modelo no ha mostrado funcionar adecuadamente.

- c) En efecto, se puede apreciar que, desde que el Ministerio de Agricultura y Riego asumió las funciones de ente rector para la formalización de predios rurales y comunidades campesinas, el avance en la titulación ha sido bastante limitado y no se ha avanzado en la georreferenciación de los predios ya titulados. Al respecto, consideramos que el Ministerio de Agricultura y Riego no es una instancia con el nivel de especialización que se requiere en temas de formalización de la propiedad y no ha demostrado que cuente con la visión adecuada para brindar verdadera seguridad jurídica a la propiedad rural²¹. Además, se presentan problemas para la adecuada coordinación entre el Ministerio de Agricultura y Riego y los gobiernos regionales que hacen poco efectiva la calidad de ente rector del ministerio.

Dado que de acuerdo con cifras de COFOPRI, la mayoría de las tierras de las comunidades campesinas tituladas no se encuentran georeferenciadas, es necesario realizar un trabajo de georreferenciación de las mismas. Para ello, entender que este no es un proceso meramente técnico y que será necesario dotar el proceso de un marco legal que avale el eventual desplazamiento y ajuste de los perímetros de y áreas de estos predios.

En segundo lugar, en cuanto al procedimiento de titulación de comunidades campesinas, La Ley

N° 24657, *Ley que declara de necesidad e interés social el Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas* (en adelante, la “Ley de Titulación de Comunidades Campesinas”), constituye el marco normativo - de acuerdo con lo establecido en los artículos 88° y 89° de la Constitución Política del Perú de 1993 - sobre el deber del Estado de titular colectivamente a las comunidades campesinas con el fin de garantizar el derecho de propiedad de sus tierras comunales.

Por su parte el Art. 3° de la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas, establece los supuestos en los que procede el procedimiento de deslinde y titulación: (a) cuando las comunidades carecen de títulos de las tierras que poseen; (b) cuando existe disconformidad entre el área real y la que indican sus títulos; y (c) cuando los títulos de propiedad son imprecisos en cuanto a sus linderos, medidas perimétricas o tierras superficiales que comprende dicho territorio.

Artículo 3°.- Cuando las Comunidades Campesinas carecieran de títulos de las tierras que poseen, o hubiere disconformidad entre el área real y la que indican sus títulos o éstos fueren imprecisos en cuanto a sus linderos, medidas perimétricas o tierras superficiales que comprende dicho territorio, tales defectos se salvarán en la forma que se establece en los artículos siguientes.

Como se puede apreciar, la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas considera como beneficiarias del proceso de deslinde y titulación a las comunidades campesinas sin título de las tierras que poseen y las declaran como parte de sus tierras originarias, lo que debe entenderse en concordancia con las exclusiones establecidas en el artículo en el Art. 2° de la Ley de titulación de Comunidades Campesinas, que establece:

21 A la fecha, no se ha generado un plan destinado a corregir los problemas de falta de georreferenciación de la propiedad rural.

Artículo 2°.- El territorio comunal está integrado por las tierras originarias de la Comunidad, las tierras adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria. Las tierras originarias comprenden: las que la Comunidad viene poseyendo, incluyendo las eriazas, y las que indican sus títulos. En caso de controversia sobre esos títulos, el Juez competente calificará dichos instrumentos.

No se consideran tierras de la Comunidad:

Los predios de propiedad de terceros amparados en títulos otorgados con anterioridad al 18 de enero de 1920 y que se encuentren conducidos directamente por sus titulares;

Las tierras que se encuentren ocupadas por centros poblados o asentamientos humanos al 31 de diciembre de 2003, salvo aquellas sobre las que se haya interpuesto acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas antes de dicha fecha. Las autoridades pertinentes procederán a formalizar y registrar las tierras ocupadas por los asentamientos humanos, con el fin de adjudicar y registrar la propiedad individual de los lotes a sus ocupantes.

Se exceptúan las tierras de los centros poblados que estén formados, dirigidos y gobernados por la propia Comunidad;

Las que el Estado ha utilizado para servicios públicos; salvo convenios celebradas entre el Estado y la Comunidad;

Las tierras adjudicadas con fines de Reforma Agraria excepto:

1. Aquellas sobre las que se han planteado acciones de reivindicación por parte de las Comunidades Campesinas.
2. Aquellas que sean sometidas a procesos de reestructuración con fines de redistribución de tierras a favor de las Comunidades Campesinas; y,
 1. Las tierras en que se encuentren restos arqueológicos.
 2. Las que la Comunidad adjudique a sus comuneros o a terceros.
 3. Las que sean declaradas en abandono.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 0468-2016-MINAGRI²², se aprobaron los *Lineamientos para el Deslinde y Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas* (en adelante, la “Resolución”). La Ley de Titulación de Comunidades Campesinas y la Resolución regulan el procedimiento administrativo que deben seguir las Comunidades Campesinas para la obtención del plano conjunto del territorio comunal, las actas de colindancias y las memorias descriptivas; constituyendo estos documentos, salvo las áreas en controversia, títulos definitivos de propiedad de la Comunidad Campesina sobre su territorio, y únicamente por su mérito los Registros Públicos procederán a inscribir las tierras a nombre de la Comunidad Campesina. Como ya hemos señalado, este procedimiento se ejecuta a través de las Direcciones Regionales Agrarias u órganos o unidades orgánicas de los Gobiernos Regionales que hagan sus veces; bajo la rectoría del Ministerio de Agricultura y Riego.

En el cuadro siguiente, se aprecian los pasos del procedimiento de deslinde y titulación de las Comunidades Campesinas.

22 Publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de setiembre de 2016

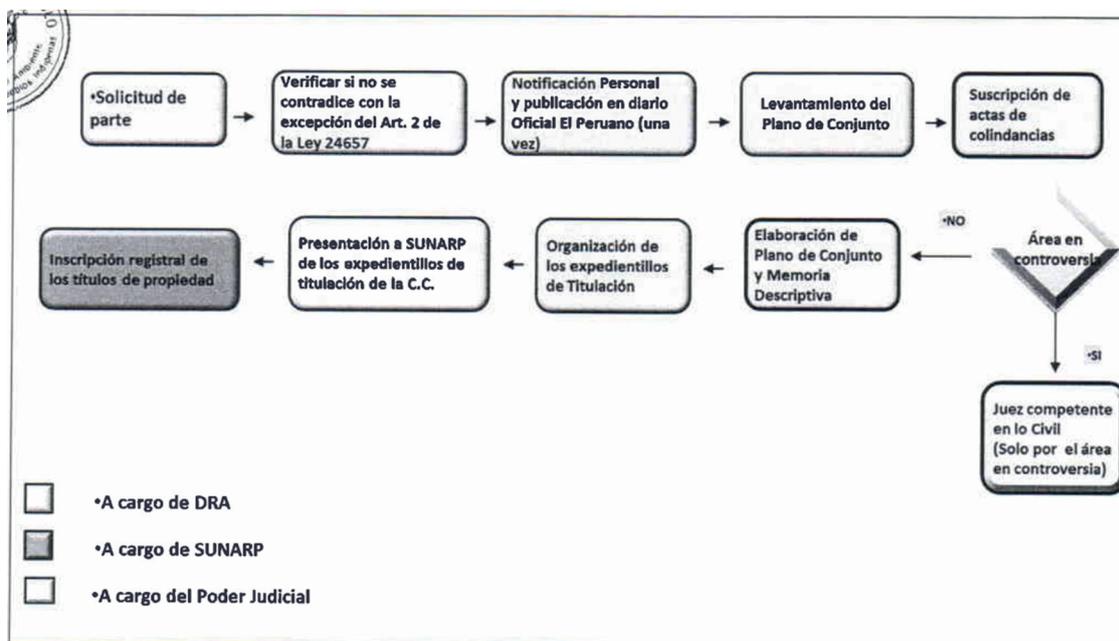
Como se puede apreciar, el procedimiento de deslinde y titulación se inicia a pedido de parte y puede describirse de la siguiente manera:

Etapa preliminar: Recibida la solicitud, el ente de formalización regional verifica que la propiedad solicitada no se encuentre en los supuestos de ex-

Titulación e inscripción: Se procede con la organización del expediente de titulación y su presentación a los registros públicos.

Es importante señalar que, cuando la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas o la Resolución hacen referencia al procedimiento de

Procedimiento de titulación y deslinde de comunidades campesinas



Fuente: (Defensoría del Pueblo, 2016. p. 10).

clusión del artículo 2° de la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas. De no encontrarse ningún impedimento, se procede con la notificación y publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Etapa de campo: Incluye el levantamiento del plano de conjunto y la suscripción de actas de colindancia, que implica el acuerdo de los colindantes para la determinación del territorio. En caso de controversia será necesario la actuación del Juez Especializado en lo Civil.

Etapa de Gabinete: Se procede a la elaboración del plano y memoria descriptiva.

deslinde, se refieren al procedimiento destinado a formalizar las tierras originarias de las Comunidades Campesinas. En cambio, las tierras comunales adquiridas de acuerdo al derecho común y agrario, y las adjudicadas con fines de Reforma Agraria, no necesariamente conllevan a un deslinde y consecuentemente no les resulta de aplicación el obligatorio el procedimiento que lo regula. En ese sentido, se puede ver el siguiente pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)²³:

En el presente caso del Sistema de Consultas Registral se aprecia que la Comunidad Campesina de Hualá es propietaria del predio de 331.57 Has. inscrito en la partida 02007798, de lo que se

23 Resolución N° 1114-2014-SUNARP-TR-L de fecha 13 de junio de 2014.

colige que la inmatriculación que hoy se solicita inscribir no constituye el territorio integral de la Comunidad Campesina de Hualá.

En cuanto al procedimiento de deslinde y titulación, hemos identificado una serie de problemas en su ejecución, que pasamos a describir. En primer lugar, de acuerdo a lo que hemos podido apreciar, en la revisión de diversos procesos de titulación de comunidades campesinas, la verificación que la propiedad solicitada por la comunidad campesina no se encuentre en los supuestos de exclusión del artículo 2° de la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas, no se realiza de forma adecuada para todas las causales. En especial, el proceso no es cuidadoso en la identificación de propiedades de terceros amparados en títulos otorgados antes del 18 de enero de 1920, la consecuencia de que no haya una revisión adecuada de esta causal de exclusión, genera que se generen superposiciones de derechos que, en muchas ocasiones generan conflictos que terminan discutiéndose ante el Poder Judicial. Adicionalmente, a nivel administrativo no se han generado criterios claros para dilucidar estas disputas, lo que implica que será el Poder Judicial, que muchas veces no cuenta con el conocimiento especializado que se requiere para estos casos.

Por otro lado, en el caso de las tierras ocupadas por asentamientos humanos o centros poblados antes del 31 de octubre de 2003 y las que el estado ha utilizado para servicios públicos, normalmente no son excluidas de la propiedad comunal, generándose duplicidad de derechos e incluso a nivel registral.

En segundo lugar, el levantamiento del plano de conjunto y la suscripción de actas de colindancia, se realizan básicamente considerando la posesión física de la comunidad y de sus colindantes. Si

bien este parece un buen mecanismo cuando los colindantes están de acuerdo con la comunidad, es insuficiente para resolver situaciones de duda o conflicto. En efecto, en tanto este mecanismo no implica una real revisión y análisis de los títulos ancestrales de la comunidad (en los casos que existen) ni de las áreas en disputa con terceros que pudieran existir dentro del perímetro de la comunidad, se termina utilizando la “apariencia de posesión” como casi único criterio²⁴. Esta práctica tiene el riesgo de, por un lado, convalidar la pérdida de áreas en posesión de terceros por parte de la comunidad, y, por otro lado, afectar el derecho de terceros que no cuenten con posesión. Por otro lado, la suscripción de actas de colindancia no es un mecanismo idóneo para determinar la titularidad de áreas en disputa que se encuentran dentro de los linderos de la comunidad, dado que el procedimiento se concentra en la determinación de los linderos de la comunidad.

En tercer lugar, en los casos en que no existe acuerdo entre la comunidad campesina y alguno de sus colindantes, la autoridad prefiere abstenerse de continuar con el proceso, sobre la base de que existiría un “litigio”, al respecto Laureano del Castillo señala lo siguiente:

Lo más serio, a nuestro juicio, fue que los funcionarios del Ministerio de Agricultura no impulsaran los mecanismos de conciliación ante discrepancias entre una comunidad solicitante y su vecino, sea éste un particular u otra comunidad campesina; con criterios aún más discutibles dejaron de lado la aplicación del arbitraje tratándose de conflictos entre comunidades, desconociendo así esta posibilidad establecida en la Ley de Deslinde y Titulación. La razón invocada, resultante de una interpretación errada o, lo que sería más grave, derivado de una decisión institucional,

24 Hablamos de apariencia de posesión porque está casi se presume sin constatar fehacientemente que esta se da en toda el área reclamada por la comunidad.

fue suspender el trámite del deslinde por considerar que la existencia de un «litigio» lo impedía. Como se sabe, el litigio es el conflicto que ha llegado a la instancia judicial, distinto de un conflicto o de una simple discrepancia, como la que se presenta al momento del levantamiento del plano de conjunto de la comunidad (2004, p. 99).

La Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas contempla dos mecanismos alternativos para que se resuelvan las disputas en relación a los linderos comunales, la conciliación²⁵, aplicable en todos los casos de discrepancias, y el arbitraje facultativo²⁶, en el caso que la disputa sea entre dos comunidades. Sin embargo, dada la tendencia de las autoridades de suspender el procedimiento por la mera existencia de la discrepancia, en la práctica estas dos vías alternativas no se utilizan mayormente.

Como última alternativa para dilucidar los problemas de deslinde de las comunidades, la Ley de Titulación de Comunidades contempla la vía judicial, para ello, considerando para estos efectos un procedimiento especial, con plazos recortados y que, en segunda instancia, debía ser visto por el extinto Tribunal Agrario. Hoy, en la práctica, este procedimiento especial no se aplica y se carece de una instancia especializada que tenga el conocimiento adecuado para resolver este tipo de disputas.

25 Artículo 8 de la Ley N° 24657.

26 Artículo 13 de la Ley N° 24657.

27 Constitución Política del Perú

Artículo 89.- Comunidades Campesinas y Nativas

Las Comunidades campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

28 Código Civil

Artículo 135.- Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.

Otro tema importante relacionado con la titulación de comunidades, es el referido a la desmembración de anexos o sectores comunales. La Constitución Política del Perú y el Código Civil, regulan la existencia y personería de las comunidades campesinas y nativas, autonomía de su organización e imprescriptibilidad de sus tierras²⁷⁻²⁸. La Ley N° 24656, Ley de Comunidades Campesinas, declara de necesidad nacional e interés social el desarrollo de las Comunidades Campesinas y las define de la siguiente manera:

Artículo 2°.- Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. (...)

En este contexto, resulta pertinente señalar que, anteriormente nuestro marco normativo contemplaba la independización de los anexos comunales de las comunidades campesinas, este supuesto estaba regulado en el artículo 18° del derogado Decreto Supremo N° 037-70-AG, el cual expresaba que los anexos de la comunidad campesina podían pedir su separación de la comunidad madre

y obtener su personería jurídica cuando constituyan una unidad territorial socio-económica independiente. Este decreto fue reglamentado por la Directiva de Órgano N° 003-83-DGRA/AR,²⁹ dictada por la ex Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura, la cual señalaba que para que pudiera producirse esta desmembramiento o independización, se requería que: a) el territorio en el cual se encuentran asentadas las familias que conforman el o los anexos, existe solución de continuidad, por límites o por factores geográficos, con el resto del territorio de la Comunidad, b) los límites territoriales del o los anexos, sean identificables y reconocidos expresamente por la Comunidad Madre, c) los poblados del anexo y de la Comunidad Madre se encuentran separados por considerables distancias, inaccesibles o por deficientes vías de comunicación, d) las familias que residen en el anexo sean las únicas usufructuarias de las tierras y recursos naturales comprendidos dentro de sus límites y además estos mismos no posean tierras, bajo cualquier forma de tenencia y conducción en el resto del territorio de la comunidad, e) disponga de bienes y rentas autosuficientes y diferenciadas de la Comunidad Madre, para desarrollar sus actividades económicas, f) tenga servicios básicos, por lo menos acceso carretero, local comunal y escuela, funcionando autónomamente de los servicios similares de la Comunidad Madre, g) cuente con Junta de Administración Local, reconocida por la Asamblea General de la Comunidad Madre. Al respecto, Laureano del Castillo (2004) explica lo siguiente:

Hasta que estuvo en vigencia el Estatuto Especial de Comunidades Campesinas, el Decreto Supremo 037-70-A, se permitía el desmembramiento de una comunidad madre, a partir de la iniciativa de un anexo de la comunidad, considerándose en dicha norma un procedimiento administrativo relativamente sencillo, el que suponía como ele-

mento fundamental la aceptación por la asamblea general de la comunidad madre de dicha desmembración. Pero ese panorama se modificó al aprobarse en 1987 la Ley General de Comunidades Campesinas.

Ahora bien, con la promulgación de la Ley N° 24656 – y su reglamento, ya no se contempló en estos dispositivos ningún procedimiento para la independización de anexos comunales. Sin embargo, debemos precisar que aún en este antecedente legal mencionado era necesaria la anuencia o aprobación de la comunidad madre, requisito sustantivo que está previsto en el marco legal vigente. Siendo así, queda establecido que la disposición de las tierras comunales en cualquiera de sus modalidades (incluida la desmembración) requiere previamente de su aprobación mediante asamblea de acuerdo con la mayoría necesaria según si se trata de una Comunidad de la Costa, Sierra o Selva; y su posterior independización, la cual consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella. Sin embargo, se sabe que en algunos casos se ha reconocido el fraccionamiento de comunidades aplicando el artículo 18° del Decreto Supremo N° 037-70-AG, a pesar de estar derogado. Esto debido a la presión social existente, aunque, en cualquier caso, será necesaria la aprobación de la Comunidad Matriz (Laureano del Castillo, 2004).

En nuestra opinión, es necesario reconocer expresamente la posibilidad que un caserío o anexo comunal se independice de una comunidad, más aún en tanto que, para tomar esta decisión será necesario que la decisión sea tomada al interior de la propiedad madre. Por otro lado, para este caso, consideramos que la mayoría calificada que se exige debería ser reconsiderada pues, es distinto un acto de disposición de parte de la propiedad comunal en favor de personas ajenas a la comu-

29 Información obtenida de: <http://comucamapu.blogspot.com/2013/12/acerca-de-la-independizacion-de-los.html>

nidad que un supuesto en el que la tierra sigue estando en manos de miembros de la comunidad que, por lo demás, serán lo que siempre las han venido poseyendo.

A manera de conclusión, consideramos haber demostrado que los constantes cambios institucionales en el manejo del deslinde y titulación de comunidades campesinas, la falta de una visión adecuada respecto a la necesidad de brindar verdadera seguridad jurídica a las comunidades y la falta de una reforma legal y procedimental de los procedimientos para el deslinde y titulación afectan los derechos de las comunidades campesinas sobre sus tierras.

4. Superposición de derechos

Una de las consecuencias evidentes de los problemas identificados en materia de deslinde y titulación de comunidades campesinas es la existencia de conflictos entre terceros que reclaman ser propietarios de todo o parte de la propiedad reconocida a una comunidad campesina. Son diversos los factores que generan este nivel de conflictos, siendo recurrente el caso de personas o familias que, en algunos casos siendo parte de la comunidad, alegan contar con derechos de propiedad privada dentro de lo que se considera como tierras de la comunidad. Este caso se explica porque durante años los campesinos explotaron la tierra de manera individual, con muchas dificultades para lograr un reconocimiento formal de sus derechos sobre la tierra y, en algún momento, vieron en la integración a una comunidad campesina, la mejor manera de formalizar su derecho. Al respecto, trataremos de demostrar que la falta de procedimientos adecuados en relación con el establecimiento de los derechos de propiedad de

las comunidades campesinas genera que se produzcan conflictos entre los derechos de estas y los de terceros, incluidos personas y familias que son o han sido parte de estas comunidades.

En efecto, a partir de la reforma agraria, el Estado puso mayor énfasis en la formalización y titulación en el campo a través de comunidades campesinas, e incluso promovió la creación de nuevas comunidades a partir de la unión de campesinos individuales que, para los efectos, “aportaban sus tierras”³⁰. Sin embargo, es cierto también que, algunos campesinos integrados a las comunidades contaban con algún tipo de documentación sobre sus tierras. Entre estos documentos se encuentran algunos documentos sucesorios, contratos privados e incluso escrituras públicas, sin descartar que en algunos casos se podría contar incluso con derechos inscritos.

En el siguiente cuadro, queremos ejemplificar algunos casos donde se presentan estos tipos de conflictos³¹.

[Continúa en la siguiente página]

30 No nos referimos a un aporte en sentido formal, más aún en tanto que la mayoría carecía de una propiedad formal, en todo caso, al integrarse a una comunidad, se entendía como una renuncia tácita a reclamar un derecho individual dentro del predio comunal.

31 Por razones de confidencialidad, no se consigna la identidad de las partes involucradas.

Expediente	Pretensión	Resumen	Estado	Juzgado	Región
1217-2011	Mejor derecho de Propiedad	La demandante pretende que el Juzgado resuelva lo siguiente: (i) que declare la existencia de un mejor derecho de propiedad que el de los demandados, respecto del predio Quellapinco. Dicho predio forma parte de un predio rural mayor 8,594.98 ha.) ubicado en el Distrito de Savayno, Provincia de Antabamba, Departamento de Apurímac; (ii) que declare que la Comunidad Campesina es propietaria del predio Quellapinco; y, (iii) que disponga la cancelación de la Partida Registral donde corre inscrito el predio Quellapinco a nombre de los demandados.	El proceso se encuentra en trámite en primera instancia.	Primer Juzgado Civil de Lima	Apurímac
314-2013	Nulidad de Acto Jurídico	Por medio del presente proceso la Comunidad Campesina interpuso una demanda de nulidad de acto jurídico a efectos de que se declare la nulidad de los tres (3) contratos de transferencia de posesión que involucran cuatro (04) predios, a favor de una empresa minera de un área aproximada de 240 ha. Asimismo, la Comunidad solicitó como pretensión subordinada, en caso el Juzgado no ampare la pretensión principal, el mejor derecho de propiedad sobre los predios antes referidos y como pretensión accesoria a la pretensión subordinada la reivindicación de los referidos predios.	El proceso se encuentra en trámite en primera instancia.	Juzgado Mixto de Bambamarca	Cajamarca
112-2013	Mejor derecho de Propiedad	El demandante interpuso una demanda en contra de la Comunidad Campesina a fin que: (i) se declare el mejor derecho de propiedad a su favor sobre el fundo denominado Catani de un área aproximada de 1577 ha. y (ii) se independice de la partida registral de la Comunidad Campesina el predio materia de litigio.	Se declaró infundada la demanda. Proceso con sentencia de primera instancia.	Juzgado Mixto de Omate	Moquegua

47-2015	Nulidad de Acto Jurídico	<p>Por medio del presente proceso, la comunidad Campesina interpuso una demanda de nulidad de acto jurídico a efectos de que se declare la nulidad de la Escritura Pública No. 344, de fecha 13 de setiembre del 2007, celebrada ante Notario Público del distrito de Bambamarca Dr. Rene Antonio Cubas Tejada, por medio de la cual los señores Segundo Julio Quispe Pérez y María Elisenda Catalán Infante, asistida por el testigo que firmó a ruego José Cleodomiro Quispe Catalán, habrían enajenando a favor de una empresa minera, parte del lote matriz de propiedad de la Comunidad Campesina; el mismo que sería denominado predio rústico "CHORRO COLORADO", ubicado en el caserío de la cuadratura. Asimismo, la Comunidad Campesina solicitó como pretensiones accesorias a la pretensión principal las siguientes: (i) la nulidad de la escritura pública en el contrato de compraventa, (ii) la nulidad de la inscripción de la transferencia en los Registros Públicos y (iii) la reivindicación del inmueble.</p>	El proceso se encuentra en trámite en primera instancia.	Juzgado Mixto de Bambamarca	Cajamarca
375-2015	Reivindicación, pago de frutos civiles e indemnización por daños y perjuicios.	<p>La demandante (en representación de su madre) interpuso una demanda en contra de la Comunidad Campesina y una empresa minera, a fin que se le reivindique el predio "Ccollpujyo". La demandante alega que su madre habría adquirido la propiedad del predio mediante el testamento otorgado por su padre Fermín Martínez Huillca el 15 de mayo de 1948, extendido ante Juez de Paz no letrado. Asimismo, afirma que la Comunidad Campesina de Fuerabamba la despojó del inmueble sin justificación alguna.</p>	El proceso se encuentra en trámite en primera instancia.	Juzgado Mixto de Cotabambas - Tambobamba	Apurímac
219-2018	Declaración Judicial	<p>Los demandantes interpusieron una demanda en contra de la Comunidad Campesina a fin que se declare el mejor derecho de propiedad a su favor sobre el fundo denominado Quilcata.</p>	El proceso se encuentra en trámite en primera instancia.	Juzgado Mixto de Omate	Moquegua

39-2006	Nulidad de título de propiedad e inscripción registral e indemnización por daños y perjuicios	La demanda sostiene que el predio Socorro perteneció a Juan Mateo Cruz Gutiérrez, el cual habría sido afectado con fines de Reforma Agraria. Posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 5679-76, un área de 990 ha. aproximadamente del predio Socorro fue declarada como área inafecta. Mediante un proceso de deslinde y titulación del territorio de la Comunidad Campesina, se determinan los linderos de los predios de la Comunidad y Socorro. No obstante, el PETT habría cometido un error, incorporando dentro del área de la Comunidad 138 hectáreas y 4,800 m ² que pertenecen al área del predio Socorro que fue declarada inafecta.	Se declaró fundada la excepción de prescripción. Proceso concluido	Juzgado Mixto de Cotabambas - Tambobamba	Apurímac
37-2012	Mejor derecho de Propiedad	Los demandantes interpusieron una demanda en contra de la Comunidad Campesina a fin que: (i) se declare el mejor derecho de propiedad a su favor sobre el fundo denominado Quilcata y sus Estancias (Pachacutec, Jamachini, Yuracachi, Juchuyllapa y Chacone) de un área aproximada de 500 ha. y (ii) se independice de la partida registral de la Comunidad Campesina los predios materia de litigio.	Se declaró infundada la demanda. Proceso concluido	Juzgado Mixto de Omate	Moquegua
155-2013	Declaración y Reconocimiento de Propiedad Pago real y actual de los predios objeto de la pretensión principal de Indemnización de Daños y Perjuicios	El demandante pretende que se declare y reconozca su derecho de propiedad sobre los siguientes predios ubicados en la Comunidad: Llocolloco, Caserío con galpones y corrales de Ganado, Rupascca, Comercchocha, un papal en Taquiruta, Tomocco Ccasa, Treschacras, Yuracc Caballo, Macha Machay, Araphuyuyata (parte alta y parte baja) Socabon Ccata, Rumichaca, Acco Acco y dos corrales en Ccapapucro. El demandante afirma tener la condición de propietario por sucesión hereditaria anterior a la fecha de otorgamiento del título de propiedad otorgado a la Comunidad Campesina.	Se declaró infundada la demanda. Proceso concluido	Juzgado Mixto de Cotabambas - Tambobamba	Apurímac

Fuente: Elaboración propia

En el caso N° 1217-2011, los demandados son una familia que, por muchos años, vienen discutiendo quien es el real propietario de un área con una comunidad campesina de la región Apurímac. En este caso, la referida familia cuenta con un título de propiedad inscrito en Registros Públicos, a pesar de ser posterior al 18 de enero de 1920 y no ejercer posesión sobre el mismo³². Además, han logrado excluir el área en disputa de la partida registral donde consta inscrito el derecho de la comunidad campesina, a pesar de que se había titulado a nombre de esta, y, que no contaban con un pronunciamiento judicial que así lo ordene. Frente a esto, la comunidad campesina viene intentando que el Poder Judicial reconozca su derecho y lo declare el legítimo propietario de la zona. En este caso, se puede apreciar que, a pesar de existir un marco legal que las protege, las comunidades se ven enfrentadas a afectaciones de sus derechos que son admitidas por entidades como los registros públicos.

Los expedientes N° 37-2021, N° 112-2013, N° 155-2013, N° 375-2015 y N° 219-2018, se refieren a personas que reclaman, a una misma comunidad campesina, que les corresponde un mejor derecho de propiedad, basándose en la existencia de testamentos que no cumplen con probar la preexistencia del derecho que habrían adquirido, ni son anteriores al 18 de enero de 1920. Cabe agregar que las familias, involucradas en estos procesos, ocupan terrenos dentro de la propiedad comunal de la comunidad demandada, por generaciones, y, forman o han formado parte de la misma, lo que muestra cómo al interior de la comunidad, algunos de los propios comuneros entienden que ejercen un derecho de propiedad privada relacionado con la comunidad campesina, pero no supeditado a esta.

En el expediente N° 39-2006, los demandantes reclaman la exclusión de un área de la propiedad de una comunidad campesina, alegando que esta ha sido objeto de reforma agraria y que mantienen en posesión de la misma. Sin embargo, durante el procedimiento de deslinde y titulación esa área no cumplió con ser excluida y se tituló como parte de la propiedad comunal.

El expediente N° 314.2013, se refiere a la demanda de una comunidad campesina, que solicita la nulidad de contratos de transferencia de posesión otorgados por algunos de sus comuneros en favor de una empresa. En dichos contratos, los comuneros ceden el derecho de usufructo que ejercen dentro del predio de propiedad de la comunidad campesina. Como se puede apreciar, en este caso se muestra las distintas percepciones que pueden existir en relación con la propiedad comunal y los derechos de los comuneros frente a esta.

Finalmente, en el expediente N° 47-2015, se discute el tema de una superposición de derechos inscritos, donde una comunidad campesina rito, demanda se declare que tiene un mejor derecho de propiedad, respecto a un propietario privado que también, cuenta con un derecho inscrito.

En la mayoría de estos conflictos, una persona o familia alega tener un mejor derecho de propiedad sobre parte de un predio comunal. Sin embargo, no siempre se toma en cuenta que para sostener ello, es necesario contar con un derecho de propiedad anterior al 18 de enero de 1920³³. Adicionalmente, no existe un criterio claramente establecido respecto a qué tipo de título es el adecuado para alegar dicho derecho. Por ejemplo, en muchas ocasiones, los reclamantes cuentan con testamentos en donde se hace referencia a la propiedad de manera poco precisa y sin siquiera

32 Que, como hemos señalado anteriormente, serían las causales que en este podrían justificar la exclusión del área de la propiedad de la comunidad campesina.

33 Artículo 2 de la Ley 24567. La fecha guarda relación con la promulgación de la Constitución de 1920, primera que reconoce a las comunidades, antes llamadas indígenas, y a sus derechos sobre sus tierras.

indicar, y mucho menos acreditar, el origen del derecho que habría sido dado en herencia. Estas imprecisiones ponen a las comunidades en una situación de gran incertidumbre respecto a la fortaleza de sus derechos y las exponen a sufrir pérdidas por falta de un adecuado asesoramiento. Por ello, es que creemos necesario insistir en que, durante el proceso de deslinde y titulación de comunidades campesinas, es necesario que la entidad encargada realice un trabajo exhaustivo en la identificación y determinación de sus derechos de propiedad.

En nuestra opinión, este tipo de conflictos se explican por dos factores concurrentes. En primer lugar, en tanto el proceso de deslinde y titulación no incluya un análisis exhaustivo de los derechos ancestrales de las comunidades e identifique adecuadamente las áreas que deben ser excluidas de la propiedad comunal, los derechos en conflicto deberán ser dilucidados ante el poder judicial. En segundo lugar, la presencia de actividades extractivas en los territorios comunales, generan un interés especial en predios que anteriormente no eran de mayor interés, y, en consecuencia, se generan expectativas individuales que buscan concentrar una mayor cantidad de beneficios personales.

En consecuencia, creemos haber demostrado que la falta de procedimientos adecuados, en relación con el establecimiento de los derechos de propiedad de las comunidades campesinas, genera que se produzcan conflictos entre los derechos de estas y los de terceros, incluidos personas y familias que son o han sido parte de estas comunidades.

5. Actualización de padrones comunales y juntas directivas

En este punto, queremos analizar el comportamiento al interior de la comunidad campesina en tres aspectos que consideramos críticos para

la vida comunal; i) el incremento del número de comuneros en el tiempo; ii) la actualización del padrón de comuneros y, iii) la renovación permanente y oportuna de las Juntas Directivas de las comunidades campesinas. Trataremos de demostrar que, en aquellas zonas en que se vienen realizando o se busca implementar proyectos mineros, la dinámica comunal se reactiva significativamente, produciéndose incluso un proceso de repoblamiento de las tierras, por la expectativa de acceder a los beneficios y oportunidades que esta actividad puede generar.

Para desarrollar estos temas, nos hemos valido de la revisión de las partidas registrales y los títulos archivados, correspondientes a las Partidas Registrales de Personería Jurídica de las siguientes comunidades campesinas:

Comunidad Campesina	Región
La Encañada	Cajamarca
Michiquillay	Cajamarca
Sorocho	Cajamarca
Pampa de Cuyoc La Colpa	Cajamarca
Mishca Chica	Cajamarca
Concacca	Apurímac
Palcca Picosayhuas	Apurímac
Pumamarca	Apurímac
Chuicuni	Apurímac
Antuyo	Apurímac

Fuente: Elaboración propia.

Hemos escogido comunidades de dos regiones en donde se concentran importantes proyectos mineros, pues consideramos que la cercanía de proyectos mineros, representa actualmente uno de los mayores dinamizadores de la vida comunal. Además, hemos optado por concentrarnos en una región de la sierra norte, como Cajamarca, y otra de la sierra sur, como Apurímac, para que la muestra sea más variada. Sin embargo, la muestra empleada sólo busca permitir un análisis cualitativo de la situación al interior de las comunidades

Comunidad Campesina	Región	Número inicial de comuneros	Número actual de comuneros	Relación	Junta Directiva Vigente
La Encañada	Cajamarca	71 (1992)	1430 (2018)	De 1 a 20	Hasta 31.12.2019
Michiquillay	Cajamarca	555 (2002)	4591 (2018)	De 1 a 8	Hasta 26.12.2020
Sorochuco	Cajamarca	72 (1992)	885* (2019)	De 1 a 12	Hasta 15.06.2021
Pampa de Cuyoc La Colpa	Cajamarca	106 (1992)	104 (2019)	De 1 a 1	Hasta 09.01.2020
Mishca Chica	Cajamarca	72 (1995)	69 (2019)	De 1 a 1	Hasta 31.12.2020
Concacca	Apurímac	60 (1999)	266 (2018)	De 1 a 4.4	Hasta 05.09.2019
Palcca Picosayhuas	Apurímac	65 (2005)	275 (2019)	De 1 a 4.2	Hasta 19.01.2020
Pumamarca	Apurímac	261 (2008)	549 (2018)	De 1 a 2.1	Hasta 31.12.2019
Chuicun	Apurímac	52 (2001)	90 (2019)	De 1 a 1.7	Hasta 08.05.2021
Antuyo	Apurímac	60 (2017)	90 (2019)	De 1 a 1.5	Hasta 11.02.2021

Fuente: Elaboración propia.

* En el año 2013, llegaron a ser 3,644 comuneros.

campesinas y no pretende tener algún valor estadístico.

El cuadro anterior muestra algunos temas interesantes en cuanto al movimiento en el número de miembros calificados de las comunidades. El artículo 5° de la Ley N° 24656, establece que, para ser considerado comunero, se deben cumplir los siguientes requisitos:

Artículo 5.- Son comuneros los nacidos en la Comunidad, los hijos de comuneros y las personas integradas a la Comunidad.

Para ser “comunero calificado” se requieren los siguientes requisitos:

- a) Ser comunero mayor de edad o tener capacidad civil;
- b) Tener residencia estable no menor de cinco años en la Comunidad;
- c) No pertenecer a otra Comunidad;
- d) Estar inscrito en el Padrón Comunal; y,

e) Los demás que establezca el Estatuto de la Comunidad.

Se considera comunero integrado:

- a) Al varón o mujer que conforme pareja estable con un miembro de la Comunidad; y,
- b) Al varón o mujer, mayor de edad, que solicite ser admitido y sea aceptado por la Comunidad.

En ambos casos, si se trata de un miembro de otra Comunidad, deberá renunciar previamente a ésta.

Como se puede apreciar, la Ley N° 24656 exige que para ser considerado como un comunero calificado es necesario, entre otros requisitos, *tener residencia estable no menor de cinco años en la Comunidad*. Si a eso se suma, la falta de oportunidades de desarrollo que se vive al interior de las comunidades, el gran fenómeno migratorio del campo a la ciudad que ha vivido el Perú en las últimas décadas, se podría pensar que el número de

comuneros tendería a ser, al menos, relativamente estable sino a decrecer.

Sin embargo, se puede apreciar que, en las comunidades campesinas materia de análisis, la tendencia que se muestra es al incremento significativo del número de comuneros. En efecto, sólo en los casos de las comunidades campesinas de Pampa de Cuyoc La Colpa y Mishca Chica de la región Cajamarca, se aprecia una tendencia a la estabilidad del número de comuneros, en todos los demás casos, el número de miembros de la comunidad campesina se ha elevado en al menos un 50% en apenas dos años, hasta el caso extremo de la Comunidad de La Encañada en que el número de comuneros se multiplicó por más de 20.

En nuestra opinión, el factor detonante que explica este escenario es la presencia de proyectos mineros, así, en el caso de las comunidades de Pampa de Cuyoc La Colpa y Mishca Chica, donde el número de comuneros prácticamente no se ha modificado en alrededor de 25 años, tenemos la particularidad de que son comunidades que no se encuentran en zonas donde se vienen desarrollando proyectos mineros. En el otro extremo, las comunidades campesinas de La Encañada, Michiquillay y Sorochuco, están ubicadas en la zona de confluencia de hasta tres importantes proyectos mineros³⁴. Otro elemento que se puede apreciar, es que el incremento del número de comuneros, cuando se produce, es más alto en Cajamarca que en Apurímac. Al respecto, nuestra hipótesis es que la cercanía de las comunidades cajamarquinas que están a alrededor de 40 minutos de la ciudad y la concentración de los proyectos mineros alrededor de las comunidades, podría explicar esta diferencia, pues en el caso de las comunidades de Apurímac la distancia de la ciudad y entre los proyectos es bastante mayor.

34 Conga, El Galeno y Michiquillay.

35 En mi experiencia profesional he podido escuchar de estos casos, y en varios casos, se trataba de gente con recursos que podía comprar su ingreso a la comunidad.

Otra hipótesis que manejamos es que, dada las dimensiones del incremento en el número de comuneros, en periodos relativamente cortos de tiempo, es posible que este se deba a un fenómeno migratorio de ex comuneros e hijos de comuneros que regresan a las comunidades siguiendo las oportunidades que los proyectos mineros pueden generar, y que incluso, podría producirse la migración de personas sin vínculo previo con la comunidad, que logran “infiltrarse” en esta³⁵.

En cuanto a la renovación de las Juntas Directivas, un problema normalmente extendido entre las comunidades campesinas, se puede apreciar, que en el caso de las comunidades campesinas analizadas, estas han actualizado sus directivas en tiempo, incluso en el caso de las comunidades campesinas que no figuran con sus directivas como vigentes, el plazo de vencimiento es muy corto y podría encontrarse actualmente en proceso de inscripción.

En consecuencia, hemos podido demostrar que, en aquellas zonas en que se vienen realizando o se busca implementar proyectos mineros, la dinámica comunal se reactiva significativamente, produciéndose incluso un proceso de repoblamiento de las tierras, por la expectativa de acceder a los beneficios y oportunidades que esta actividad puede generar.

6. Número elevado de miembros que dificulta la toma de acuerdos

En este punto, analizaremos la problemática regulatoria relacionada con la toma de decisiones por parte de las comunidades campesinas que cuentan con un alto número de comuneros a su interior. En especial, tratándose de la toma de

Comunidad Campesina	Distrito	Provincia	Departamento	Comuneros
Catacaos	Catacaos	Piura	Piura	251,259
Morrope	Morrope	Lambayeque	Lambayeque	29,965
Olmos	Olmos	Lambayeque	Lambayeque	26,755
Pilcomayo	Pilcomayo	Huancayo	Junín	19,844
San Martín de Sechura	Sechura	Sechura	Piura	18,252

Fuente: Elaboración propia

acuerdos referidos a la disposición de las tierras comunales, que requieren de la aprobación de mayorías calificadas.

En ese sentido, trataremos de demostrar que, en el caso de comunidades con un gran número de miembros, las normas que regulan la propiedad comunal no facilitan ni brindan seguridad a la toma de acuerdos que, como la disposición de tierras, requieren de un quórum importante de comuneros que tomen la decisión.

A manera de ejemplo, en el siguiente cuadro nombramos a las cinco comunidades campesinas con más comuneros en el país.

Como puede apreciarse, el elevado número de comuneros en estas comunidades, que va desde los 18,252 hasta los 251,259 comuneros, hace bastante difícil que el número de miembros de la comunidad que la ley exige para los acuerdos destinados a la disposición de tierras comunales se reúna. Al respecto, la Ley N° 26505, regula la disposición de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, indicando lo siguiente:

Artículo 10.- Las Comunidades Campesinas y la Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley.

Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa³⁶, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

(...)

Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no posesionarios o de terceros, así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

Asimismo, se tendrá que tener en cuenta el quórum de instalación de la asamblea para determinar la cantidad de comuneros necesarios para disponer de las tierras. En este sentido, el artículo 44° del Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-91-TR indica lo siguiente:

Artículo 44.- La Asamblea General ordinaria y extraordinaria, para sesionar válidamente, requiere en primera convocatoria, de la concurrencia de cuando menos la mitad más uno de los comuneros calificados, y en segunda convocatoria, con el número de comuneros

36 Citamos la regulación referida a las comunidades campesinas de la Costa, porque la mayoría de las comunidades campesinas con mayor cantidad de miembros son de la Costa.

calificados que establezca el Estatuto de la Comunidad.

Por otro lado, la Directiva N°10-2013-SUNARP/SN, establece que:

6.8 Actos de disposición y gravamen sobre el territorio comunal. -

Para efectos de disponer, gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto favorable según lo dispuesto en los artículos 10° y 11° de la Ley N°26505.

En tal sentido, a fin de “acreditar” que los representantes de la comunidad campesina cuentan con poder para efectuar los actos referidos en el párrafo precedente, resulta exigible la inscripción previa del otorgamiento de poderes en el Registro de Personas Jurídicas [énfasis agregado] (...).

En los casos de las comunidades campesinas de gran número de miembros, es poco probable que exista la posibilidad de reunir el número de comuneros que la ley exige para realizar actos de disposición de terrenos. Al respecto, podemos señalar el caso de la Comunidad Campesina San Martín de Sechura, que cuenta con 18,252 comuneros calificados y que tiene como local de reuniones más amplio al estadio municipal que tiene apenas una capacidad de 5,000 asistentes.

En ese sentido, en algunos casos se ha utilizado la instancia de la asamblea de delegados como alternativa para viabilizar la toma de este tipo de decisiones. Como señala el artículo 39° y 40° del Reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas, será posible que, en circunstancias especiales como, tener un alto volumen poblacional y una vasta extensión territorial, el estatuto de la comunidad campesina puede autorizar que se constitu-

yan “delegados”; quienes, reunidos en “asamblea de delegados”, podrán ejercer las atribuciones de la asamblea comunal que el estatuto de la comunidad campesina determine. Para estos efectos, cada delegado tendrá la representación de un mínimo de 50 comuneros calificados.

Actualmente, existe la discusión sobre si la asamblea de delegados de una comunidad está facultada para tomar acuerdos referidos a la disposición de terrenos comunales. Por un lado, las normas referidas a la disposición de terrenos comunales, establecen expresamente que dichos actos deben realizarse en asamblea de comuneros, contando con una mayoría calificada. Por otro lado, nuestro marco legal permite que la asamblea de delegados ejerza las atribuciones de la asamblea de comuneros que el respectivo estatuto establezca, sin excluirse expresamente alguna de las atribuciones.

Para agravar la incertidumbre, hemos podido identificar que los registros públicos no tienen una interpretación uniforme sobre esta posibilidad. Por ejemplo, el Tribunal Registral mediante Resolución N° 199-2013 SUNARP -TR-T, de fecha 15 de mayo del 2013, resolvió la apelación presentada por la Comunidad Campesina de San Pedro de Mórrope, confirmando la tacha formulada por el registrador respecto a la rogatoria de otorgamiento de poder mediante acuerdo en asamblea de delegados de fecha 21 de octubre del 2012, en el sentido que el acto de otorgar en servidumbre terrenos comunales supone gravar el bien y ello constituye a su vez un acto de disposición y, por lo tanto, debe ser aprobado mediante Asamblea General de Comuneros, es decir de los miembros calificados de la comunidad y no por Asamblea de Delegados, de acuerdo a lo señalado por el Artículo 10.b de la Ley N°26505:

Para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa, y se requerirá el voto de no menos del cincuenta por ciento de los miem-

bros asistentes a la Asamblea instalada con el quórum correspondiente.

Por otro lado, tenemos el caso de la Permuta de terrenos realizada entre el Proyecto Olmos y la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos, en ese caso, mediante acta de fecha 1 de agosto de 2010, la asamblea de delegados de la referida comunidad campesina, acordó otorgar facultades al Presidente de la Junta Directiva para que en su representación suscriba el contrato de permuta o canje de áreas de propiedad de la Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos con áreas de propiedad del Proyecto Olmos. En consecuencia, por escritura pública de permuta de tierras, de fecha 25 de noviembre del 2010, el Proyecto Olmos y la Comunidad Campesina de Santo Domingo de Olmos acordaron la permuta de dos terrenos de propiedad de la comunidad (lotes 2 y 3)³⁷, a cambio de dos terrenos del Proyecto Olmos (lotes 1 y 2)³⁸. Todas las transferencias de propiedad se lograron inscribir en los registros públicos.

Como se puede apreciar de los dos casos anteriores, es que los registros públicos no tienen un criterio uniforme sobre si las asambleas de delegados pueden asumir las competencias de las asambleas de comuneros para realizar actos de disposición de predios comunales. Al respecto, somos de la opinión que el reglamento de la Ley de Comunidades Campesinas no puede derogar los alcances de la Ley N° 26505, que expresamente otorga a las asambleas de comuneros la facultad de disponer de las tierras comunales. Sin embargo, sí consideramos conveniente que se realice una modificación legal que otorgue expresamente a las asambleas de delegados la facultad de disponer de terrenos comunales, siempre que así lo prevea el estatuto de la comunidad.

En tal sentido, hemos demostrado que, en el caso de comunidades con un gran número de miem-

bros, las normas que regulan la propiedad comunal, no facilitan ni brindan seguridad a la toma de acuerdos que, como la disposición de tierras, requieren de un quórum importante de comuneros que tomen la decisión.

7. Derechos de usufructo y adjudicación individual al interior de la comunidad

En este punto, trataremos de demostrar que la explotación de las tierras de las comunidades no es únicamente común y que de acuerdo a las diversas actividades económicas que se realizan, se encuentran muchos casos de explotación individual/familiar, en especial cuando la tierra es utilizada con fines agrarios.

La imagen tradicional de las comunidades campesinas las describe como un conjunto de personas que comparten un legado histórico común en un territorio determinado, donde el uso colectivo de la tierra es una característica fundamental. Este uso colectivo se entiende parte de la herencia histórica de las comunidades que serían incluso anteriores al virreinato. Sin embargo, esta no habría sido la realidad histórica pues, más bien, la propiedad de las comunidades campesinas ancestrales no era íntegramente colectiva sino mixta, donde la propiedad privada estaba presente. En ese sentido, Del Castillo señala:

En efecto, aunque en la concepción romántica que viene desde el indigenismo de inicios del siglo XX se afirma que en la comunidad campesina la propiedad de la tierra es colectiva y que, tal como mencionan los cronistas españoles, se hacen repartos periódicos de la tierra entre los comuneros, la realidad difiere de ese esquema. Hoy muchos autores reconocen que aún en la época de los incas

37 Inscritos en las partidas electrónicas N° 11121620 y N° 11121621 del Registro de Predios de Lambayeque.

38 Inscritos en las Partidas N° 11126889 y N° 11126890 del Registro de Predios de Lambayeque.

había un sistema mixto, en el cual las familias tenían una porción de tierra conducida familiarmente y además tenían derecho a poseer una parcela de tierra comunal; éstas últimas serían las que anual o periódicamente se redistribuían al interior de la comunidad (2004, p. 92).

Cuando, a partir de 1920, la propiedad comunal es reconocida, una gran mayoría de “predios comunales” estaban sujetos a un régimen de tenencia individual/familiar y no a un régimen colectivo. Sin embargo, eran pocas las familias que habían logrado obtener seguridad jurídica sobre sus predios, pues no existían mecanismos efectivos para el reconocimiento de sus derechos y su titulación. En efecto, debe tenerse en cuenta que, desde la independencia, hasta la promulgación de la Constitución Política de 1920³⁹, las comunidades campesinas carecían de personería jurídica y no eran sujetos de derecho, no existía un régimen especial de protección de las tierras comunales como tales y los comuneros eran tratados como cualquier propietario privado, en ese sentido, es entendible que un gran número de ellos ejerciera la explotación individual/familiar de la tierra e incluso que gestionará algún tipo de reconocimiento legal de su titularidad. Del Castillo así lo señala:

Ya a inicios del siglo XX diversos estudios en comunidades campesinas constataban la existencia de un gran número de parcelas conducidas familiarmente y consideradas como de propiedad familiar. A fines del siglo pasado, sobre todo en las tierras bajas o en piso de valle, la casi totalidad de las tierras estaba en manos de las familias comuneras, manteniéndose la propiedad y el uso comunal sobre las tierras de pastos o sobre los laymes (tierras en descanso por largos períodos que se aprove-

chan cada cierto número de años por las familias comuneras) (2004, p. 92).

Ahora bien, a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1920 y de las leyes que desarrollaron el reconocimiento de la propiedad comunal, se migró de un sistema individual de propiedad privada a un sistema colectivo a través de la personería jurídica de las comunidades campesinas. Este cambio, sin embargo, no modificó el modo de explotación de la tierra, que admitía la explotación individual al menos de manera parcial. Hoy esta propiedad individual/familiar no coincide plenamente con el sistema clásico de propiedad privada del mundo occidental, básicamente porque estos derechos se enmarcan dentro del derecho de propiedad de la comunidad campesina, en ese sentido, se trata de un derecho limitado que se enmarca o se limita a partir del derecho de propiedad de la comunidad y que, en principio, sólo tiene valor a su interior.

Si en abstracto puede quedar clara la distinción entre propiedad y usufructo y en concreto ambas nos remiten a ciertos grados de disposición y usos de la tierra, con la diferencia de que la primera incluye la posibilidad de enajenación y transferencia, en la práctica ambas se confunden. Y ello se debe no solo a la proximidad de los conceptos sino, y sobre todo, a la capacidad real de muchos comuneros de transferir sus derechos de usufructo, tanto bajo la modalidad de «venta» cuanto de herencia, por supuesto, dentro de los márgenes y los límites que le impone la colectividad. Así, si por lo general los comuneros admiten la propiedad de la comunidad, reconociéndose ellos mismos sólo como «poseesionarios» o «usufructuarios» de la porción de tierras que trabajan, se consideran a sí mismos «due-

39 Art. 58º.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan.

ños» y «propietarios de dichas tierras (Diez, 2003, p. 74).

Al interior de las comunidades campesinas concurren diversos tipos de tierras, en relación a su forma de explotación, Diez las clasifica en: i) tierras de bajo riego, tierras de mejor calidad donde se cuenta con recurso hídrico permanente y donde la explotación es mayoritariamente individual/familiar y muy independiente de las decisiones comunales y se admite la herencia y la disposición en favor de otros miembros de la comunidad, ii) tierras de secano, donde la explotación no es continua y está supeditada a la disponibilidad de agua y al clima, en estas convive la explotación individual/familiar con el uso colectivo con fines de pastoreo de ganado en las épocas en que no se da la producción individual, iii) tierras de pastos, son tierras de menor productividad, normalmente de uso colectivo y destinadas al pastoreo, normalmente en estas tierras el uso está regulado por la costumbre y de manera sectorizada, y, iv) tierras de uso público, son aquellas tierras cuya producción está destinada a satisfacer un interés colectivo, como ofrendas religiosas, gastos de la junta directiva, etc. (2003, pp. 74-76).

En relación con el tratamiento que se debería dar a los distintos tipos de tierras al interior de la comunidad, Diez (2003, p. 85) considera lo siguiente:

Llegados a este punto, las preguntas se transforman. Pensando desde las comunidades y sus familias, ¿qué titular y para qué titular? Una primera consideración es que la titulación de territorios comunales debería considerar los diferentes tipos de tierras y de apropiación de ellas. En concreto, distinguir entre tierras de clara apropiación individual (bajo riego) de las tierras bajo control colectivo (secano) o indiferenciado (pastos). Las primeras deberían ser tituladas individualmente, reservando la propiedad comunal para las segun-

das. Ello liberaría a las tierras familiares de eventuales presiones comunales, garantizaría la seguridad de la propiedad y facilitaría su transferencia. Los productores libres estarán en libertad de asociarse libremente según sus intereses de la manera y bajo las condiciones que mejor les convengan. La conservación de alguna restricción de tipo colectivo sobre el usufructo de la tierra podría mantenerse bajo la forma de asociaciones de propietarios, con funciones de control de recursos colectivos, en caso de haberlo.

En términos generales, coincidimos con la propuesta de Diez, la protección de los miembros de las comunidades campesinas, no es tal, si supone la imposición de una forma de titularidad que, como hemos visto anteriormente, no se justifica ni en sus tradiciones ni en su modo de vida actual. Esto significa que las tierras que vienen siendo explotadas de manera individual/familiar deberían ser tituladas como propiedad privada, pues esta es la modalidad que refleja el uso social y económico actual. En el otro extremo, las tierras de pastos y de uso público, deberían mantenerse en titularidad de la comunidad, dado su efectivo uso y aprovechamiento colectivo. Finalmente, en el caso de las tierras de secano, nos permitimos discrepar con el autor, pues, si bien el uso individual/familiar es temporal este es el uso principal y el uso colectivo es meramente residual, en ese sentido, somos de la opinión que las tierras de secano también sean tituladas como propiedades privadas. Respecto a nuestra opinión, podría alegarse que titular individualmente las tierras de secano podría afectar a los comuneros que se benefician del uso colectivo, consideramos que, en tanto se trata de un uso eventual y residual, no debe tratarse de un recurso indispensable para la supervivencia de quienes usan el recurso de manera residual.

Como conclusión, creemos haber demostrado que la explotación de las tierras de las comunida-

des no es únicamente común y que de acuerdo a las diversas actividades económicas que se realizan, se encuentran muchos casos de explotación individual/familiar, en especial cuando la tierra es utilizada con fines agrarios.

8. Propuesta de lineamientos para la mejora regulatoria de la propiedad de comunidades campesinas

Concluido el análisis de los problemas propuestos en relación con el marco regulatorio de la propiedad de comunidades campesinas, creemos haber demostrado que existen diversos temas que el marco normativo y los procedimientos vigentes no resuelven de manera adecuada para garantizar los derechos de las comunidades campesinas y el adecuado aprovechamiento de sus tierras.

En esta sección, y a manera de conclusión de este artículo, plantearemos algunos lineamientos destinados a mejorar el marco regulatorio de la propiedad de las comunidades campesinas, referido a los temas analizados anteriormente.

- a) Planteamos que no debe promoverse que los propietarios de los predios superficiales, entre estos las comunidades campesinas, sean propietarios por accesión de los recursos naturales que se ubican en el subsuelo del mismo. Al respecto, creemos haber demostrado que esta medida difícilmente disminuirá la conflictividad social que se viene presentando en torno a la explotación de recursos naturales.
- b) En el caso de las comunidades campesinas, de conformidad con los convenios internacionales suscritos por el Perú, debe garantizarse que la explotación de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo de sus tierras, se realice previa consulta a las mismas y que se generen mecanismos adecuados para que las comunidades se beneficien de dicha explotación y para que sean resarcidas en caso se les generen daños.
- c) En relación con los recursos naturales que se encuentran en la superficie y vienen siendo utilizados históricamente por las comunidades campesinas, el estado debe implementar los mecanismos para que el marco legal reconozca un privilegio especial para el reconocimiento de estos derechos.
- d) Proponemos que una entidad centralizada se encargue de la formalización de la propiedad de comunidades campesinas. Como señalamos en el presente artículo, los programas masivos de formalización/titulación son procesos que requieren de recursos y conocimientos técnicos especializados, que no necesariamente se encuentran distribuidos de manera proporcional a nivel nacional. Además, se trata de una tarea que tiene carácter temporal, al menos en su etapa masiva y que, por lo tanto, no se justifica una competencia permanente de los gobiernos regionales.
- e) A nuestro entender, no basta con que, como sucede actualmente, el gobierno central asuma una función rectora de la formalización de la propiedad a cargo de los gobiernos regionales, pues este modelo no ha mostrado funcionar adecuadamente.
- f) Se debe realizar un proceso especial para la georreferenciación de las tierras de las comunidades campesinas ya tituladas, para ello deberá generarse un marco legal especial para resolver los problemas de superposición que la falta de georreferenciación ha generado.
- g) Es necesario hacer obligatorio el análisis expreso y a profundidad, por parte de la entidad competente, respecto a si la propiedad solicitada por la comunidad campesina no se encuentre en los supuestos de exclusión del

artículo 2° de la Ley de Titulación de Comunidades Campesinas.

- h) Establecer a nivel administrativo y normativo criterios claros para dilucidar disputas de límites respecto a predio comunales y capacitar al Poder Judicial en esta temática especial. Hacer efectivo el uso de la conciliación y el arbitraje, como mecanismos alternativos de la Ley de Deslinde y Titulación de Comunidades Campesinas, para que se resuelvan las disputas en relación a los linderos comunales.
- i) Regular un procedimiento judicial especial, para resolver los problemas de deslinde de las comunidades, con plazos recortados y jueces especializados.
- j) Reconocer expresamente la posibilidad que un caserío o anexo comunal se independice de una comunidad y que la mayoría calificada que se exige sea menor a la requerida para actos de disposición en favor de personas ajenas a la comunidad.
- k) Establecer lineamientos respecto a qué tipo de título es el adecuado para alegar un derecho de propiedad que pueda oponerse a la pretensión de una comunidad campesina, por ser anterior a 1920.
- l) Consideramos conveniente que se realice una modificación legal que otorgue expresamente a las asambleas de delegados la facultad de disponer de terrenos comunales, siempre que así lo prevea el estatuto de la comunidad.
- m) Proponemos que se dicte una ley que modifique el marco legal vigente y permita; i) que las tierras que vienen siendo explotadas de manera individual/familiar sean tituladas como propiedad privada, ii) las tierras de pastos y de uso público, se mantendrían en titularidad de la comunidad, y, iii) las tierras de secano

también sean tituladas como propiedades privadas.

Bibliografía:

- Defensoría del Pueblo. (2014). *Análisis de la política pública sobre reconocimiento de titulación de las comunidades campesinas y nativas*. Recuperado el 5 de julio de 2020 de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe-N-002-2014-DP-AMASPPI-PPI.pdf>
- Del Castillo, L. (2004). Conflictos en tierras de Comunidades Campesinas y legislación. En Laos, A. (Editor), *Las Comunidades Campesinas en el siglo XXI Situación actual y cambios normativos* (pp. 79-114). Allpa Comunidades y Desarrollo.
- Diez, A. (2003). Interculturalidad y comunidades: propiedad colectiva y propiedad individual. *Debate Agrario*, (36), 71-88.
- Instituto del Bien Común y Centro Peruano de Estudios Sociales (2016). Directorio 2016 Comunidades Campesinas del Perú. SIC-CAM Sistema de Información sobre Comunidades Campesinas del Perú. IBC, CEPES.
- Gherzi, A. (18 de enero 2007). *¿Quién es el dueño del subsuelo?* [Discurso principal]. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.
- Gurmendi, A. (21 de diciembre de 2011). *De “mineros neoliberales” a “comuneros comunistas”*. Enfoque Derecho. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2011/12/21/de-mineros-neoliberales-y-comuneros-comunistas/>

- Eguren, J. C. (2009). Propiedad del subsuelo y los recursos naturales en el Perú: Situación y soluciones al conflicto económico y social. Documento de trabajo del Congreso de la República. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F790E969F-BF4202105257CC4005F2136/\\$FILE/propiedad_subsuelo_recursos_naturales_Juan_Carlos_Eguren.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F790E969F-BF4202105257CC4005F2136/$FILE/propiedad_subsuelo_recursos_naturales_Juan_Carlos_Eguren.pdf).
- Martínez, D. (2017). *Reporte de Evolución de concesiones mineras. Segundo Semestre 2017*. Coperacción. Recuperado de: <http://cooperacion.org.pe/informes/reportes-de-evolucion-de-concesiones-mineras-segundo-semester-2017/>
- Ministerio de Energía y Minas. (2018). *Anuario Minero 2018*. MINEM.
- Tejada, J. (2017). Regulación de los Recursos naturales: Perspectiva constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú. En Azevedo, M., De Castro Junior, P. H.; De Mattos, T y Freire, W. (Coords.). *Direito da Mineração: Questões Minerárias, ambientais e tributárias* (pp. 225-252). Editora D'Placido, Belo Horizonte MG.

Condición jurídica de las afectaciones viales: Análisis de una potencial expropiación anticipada¹

The roadway affectations legal condition: Analysis of a potential anticipated expropriation

Jorge Reátegui Pilco²

Resumen. En este artículo, el autor analiza las afectaciones viales, estableciendo las principales diferencias con la cesión por caminos y los procedimientos de expropiación promovidos por el Estado. En ese sentido, los procedimientos de desarrollo urbano no representan un obstáculo para la subsecuente iniciación de un procedimiento de expropiación, aún cuando estos se ejecuten en el mediano o largo plazo. Adicionalmente, se aborda la importancia de tomar en cuenta dichas afectaciones viales con miras al ejercicio del derecho de propiedad por parte de los propietarios o poseedores de inmuebles incluidos en dicha afectación

Abstract. *In this article, the author analyzes the roadway affectations, establishing the main differences with the cession for roads and with the expropriation procedures promoted by the State. In this sense, urban development procedures do not represent an obstacle for the subsequent initiation of an expropriation procedure, even though they may be executed in the medium or long term. In addition, the importance of taking into account such road affectations with a view to the exercise of the right of ownership by the owners or possessors of the real estate included in such affectation is also considered.*

Palabras clave. Afectaciones viales, cesión de caminos, procedimientos de desarrollo urbano, expropiación, propiedad.

Keywords. *Roadway affectations, cession for roads, urban development procedures, expropriation, property.*

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Qué son las afectaciones viales? 3. La afectación vial como paso previo al procedimiento expropiatorio. 4. La afectación vial como límite al ejercicio del derecho de propiedad. 5. Conclusiones.

1. Introducción

A medida que el crecimiento demográfico aumenta, lo hace consigo el espacio geográfico en el que las personas desarrollan sus actividades económicas. Las grandes ciudades, los centros urbanos, e incluso las áreas consideradas aún rústicas, se encuentran en constante movimiento, haciendo indispensable la toma de acciones concretas para lograr su desarrollo y crecimiento. En el marco de ello, es importante el rol del Estado y la empresa privada en dotar de la infraestructura necesaria que asegure el crecimiento ordenado

¹ Agradecimiento especial a Vicente Portugal Romani por el apoyo en la elaboración del presente trabajo.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Magíster en Derecho por la Universidad de Minnesota (Estados Unidos de América). Profesor de Derechos Reales en la Maestría de Derecho Civil de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Profesor de Derechos Reales y Derechos de Garantías en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del estudio Hernández & Cía. Abogados

de todos los espacios urbanos en vías de desarrollo. Así, la proyección de calles y avenidas y su implementación paulatina y constante, es uno de los aspectos principales que determinan el desarrollo local. En este punto, es importante notar que las grandes obras de infraestructura (tanto vial como no vial) vienen necesariamente acompañadas de procedimientos de expropiación en los que el Estado debe adquirir de manera consensuada o forzosa (y con el pago del justiprecio correspondiente) las áreas de propiedad privada que se encuentren comprendidas en las áreas sobre las que dicha infraestructura debe ser ejecutada. Queda claro que esta facultad constitucional del Estado, y que configura sin duda una limitación al derecho de propiedad y excepción a la inviolabilidad de la propiedad privada, siempre debe hacerse en función del bien común y por causas de necesidad pública o seguridad nacional. Es en este extremo que analizamos la figura de las llamadas “afectaciones viales” y los efectos jurídicos sobre los inmuebles afectados por aquellas. El presente artículo tiene como propósito realizar una breve explicación del concepto legal de las afectaciones viales, su relación con los procedimientos de expropiación para el desarrollo de infraestructura vial y la problemática concreta asociada a su implementación.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la condición jurídica de las afectaciones viales, su vinculación con otros conceptos técnicos municipales como el “retiro municipal” y cómo esto está relacionado a las limitaciones al derecho de propiedad de cara a un futuro procedimiento expropiatorio. En las siguientes líneas se explicará brevemente los conceptos jurídicos aplicables a las definiciones legales antes citadas, se vinculará con la actuación municipal y se concluirá si existe una real limitación al derecho de propiedad, si la hubiere, por la existencia de una afectación vial. Por último, se dejará claramente establecido sobre si dicha afectación constituye o no, al menos des-

de un punto de vista práctico-formal, el inicio de un procedimiento expropiatorio.

2. Qué son las afectaciones viales?

El término “afectación vial” tiene una definición normativa específica. La Ordenanza 296-MML (la “Ordenanza”), que regula el régimen de constitución y administración de bienes de uso público en la provincia de Lima, establece lo siguiente:

Artículo 2.- Definiciones. - Para los efectos de la presente Ordenanza, entiéndase por:

a) Bienes de uso público: Todos los utilizados por la población para la satisfacción de sus necesidades cotidianas calles, veredas, parques, puentes, carreteras, playas, ríos, entre otros.

b) **Afectación Vial Metropolitana** [el énfasis y subrayado es nuestro]: La determinación del Derecho de Vía aprobado en el Plan de Desarrollo Metropolitano, los Planes Urbanos o Estudios Urbanos a favor de la Municipalidad Metropolitana de Lima.).

Según dicha definición, las afectaciones viales se encuentran determinadas en los planes locales y constituyen, a la larga, bienes de uso público como parte del dominio público del Estado.

En ese sentido, debemos indicar que las afectaciones viales constituyen, a nuestro criterio, una carga legal sobre una extensión determinada de una propiedad y respecto de la cual se proyecta una vía. Esta carga se impone a efectos de reservar una determinada área para la ejecución de una vía futura o del ensanchamiento de una ya existente.

Así, la Norma Técnica G.040, del Reglamento Nacional de Edificaciones; específicamente en las

definiciones de “Retiro” y de “Retiro para ensanche de vías”, de acuerdo a lo siguiente:

Retiro: Distancia que existe entre el límite de propiedad y el límite de edificación que se establece de manera paralela al lindero que le sirve de referencia. El área entre el lindero y el límite de edificación forma parte del área libre que se exige en los parámetros urbanísticos y edificatorios”;

Retiro para ensanche de vías: Distancia que existe entre el límite de propiedad y el límite de edificación **con restricciones de uso debido a la afectación del predio para la ejecución futura de obras para el ensanche de las vías, cuya exigencia debe estar considerada en el Plan de Desarrollo Urbano,** respectivamente.

Para mayor referencia, utilizaremos un gráfico de la citada norma:

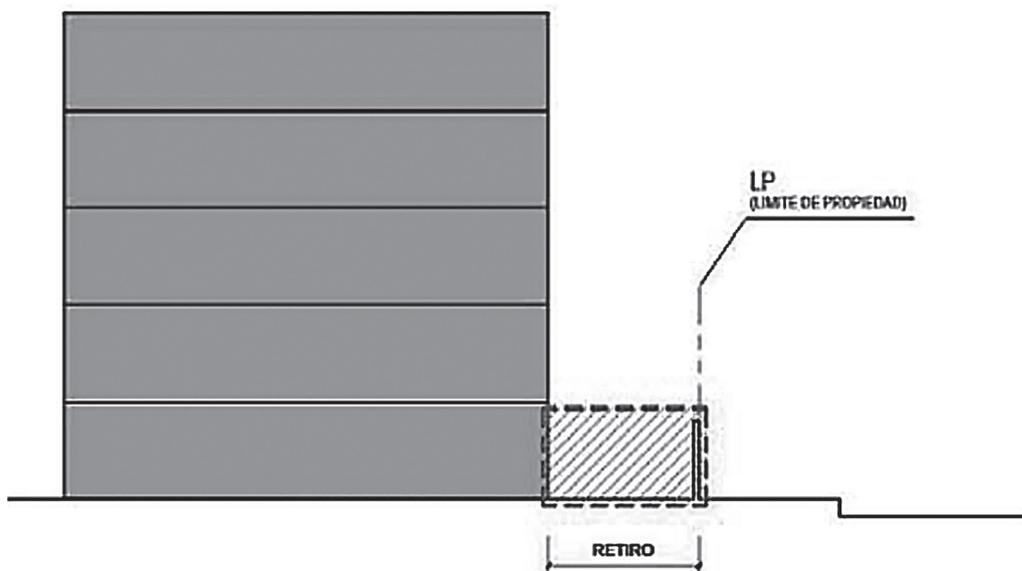
Como advertimos, la definición del retiro para ensanche de vías hace referencia expresa al ensanchamiento futuro de las vías colindantes a la propiedad

y, asimismo, a un futuro procedimiento expropiatorio. Al respecto, debemos entender como vías a las extensiones de uso público, libre e irrestricto que conforman el sistema vial primario de las ciudades, cuyas características se definen en los planes de desarrollo urbano (PDU) de las mismas. Estas son: (i) vías expresas; (ii) vías arteriales; y (iii) vías colectoras³; y se planifican y ejecutan a lo largo de todas las ciudades conforme a los procedimientos de habilitación urbana que se vayan desarrollando.

Es pertinente hacer una distinción entre el retiro para futuro ensanchamiento de la vía, de las denominadas “cesiones para vías”. La cesión para vías está definida por la Norma G.040 del RNE como:

Área de terreno rústico destinado a vías que es **cedida a título gratuito** por el propietario de un terreno rústico **como consecuencia del proceso de habilitación urbana** [énfasis agregado].

Dicha definición comprende a la cesión de vías como parte de un procedimiento de habilitación urbana que se otorga a título gratuito en favor del



(imagen obtenida de la Norma G.040 del RNE – Definiciones)

3 Norma técnica GH.050 – Componentes de Diseño Urbano del Reglamento Nacional de Edificaciones.

Estado. Es decir, la cesión para vías no recae sobre aquellos predios urbanos que ya pasaron por un procedimiento formal de habilitación urbana y que, como consecuencia de ello, no serán considerados más como predios rústicos. Sin embargo, son justamente los predios urbanos aquellos que, en su mayoría, cuentan con afectaciones viales, básicamente por estar recogidos en los planes urbanos de los gobiernos locales.

En efecto, la Ordenanza señala que las afectaciones a los distintos usos públicos se establecen por Ley, ordenanza que apruebe los planes urbanos o acto administrativo y en cuyo caso necesariamente deberá individualizarse dicha afectación⁴.

Si entendiéramos una afectación vial como una cesión para vías, ¿ello implicaría que las afectaciones viales que recaen sobre predios urbanos no podrán efectuarse a futuro, justamente por haber cedido ya una parte del predio para vías en el marco de un procedimiento de habilitación urbana concluido? La respuesta es no. Si se entendiera a tales afectaciones como una “cesión para vías”, la ejecución de dicha afectación no podría darse en la medida que el momento para hacerla efectiva (la habilitación urbana) ya habría concluido. Recordemos que el sentido de la existencia de la afectación vial es justamente garantizar la continuidad del crecimiento de las ciudades. Si se limitara dicha afectación únicamente a la oportunidad de ceder vías en el marco de una habilitación urbana, se estaría negando la posibilidad de fomentar el crecimiento futuro de la ciudad y, por ende, se crearía una traba considerable para el desarrollo urbano.

Queda claro entonces que las afectaciones viales no son asimilables al concepto de cesión para vías, por lo que el hecho de que algún inmueble ya haya pasado por un procedimiento de habilitación urbana no elimina la posibilidad de que tales

afectaciones se efectúen en el futuro. Así, las posibles afectaciones a los predios de propiedad privada para la ejecución de vías no es algo propio de los procesos de habilitación urbana, sino más bien algo que puede darse al margen de ellos (creemos, sin embargo, que el momento idóneo para que el propietario tome conocimiento de la afectación existente sería en la etapa previa a la habilitación urbana, para que de este modo pueda reservar las áreas afectadas tal como lo dispone el RNE).

Ahora bien, la manera de ejecutar tales afectaciones supondrá una posterior adquisición de parte del Estado de las áreas afectadas, lo cual tendría que darse a través de una negociación directa con transferencia de propiedad o como parte de un procedimiento expropiatorio con las garantías que la Constitución Política reconoce, dentro de las cuales se encuentra el pago del correspondiente justiprecio, en atención a una causa de necesidad pública, declarada por Ley. En ese sentido, consideramos que la ejecución de una vía (sea una vía nueva o la ampliación de una existente) sí se sostiene dentro del concepto de necesidad pública. Y es que esta última, precisamente, está orientada a beneficiar al colectivo, mediante la ejecución de una obra de infraestructura vial.

3. La afectación vial como paso previo al procedimiento expropiatorio

Existe una relación intrínseca entre la afectación vial y la figura de la expropiación. De acuerdo a la Ordenanza:

En el caso de proyectos viales, intercambios viales y vías públicas, las afectaciones de propiedades privadas podrán tener una duración de 15 años, pudiendo ser éstas renovadas a condición que se aprueben en los respectivos planes urbanos. Las afectaciones con fines de

⁴ Artículo 15 de la Ordenanza.

protección ambiental u otras obras públicas de interés metropolitano tendrán una duración igual a las de las vías públicas.⁵

Asimismo, la misma norma establece que “las afectaciones de predios o inmuebles conllevan la obligación y responsabilidad de programación y ejecución de los respectivos proyectos por las entidades y/o organismos competentes en la materia y, en su caso, las empresas concesionarias correspondientes”⁶.

Esto quiere decir que la vigencia de las afectaciones viales puede depender muchas veces de la aprobación de los planes urbanos (o su renovación) a cargo de las municipalidades provinciales. Si bien hay una obligación de ejecutar las obras de infraestructura vial en tanto se mantenga la afectación, en la práctica existen afectaciones, sólo en Lima, que datan de más de 50 años. Sin embargo, en tanto se prevea la ejecución de las obras de infraestructura vial, aplicará lo regulado en el Decreto Legislativo N° 1192 y su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2020-VIVIENDA, que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura.

El procedimiento expropiatorio está orientado en base a los principios de: (i) armonización de intereses; (ii) celeridad y eficacia; y (iii) transparencia. Estos principios se encuentran definidos en la norma conforme al siguiente detalle:

Son principios orientadores del presente Decreto Legislativo:

Armonización de intereses: En el desarrollo de los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo, las entidades públicas deberán armonizar los intereses del Estado que requieren procesos ágiles y expeditivos para desarrollar las Obras de Infraestructura necesarias para el desarrollo del país con los derechos de los Sujetos Pasivos.

Celeridad y eficacia: Quienes participan en los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo deben ajustar su actuación a fin de lograr la obtención oportuna de los inmuebles, evitando actuaciones que constituyan meros formalismos, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido proceso o vulnere el ordenamiento jurídico.

Transparencia: Toda la información que se utilice para los procesos regulados en el presente Decreto Legislativo deberá ser de conocimiento ciudadano, bajo el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM o norma que lo sustituya.

Asimismo, la expropiación es definida como:

La transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, conforme al artículo 70 de la Constitución

5 Artículo 21.

6 Artículo 22.

Política del Perú y las reglas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1192.⁷

En adición, la citada norma contiene una descripción más específica en su numeral 24.2, que establece que:

La expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, **de inmuebles que se requieren para la ejecución de Obras de Infraestructura** [énfasis agregado] o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago de la indemnización justipreciada que incluye compensación por el eventual perjuicio al Sujeto Pasivo.

Entiéndase a sujeto pasivo (en adelante, “Sujeto Pasivo”) como el propietario o poseedor del predio sujeto al procedimiento expropiatorio.

En todos los procedimientos expropiatorios, debe previamente expedirse una ley autoritativa, emitida por el Congreso, en la que se señale la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifique dicha expropiación. Ahora bien, la manera en que se inicia operativamente el procedimiento de expropiación, previa identificación de los inmuebles a adquirir, se da: (i) transcurridos quince (15) días hábiles tras el rechazo de una oferta de adquisición que el Estado le extiende al Sujeto Pasivo a través de una carta oferta en base a la tasación comercial realizada al predio materia de expropiación, ofreciendo un monto adicional equivalente al 20% de dicho valor comercial; o (ii) al vencimiento del plazo de diez (10) días hábiles sin que el Sujeto Pasivo haya aceptado la carta oferta remitida por el Estado.

Una vez verificada cualquiera de las situaciones arriba indicadas, el Estado emitirá una norma que apruebe la ejecución de la expropiación, sea a través de la Resolución Ministerial; Acuerdo de Concejo Regional en el caso de Gobiernos Regionales; o mediante Acuerdo de Concejo en caso de los Gobiernos Locales. Dicha norma debe contener la identificación del Estado (o sujeto activo que conduce la expropiación); del Sujeto Pasivo; la identificación precisa del predio; la aprobación del valor de tasación; la orden de la inscripción del bien inmueble a favor del Estado; y la orden de notificar al Sujeto Pasivo de la expropiación en curso.

Ahora bien, cada una de las etapas del procedimiento de expropiación antes señaladas nos permitirá establecer la relación de este procedimiento con el nacimiento previo de las afectaciones viales. Es necesario entonces, hacer referencia a uno de los principales requisitos de la expropiación; es decir, a la expedición de una ley autoritativa emitida por el Congreso de la República. Qué duda cabe que la norma no da lugar a interpretación cuando hace referencia al instrumento legal que da origen a la expropiación. Sin embargo, consideramos que el procedimiento expropiatorio podría (al menos en la práctica) iniciar incluso mucho antes de la emisión de la Ley autoritativa de la expropiación; esto es, con el acto mismo de afectación vial, aunque este no forme parte de aquel.

Así, no debe entenderse que la sola existencia de una afectación vial, acreditada como tal en los respectivos planes locales de las Municipalidades Provinciales, constituye un inicio formal de un futuro procedimiento expropiatorio. En cambio, dada la imposición de la carga que esta genera, lo que se crea es una estimación cierta de un hecho futuro que, mientras siga vigente, concluirá

⁷ Numeral 4.5, artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1192.

predeciblemente en una pérdida de la propiedad privada.

4. La afectación vial como límite al ejercicio del derecho de propiedad

Lo indicado en el punto 3 precedente no es otra cosa que una restricción legal al ejercicio del derecho de propiedad, tal y como lo establece el artículo 925 del Código Civil peruano⁸. Dicha restricción se mantendrá como tal durante un tiempo determinado hasta que el Estado decida, producto de la necesidad del crecimiento de la ciudad, iniciar el procedimiento de negociación directa o, en el extremo, el procedimiento expropiatorio en los términos descritos anteriormente. La existencia de una norma que impone la afectación

vial no implica la anticipación fáctica de una expropiación, pero sí genera restricciones legales cuyo objetivo es sentar predictibilidad de una futura pérdida de la propiedad. Estas restricciones, si bien no necesariamente cuentan, en todos los ca-

sos, con inscripción registral que genere oponibilidad frente a terceros, sí son perfectamente conocibles a través de la tramitación de los certificados de zonificación y vías que otorgan las municipalidades provinciales. Sobre este último punto, consideramos que es un deber de diligencia estándar contar con dicho documento, sea que lo solicite el propietario de los predios afectados, o como parte fundamental en un estudio de títulos de cara a adquirir derechos de propiedad o posesión sobre inmuebles. A modo de ejemplo, presentamos la referencia de aquello que expresamente señala un

certificado de zonificación y vías sobre afectaciones viales:

Es importante tener en cuenta que, para el caso en concreto, nos estamos refiriendo exclusivamente a la relación afectación-expropiación en función del desarrollo de obras de infraestructura vial. No existe pues, a nuestro entender, algún tipo de afectación o “reserva” para

el desarrollo de obras de infraestructura no vial. A modo de ejemplo, recurriremos a la doctrina comparada para diferenciar la afectación de la vía de una posterior expropiación. Según Busta-



8 Ver también artículo 25 de la Ordenanza: El Derecho de Vía, por necesidad pública, limita el uso de los inmuebles afectados a la ejecución de la respectiva obra de infraestructura vial. Las áreas que forman parte del Derecho de Vía son de uso público irrestricto.

mante Navarro y Gómez Rojas: “la reserva vial no se genera exclusivamente para afectar los predios que se van a adquirir. Como se aprecia en la redacción, los predios pueden ser reservados y no afectados, para posteriormente ser adquiridos” (Bustamante y Gómez, 2012, p. 61). Claramente, la diferencia de términos (debido a la legislación colombiana sobre la cual produce su trabajo) nos indica que existe también una reserva previa a una afectación, pero que ésta última requiere de la existencia de la primera. Al respecto indica: “el procedimiento para la adquisición no exige que los predios requeridos para la obra sean afectados previamente, pero sí que sean reservados, pues esta última delimita el área de intervención general del proyecto vial. Así las cosas, la reserva vial no tiene los mismos efectos que la afectación, como equivocadamente ha entendido la opinión pública” (Bustamante y Gómez, 2012, p. 61).

Por otro lado, el hecho de que la afectación vial constituya una restricción legal al ejercicio del derecho de propiedad no limita totalmente la facultad de ejercer actos posesorios y/o propios del derecho de propiedad sobre la extensión afectada. Tanto es así que la Norma Técnica A.010. - Condiciones Generales de Diseño del Reglamento Nacional de Edificaciones dispone en su artículo 11° que los retiros frontales (recordemos las definiciones contenidas en la sección 2 del presente artículo) pueden ser empleados para lo siguiente:

- a) La construcción de gradas para subir o bajar, como máximo 1.50 m del nivel de vereda.
- b) La construcción de cisternas para agua y sus respectivos cuartos de bombas.
- c) La construcción de casetas de guardianía y su respectivo baño.
- d) Estacionamientos vehiculares con techos ligeros o sin techar.

- e) Estacionamientos en semisótano, cuyo nivel superior del techo no sobrepase 1.50 m por encima del nivel de la vereda frente al lote.
- f) Cercos delanteros opacos.
- g) Muretes para medidores de energía eléctrica.
- h) Reguladores y medidores de gas natural y GLP.
- i) Almacenamiento enterrado de GLP y líquidos combustibles.
- j) Dispositivos de descarga (tomas de piso) y retorno (GLP. Líquidos combustibles).
- k) Techos de protección para el acceso de personas.
- l) Escaleras de protección para el acceso de personas.
- m) Escaleras abiertas a pisos superiores independientes, cuando estos constituyan ampliaciones de la edificación original.
- n) Piscinas.
- o) Sub-estaciones eléctricas y ventilación de las mismas.
- p) Instalaciones de equipos y accesorios contra incendio.
- q) Descargas a nivel de piso de los sistemas de ventilación de humos en caso de incendio.
- r) Otros debidamente sustentados por el proyectista.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la existencia de la afectación vial para el ensanche de vía no deja de ser una carga orientada a una futura pérdida del derecho de propiedad vía una expro-

piación; y que, dada su condición de retiro para tal fin, solo podrán realizarse las obras antes citadas sobre la extensión afectada. La obtención de cualquier autorización y/o licencia de edificación en contravención a lo antes indicado acarrearía un vicio de nulidad del referido acto. Esto concuerda con lo también indicado por Bustamante Navarro: “Así las cosas, debemos concluir que, a diferencia de las afectaciones, la delimitación de las zonas de reserva por sí sola, no limita o impide la obtención de las licencias de urbanismo y construcción” (Bustamante y Gómez, 2012, p. 62).

5. Conclusiones

El término “afectación vial” se entiende como una carga legal sobre una extensión determinada de una propiedad y respecto de la cual se proyecta una vía. Esta carga se impone a efectos de reservar una determinada área para la ejecución de una vía futura o del ensanchamiento de una ya existente. Esta definición encuentra concordancia con las definiciones señaladas tanto en la Ordenanza como en el RNE.

Las afectaciones viales no se corresponden con la cesión para vías, por lo que el hecho de que algún predio haya pasado por un procedimiento de habilitación urbana no elimina la posibilidad de que tales afectaciones se ejecuten en el futuro. Así, las posibles afectaciones a los predios privados producto de la ejecución de vías (nuevas, ampliaciones o ensanchamientos), no es algo propio de los procesos de habilitación urbana, sino más bien algo que puede darse al margen de ellos.

La sola existencia de una afectación vial, acreditada como tal en los respectivos planes locales aprobados por las Municipalidades Provinciales, no constituye un inicio formal (al menos como instrumento normativo) de un procedimiento expropiatorio. Dada la imposición de la carga que

esta genera, lo que se crea más bien es una estimación cierta de un hecho que concluirá, predeciblemente, en una pérdida de la propiedad privada.

La afectación vial no es otra cosa que una restricción legal al ejercicio del derecho de propiedad, tal y como lo establece el artículo 925 del Código Civil Peruano. Dicha restricción se mantendrá como tal hasta que el Estado decida, producto de la necesidad del crecimiento de la ciudad, iniciar el procedimiento de negociación directa o, en el extremo, el procedimiento expropiatorio en los términos descritos en este artículo.

i bien la afectación vial se publicita a través de un certificado de zonificación y vías, consideramos un deber de diligencia estándar contar con dicho documento, sea que lo solicite el propietario de los predios afectados, o como parte fundamental en un estudio de títulos de cara a adquirir derechos de propiedad o posesión sobre inmuebles.

El hecho de que una afectación vial para el ensanche de la vía constituya una restricción legal al ejercicio del derecho de propiedad no limita totalmente la facultad de ejercer actos posesorios y/o propios del derecho de propiedad sobre la extensión afectada. Sin embargo, no deja de ser una carga orientada a una futura pérdida del derecho de propiedad vía una expropiación; y que, dada su condición de retiro para tal fin, sólo podrán realizarse las obras antes citadas sobre la extensión afectada.

Bibliografía

Bustamante Navarro, C. y Gómez Rojas, O. (2012). Implicaciones de las figuras de reserva y afectación en el marco de la consolidación del subsistema vial como elemento integrante del Sistema de Movilidad en la ciudad de Bogotá. [Trabajo para optar

por la especialización en Derecho Urbanístico]. Pontificia Universidad Javeriana.

Decreto Legislativo N° 295 de 1984. Código Civil. 24 de julio de 1984.

Decreto Legislativo N° 1192 de 2015. Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructuras. 23 de agosto de 2015.

Decreto Supremo 016-2006-VIVIENDA de 2006. Reglamento Nacional de Edificaciones. 23 de mayo de 2006.

Decreto Supremo 015-2020-VIVIENDA de 2020. Decreto que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1192.

Ordenanza N° 296-MML. Ordenanza que regula el régimen de constitución y administración de bienes de uso público en la provincia de Lima. 23 de diciembre de 2000.

Resolución Ministerial N° 029-2021 de 2021. Modificación de la Norma Técnica G.040, Definiciones del Reglamento Nacional de Edificaciones. 29 de enero de 2021.

Resolución Ministerial N° 191-2021 de 2021. Norma Técnica A.010 - Condiciones Generales de Diseño del Reglamento Nacional de Edificaciones. 8 de julio de 2021

Sopesando al tercero registral versus el usucapiente: Un enfoque desde el sistema peruano¹

Balancing registered third parties against adverse possessors: Approach from the Peruvian registry system

Patricia Santillán García²

Resumen. En el presente artículo se analiza el conflicto de propiedad que surge entre el tercero que adquiere un predio de quien aparecía en Registros Públicos como propietario sin tener conocimiento de que el inmueble le pertenecía en propiedad al usucapiente. La autora aborda este fenómeno a partir de las disposiciones del sistema registral peruano y sus peculiaridades, analizando de manera crítica las distintas posiciones sobre este supuesto de hecho que han esbozado diversos sectores de la doctrina, para luego exponer una interpretación en conjunto de las normas existentes en nuestro ordenamiento que resuelve en definitiva esta controversia.

Abstract. *This article analyses the ownership dispute arising from a third party acquiring a real estate from a person who appeared in the Public Records as the owner but without knowing that the real estate was owned by an adverse possessor. The author approaches this phenomenon based on the provisions of the Peruvian Registry system and its particularities, critically analyzing various positions on this de facto assumption that have been outlined by various doctrines, to subsequently make a comprehensive interpretation of the existing regulations in our system to finally solve this dispute.*

Palabras clave. Prescripción adquisitiva de dominio; usucapición contra tabulas, tercero registral; principio de fe pública registral; conflicto de propiedad; propiedad inmueble; derechos reales; artículos 952° y 2014° del Código Civil.

Keywords. *Adverse possession: usucaption against registered owner, registered third party; principle of registration public faith; property conflict; real estate; real rights; Articles 952 and 2014 of the Civil Code.*

Sumario: 1. Introducción: Planteamiento del problema. 2. La prescripción adquisitiva de bienes inmuebles. 3. Primera tesis: El derecho del usucapiente vence siempre al tercero registral que cuenta con su titularidad inscrita. Argumentos doctrinales. 3.1 La protección al usucapiente frente al tercero registral es consecuencia de la aplicación del artículo 952° del Código Civil Peruano. 3.2 Una adquisición derivativa, como la del tercero, debe ceder siempre ante la adquisición originaria verificada mediante usucapición. 4. Segunda tesis: En base a los principios registrales que recoge el ordenamiento jurídico peruano el tercero registral debe ser siempre protegido en perjuicio del derecho del usucapiente; 4.1 Análisis de los principios registrales que fundamentan el derecho del tercero registral. 4.2 Exposición de la tesis que formula la doctrina en favor del tercero registral; 4.3 Refutación de la tesis contraria; 5. Propuestas legislativas de reforma del Código Civil Peruano para acoger expresamente la protección al tercero registral frente a la usucapición contra tabulas. 6. Una interpretación de *lege data* del artículo 2014 del Código Civil Peruano. 7. Conclusiones

1 El presente trabajo forma parte de una investigación más extensa que es la Tesis de la autora para obtener el grado de Magíster en la Universidad Complutense de Madrid, denominada: “La Problemática de la Usucapición del Dominio contra Tabulas en el Derecho Peruano. Una visión desde la legislación y Doctrina Española”, sustentada en el año 2014 en dicha universidad

2 Abogada por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Privado, con especialidad en Derecho Civil, por la Universidad Complutense de Madrid. Socia del Estudio Avendaño Abogados.

1. Introducción: Planteamiento del problema

Teresa, que vive en Madrid, se encuentra muy interesada en adquirir un inmueble en el balneario de Lima. Víctor, que aparece en Registros Públicos como propietario del predio que le interesa a Teresa, le transfiere la propiedad y se inscribe la compraventa en la partida del inmueble. Transcurridos unos meses de la adquisición, cuando Teresa llega al Perú, se encuentra con la sorpresa de que la propiedad que ha comprado está ocupada por Úrsula, quien alega haber adquirido el predio por prescripción. ¿Cómo resuelve este conflicto de derechos sobre la propiedad inmueble nuestro ordenamiento jurídico? ¿Acaso prefiere el derecho de propiedad que ostenta Úrsula porque es la que ha usado y disfrutado el predio durante diez años³, o es que se privilegia el derecho de Teresa, quien confiada en la propiedad que publicita Registros Públicos, compró un inmueble de quien aparecía en el registro como propietario? ¿Se le podría exigir a Teresa la diligencia de haber visitado el predio antes de su adquisición, es decir, viajar de España a Perú, e indagar si alguien alegaba algún derecho sobre el inmueble que estaba interesada en comprar, o era suficiente realizar la transacción de compraventa con la información que publicita Registros Públicos?

Este conflicto no se presenta únicamente en transacciones con personas que se encuentran en el extranjero. Podría suceder también que una empresa que opera en Lima y con el deseo de expandir su mercado y ofrecer sus productos en otras plazas del país, encuentre un inmueble en la provincia de Trujillo. La empresa revisa la información sobre la titularidad del predio que ofrece Registros Públicos, verifica también la ubicación del predio, el área y los parámetros urbanísticos de la zona, pues lo que quiere es derribar el edificio de 3 pisos que se encuentra construido para edificar una tienda

de 5 pisos en donde pueda exhibir sus productos. El dueño de la empresa no se dirige al inmueble para verificar el estado de la vivienda, pues lo que le interesa (titularidad, ubicación, área, zonificación y precio) lo obtuvo desde su oficina a través de una llamada telefónica a su abogado. Al igual que en el caso anterior, cuando se quiere derrumbar el inmueble, la empresa se encuentra con la sorpresa de que una de las personas que ocupa un piso del edificio alega haber adquirido la propiedad por prescripción. ¿Qué sucede en este caso, en el que ambos, comprador y usucapiente, alegan ser propietarios del predio? Lógicamente no puede haber dos propietarios únicos del mismo predio. A la luz de nuestra legislación, se debe dar una solución a esta controversia.

Lo primero que debemos advertir son los derechos que se encuentran en conflicto. Por un lado, el derecho del usucapiente, regulado en el artículo 950° del Código Civil, que señala literalmente: “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”. Es preciso indicar que el derecho de propiedad del usucapiente no requiere ser inscrito para ser reconocido como tal, incluso ni siquiera necesita ser reconocido judicialmente para configurarse, pues el solo transcurso del tiempo con las características que la norma señala, convierte al poseedor en propietario, conforme lo señala el mencionado artículo 950°, concordante con el artículo 952° del mismo Código: “Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”.

3 Conforme lo señala el artículo 950° del Código Civil, se adquiere por prescripción un predio por la posesión continua, pacífica, pública y como propietario durante diez años, o cinco, cuando medie justo título y buena fe.

Por otro lado, se encuentra el derecho de propiedad de aquel tercero que adquiere el predio de quien aparecía en Registros Públicos como propietario sin tener conocimiento de que el inmueble le pertenecía en propiedad al usucapiente. **La doctrina sostiene que no existe una norma específica en el ordenamiento jurídico que regule este supuesto de hecho en concreto. Tampoco existe unanimidad sobre la solución al caso planteado, ya que parte de la doctrina, aplicando el Derecho común, prefieren el derecho del usucapiente frente al tercero que adquirió confiando en el registro. Otro sector, apelando a la seguridad jurídica y al tráfico inmobiliario, afirman que interpretando en conjunto el sentido de las normas registrales, la legislación peruana prefiere proteger el derecho de aquel tercero que adquirió a título oneroso confiado en la información que publicita el registro, tenga buena fe y cuyo negocio jurídico adquisitivo se haya inscrito.**

Como no podría ser de otra manera, el Poder Judicial Peruano también abordó esta controversia a través del Pleno Jurisdiccional Regional Civil realizado en la ciudad de Talara⁴, planteándose la siguiente interrogante: ¿En la oposición del derecho de quien ostenta la posesión de un bien inmueble con vocación para adquirirlo por prescripción (corta o larga), y el derecho del tercero que ha adquirido el mismo bien de quien en el registro aparece como titular registral, cuál debe prevalecer? En dicha oportunidad, el Pleno acordó por mayoría favorecer el derecho de propiedad del usucapiente en perjuicio del derecho que alegaba el tercer adquirente⁵.

Habiendo transcurrido nueve (9) años de llevado a cabo dicho Pleno, advertiremos que, actual-

mente la tendencia del Poder Judicial al resolver los conflictos vinculados al derecho de propiedad es tener en cuenta -principalmente- la posesión como elemento determinante para verificar la buena fe del adquirente de un bien inmueble⁶. Aplicando dicho parámetro para nuestro caso en estudio, evidenciamos que nuestros magistrados están beneficiando o priorizando a la posesión en defecto de lo que publicita el registro, cuando nuestro ordenamiento jurídico **no reconoce a la publicidad posesoria como una variable a tener en cuenta para efectos de la transferencia de propiedad inmueble ni para su oponibilidad**. Sobre este extremo, ahondaremos en el acápite 4) del presente artículo al referirnos a los principios registrales que recoge nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, nuestros legisladores también son conscientes de esta problemática y han intentado poner fin a esta controversia en dos oportunidades. El Poder Legislativo en el año 2000 elaboró un proyecto de ley que resolvía en concreto esta controversia favoreciendo el derecho de propiedad de aquél que contrata con buena fe en base a la información registral en perjuicio del usucapiente. Asimismo, en el año 2011 el Poder Legislativo nombró una Comisión Reformadora del Código Civil y la Comisión a cargo del Libro de Reales, propuso resolver este conflicto de derechos en favor también del tercero registral. Finalmente, en el año 2016 se instaló nuevamente una Comisión Reformadora del Código Civil; sin embargo, dicho grupo de trabajo no abordó la presente controversia.

Se advierte pues que, a la fecha, este conflicto se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico peruano. De este modo, en virtud de las normas

4 El Pleno Jurisdiccional Regional Civil de Talara se celebró el 11 de agosto del 2012.

5 Las conclusiones del Pleno Jurisdiccional se pueden acceder a través de la Pagina del Poder Judicial, en el siguiente enlace: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7d8a62004c86c06aa9d8bd7ee8aa914d/DOC.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=7d8a62004c86c06aa9d8bd7ee8aa914d>

6 Casación N° 11620-Junín, Casación N° 1589-2016-Lima Norte y Casación N° 3505-2018-Puno

que recoge nuestra legislación, analizaremos las soluciones más solventes que ha planteado la doctrina peruana, teniendo en cuenta y considerando también la normativa y doctrina española pues - en esta materia - nuestra legislación tiene como antecedente inmediato la Ley Hipotecaria Española (en adelante, "LH"). Luego de analizar la postura de los diversos autores peruanos y españoles realizaremos una interpretación de las normas existentes en la legislación peruana que resuelva en definitiva la controversia entre el usucapiente y el tercero registral. Nótese que resulta de vital importancia contar con una solución unánime a esta controversia, que encuentre respaldo en nuestro ordenamiento jurídico, pues continuar en la actual incertidumbre perjudica la economía del país, ya que la inversión en la propiedad inmueble sólo crecerá en la medida que las reglas sobre la propiedad y su tráfico jurídico se encuentren definidas y sean claras.

2. La prescripción adquisitiva de bienes inmuebles

Desde su inicio se reconoció a la prescripción como un modo para que el poseedor de un bien mueble o inmueble adquiera la propiedad por el transcurso del tiempo. En el presente artículo centraremos nuestro análisis en la prescripción adquisitiva de dominio de bienes inmuebles, por lo que, para efectos de este trabajo, al referirnos a la prescripción adquisitiva o usucapición se debe entender que hacemos mención a la que opera sobre bienes inmuebles.

La figura de la prescripción adquisitiva se encuentra regulada en el artículo 950° del Código Civil: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe". Se configura así como aquel derecho que adquiere el poseedor de un bien inmueble, siempre que su

posesión sea continua, pacífica, pública y como propietario durante el término de 10 años. A este tipo se le denomina prescripción larga. A diferencia de la prescripción corta, que requiere un plazo de 5 años y opera cuando, además de los requisitos antes mencionados, el poseedor tiene buena fe y ostenta justo título, entendido éste último elemento como aquel acto jurídico válido para transmitir la propiedad, pero que no resulta eficaz ya que el transmitente carece de facultad dispositiva⁷.

La norma, en su artículo 952°, dice que aquel poseedor que adquiere la propiedad por prescripción adquisitiva se encuentra facultado para solicitar al órgano competente que declare la propiedad a su favor: "Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño". Nótese que el pronunciamiento judicial que se señala no es para que se configure el derecho de propiedad en favor del usucapiente sino para que éste sea declarado, conforme lo dice expresamente el texto de la norma. Es así que el derecho de propiedad se encuentra configurado desde que transcurre el plazo con los requisitos que dispone el mencionado artículo 950° del Código Civil tanto para la prescripción corta como larga.

Es preciso indicar que la declaración de propiedad a la que se refiere el artículo 952° no se encuentra circunscrita sólo para el órgano judicial, sino que también puede ser declarada por el Notario Público de la localidad donde se encuentre el predio objeto de prescripción, siempre que se verifiquen los requisitos para que se configure el derecho de propiedad, conforme lo dispone el artículo 21° de la Ley N° 27157: "La prescripción adquisitiva a la que se refiere el presente título es declarada notarialmente, a solicitud del interesado (...)" ; concordante con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 27333:

⁷ Cfr: Berastein Quevedo (2003, p. 322).

“El procedimiento de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio previsto en el artículo 21° de la Ley No 27157 se tramitará, exclusivamente, ante el Notario de la Provincia en donde se ubica el inmueble, verificándose el cumplimiento de los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 950° del Código Civil (...)”. El procedimiento de declaración notarial de prescripción procede siempre que no exista oposición o discusión sobre la propiedad adquirida. En caso contrario, el Notario Público dará por finalizado el trámite y el poseedor podrá discutir la prescripción mediante un proceso contencioso en el ámbito judicial⁸.

Habiendo revisado la regulación relativa a la prescripción adquisitiva, resulta necesario hacer mención a las dos funciones que ésta figura jurídica cumple, a fin de entender en conjunto las razones de su concepción. Tal como lo señala el articulado del Código Civil, la prescripción adquisitiva cumple la función de ser un modo para adquirir la propiedad de un bien. La prescripción adquisitiva también cumple la función de servir como medio de prueba de la propiedad. La doctrina sostiene que la función probatoria de la prescripción es la función principal y la que se utiliza con mayor frecuencia:

En efecto, la doctrina clásica concibió la prescripción como un modo de adquirir la propiedad, es decir, convertir al poseedor ilegítimo en propietario. Actualmente, sin embargo, se le considera un medio de prueba de la propiedad. Su verdadera naturaleza jurídica es ésta última porque así se utiliza en prácticamente todos los casos. Muy excepcionalmente la prescripción convierte al poseedor en propietario. Lo usual y frecuente es que ella sirva para que el propietario pruebe o acredite su derecho de propie-

dad. Si no hubiese la prescripción adquisitiva, la prueba del derecho de propiedad de los inmuebles sería imposible (Avendaño Valdez, 1988, p. 203).

Por tales motivos, se dice que la prescripción adquisitiva supone el reconocimiento de una situación de hecho preexistente encaminada a ser utilizada como elemento de prueba del derecho de propiedad que ostenta el poseedor de un inmueble. Es decir, la declaración de la propiedad por parte del órgano competente consolida la situación de hecho del poseedor que, en realidad, ya era propietario del predio y la prescripción es únicamente el medio de prueba de su derecho. Ahora bien, no se puede negar que la usucapción al cumplir también la función de ser un modo de adquirir la propiedad, puede servir para que un poseedor ilegítimo despoje de su propiedad al titular del inmueble debido a que es el poseedor quien ha utilizado y disfrutado el inmueble durante el período y con los requisitos que señala la norma civil.

3. Primera tesis: El derecho del usucapiente vence siempre al tercero registral que cuenta con su titularidad inscrita. Argumentos doctrinales

3.1. La protección al usucapiente frente al tercero registral es consecuencia de la aplicación del artículo 952° del Código Civil Peruano

Frente a la controversia descrita, parte de la doctrina postula aplicar el derecho común y no las normas registrales, y así favorecer el derecho del

8 Artículo 5 de la Ley N° 27333:

f) Transcurrido el término de 25 (veinticinco) días desde la fecha de la última publicación, sin mediar oposición, el Notario completará el formulario registral o elevará a escritura pública la solicitud, en ambos casos declarando adquirida la propiedad del bien por prescripción. (...)

g) Si existe oposición de algún tercero el Notario dará por finalizado el trámite comunicando de este hecho al solicitante, al Colegio de Notarios y a la oficina registral correspondiente. En este supuesto, el solicitante tiene expedito su derecho para demandar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en sede judicial o recurrir a la vía arbitral, de ser el caso

usucapiente, pues entienden que el conflicto se soluciona aplicando el artículo 952° del Código Civil: “Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”. El razonamiento que emplean para llegar a esta conclusión es que dicho artículo faculta a que la sentencia que declara la prescripción cancele siempre el asiento de aquel que aparezca en Registros Públicos como propietario, incluso si es un tercero que adquirió a título oneroso, confiando en la propiedad que publicitaba el registro y además tiene buena fe.

En virtud a la mencionada norma, afirman que frente al usucapiente no se aplica el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 2014° del Código Civil mediante el cual se protege la adquisición de aquel que ha contratado con la persona que aparece en el registro como propietario. El artículo 2014° dispone lo siguiente:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Este principio crucial en el sistema de transferencia de propiedad es comentado por la doctrina en los siguientes términos:

El Principio de Fe Pública Registral supone que el verdadero dueño del bien, que no tiene derecho inscrito, queda privado de su titularidad en beneficio de otra persona [resaltado

agregado] (llamado ‘tercero registral’) que adquirió de buena fe de quien aparecía en el Registro como titular del bien y con capacidad para transferirlo, a pesar que este último no ostenta dicho derecho (Avendaño Valdez y Del Risco Sotil, 2012, p. 190) .

A pesar de la protección al negocio jurídico que se realiza con buena fe, en base a lo que publica el registro, los partidarios de la tesis a favor del usucapiente entienden que este principio no resulta aplicable al supuesto de hecho estudiado debido a que la fe pública únicamente protege al tercero registral frente a alguna deficiencia de corte contractual en el título de su transmitente que pueda conllevar a declarar la nulidad o anulabilidad, a rescindirlo o resolverlo. Sostienen que, diferente es el escenario cuando el título de su transmitente ha decaído por el derecho de propiedad que ha adquirido el usucapiente, pues en la prescripción no existe ningún contrato y ninguna patología podría subsanar la fe pública registral. De este modo, en la medida que, frente al usucapiente, el adquirente no se encuentra protegido por el artículo 2014° del Código Civil, la disposición contenida en el último párrafo del mencionado artículo 952° desplaza el derecho de propiedad del adquirente registral en favor del derecho del prescribiente.

En esta línea se pronuncia Mesinas Montero afirmando lo siguiente:

La publicidad registral puede ser vencida por la prescripción adquisitiva de dominio. En efecto, el segundo párrafo del artículo 952° del Código Civil señala que la sentencia (de prescripción adquisitiva) que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño. Por tanto, aun quien adquiere con buena fe registral puede verse desplazado por un prescribiente. Esto obliga a un eventual comprador a veri-

ficar no solo la información registral (pues la posesión del prescribiente no necesariamente aparecerá inscrita allí), sino también el estado posesorio del bien, con los riesgos y costos implícitos (2006, p. 260).

Por su parte, Esquivel Oviedo, apoyando la tesis a favor del usucapiente sustenta su posición en lo dispuesto por el artículo 952° del Código Civil:

¿El registro vence a la prescripción? Creemos que no, puesto que al amparo del artículo 952° del Código Civil la prescripción le gana a todo, ya que solo basta que el poseedor cumpla el plazo establecido por la ley para que el titular registral pierda la propiedad del bien. Asimismo, alguien podría considerar que tal afirmación es falsa, sustentado en el argumento que para mantener un derecho que está inscrito sólo es necesario haberlo adquirido a título oneroso y con buena fe, pues así lo establece el artículo 2014 del Código Civil que consagra el principio de la fe pública registral. Lamentablemente, aunque muchas personas piensan que al momento de adquirir un inmueble solo le será necesario ir al registro para verificar la validez de los títulos del actual titular registral, ello no es así, puesto que el comprador además de hacer el respectivo estudio de títulos, deberá de gastar tiempo y dinero en acudir al predio y verificar que el mismo no se encuentra en posesión de otra persona distinta al titular registral (2003, p. 97).

Incluso Gonzáles Barrón afirma enfáticamente que la norma no distingue ni podría distinguir si el asiento que se cancela es el del propietario, a quien se le ganó la prescripción, o el de un tercero registral, ajeno a la pérdida de propiedad de su transferente en beneficio del usucapiente:

En conclusión, el artículo 2014 simplemente no regula la hipótesis de conflicto entre el usucapiente y el tercero inscrito, por lo que de allí nada puede obtenerse. Por el contrario, el artículo 952 CC sí resulta aplicable, y en virtud de ella claramente es preferida la posición jurídica del prescribiente. En tal sentido, la sentencia que declara la usucapición es título suficiente para cancelar el asiento del antiguo dueño, cualquiera que éste sea, inscrito o no, pues la norma no distingue ni podría distinguir (2012, p. 26).

El referido artículo 952° del Código Civil establece que la sentencia que declara la prescripción es título para cancelar el asiento registral del antiguo dueño. No existe discusión que el título de propiedad, materializado en la sentencia, deba cancelar el asiento del titular registral que no se ha comportado como propietario; que ha dejado que el usucapiente permanezca en posesión calificada durante un periodo determinado fijado por la norma. Se cancela así la propiedad de aquél a quien se le ha ganado por prescripción; la propiedad de aquel titular inactivo que no utilizó el predio y que no defendió su derecho frente al usucapiente. **Consideramos que distinta es la controversia planteada en este caso pues el usucapiente no ha poseído el predio en contra del tercero registral, sino que su derecho proviene de una relación jurídica anterior a la adquisición de propiedad del tercero registral y respecto de la cual éste no tiene conocimiento**⁹. Atender la interpretación que se le quiere dar al último párrafo del artículo 952° supondría trasladar los efectos del propietario inactivo al tercero registral cuando no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico peruano que le imponga dicha carga.

⁹ En esta línea se pronuncia doctrina española al explicar que los efectos de la usucapición *inter partes* no le pueden alcanzar al tercero registral debido a que éste no toleró la posesión del usucapiente: "(...) un nuevo dueño que adquiera del anterior dueño que no se opuso a la usucapición, ese nuevo dueño es tercero y sólo le podrá afectar la usucapición a partir del momento en que la tolera ininterrumpidamente durante el tiempo de dicha usucapición, y no antes, pues antes era tercero" (García García, 1999, p. 622).

Del texto de la norma se advierte que su *ratio legis* no piensa en el conflicto con el adquirente registral, únicamente regula los efectos naturales que se derivan de una sentencia que declara propietario al prescribiente en el marco de un proceso judicial donde se ha discutido su posesión, y se ha emplazado al titular registral del predio, dándole la posibilidad de probar que la posesión del usucapiente no ha sido calificada. Es una norma de carácter general que no recoge el conflicto de propiedad que se genera una vez que el usucapiente adquiere la titularidad del inmueble en la vía extra registral, y el tercero registral adquiere la titularidad del predio en base a lo que publicitaba el registro.

Además, la propia norma circunscribe su alcance al asiento de inscripción del antiguo dueño: “La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño”. El antiguo dueño al que se refiere esta norma es aquel que perdió su propiedad en favor del usucapiente; que, a pesar de seguir apareciendo en el registro como dueño del predio, ya no lo es, debido a que su titularidad ha decaído, precisamente por ese motivo, se le denomina antiguo dueño. El supuesto de hecho normativo no extiende su aplicación al nuevo dueño, no se refiere a aquel titular que adquirió su propiedad de un *non domino* (antiguo dueño del predio) y que aparece inscrito en el registro como el nuevo propietario o nuevo dueño del inmueble¹⁰.

En esta línea se pronuncia autorizada doctrina señalando lo siguiente: “El artículo 952 del CC no está concebido para regular el conflicto entre el tercero registral protegido y el adquirente por

prescripción, sino que únicamente prevé la forma en que la actual información sustantivamente inexacta del Registro será sustituida por la nueva información sobre la titularidad que surge de la prescripción adquisitiva” (Arata Solis, 2003, p. 380). Tal como se demostrará en los párrafos siguientes y, contrariamente a lo dispuesto por la doctrina en favor del usucapiente, las normas contenidas en el Código Civil peruano no permiten sostener como regla general que el tercero registral deba ceder su propiedad en favor del derecho del titular que ha adquirido el predio por prescripción y que no ha inscrito su derecho. Los principios registrales a los que haremos referencia en los párrafos siguientes no concuerdan con la interpretación que la doctrina le quiere dar al último párrafo del artículo 952° del Código Civil.

En efecto, el ordenamiento jurídico peruano contiene la presunción *iuris et de iure* de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones conforme se encuentra regulado en el artículo 2012° del Código Civil: “Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.” Sobre este principio, Pizarro Aranguren se pronuncia:

“A nuestro entender, el artículo 2012 constituye una de las normas fundamentales de las relaciones patrimoniales en el sistema legal peruano, toda vez que **concentra y otorga fortaleza absoluta a la función principal del registro: publicitar derechos oponiéndolos a los terceros** [resaltado agregado].

El artículo, en razón de una presunción cerrada (absoluta o *iure et de iure*), impide to-

10 En relación a la diferencia que existe entre el antiguo dueño y el nuevo dueño (tercero registral) doctrina española autorizada se pronuncia señalando: “La cuestión estaba muy clara: la usucapión en términos generales no perjudicaba al tercero inscrito, pero sí al dueño que no era tercero. Ciertamente que algunos autores no entendieron bien la distinción entre ‘dueño’ y ‘tercero’. Incluso tratadistas tan autorizados como Galindo y Escosura, no veían modo de compaginar ambos supuestos, pues para ellos tan dueño era el primitivo dueño como el ulterior adquirente. Pero olvidaron el concepto de tercero, que era precisamente el adquirente al que no podría perjudicar una prescripción anterior no inscrita ni actos anteriores no inscritos tendentes a la prescripción” (García García, 1999, pp. 624-625).

talmente la posibilidad que alguna persona, bajo cualquier razón o circunstancia, desconozca un derecho debidamente inscrito” (1994, p. 222).

En atención a esta norma, en el supuesto de hecho estudiado, el tercero registral que adquirió un bien inmueble de quien aparecía como titular inscrito, se encontraba obligado a conocer que, en los Registros Públicos, su transferente aparecía como propietario del inmueble, y no el derecho del usucapiente que alega la propiedad del predio y que no ha inscrito su titularidad. De otro lado, no existe en el ordenamiento jurídico peruano alguna normativa que presuma que toda persona tenga conocimiento de quién se encuentra en posesión de un inmueble o que le imponga la carga de indagar sobre la posesión del inmueble que pretende adquirir¹¹.

Es así que la presunción *iuris et de iure* que contiene esta norma permite afirmar que el tercero registral cuando adquirió el predio en controversia se encontraba obligado a conocer la información que publicita Registros Públicos en donde no figuraba la titularidad del usucapiente. El error en el que ha incurrido el tercero registral al considerar que el predio le correspondía en propiedad al titular registral, cuando conforme a la realidad extra registral el inmueble era de propiedad del usucapiente, es un error de derecho excusable, fundado en la información que publicita el registro. Esta afirmación se sustenta además en el principio de legitimación que regula el artículo 2013° del Código Civil según el cual existe certeza sobre la información que publicita el registro: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”.

Frente a la certeza sobre la información que contiene el registro, advertimos que en el ordenamiento jurídico peruano no existe la misma presunción respecto a los derechos que se encuentran en la realidad extra registral como lo es una usucapición consumada que no ha accedido al registro. En virtud a esta regulación, se puede afirmar que el tercero registral cuando contrató en base al registro, lo hizo válidamente y con el titular que se encontraba legitimado conforme al registro, debido a que se presume que dicha información publicitada es exacta y produce todos los efectos que le son propios en la medida que no se rectifique o sea declarada inválida.

No cabe duda que la presunción *iuris tantum* que recoge el artículo 2013° del Código Civil faculta al tercero registral a contratar con aquél que cuenta con derecho inscrito a pesar de que el transferente es un *non domino* por haber perdido su derecho de propiedad con ocasión de la usucapición consumada: “Esto es lo que se conoce como legitimación, la cual tiene dos lados o facetas: legitimación activa y legitimación pasiva. La legitimación activa habilita al titular registral a celebrar actos jurídicos respecto del derecho inscrito; **la pasiva protege al tercero que contrata con el que tiene derecho inscrito** [énfasis agregado]” (Avendaño Arana, 2002, p. 83).

La presunción de legitimación ataca directamente la interpretación que se le quiere dar al último párrafo del artículo 952° del Código Civil, en tanto que, el artículo 2013° del Código Civil faculta expresamente al tercero a contratar con quien aparece con derecho inscrito, pues presume que es el verdadero propietario del predio siempre que su título no sea declarado inválido. El sentido de la norma es otorgar seguridad respecto a los derechos inscritos otorgando certeza a quienes realizan actos jurídicos confiados en la inscripción

11 Distinta es la configuración de la buena fe a la que se refiere el artículo 2014 del Código Civil sobre la cual nos pronunciaremos en el epígrafe 4.2.

registral. Por su parte, la interpretación del artículo 952° del Código Civil se aleja de la certeza de la inscripción y en base a la información extra registral cancela la titularidad de aquel que contrató confiando en el registro, contraviniendo dicha interpretación el artículo 2013° del Código Civil.

Ahora bien, aunado a las normas registrales señaladas, resulta necesario traer a colación el principio que recoge aquella máxima jurídica que sólo lo inscrito podrá oponerse a lo no inscrito que consagra el artículo 2022° del Código Civil: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone” [resaltado agregado]. El principio de oponibilidad que recoge esta norma se refiere a derechos compatibles que acceden al registro, indicando que el derecho que se inscribe primero se podrá oponer a aquel que se inscribe después. En nuestro caso, estamos ante un escenario en el que ésta norma no resulta de aplicación, pues se trata de derechos incompatibles, ya que ambos derechos no podrían acceder a inscribirse (dos derechos de propiedad distintos sobre el mismo inmueble no pueden acceder ambos al registro por incompatibilidad). Un ejemplo del supuesto de hecho de esta norma, sería el derecho de usufructo sobre un inmueble constituido por “A” a favor de “B”, y que posteriormente “A” transfiera su propiedad a “C”. De acuerdo al principio de oponibilidad, “C” deberá respetar el derecho de usufructo debido a que ha sido inscrito con anterioridad a su titularidad. Vale decir, el derecho de usufructo a favor de “B” le es oponible al derecho de propiedad de “C”.

En nuestra hipótesis, tal como ya lo hemos advertido, el supuesto de hecho resulta ser precisamente la incompatibilidad de dos derechos reales de propiedad sobre un mismo inmueble, el derecho del adquirente registral que inscribe su propiedad y el del usucapiente que no accede al registro por

lo que en este supuesto no se aplica el principio de oponibilidad consagrado en el artículo 2022° del Código Civil. Sin embargo, debemos advertir que en este principio registral, nuevamente el ordenamiento jurídico peruano privilegia el derecho de propiedad de aquel que inscribe primero su titularidad en perjuicio del derecho del que lo hace después, evidenciando la preferencia que el sistema otorga a aquellos derechos reales que no se quedan en la realidad extra registral sino que, dando un signo de cognoscibilidad general inscriben su derecho, exteriorizando de esta manera su titularidad y generando publicidad registral.

De este modo, si el usucapiente inscribe su derecho de propiedad adquirido en la realidad extra registral su propiedad que ha accedido al registro tendrá un signo de cognoscibilidad general, y en la medida que ésta inscripción se presume conocida por todos (2012° del Código Civil) será siempre preferido frente a un derecho incompatible. De lo contrario, cualquier tercero que adquiera del titular registral e inscriba su derecho podrá oponer su propiedad frente al usucapiente debido a que éste no exteriorizó su titularidad conforme lo disponen las normas referidas a la publicidad registral. Esta es la carga que debe soportar todo titular de un derecho real de propiedad si quiere ostentar un derecho de propiedad de carácter absoluto:

En todo caso, lo que sí corresponde advertir - en un sistema como el indicado - es que por tratarse de derechos susceptibles de acceder a la publicidad registral, existe para todo adquirente el riesgo de un posible conflicto con terceros interesados que se resuelve a favor de quien primero inscribe, de ahí el interés por acceder al Registro para poder oponer el derecho a dichos terceros, pero se trata de un momento con una función distinta: **la de excluir a los terceros interesados por medio de la asunción del signo reconocible**

del derecho [énfasis agregado] (Arata Solis, 2003, p. 371).

Tal como se ha advertido, la interpretación que se le quiere atribuir al último párrafo del artículo 952° del Código Civil resulta incompatible con los principios registrales analizados que regulan los efectos de las inscripciones, así como la preferencia de los derechos reales; es así que, el principio de oponibilidad no se compagina con la preferencia del derecho de propiedad del usucapiente que no ha inscrito su derecho en perjuicio de aquél que sí lo ha hecho. El principio de publicidad registral tampoco resulta acorde con dicha interpretación pues se deslegitimaría la presunción de certeza del contenido del registro y caería la confianza en el sistema registral inmobiliario. Por último, si el sistema jurídico peruano presume sin admitir prueba en contrario que el contenido de las inscripciones es conocido por todos y no dispone la misma regulación para la posesión calificada como la usucapición, entonces la propiedad del prescribiente que no ha sido inscrita y no ha sido conocida por el adquirente no puede perjudicar a quien ha confiado en la información contenida en el registro.

3.2. Una adquisición derivativa, como la del tercero, debe ceder siempre ante la adquisición originaria verificada mediante usucapición

Un argumento adicional para que la doctrina sostenga que el derecho del usucapiente se opone al del tercer adquirente registral es que al ser un modo originario de adquisición de la propiedad es más fuerte y vence siempre a la adquisición derivativa cualquiera que ésta sea:

En las adquisiciones originarias no interesa dilucidar quién es el propietario primigenio, pues el dominio igual se pierde cualquiera que éste fuese; de allí que por definición teó-

rica la adquisición derivada cede o es vencida por la originaria. Si en la primera el derecho está supeditado a la titularidad del transmitente, y en la segunda no, entonces esta última es superior porque opera en forma absoluta e irremediable. Por lo tanto la usucapición es más poderosa que el registro y su tracto sucesivo (publicidad de actos de transmisión y adquisición derivativas) (Gonzales Barron, 2010, p. 228).

A fin de abordar este argumento, consideramos necesario recordar cómo se encuentra regulada la prescripción. Es un derecho que obtiene el poseedor de un predio por haber estado en él de forma pacífica, pública y como propietario durante un determinado tiempo dispuesto por la norma. La sentencia de prescripción es declarativa y no constitutiva del derecho de propiedad, así lo ha preferido nuestro legislador y lo ha normado en el artículo 952° del Código Civil. Sin embargo, si el prescribiente pretende defender su derecho real de propiedad frente a otro derecho (cualquiera que éste sea) va a tener que probar que efectivamente ha adquirido el predio por prescripción, no bastará su sólo dicho, sino que requerirá que un órgano competente compruebe que ha cumplido todos los requisitos y luego declare que tiene la propiedad del predio. Este acto declarativo de propiedad se debe expedir en el marco de un proceso judicial con el emplazamiento del titular registral, quien intentará probar que la posesión no ha sido calificada para no perder la titularidad del predio.

Es preciso indicar que a pesar de que el derecho de propiedad del usucapiente sea declarado judicialmente, aun así, no podrá ser opuesto a los terceros, pues aún no es posible que sea conocido por todos. Como ya hemos visto, dicha posibilidad la otorga inexorablemente el registro. No discuto la fortaleza de la prescripción, tampoco entraré a cuestionar su legalidad ni su naturaleza, lo importante a efectos de este artículo, es reco-

nocer que es un modo de adquirir un derecho real, que se obtiene de manera excepcional y al ser un derecho que se adquiere de modo originario, en sí mismo, viene desprovisto de irregularidades. Ahora bien, una vez consumada la prescripción, el derecho adquirido es un derecho real de propiedad tan igual como cualquier otro, que requiere, al igual que un derecho de propiedad adquirido por compraventa, inscribirse para que ostente oponibilidad registral.

Consideramos que el modo originario a través del cual el titular de la prescripción adquiere la propiedad del predio que posee es relevante a efectos de la configuración de su derecho, debido a que es parte del fundamento de dicha institución, pero no tiene relación alguna con la oponibilidad que se le pretende atribuir por el sólo hecho de ser una adquisición originaria. No debemos olvidar que, en un primer momento, tenemos la adquisición del derecho de prescripción que vence siempre al titular registral que consintió la pérdida de su propiedad y que nace como un derecho real exento de irregularidades debido a que no tiene vinculación con el derecho del anterior propietario. Una vez consumada ésta, estamos en un segundo escenario: la prescripción como un derecho real tan igual como el derecho de propiedad adquirido por compraventa, por permuta, por cesión de derechos, etc.; todos ellos se adquieren en la realidad extra registral, y si los titulares de dichos derechos pretenden ostentar un derecho de propiedad absoluto que le permita exclusión frente a un posible conflicto de derechos, se encuentran facultados (no obligados) a acceder al registro a fin de obtener la oponibilidad *erga omnes* a la que se refiere el artículo 2022° del Código Civil.

El modo de adquisición de la usucapión en nada afecta su oponibilidad frente a un derecho incompatible, la preferencia de un derecho en perjuicio de otro derecho, la otorga siempre la primera inscripción en el registro:

¿Por qué tendría que haber diferencia si se adquiere de un non domino porque un tercero

había adquirido el bien por prescripción? ¿Acaso la propiedad adquirida por prescripción es mejor que la propiedad adquirida por compraventa? ¿Por qué la propiedad adquirida por compraventa se pierde frente a un tercero que adquiere confiando en el Registro y no se perdería si es adquirida por prescripción? La propiedad es la misma, cualquiera sea su modo de adquisición. **En todos los casos, y debido al sistema de transmisión consensual, la propiedad no puede oponerse a todos si no se inscribe.** [resaltado agregado] No puede oponerse a un segundo adquirente registral en caso de doble venta (artículo 1135 del Código Civil), tampoco al adquirente registral cuando se anula, rescinde o resuelve el derecho del otorgante (artículo 2014 del Código Civil) (Avenida Arana, 2011, p. 62).

La solución al conflicto la tiene siempre el usucapiente pues la inexactitud registral que origina su derecho adquirido en la realidad extra registral frente al derecho de propiedad del titular registral, se subsana cuando una entidad competente declara al usucapiente propietario y el título que contiene dicha declaración accede al registro:

Conforme se puede apreciar, el usucapiente es un adquirente extra registral, cuyo derecho no aparece en los libros del registro, y de esta forma la usucapión consumada convierte en INEXACTA la información registral, pues se ha producido el decaimiento del derecho de propiedad del titular registral a favor del usucapiente. **Si éste consigue inscribir su derecho en el Registro, el contenido de exactitud e integridad de los asientos se habrá subsanado.** [resaltado agregado] En cambio, cuando este usucapiente no inscriba su adquisición, podrá ocurrir que un tercero confíe en los asientos registrales y adquiera de quien aparece como titular en los libros, con lo cual se producirá el conflicto de dos adquirentes: uno, tabular, que buscará ampararse en la fe pública del Registro

de cumplirse los requisitos señalados por el artículo 2014 del Código Civil; y el otro, extraregistro, pero amparado en una larga posesión (Gonzales Barron, 2012, p. 24).

Tan igual como el titular de un derecho de propiedad adquirido por compraventa, el propietario usucapiente, tiene la carga de inscribir su derecho en Registros Públicos si pretende proteger su propiedad frente a terceros adquirentes de buena fe. El célebre aforismo “*ubi emolumentum, ibi onus*” (allí donde esté el beneficio, ahí ha de estar también la carga) es lo que sintetiza el deber del usucapiente y el de cualquier titular de un derecho real de propiedad; siendo el titular de un predio, con todos los beneficios que ello conlleva, también tiene cargas relacionados con el derecho de propiedad; una de ellas es protegerlo frente a cualquier derecho que pueda perturbarlo como el derecho del tercero registral que contrata con buena fe y en base a la presunción de legitimación del artículo 2013º del Código Civil.

En síntesis, el modo originario de adquisición de la propiedad del usucapiente en nada lo beneficia, y en nada afecta al tercero registral, en relación a la oponibilidad de su derecho de propiedad. Además, no olvidemos que el derecho de propiedad del tercero registral también es una adquisición originaria y no derivativa ya que su derecho no proviene de un negocio jurídico. El transferente que figuraba en el registro como propietario del inmueble no le transmitió el derecho de propiedad sobre el inmueble debido a que no era titular del mismo, su derecho había decaído en favor del usucapiente, y nadie puede transmitir un derecho sobre el cual no ostenta la propiedad. El derecho de propiedad del titular registral se configura *ex lege* por lo que se podría decir que se sitúa en el mismo rango o nivel que el derecho de usucapiente pues ambos son modos originarios de

adquirir la propiedad, aunque esto no tiene relación alguna con la preferencia en el derecho.

Sobre la adquisición *ex lege* Avendaño y Del Risco dicen:

El tercero no deriva su adquisición de este acto ineficaz, sino que la fuente de su derecho es la ley. Ciertamente, si el tercero cumple con los presupuestos de la norma, se aplica la consecuencia jurídica: adquiere la propiedad por haber confiado en la publicidad registral. El origen de esa titularidad es, pues, legal y no convencional (2012, p. 192).

Qué duda cabe que la adquisición del tercero se produce cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 2014º, pues solo en dicho momento se adquiere la propiedad a non domino producto de la configuración de la fe pública registral¹².

4. Segunda tesis: En base a los principios registrales que recoge el ordenamiento jurídico peruano el tercero registral debe ser siempre protegido en perjuicio del derecho del usucapiente

4.1. Análisis de los principios registrales que fundamentan el derecho del tercero registral

Antes de analizar los principios registrales a fin de demostrar que en aplicación de ellos se debe preferir el derecho del tercero registral en perjuicio del usucapiente, resulta necesario precisar cómo se encuentra regulado el sistema de transferencia

12 Sobre la adquisición del tercero que se produce por la fe pública registral, autorizada doctrina se produce señalando: “La adquisición de tercero deriva de la ley misma. Está basada en la publicidad del Registro (elemento o dato material), en la buena fe, o fe en la verdad del contenido del Registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el cumplimiento por éste de la formalidad de la inscripción (requisito a posteriori para que se mantenga definitivamente la adquisición). Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapición o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno” (Vallet de Goytisolo, 1985, p. 431).

de la propiedad inmueble, debido a que dicha disposición nos ayudará a entender los principios que se han configurado para la protección y preferencia de los derechos reales en caso de que estos resulten incompatibles.

El Código Civil en su artículo 949° regula cómo se transfiere el derecho de la propiedad inmueble: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.”* Esto significa que la voluntad de las partes es suficiente para transmitir la propiedad de un predio sin que exista necesidad de inscribirlo en un registro para que ostente la titularidad del derecho. En palabras de Avendaño Valdez:

De manera que basta el acuerdo de voluntades para que la transferencia de propiedad se entienda producida. El modo no es la inscripción porque ésta no es un elemento esencial, no es un elemento constitutivo. **No podemos decir, sin embargo, que la inscripción no ‘quita ni pone’ . Sí pone en lo que a los terceros se refiere.** [énfasis agregado] Pero para que quede perfeccionada la transferencia de la propiedad, la inscripción no es necesaria. La transferencia puede quedar perfectamente convalidada y ser plenamente eficaz entre las partes por el sólo mérito del consentimiento (2011, p. 101).

Tal como se advierte, en términos de seguridad jurídica, el acuerdo entre las partes del contrato de compraventa no es suficiente para que el propietario quede protegido frente a terceros que aleguen algún derecho sobre el inmueble. Nótese que en la medida que la propiedad se transfiere por la sola voluntad, el titular original del predio podría transferir su derecho a diferentes personas, originando un conflicto respecto a la propiedad del inmueble. Dicha disposición permite que se

generen problemas respecto a la titularidad. No obstante, en los apartados siguientes la propia normativa¹³ dispone que la solución a este conflicto la brinde el registro a través del mecanismo de la inscripción pues faculta a cualquier titular de un derecho real a inscribir su propiedad obteniendo el beneficio de preferencia de su derecho frente a otro incompatible. No es que el derecho de propiedad que no se inscriba deje de ser considerado como tal, al contrario, el propio sistema reconoce que los derechos se transfieren por el acuerdo entre las partes, lo que en términos generales establece el ordenamiento jurídico es que aquel que inscriba su derecho será protegido frente al que no lo hizo o lo inscribió después.

En esta línea, Bullard González, refiriéndose a los artículos 1135°, 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil señala:

A nuestro entender, las normas citadas buscan corregir la disfuncionalidad creada por el artículo 949, es decir, relacionar la facultad de exclusión absoluta con la transferencia de propiedad [resaltado agregado]. Este signo es, tratándose de bienes inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos. Así, poco importa si el 949 se refería a una ‘propiedad relativa’ pues finalmente el agente económico racional (léase comprador o adquiriente) sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalón en el camino, pero de ninguna manera, el fin del viaje (2006, p. 157)

Así pues, el signo de cognoscibilidad general, entendido éste como la posibilidad de conocimiento, que eligió el sistema jurídico peruano para otorgar certeza y seguridad jurídica a los titulares de los derechos reales, así como para publicitar las situaciones jurídicas relacionadas con tales

13 Nos referimos a los artículos 1135°, 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil sobre los cuales nos pronunciaremos en este capítulo.

derechos, ha sido el registro. Bien pudo ser una opción legislativa considerar a la posesión de un predio como un signo que brinde conocimiento general pero no fue así:

El signo de cognoscibilidad tiene que ser público, de fácil identificación, en lo posible inequívoco, que no pueda dar origen a una publicidad dual - esto es, que no pueda publicitar simultáneamente dos derechos incompatibles entre sí - y que lo haga a bajo costo en relación al valor de bien cuya prioridad publicita. La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad - por ejemplo, de la inscripción en el registro correspondiente. De lo contrario, estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye [resaltado agregado] (Bullard, 2011, p. 109).

Entonces, debido a cómo se encuentra regulada la adquisición de la propiedad, resulta necesario que el sistema otorgue seguridad jurídica a través de la publicidad registral como mecanismo idóneo para producir cognoscibilidad general y oponibilidad *erga omnes* hacia terceros. Lo anterior se entiende como la eficacia o efecto material de la publicidad registral, pero como un efecto abstracto y una oponibilidad genérica, por cuanto éstos se concretan a través de los principios registrales que recoge cada ordenamiento jurídico.¹⁴ Para referirnos a la tesis que sostiene que el derecho del tercero registral prevalece en perjuicio del derecho de propiedad del usucapiente, resulta necesario que analicemos los principios que constituyen efectos de la publicidad registral material que el ordenamiento jurídico peruano recoge en los artículos 2012º, 2013º, 2014º, 2016º, 1135º y 2022º del Código Civil.

14 Cfr. Bullard (2011, pp. 19-20).

15 Cfr. *Ibidem*, p. 24.

El artículo 2012º regula la eficacia material de la publicidad registral que es la posibilidad de que los derechos inscritos sean conocidos por todos: “*Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.*” Dicho precepto ha sido analizado en el numeral 1.1 del presente documento cuando nos referimos a la tesis en favor del usucapiente. A efectos de este apartado, resulta necesario que se tenga presente que el efecto de la publicidad material contenido en este artículo supone que, cuando un derecho ingresa al registro se presume que todas las personas lo conocen y ello no admite discusión ni prueba en contrario.

Por su parte, el artículo 2013º del Código Civil recoge la eficacia legitimadora de la publicidad registral: “El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”. En virtud de este principio, se presume que la información que nos proporciona la inscripción es exacta, y en la medida que se contrate en base a ella, el acto jurídico surtirá todos sus efectos debido a que se prioriza la seguridad jurídica que supone contratar en función a lo que publicita registros públicos “a diferencia de lo que ocurre con la publicidad posesoria cuya eficacia sólo genera una apariencia de realidad”.¹⁵ Este precepto también ha sido analizado en el numeral 1.1 del presente documento cuando nos referimos a la tesis en favor del usucapiente. A efectos de este apartado resulta necesario que se tenga presente que el efecto de la publicidad material contenido en este artículo supone que aquel que contrata con quien figura con derecho inscrito ha contratado bien, pues se presume que la información que publicita el registro es exacta.

Ahora bien, un efecto adicional de la publicidad registral es que el derecho inscrito se opone a aquél

que no se encuentre inscrito. La base legal de este principio de oponibilidad se encuentra recogida en los artículos 1135° y 2022° del Código Civil. Este último artículo ha sido también analizado en el apartado 1.1. En esta sección, es importante que se tenga en cuenta que conforme se encuentra consagrado en el artículo 2022° del Código Civil, la preferencia del derecho inscrito surge cuando se confrontan dos o más derechos reales generados extra registralmente: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”. Como se ha dicho, dado que el sistema de transferencia de propiedad en el ordenamiento jurídico peruano es consensual y no requiere para su validez la inscripción en el registro, resulta necesario que el propio sistema establezca cuales son los parámetros para la preferencia de los derechos reales cuando éstos se encuentren en conflicto. El parámetro que regula la norma es atribuir preferencia a aquel derecho real compatible que se encuentre inscrito en perjuicio de aquel que no ha accedido al registro.

Otra manifestación de este principio se encuentra en el artículo 1135° del Código Civil que señala: “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quien el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior”. En este precepto el legislador peruano regula concretamente la figura del concurso de acreedores, según el cual, un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores el mismo bien inmueble. Es el caso de la doble venta, donde el titular registral transfiere dos veces el mismo inmueble. Producida la concurrencia, este artículo determina que el acreedor que es preferido en la entrega del bien y a quien se le debe asignar el goce exclusivo del derecho recla-

mado sobre el inmueble es a aquel acreedor que ha inscrito su derecho primero, esto en atención al principio de oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito¹⁶.

El último principio al que haremos referencia es a la fe pública registral que recoge el artículo 2014° del Código Civil:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El supuesto de hecho de la norma es que la persona que aparece en el registro como propietario no lo es debido a que su derecho ha decaído en favor de otra que no figura en el registro. Si en base a dicha información, un tercero contrata con el titular registral, dice la norma, que su derecho se mantiene firme, aunque la transferencia la haya realizado un no propietario o *non domino* ya que se protege la adquisición de quien contrata en atención a lo que publica el registro.

Comentando este principio registral, Gonzales Barrón señala:

El principio de fe pública registral es uno de los pilares en los que se sustenta la seguridad jurídica del tráfico jurídico inmobiliario. En virtud de este principio, el tercero de buena fe y a título oneroso, HACE INATACABLE SU ADQUISICIÓN siempre que haya confiado en la veracidad del Registro y haya inscrito su propio derecho, por lo que re-

16 Cfr. Barchi Velaochaga (2003, pp. 33-36).

sulta inmune a cualquier causa de nulidad, resolución o rescisión afectante del título de su transmitente cuando ésta no conste en la hoja registral correspondiente a la finca. De esta forma, la tutela de la confianza conlleva a que el tercero registral no pueda ser removido en su adquisición, protegiéndose JURE ET DE JURE la confianza creada en virtud a los actos contenidos en los asientos registrales (2004, p. 1050).

En palabras de Aliaga Huaripata el principio de fe pública registral consiste en lo siguiente:

La situación excepcional planteada por este principio exige una explicación; es verdad que en el derecho común toda enajenación requiere además de la validez del acto jurídico, la preexistencia de una correspondiente facultad dispositiva en el transferente B, sin la cual la transmisión resultaría ineficaz; sin embargo, en este caso la inscripción adquiere una eficacia absoluta en favor de C; tal opción legislativa que sacrifica el derecho subjetivo de 'A' (titular original) en favor de C, busca proteger el tráfico jurídico, al romper la 'cadena de arrastre' de las nulidades, amparando a todos aquellos que confían en el registro; una opción legal distinta o contraria implicaría caos e inseguridad, al no existir plena certeza sobre los derechos reales adquiridos y sobre la validez o eficacia (2001, p. 82).

Lógicamente, para gozar de los efectos de la fe pública registral que desplaza el derecho del verdadero propietario, se requiere algo más que contratar con quien cuenta con derecho inscrito, se necesita tener buena fe, entendida ésta como desconocimiento de la realidad extra registral. Además, debe tratarse de una adquisición a título oneroso y el tercero necesita inscribir siempre su derecho en el registro exteriorizando de esta manera su adquisición.

Ahora bien, el tercero registral no adquiere la propiedad por el negocio jurídico celebrado con el titular registral, debido a que nadie puede transmitir un derecho que no tiene. El derecho de propiedad del tercero registral se configura por mandato de la ley pues la normativa peruana así lo ha establecido en el artículo 2014º del Código Civil disponiendo que el derecho del tercero registral se mantenga en perjuicio del *verus dominus* o verdadero propietario. Acertadamente la doctrina ha mencionado que la palabra correcta de la norma no debe ser que el tercero registral "mantenga" su propiedad, debido a que ningún derecho le ha transferido el titular registral, sino que "dicha disposición, por el contrario, supone una verdadera asignación de propiedad a favor de quien se subsume en el supuesto de hecho de la norma" (Avendaño Valdez y Del Risco Sotil, 2012, p. 192).

Este artículo recoge la eficacia legitimadora que produce la publicidad registral dado que busca proteger al tercero que contrata con aquél que tiene derecho inscrito. En términos generales, este precepto otorga preferencia al derecho de propiedad de aquél que adquirió en base a la información que publicita los Registros Públicos en perjuicio del verdadero titular del predio que no aparece en el registro. El fundamento de esta norma es la presunción *iuris tantum* que regula el artículo 2013º del Código Civil, pues si el ordenamiento jurídico dispone que la información que publicita el registro se presume cierta y produce todos sus efectos, entonces una consecuencia lógica de dicha presunción, es que el ordenamiento también proteja el derecho de propiedad de quien contrató en virtud a la información registral.

Al respecto, Avendaño Arana opina:

La fe pública registral tiene su fundamento en la presunción *iuris tantum* de exactitud y validez del contenido de la inscripción. La inscripción produce todos sus efectos mientras

no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez (artículo 2013° del Código Civil). Esto es lo que se conoce como legitimación, la cual tiene dos lados o facetas: legitimación activa y legitimación pasiva. La legitimación activa habilita al titular registral a celebrar actos jurídicos respecto del derecho inscrito; **la pasiva protege al tercero que contrata con el que tiene derecho inscrito** [resaltado agregado] (2003, p. 120).

Es así que este principio registral es una consecuencia necesaria del sistema legal que el ordenamiento jurídico peruano ha configurado. Un sistema que reposa en la publicidad registral como herramienta base de la seguridad jurídica en donde los derechos inscritos gozan de oponibilidad y certeza frente a terceros. En este contexto, resulta vital que el principio de fe pública registral forme parte del sistema, resultando ser una consecuencia necesaria de las presunciones de cognoscibilidad general y legitimidad de los derechos inscritos y, un elemento importante para la fuerza que el ordenamiento jurídico le otorga a la inscripción.

4.2. Exposición de la tesis que formula la doctrina en favor del tercero registral

Atendiendo a los principios registrales que recoge el ordenamiento jurídico peruano, tanto la doctrina que se encuentra a favor de proteger el derecho del adquirente registral como la que se encuentra en contra de dicha postura, coinciden en que la normativa no regula el conflicto de derechos que surge cuando el usucapiente y el adquirente registral alegan la propiedad sobre el mismo inmueble. Aun así, consideramos que conviene resaltar el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 2014° del Código Civil debido a que el supuesto de hecho de esta norma se asemeja al supuesto de hecho del conflicto estudiado, **porque la fe pública protege a aquel que contrata en base a la información que publica el regis-**

tro a pesar de que el titular registral es un *non domino*. La doctrina sostiene que el conflicto estudiado no se resuelve aplicando este principio porque este precepto protege al tercero registral entendido éste como aquel tercero ajeno al acto jurídico que se anula, y en el conflicto con el prescribiente, la posición del tercero no es así, porque el acto viciado es precisamente la transferencia a su favor realizada por el titular registral que no era el *verus dominus*.

El escenario es el siguiente: “A” le transfiere un inmueble a “B”, quien inscribe su derecho. Luego “B” le transfiere ese mismo derecho a “C”, quien también lo inscribe. Resulta que “U” indica que “B” no era propietario del predio cuando lo transfirió, la propiedad era de él por haberlo adquirido por usucapión. La doctrina sostiene que “C” no es tercero respecto a la relación afectada porque precisamente el vicio surge de la transferencia entre “B” y “C” por lo que no queda protegido por los efectos de la fe pública. En nuestro escenario, la doctrina afirma que la fe pública protegería a “C” siempre que el defecto se encuentre en el negocio jurídico entre “A” y “B” pues en esa relación “C” se configuraría como un tercero ajeno al acto.

Nótese que, según esta tesis, la fe pública no se aplica al caso estudiado únicamente porque la persona que adquiere no es un tercero registral propiamente dicho, sino que es parte en el negocio jurídico viciado por la falta de poder de disposición del transferente. Sin embargo, esta postura enfatiza, que, pese a que el supuesto de hecho no se encuentre regulado expresamente, el ordenamiento jurídico en su conjunto protege siempre al adquirente que contrata en base a la información que publicita el registro, debido a que esta finalidad es la que se desprende del principio registral de oponibilidad y fe pública registral consagrados en los artículos 2022° y 2014° del Código Civil, respectivamente.

Esta postura es sostenida por Avendaño Arana, quien indica lo siguiente:

El Código Civil no regula el conflicto entre la persona que adquiere el bien por prescripción y la persona que adquiere del titular registral (que ya no era dueño) y registra su adquisición. El primer párrafo del artículo 2022 no es aplicable porque dicha norma se refiere a derechos compatibles que acceden al Registro. Es el caso de un propietario que da en usufructo su bien y luego lo vende. Los dos derechos (usufructo y propiedad) se inscriben, pero prevalece el que se inscribe primero, independientemente de la fecha de nacimiento de los derechos. Sin embargo, dos personas que pretenden ser dueños del mismo bien tienen derechos incompatibles y sólo el derecho de uno de ellos se puede inscribir. Tampoco es aplicable el artículo 2014 porque el supuesto de esa norma es la de un tercero ajeno al acto que se anula. El adquirente registral no es un tercero registral. Lo que ocurre es que el adquirente registral adquiere de un non domino. Tampoco es aplicable el concurso de acreedores (artículo 1135); no es exactamente el supuesto, porque no hay dos ventas, pero se asemeja en el sentido que el segundo adquirente, en el concurso, o el adquirente registral, en el caso planteado, adquieren de un non domino (2002, p. 90).

El mismo autor complementa:

No obstante que el conflicto no está regulado, estimo que el derecho del adquirente registral debe prevalecer al del adquirente por prescripción, porque la publicidad registral es el eje de la oponibilidad de los derechos sobre inmuebles. Si amparamos al adquirente por prescripción, se destruiría la eficacia del Registro. **El que adquiere de quien en el Registro aparece como dueño e inscribe el derecho adquirido, debe quedar pro-**

tegido; no importa que el enajenante sea dueño. Pudo haber vendido antes el bien, o un tercero haber adquirido la propiedad por prescripción, pero si la transferencia o la adquisición por prescripción no constan en el Registro, la transferencia posterior que se inscribe debe mantener su eficacia [resaltado agregado] (Avendaño Arana, 2002, p. 91).

Dicho autor sustenta su tesis en los principios registrales arriba detallados, pues entiende como regla general que el derecho del titular registral debe prevalecer por cuanto su adquisición se sustenta en la publicidad registral, la cual, es el fundamento para la oponibilidad de los derechos sobre inmuebles. Indica que el sistema jurídico peruano está configurado para proteger a aquel que inscribe su derecho en perjuicio de aquel derecho que no accede al registro, así expresamente lo ha preferido el legislador estableciendo normas que en su conjunto protegen al que ha contratado en base al registro y cuenta con derecho inscrito.

Estamos de acuerdo con proteger al adquirente registral. El sistema jurídico guarda lógica pues los principios registrales son coherentes con la función que están orientados a proteger, esto es, la seguridad sobre la titularidad de los derechos, y con ello, la seguridad jurídica. El propio sistema ha creado herramientas para dicha seguridad. El registro da a conocer quién es el propietario de un derecho real. Nos dice también si este derecho ha sido transferido y a quién, informa si pesa algún gravamen o carga sobre el predio e incluso nos avisa si existe algún conflicto referido a la propiedad (por ejemplo, la anotación de demanda). Dicha información publicada en el registro se presume que es conocida por todos conforme lo dispone el artículo 2012° del Código Civil. Y en la medida que dicha información es conocida por todos, el sistema da un paso adicional y presume que la información que publicita el registro es exacta y conforme con la realidad según

lo expresa el artículo 2013° del Código Civil. Es que de nada serviría que la información registrada se presuma conocida por todos si dicha presunción no está sujeta a una consecuencia jurídica. La consecuencia de la presunción *iuris tantum* de exactitud registral es que el propio sistema legitima la adquisición de aquel adquirente que contrata confiando en lo que publicita el registro (fe pública registral).

Por dicha consecuencia jurídica que el sistema establece para aquel que contrata en base al registro, es que consideramos que ambas presunciones también abonan en favor del derecho de propiedad del adquirente registral. El sistema *legitima* la adquisición de todo aquel que contrata de buena fe en base a lo publicado en el registro. Las normas mencionadas no hacen ninguna diferencia; no señalan que la presunción *iuris et de iure* no se aplique en contra del prescribiente que no inscribe su derecho. Tampoco señala que la presunción de certeza de la información registral, que está dirigida a favor de quien contrata, no surta efecto cuando la inexactitud registral surja con ocasión del derecho de propiedad del prescribiente que no ha accedido al registro.

Coincidimos en que la finalidad que se desprende de los artículos 1135°, 2022° y 2014° del Código Civil es siempre proteger la adquisición de aquél que contrata con quien aparece en el registro e inscribe primero su titularidad. A ello añadimos que las presunciones que recoge la norma en los artículos 2012° y 2013° resguardan también el derecho de quien contrata confiando en la publicidad registral, como es el caso de cualquier adquirente que contrata con el titular registral, a pesar de que éste no sea el verdadero propietario **por cualquier causa**. En nuestro caso, la presunción de legitimidad favorece el derecho del adquirente registral ya que confió en la titularidad que constaba en el registro; esa confianza es protegida por el ordenamiento jurídico, por lo que no podría decaer su derecho en favor del prescribiente. Lo

anterior aunado a la buena fe que consagra el artículo 2014° del Código Civil, determina necesariamente que el ordenamiento jurídico en su conjunto privilegie el derecho de propiedad de aquel que contrata en base a la información del registro.

4.3. Refutación de la tesis contraria

Otro sector de la doctrina considera que la fe pública no alcanza a proteger el derecho de propiedad del adquirente registral cuando su derecho se confronta con la propiedad del usucapiente porque este principio sólo se aplica para supuestos de corte contractual y no frente a una adquisición originaria como la usucapión. Pese a que la doctrina coincide en que la fe pública protege la adquisición de aquel que contrata en base al registro, insisten que sólo protege al adquirente registral ante un defecto en el título de su transferente por causas de nulidad o ineficacias contractuales y en ningún supuesto frente a la usucapión ya que no tiene una base contractual.

Refiriéndose al corte contractual que tiene la fe pública registral, Gonzales Barrón señala:

En efecto, el propietario inscrito está protegido frente a la nulidad y demás patologías contractuales que pudiera haber sufrido su transmitente; pero el usucapiente no es su transmitente ni tiene relación jurídica con él. La usucapión es un fenómeno jurídico ajeno al mundo contractual o negocial, y diverso a los modos derivados de adquisición, por lo que sus efectos no pueden ser mediatizados o anulados por el principio de fe pública (2012, p. 26).

La doctrina, apelando a la literalidad del artículo 2014° del Código Civil, sostiene lo siguiente:

En efecto, tal como se encuentra regulado el principio de fe pública registral en el artículo 2014 del Código Civil, podemos advertir que

la protección que brinda el principio es limitada por cuanto sólo otorga seguridad en los casos de resolución, rescisión, anulación del derecho del legitimado por el registro para transferir la propiedad de un bien registrado, mas no contra la prescripción. Esto significa que en el caso de que el título del vendedor se anule, resuelva o rescinda por causas que no consten en el registro, el derecho del comprador que desconozca de tales causas estará protegido por el principio de fe pública registral. Sin embargo, dicho principio no protegerá al titular registral que obtuvo su derecho del propietario que perdió su derecho a favor de un tercero que ha poseído el bien durante varios años (Esquivel Oviedo, 2003, p. 98).

En esta misma línea:

Debe notarse además que el artículo 2014º del Código Civil restringe la protección del tercero registral a los casos de nulidad, rescisión o resolución del derecho del otorgante, pero no frente a una prescripción contra tabulas. La buena fe registral es entonces un remedio frente a situaciones específicas prefijadas y no contra cualquier acto o hecho jurídico que no conste en registros. Es en estricto una protección de corte contractual o negocial (y no real) frente a causas de invalidez o ineficacia. Por tal motivo, el prescribiente vence siempre al tercero registral, sin importar si el derecho de este es anterior o posterior. La consecuencia evidente de esta regulación es que el registro no ofrece seguridad respecto a la posibilidad de exclusión absoluta de terceros, con las consecuencias negativamente precisadas (Mesinas Montero, 2006, p. 260).

Lo que señala la doctrina, es que la aplicación de este principio, es restrictiva al supuesto de hecho de corte contractual mencionado expresamente en la norma por lo que no se puede extender sus efectos al conflicto con el prescribiente. No esta-

mos de acuerdo con esta postura literal del precepto. Es cierto que expresamente la norma no menciona el supuesto de hecho del prescribiente. Sin embargo, de un análisis en conjunto del sistema registral peruano se advierte que se encuentra configurado para buscar protección, como regla general, siempre a aquél que inscribe primero su derecho en perjuicio de aquél que no lo hace. Partiendo de esta postura cierta del ordenamiento jurídico (prueba de ello son los principios registrales que hemos analizado) no se puede sostener de manera categórica que debido a que la norma no lo menciona expresamente, entonces el sistema no protege la adquisición de buena fe que realizó el tercero confiando en la presunción de exactitud registral contenida en el artículo 2013º del Código Civil.

Si se prefiere el derecho del prescribiente, a pesar de que no podía ser verificado en el registro por el tercero adquirente, el mensaje que se estaría transmitiendo a los usuarios es que el sistema no resulta eficaz. No existiría confianza en la protección que el ordenamiento jurídico promulga para aquel que contrata con buena fe y en virtud a lo publicado en el registro. La presunción de certeza de la información inscrita no sería relevante al momento de adquirir un inmueble. La seguridad jurídica que se buscó al implementar el sistema registral habría decaído debido a que siempre el interesado en adquirir un predio tendría que acercarse físicamente a él, indagar si alguien alega algún derecho sobre la propiedad del predio, verificar (con algún abogado) si este derecho que se alega puede llegar a configurar uno de propiedad y, después de todo lo anterior, revisar en el registro si no existe algún vicio de corte contractual en el derecho de su posible transferente.

Es decir, el presunto adquirente tendría que verificar necesariamente el registro y la posesión, ya que siempre podría haber alguna persona alegando ser propietario del inmueble por haberlo adquirido por prescripción. Si no se verifica la

posesión, el adquirente no podría estar seguro de que ha adquirido la propiedad de un inmueble, siempre existiría algún riesgo sobre la eficacia de su derecho de propiedad, debido a que cabría la posibilidad de que decaiga en favor de un prescribiente. No se configuraría una protección real para aquél que contrata a título oneroso y con buena fe en virtud a la información que proporciona el registro.

En esta misma línea, Bullard González se pronuncia:

Como puede verse, las consecuencias de la aplicación de la prescripción contra tabulas son dramáticas para el sistema descrito en las secciones anteriores. Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognoscibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema (2006, p. 163).

Sin perjuicio de las consecuencias negativas para el sistema registral que trae consigo el hecho de favorecer al prescribiente que no ha inscrito su derecho, resulta importante indicar que para limitar el alcance o aplicación de una norma no se debe atender únicamente a su literalidad sino a la configuración del sistema jurídico en su conjunto. Así, consideramos excesivo afirmar que en la medida que el artículo 2014° del Código Civil no menciona expresamente que protege también al tercero en caso que el derecho de su transferente decaiga por prescripción, entonces siempre el derecho del prescribiente vence al que ha contratado en base a la información del registro. Como se ha dicho,¹⁷ el sistema jurídico peruano en su conjunto se encuentra configurado de tal manera que sus principios registrales privilegian siempre la adquisición de buena fe que se sustenta en la publicidad

registral conforme se encuentra consagrado en los artículos 2012°, 2013°, 2014°, 2016° y 2022° del Código Civil.

Aunado a lo dicho, a modo de enfatizar que nuestra normativa está orientada a proteger a aquel que inscribe su derecho en perjuicio del que no lo hace, citamos también el artículo 1128° del Código Civil referido al derecho de retención. Esta norma establece expresamente que la oponibilidad hacia terceros la otorga la inscripción y, dispone que: “Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición”. En este mismo sentido, el artículo 36° del Decreto Legislativo N° 1400, Ley de Garantía Mobiliaria, dispone que la inscripción es la que otorga prioridad y preferencia, “frente a otro acreedor garantizado o tercero”. Una vez más, el sistema encuentra coherencia y beneficia a aquel titular que inscribe su derecho.

Finalmente, hacemos referencia al IX Pleno Casatorio Civil expedido en el año 2017, referido al Otorgamiento de Escritura Pública pues en el análisis que la Corte Suprema realiza sobre la transferencia del dominio, enfatiza en la necesidad de que las titularidades obtengan oponibilidad y, esto último, indica que se alcanza con la inscripción. De esta manera, se demuestra - una vez más - lo que hemos afirmado en el presente artículo: nuestro sistema en su conjunto está diseñado a fin de generar protección y privilegiar a aquel adquirente que inscribe su derecho frente a aquel que no lo hace (usucapiente que no accede al registro) y, en este escenario, es que nuestra Corte Suprema también se ha inclinado a incidir en la importancia del registro. De este modo, es que afirmamos que, el caso de usucapición contra tabulas no debería ser la excepción, y se debe pro-

¹⁷ En el numeral 2.1 del presente artículo.

teger al tercero que inscribió su derecho en defecto del usucapiente.

5. Propuestas legislativas de reforma del Código Civil Peruano para acoger expresamente la protección al tercero registral frente a la usucapición contra tabulas

En el año 2000 se presentó al Pleno del Congreso de la República del Perú, el Proyecto de Ley N° 4919-98-CR, a través del cual, se modificaban algunos artículos del Código Civil relacionados con los efectos de las inscripciones registrales. Entre los artículos que el mencionado Proyecto de Ley modificaba se encontraba el artículo 2014 con el siguiente tenor:

Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en los asientos o partida registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en dichos asientos o partida.

Quien adquiere por prescripción un bien inscrito, no puede oponer su adquisición al tercero referido en el párrafo anterior, salvo que el plazo de la prescripción haya empezado a contarse después de inscrito el acto de adquisición del tercero [resaltado agregado].

Lo dispuesto en este artículo se aplica a todos los registros de carácter jurídico¹⁸

Los cambios que se propusieron para modificar el alcance del principio de fe pública registral que recoge el artículo 2014^o fueron 3:

(i) se eliminaba el último párrafo del artículo 2014, que establece que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Esto suponía acoger el criterio objetivo de la buena fe; (ii) se precisaba que las causas de anulación, rescisión o resolución no debían aparecer en los asientos o partida registral, zanjando de esta forma la discusión de si los vicios debían aparecer en el asiento o en el título archivado; y, (iii) se extendía los alcances de la fe pública registral para proteger al tercero incluso contra el adquirente por prescripción (Avendaño Arana, 2002, p. 118).

Para efectos de este artículo analizaremos sólo el último numeral comentado. La propuesta extiende el alcance de la fe pública al conflicto de derechos que surge entre el adquirente registral y el prescribiente que no inscribe su titularidad, resolviendo la controversia a favor del derecho de propiedad del adquirente que sustenta su titularidad en el registro. Lo que nos dice el Proyecto de Ley N° 4919-98-CR es que el objetivo de esta norma no es otro que amparar al tercero que contrata con buena fe y a título oneroso en base a la información registral. No importaría entonces si como consecuencia de la inexactitud registral resulta que el negocio jurídico del tercero que adquirió su derecho de propiedad en base al registro se encuentra viciado debido a que su transferente era un *non domino* pues la fe pública protegería su adquisición. Consideramos que la propuesta modifica la noción tradicional de tercero, ya que no sería relevante para que se configure la figura de tercero registral, que éste sea o no parte del negocio jurídico viciado, lo importante sería que sea un tercero “ignorante del hecho (defecto en la titularidad del transmitente) que causa el vicio”¹⁹. Es decir, la propuesta resalta la buena fe que debe

18 El texto del Proyecto de Ley No. 4919-98-CR se puede ver en el siguiente enlace:

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RedacActas/Actas.nsf/actas/05256D7B007504430525690A008314CF>

19 *Cfr.* Mejorada (2011, p. 116).

tener todo adquirente para ser protegido por la fe pública.

Recordemos que parte de la doctrina opina que la fe pública no se extiende a proteger el negocio jurídico de aquél que contrató en virtud al registro si su derecho de propiedad se confronta con la titularidad de un usucapiente. Sostienen que su negocio se encuentra viciado debido a que su transferente no era propietario cuando realizó el negocio jurídico ya que el titular era el usucapiente por lo que no se configuraría la figura de tercero registral, necesaria para que se aplique la fe pública. El escenario es el siguiente: “A” le transfiere un inmueble a “B”, quien inscribe su derecho. Luego “B” le transfiere ese mismo derecho a “C”, quien también lo inscribe. Resulta que “U” indica que “B” no era propietario del predio cuando lo transfirió, la propiedad era de él por haberlo adquirido por usucapión. La doctrina sostiene que con la regulación actual del artículo 2014, “C” no es tercero respecto a la relación afectada porque precisamente el vicio surge de la transferencia entre “B” y “C” por lo que no queda protegido por los efectos de la fe pública. En nuestro escenario, la doctrina afirma que la fe pública protegería a “C” siempre que el defecto se encuentre en el negocio jurídico entre “A” y “B” pues en esa relación “C” si configuraría como un tercero ajeno al acto.

Lo que dice la propuesta es que la fe pública protege la adquisición de “C” como la de “B”, tanto si hay una titularidad claudicante en “B”, como también si “B” fuera *non domino* a causa de un título de dominio no registrado ya que ambos contratantes basaron su adquisición en la información que publicita el registro: “Al adquirente no le interesa cuál es la causa (hecho o vicio) que pone en riesgo su adquisición. Si ésta se presenta

en los títulos anteriores o en el propio, igual su ignorancia genera decisiones que no deben sufrir por el descubrimiento posterior de la anomalía [resaltado agregado]. Lo contrario acarrea inseguridad y caos. La clave es la buena fe” (Mejorada, 2011, p. 115). Esto es precisamente lo que consideramos que ha tenido en cuenta la propuesta al extender expresamente los alcances de la fe pública registral aplicándola al tercero que adquiere de un *non domino* que ha perdido su derecho frente al usucapiente²⁰. Lo relevante para efectos de aplicar la fe pública es haber contratado de buena fe en base a la información que contiene el registro.

Llama la atención que la propuesta no modifique el último párrafo del artículo 952° del Código Civil que supuestamente faculta al prescribiente a cancelar el asiento de propiedad de cualquier tercero que ha contratado en base a la información registral. Estimo que la propuesta no consideró necesario modificar el extremo de dicho artículo porque entiende que el referido párrafo no se extiende al conflicto con el tercero que contrató en base a la información registral, sino que circunscribe su aplicación, a un escenario regular en donde se cancela la propiedad de un titular inactivo a quien se le ha ganado la prescripción en el marco de un procedimiento notarial o registral.

Ahora bien, más de 10 años después y vigente la discusión entre el derecho del prescribiente y el tercero registral, en el año 2011 la Comisión Reformadora del Código Civil propuso cerrar este conflicto privilegiando el derecho de propiedad del tercero que basa su adquisición en el registro. En esta oportunidad, la Comisión Reformadora no resuelve la controversia modificando el principio de fe pública registral contenido en el artículo 2014° del Código Civil, sino que propone modi-

20 Sobre los efectos de la fe pública de cara al usucapiente se pronuncia autorizada doctrina española indiciando: “No hay motivo alguno para escandalizarse por ello, puesto que si cabe la adquisición a non domino (digámoslo así) contra un dueño real, que pueda tener título y modo, en virtud de la invulnerabilidad del tercero corriente, que debe ser mantenido en su adquisición, ¿por qué en virtud de ese mismo efecto de la inscripción, exigido por la protección del tráfico, no va a poder derrotarse a otro dueño civil, el usucapiente, que carece de título?” (De la Rica y Arenal, 1976, p. 394).

ficar el artículo 952° del Código Civil precisando que no puede hacerse valer la prescripción contra el adquirente de buena fe al que se refiere el mencionado artículo 2014°. El texto que propone la Comisión Reformadora es el siguiente:

Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

1.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

2. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014 [resaltado agregado] (Avendaño Valdez, 2011, p. 79).

La propuesta no modifica el concepto del principio de fe pública registral contenido en el artículo 2014° del Código Civil, sino que en virtud a él reconoce que dicho principio tiene como objeto proteger siempre la adquisición que se realiza en base a la información registral. Se entiende entonces que, para la Comisión Reformadora, el ámbito de aplicación de la fe pública alcanza a todo adquirente que no tenía conocimiento de que se transferente era un *non domino*, ya sea porque su derecho se anule, rescinda o resuelva o porque decaiga en favor de un prescribiente. El supuesto de hecho para que sea un tercero protegido por la fe pública es que la anomalía en el título no conste publicitado en el registro y además que el adquirente no haya tenido conocimiento -por cualquier otro medio- de la inexactitud en el derecho de su transferente.

Es por tal motivo que consideramos que la Comisión Reformadora no modifica el contenido de la fe pública, sino que opta por precisar en la norma referida a la prescripción que este derecho no prevalece ni puede oponerse al tercero registral debido a que éste último se encuentra protegido por la fe pública. Con esta precisión, la Comisión Reformadora culmina cualquier argumentación a favor de la preferencia del derecho de propiedad del usucapiente que no ha accedido al registro, optando por proteger decisivamente las adquisiciones que se hayan realizado confiando en el contenido de la publicidad registral.

6. Una interpretación de *lege data* del artículo 2014 del Código Civil Peruano

Como hemos visto, se entiende que nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente el conflicto estudiado de la usucapición del dominio contra tabulas frente al tercero hipotecario. Sin embargo, tal como se ha desarrollado en extenso, nuestra legislación, recoge el principio de fe pública registral, entendido dicho principio, como aquél que protege al tercero que contrata de buena fe con quien aparece en el registro como propietario.

La normativa peruana toma como referencia el concepto del principio de fe pública registral contenido en el artículo 34° de la LH y lo introduce en su Código Civil, en el artículo 2014°. Cabe precisar que dicho precepto se incluye en la legislación peruana sin ninguna modificación en su contenido, sólo se suprimió la mención que el artículo 34° de la LH hace respecto al adquirente a título gratuito, y, además, se hicieron algunos cambios mínimos en la redacción conforme lo expresa la Exposición de Motivos del Código Civil peruano:

La redacción de este artículo es muy clara. Es copia casi textual del artículo 34 de la Ley Hipotecaria española, salvo el último párrafo que no ha sido incorporado y que completa cabalmente su finalidad y que dice: Los adquirentes a título gratuito no gozaran de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente.²¹

Hacemos dicha precisión a modo de justificar por qué vamos a interpretar el artículo 2014º del Código Civil peruano a la luz de lo dispuesto por la doctrina y la legislación española. Al ser el artículo 34º de la LH el antecedente inmediato del artículo 2014 del Código Civil - incluso al tener la misma redacción - resulta de vital importancia que el intérprete peruano conozca cómo se desenvuelve y qué aspectos abarca el ámbito de protección del principio de fe pública registral en el contexto español, ya que fue ahí, donde se concibió dicha norma, tal y como se conoce y se encuentra regulado actualmente en la legislación peruana.

Para dicho efecto, expondremos la interpretación que el catedrático español Roca Sastre (1995, pp. 7-173) realiza del artículo 34º de LH, y concretamente, del principio de fe pública registral. Este autor indica que la mencionada norma hipotecaria contiene dos supuestos de hecho, un supuesto de hecho general, que es precisamente el precepto básico del principio de fe pública registral y, otro supuesto de hecho específico, en el cual se aplica concretamente el precepto básico de la fe pública registral, sin ser esta última su única manifestación.

Al respecto, se ha dicho que:

(...) aquí debe examinarse la materia restante a base de los dos grandes supuestos contemplados por este art. 34, dentro de la incorrección técnica que en el mismo persiste a pesar

del indudable mejoramiento técnico introducido por la última reforma hipotecaria. En cada supuesto se trata de los respectivos presupuestos de aplicación del precepto, para terminar con la determinación de los correspondientes efectos del propio artículo.

Aquellos dos grandes supuestos contemplados por el art. 34 son éstos:

El art. 34 mantiene la adquisición del tercero hipotecario en los términos que constan en el Registro, respecto del correspondiente derecho inscrito, cuando el contenido del Registro es inexacto al tiempo de tal adquisición.

El art. 34 también mantiene la adquisición del tercero hipotecario en los términos que constan en el Registro, respecto del correspondiente derecho, cuando después de tal adquisición se anule, o resuelva, o, de otro modo se derrumbe la titularidad del transferente, por virtud de causas que no constan explícitamente en el Registro. Es el caso de los títulos claudicantes del titular registral enajenante.

Ambos aspectos los prevé el párrafo primero de dicho art. 34, pero su alcance es distinto, ya que el primero es el fundamental, mientras que el otro no es más que una singular aplicación del primero a un supuesto especial, que, en puridad ya se sobrentendería por estar implícito en el primero. En los sistemas registrales alemán y suizo no se llega a regular este segundo supuesto de titularidad claudicante, por entenderse que en lo más entra lo menos; a pesar de que no es del todo inútil prevenirlo (Roca Sastre, 1995, pp. 193-194).

Este precepto pues se refiere expresamente a la inexactitud registral de modo general, y al supuesto específico de derechos claudicantes. Dice la nor-

21 Exposición de Motivos del Código Civil Peruano.

ma que la discordancia entre la realidad y el registro (inexactitud registral) no puede perjudicar el derecho del tercero que adquiere confiado en lo que aparece en el registro. Esto es precisamente lo que se conoce como el principio de fe pública registral, la misma que, protege todas las adquisiciones a *non domino* que calcen con los requisitos que exige la norma hipotecaria, esto son, la adquisición de titular registral, la buena fe, el título oneroso y la inscripción. **El mensaje es uno solo, la fe pública registral resguarda todas las adquisiciones que se realizan confiadas en la apariencia del registro sin tener conocimiento de la discordancia entre la realidad y el registro.** Los motivos de dicha inexactitud registral pueden ser diversos, uno de ellos, es el supuesto de derechos claudicantes que expresamente menciona la norma hipotecaria en el artículo 34 pero no es el único.

En esta misma línea, refiriéndose al artículo 34º de la LH, Roca Sastre enfatiza:

El precepto, es, desde luego importantísimo; una de las claves de la Ley. Pero no por proclamar, de modo genérico, el principio de que el asiento anterior vale, para el tercero, tal como figura en el Registro, cualquiera que sea la situación en la realidad jurídica, sino porque establece las condiciones de protección a dicho tercero. No da, pues, una lista exhaustiva de situaciones de falta de titularidad real del transferente, protegidas, sino una relación de presupuestos que debe reunir el adquirente para acogerse a la tutela del Registro [resaltado agregado] (1995, p. 20).

En este sentido, lo que dice la doctrina es que el artículo 34º de la LH (o lo que es lo mismo, el artículo 2014 del Código Civil) establece las condiciones para proteger al tercero que adquiere en base al registro. Esta norma no detalla todos

los supuestos en los que despliega sus efectos la fe pública registral, lo que hace es indicar que dicho principio se aplica como regla general frente a supuestos de inexactitud registral. Claro está que los supuestos de protección son variados pues existen diversas maneras de presentarse dicha inexactitud²², pero siempre que se presente una discordancia entre la realidad y el registro no conocida por el adquirente (aunado a los demás requisitos que impone la norma hipotecaria), la adquisición del tercero quedará preservada. Lo que busca este principio es proteger la contratación del tercero que confía en el registro a pesar de que su transmitente no sea propietario, por cualquier causa.

Una aplicación concreta del principio de fe pública registral es la usucapión de dominio contra tabulas frente al tercer adquirente. A diferencia de la legislación peruana, la española le ha dado un tratamiento especial a esta figura jurídica en el artículo 36º de la LH, sin embargo, tal como lo reconoce la doctrina, no deja de ser una aplicación concreta de la regla general contenida en el artículo 34º de la LH. No debe perderse de vista que el supuesto de hecho de la usucapión contra tabulas es precisamente la inexactitud registral a la que se refiere el principio estudiado, pero esta vez no es provocada por una titularidad claudicante sino por una usucapión consumada que no ha accedido al registro. No obstante, el resultado es el mismo, la inexactitud ha ocasionado que el adquirente registral contrate en virtud a una información errada que refleja la publicidad registral.

Es por tal motivo que, y en la medida que estamos ante normas de igual características, consideramos que la interpretación correcta del artículo 2014º del Código Civil peruano es la misma que la del artículo 34º de la LH española: los efectos de la fe pública registral alcanzan al conflicto entre el usucapiente y el tercer adquirente pues esta controversia no deja de ser un supuesto más

22 Roca Sastre explica los diversos tipos de inexactitud registral (1995, pp. 22-26).

de inexactitud registral que protege el principio de fe pública registral por lo que siempre que el adquirente contrate de buena fe e inscriba su adquisición se encontrará protegido.

Es en dicho escenario que, retomando nuestro ejemplo inicial, se debe preferir y proteger la adquisición de Teresa, quien viviendo en Madrid, adquirió un inmueble en Lima, de Víctor, que aparecía en Registros Públicos como propietario, pues fue Teresa quien inscribió su derecho de propiedad, en defecto del derecho que ostenta Úrsula, quien alegó haber adquirido el mismo predio por prescripción, pero no inscribió su titularidad en los Registros Públicos.

7. Conclusiones

- El conflicto entre dos adquirentes del dominio respecto de una sola propiedad inmueble se genera entre el usucapiente que adquiere un predio por su posesión calificada durante un plazo determinado y el derecho de propiedad que ostenta el tercero hipotecario que adquiere de buena fe la titularidad del mismo predio de un *non domino* con derecho inscrito que ha perdido su propiedad por la posesión del usucapiente.
- Parte de la doctrina peruana considera que el principio de fe pública registral no soluciona este conflicto de intereses. La normativa peruana no regula expresamente la usucapición contra *tabulas* del dominio y, por tal motivo, se sostiene que el principio de fe pública registral sólo protege al tercer adquirente cuando el defecto en el derecho de su transferente se deriva de una titularidad claudicante. Esta tesis restringe la aplicación de la fe pública registral, a pesar de que es claro que el objeto de dicho prin-

cipio es resguardar todas las adquisiciones de buena fe que se realicen confiadas en la apariencia de la inscripción.

- Diferenciar la protección que despliega la fe pública al adquirente registral en función de la causa en virtud de la cual su transferente perdió el derecho de propiedad no encuentra lógica en el sistema. Esta interpretación originaría que frente a cualquier transferencia de propiedad se deba verificar la titularidad que figura en el registro y la posesión que se detenta sobre el predio pues siempre cabría la posibilidad de que un poseedor alegase algún derecho sobre el inmueble. El mensaje que se transmitiría a los usuarios es que el sistema no resulta eficaz. No existiría confianza en la protección que el ordenamiento jurídico promulga para aquel que contrata con buena fe en virtud a lo publicado en el registro. La presunción de certeza de la información inscrita no sería relevante al momento de adquirir un inmueble y la seguridad jurídica que se buscó al implementar el sistema registral decaería.
- El principio de fe pública registral regulado en el artículo 2014 del Código Civil peruano es una copia exacta del contenido que recoge el artículo 34 de la LH española. La diferencia entre ambos sistemas radica en que el sistema peruano no regula expresamente la controversia de la usucapición contra *tabulas* del dominio a pesar de que lo hace de manera indirecta al recoger en su Código Civil el principio de fe pública registral.
- La usucapición contra *tabulas* del dominio se encuentra regulada a fin de proteger como regla general al tercero hipotecario siempre que este cuente con buena fe y que el desconocimiento que tiene de la discor-

dancia entre la realidad y el registro no se haya producido por una conducta gravemente negligente que le sea imputable. El fundamento de la protección al tercero hipotecario frente al usucapiente se sustenta en el principio de fe pública registral que protege las adquisiciones a *non domino* que se realizan en la confianza de lo que publica el registro.

Bibliografía

- Aliaga Huarpiata, L. (2001). Los efectos sustantivos de las inscripciones y el tráfico jurídico inmobiliario. *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, (1), 67-92.
- Arata Solis, M. (2003). Principio de Oponibilidad. En Muro Rojo, M. (Dir.). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo V). Gaceta Jurídica.
- Avendaño Arana, F. (2003). La Fe Pública Registral: Propuesta de modificación del artículo 2014. *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, (3), 43-53.
- Avendaño Arana, F. (2003). La protección de la fe pública registral en materia hipotecaria. *Cuadernos Jurisprudenciales*, (30).
- Avendaño Valdez, J. (1988). Derechos Reales. Materiales de enseñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Avendaño Valdez, J. (2001). El derecho de propiedad, el sistema registral peruano y la reforma del Código Civil. *Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, (2), 97-111.
- Avendaño Valdez, J. (2011). Derechos Reales. *Themis*, (60), 77-83.
- Avendaño Valdez, J. y Del Risco Sotil, L.F. (2012). Pautas para la aplicación del Principio de Fe Pública Registral. *Ius Et Veritas*, (45), 188-201.
- Berastain Quevedo, C. (2003). Requisitos de la prescripción adquisitiva del bien inmueble. En Muro Rojo, M. (Dir.) *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo V). Gaceta Jurídica.
- Bullard González, A. (2006). Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales (2ª edición). Palestra.
- Bullard González, A. (2011). Parchando el Código: La reforma 'a media caña' del libro de reales. *Themis*, (60), 99-122.
- Barchi Velaochaga, L. (2003). Concurrencia de acreedores de un bien inmueble. En Muro Rojo, M. (Dir.) *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo VI). Gaceta Jurídica.
- De la Rica y Arenal, R. (1976). Meditaciones Hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, recogida en *Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal*. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Esquivel Oviedo, J.C. (2003). El Knock Out de la prescripción al registro. *Actualidad Jurídica* (Tomo 119), 96-99.
- García García, J. M. (1999). Artículo 36. En Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (Directores). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Tomo VII, Volumen 4). Revista de Derecho Privado.

- Gonzales Barrón, G. (2012). La usucapación siempre vence al tercero de la fe pública registral. El inexistente problema de la 'usucapación contra tabulas'. *Derecho y Cambio Social*, (29). Disponible en https://www.derechocambiosocial.com/revista029/prescripcion_adquisitiva_de_dominio.pdf
- Gonzales Barrón, G. (2004). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario* (2ª edición). Jurista Editores.
- Mesinas Montero, F. (2006). La prescripción adquisitiva de dominio frente al registro. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (90), 257-260.
- Mejorada, M. (2011). La nueva fe pública registral. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (150), 111-116.
- Pizarrón Aranguren, L. (1994). Reflexiones sobre el libro de Registros Públicos del Código Civil. *Themis*, (30), 221-229.
- Roca Sastre, R., Roca-Sastre Muncunill, L. y Bernal Xirgo, J. (2008). *Derecho Hipotecario* (Tomo II, Vol. 2, 9ª edición). Bosch.
- Vallet de Goytisolo, J. (1985). *Estudios sobre Derecho de Cosas* (2ª edición). Montecorvo.

¡El suelo no es mercancía! Una reflexión sobre los derechos y obligaciones del propietario del suelo en el marco de la función social de la propiedad

The soil is not a commodity! Reflections on the rights and obligations of the landowner within the social function of property

Deyvid Usco Rutti¹

Resumen. En el presente artículo, el autor pretende proponer un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo, en el marco de la función social de la propiedad. Previamente, determinará si el enfoque social de la propiedad goza de reconocimiento constitucional y legal en el ordenamiento jurídico peruano. El autor resalta la importancia de la reciente promulgación de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Sin embargo, insta a la reflexión sobre la necesidad de mejorar este instrumento normativo en lo que a derechos y obligaciones del propietario del suelo se refiere. Lo anterior, frente a la necesidad de resolver el problema de una legislación fraccionada y poco especializada en la materia.

Abstract. *In this article, the author intends to propose a statute of rights and obligations of the property owner, within the framework of the social function of property. Previously, he will determine if the social function of property is recognized at constitutional or legal level in the Peruvian legal system. The author highlights the importance of the recent enactment of Law N° 31313, Sustainable Urban Development Law. However, he urges to reflect on the need to improve this normative instrument with regard to the rights and obligations of the owner. The foregoing, given the need to resolve a fractional legislation and little specialized in the matter.*

Palabras clave: función social de la propiedad, derechos y obligaciones del propietario del suelo, ley de suelos.

Key words: *social function of property, rights and obligations of the property owner, soil law.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ideas preliminares sobre la función social de la propiedad. 2.1. Los paradigmas legales de la propiedad en América Latina. 2.2. ¿Qué se entiende por función social de la propiedad? 3. La regulación de la función social de la propiedad en las constituciones. 3.1. Regulación de la función social de la propiedad en el derecho comparado. 3.2. Regulación de la función social de la propiedad en el Perú. 4. La función social de la propiedad en el Perú. 4.1. Marco jurisprudencial y panorama actual. 4.2. Sobre la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. 5. Sobre el estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo. 5.1. ¿Por qué regular los derechos y obligaciones del propietario del suelo? 5.2. Principios rectores y contenido mínimo del estatuto de derechos y obligaciones. 6. Los derechos y obligaciones del propietario del suelo. 6.1. Derechos del propietario de suelo. 6.2. Obligaciones del propietario del suelo. 7. Conclusiones.

¹ Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios de Derecho en la Universidad de Oporto, Portugal. Asistente de docencia de cursos de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Foro Académico. Correo electrónico: deyvaid.usco@pucp.pe

1. Introducción

¿El suelo es una mercancía? Es una pregunta que, posiblemente, no muchas personas se han formulado o, inclusive, respondido. Sin embargo, aunque pase por desapercibido, existe la posibilidad de que estas mismas personas, o algún familiar cercano, hayan sido partícipes de un negocio inmobiliario en un momento de sus vidas, en el cual el objeto de la transacción fuera la transferencia de la propiedad o de la posesión de un bien inmueble.

No podríamos discutir el hecho de que, hoy en día, las ciudades en el Perú son espacios en los que el negocio inmobiliario tiene una marcada predominancia, por lo que es válido afirmar que el suelo es una mercancía; es decir, que puede ser objeto de compra o venta. Sin embargo, cabría preguntarnos si en realidad el suelo debería ser visto solo como una mercancía de carácter absoluta y exclusiva del titular o si, además, debería ser limitada ampliamente por normas que salvaguarden y garanticen el interés de la sociedad y el bien común. Pues bien, en las últimas décadas, este tipo de normas fueron implementadas; sin embargo, sin incidencia práctica por incontables razones.

Así pues, durante mucho tiempo, en el Perú ha existido una legislación urbanística poco especializada y también fraccionada, en la que cada municipio podía emitir sus propias ordenanzas dentro de su jurisdicción, según sus necesidades. Así, el fraccionamiento de las competencias estatales

en la planificación del ordenamiento territorial generó políticas públicas flexibles y poco fiscalizables, las cuales contribuyeron a la informalidad en el uso del suelo y las edificaciones por parte de los titulares.

Por ejemplo, en setiembre del 2020 ocurrió un accidente fatal producto de la informalidad, en el cual un obrero falleció al derrumbarse una vivienda en el Cercado de Lima, en donde se realizaban trabajos de construcción ilegal². En abril de 2021 una pared de una quinta de Barrios Altos (Lima), que se encontraba en estado crítico y con riesgo de colapsar, se derrumbó³. Recientemente, en mayo de 2021 se evidenció la existencia de “casos antiguos” en Barranco (Lima) que representan un riesgo latente para los vecinos por los graves daños en sus estructuras y la negativa de sus propietarios de remodelarlos⁴.

Las situaciones anteriormente expuestas instaban a reflexionar sobre si las normas del Código Civil y las reglas urbanísticas vigentes, previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible⁵, eran suficientes para solucionar los diversos problemas urbanísticos o si, por el contrario, existía la necesidad de que se pueda regular en el Perú un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo, a través de un instrumento normativo matriz -como bien podría serlo una “Ley de Suelos”.

Es así que, ante la urgencia de una solución normativa que ponga fin a estos y otros problemas, el 14 de julio de 2021 se aprobó en el Congre-

2 Canal N. Bomberos confirman muerte de obrero que quedó atrapado en derrumbe en el Cercado. (09 de setiembre de 2020). Canal N. Recuperado de: <https://canaln.pe/actualidad/cercado-lima-bomberos-confirman-muerte-obrero-que-queda-atrapado-derrumbe-n425001>

3 RPP Noticias. *Cercado de Lima: Pared de una quinta de Barrios Altos se derrumba sin dejar heridos*. (28 de abril de 2021). RPP Noticias. Recuperado de: <https://rpp.pe/lima/actualidad/cercado-de-lima-derrumbe-en-una-quinta-de-barrios-altos-deja-a-50-personas-en-la-calle-noticia-1334006>

4 La República. *Barranco: antiguas casonas corren peligro de derrumbarse*. (11 de mayo de 2021). La República. Recuperado de: <https://larepublica.pe/sociedad/2021/05/11/barranco-antiguas-casonas-corren-peligro-de-derrumbarse-atmp>

5 Esta trascendental ley fue aprobada por el pleno del Congreso de la República del Perú el pasado 14 de julio de 2021 y fue publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 2021, entrando en vigencia el día siguiente.

so de la República del Perú la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313), la cual entró en vigencia el 26 de julio de 2021, y que tiene como objeto establecer los principios y normas que regulen el acondicionamiento territorial, la planificación urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, a efectos de lograr un desarrollo urbano sostenible en el país.

La incorporación de este cuerpo normativo en nuestro ordenamiento resulta ser de vital importancia por su carácter legal, pues hasta la fecha no había existido un instrumento de similar naturaleza. Es meritorio reconocer el trabajo conjunto del Ejecutivo y el Legislativo en la regulación de este importante cuerpo normativo en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, existen algunos ejes temáticos que no fueron desarrollados con claridad y profundidad, lo cual nos permite crear un espacio de reflexión que contribuya en la posterior mejora de esta ley.

Pues bien, el presente artículo busca proponer un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo, en el marco de la función social de la propiedad. Para el desarrollo del presente artículo, inicialmente, brindaremos algunas ideas preliminares sobre qué entendemos por función social de la propiedad. Posteriormente, responderemos a cómo se ha regulado dicho enfoque en el Perú y en otros ordenamientos jurídicos para luego concluir que la función social de la propiedad goza de reconocimiento constitucional en nuestro

ordenamiento gracias a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El último extremo del párrafo anterior merece nuestra atención pues indudablemente no podemos obviar el hecho de que la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313) hace mención a la función social de la propiedad sin mayor abundamiento en su artículo 53⁶, lo cual nos genera preocupación porque desconocemos realmente si el legislador involuntariamente omitió retirar el término del proyecto de ley, así como lo hizo con el inciso e) del artículo 4° del mismo⁷ que sí se refería a dicho enfoque de forma clara y precisa, o es que en verdad tenía la intención de reconocerlo, aun así sea sin contenido jurídico.

Una vez definida la constitucionalidad de la función social de la propiedad, justificaremos la necesidad de implementar en el Perú un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo, para después identificar los principios rectores y contenido mínimo de aquel estatuto. Finalmente, pasaremos a dar detalle de los principales derechos y obligaciones del propietario del suelo.

2. Ideas preliminares sobre la función social de la propiedad

La propiedad puede ser estudiada desde variados puntos de vista: económico, social, sociológico,

6 Ley N° 31313 – Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

Artículo 53. Instrumentos de Financiamiento Urbano:

Los Instrumentos de Financiamiento Urbano incluyen los siguientes y otros establecidos en la normativa especial o definido por los Gobiernos locales, de acuerdo a sus competencias, en los Instrumentos de Planificación Urbana, que se encuentren sustentados en la función social del derecho de propiedad: a. Instrumentos para el aprovechamiento del incremento del valor del suelo.

b. Derechos Adicionales de Edificación Transferibles.

c. Bonificaciones por Finalidades de Interés Público.

d. Compensación de Potencial Edificatorio.

e. Tributos.

7 En el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República del Perú (Proyecto de Ley N° 7664/2020-PE) sí se regulaba de forma expresa la denominada “función social de la propiedad”, no solamente como parte del artículo 53°, sino como principio rector y enfoque orientador de la ley (artículo 4°, numeral e).

histórico, político y también jurídico (Avendaño Valdez, 2015, p. 282). Es por ello que la propiedad no puede definirse de una sola forma, pues su concepto depende indudablemente del enfoque que se le quiera otorgar.

Sin duda, la definición de propiedad es compleja. Sin embargo, consideramos que la propiedad también debe ser estudiada con un enfoque urbanístico, pues es la nueva tendencia que está tomando preponderancia a partir del presente siglo en países como Brasil, Colombia, España y Portugal.

2.1. Los paradigmas legales de la propiedad en América Latina

Existen tres paradigmas legales en América Latina y que se encuentran en competencia:

(...). el derecho civil, el derecho administrativo y el derecho urbanístico. Históricamente, el paradigma civilista hegemónico, que se basa en lecturas altamente parciales de los códigos civiles y expresa los valores del legalismo liberal clásico, ha sido reformado gradualmente por el paradigma más intervencionista provisto por el derecho administrativo. Un movimiento incipiente reciente ha avanzado un paso más, reclamando que sólo el marco más progresivo del derecho urbanístico podría proporcionar un paradigma legal comprensivo para la era contemporánea (Fernandes y Maldonado, 2009).

El paradigma del derecho civil es el dominante en la doctrina y jurisprudencia. Se basa en la lectura de los códigos civiles y tiene una tendencia a otorgar mayor preponderancia a los derechos de los propietarios del suelo que a sus deberes u obligaciones. Así, este paradigma resta importancia, por ejemplo, al enfoque social de la propiedad porque

concibe a la propiedad como una mercancía dispuesta sólo a los intereses de su titular.

El paradigma del derecho administrativo se basa en un enfoque intervencionista del Estado mediante la imposición de restricciones y limitaciones a la propiedad en nombre del interés público. Este paradigma toma en consideración el enfoque social de la propiedad, pero de forma limitada. Este enfoque -de derecho público- se encuentra limitado por un planeamiento burocrático, contrapuesto e ineficiente. Además, no necesariamente se apoya en un instrumento legal especializado.

El paradigma del derecho urbanístico surge como un importante movimiento de reforma legal. Este enfoque no excluye a las tradiciones legales anteriores, sino -por el contrario- parte de ellas para reinterpretar su alcance. Esta tradición legal propone la importancia de que un Estado cuente con un marco normativo ordenado que regule el suelo. Para ello, propone la promulgación de leyes de alcances generales que se encuentren desarrolladas en el marco de los principios del derecho urbanístico. El principio estructural más importante en este paradigma es la función social de la propiedad (Fernandes y Maldonado, 2009).

2.2. ¿Qué se entiende por función social de la propiedad?

En nuestra opinión, la función social de la propiedad es un enfoque que presupone la limitación del carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad en base al bien común. Es decir, se obliga al titular del derecho de propiedad a ejercerla en armonía con el bien común, de tal forma que pueda armonizar su interés individual con el interés social de la comunidad.

Este concepto surgió a comienzos del siglo XX y la doctrina mayoritaria atribuye su desarrollo inicial al pensador francés León Duguit en 1911, duran-

te una visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) para dictar una serie de conferencias, siendo una de ellas dedicada al tema “La propiedad: función social” (Levaggi, 2007, p. 127-128). Desde aquel entonces, el concepto de “función social” se incorporó al lenguaje jurídico argentino, expandiéndose al resto de países del continente y del mundo.

León Duguit consideraba que la propiedad tenía una doble función: individual y colectiva. Según la función individual, el titular podía usar la propiedad para su beneficio propio; mientras que, según la colectiva, los usos de la propiedad debían ser coherentes con el bien común, evitando dañar a alguien por su uso. Según Duguit, ambas funciones debían coexistir de forma pacífica de tal manera que se logre un equilibrio (Choqqe, 2016, p. 58-59).

La teoría de León Duguit analiza el contenido de la propiedad en función de los siguientes dos poderes-deberes⁸:

- a) El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa de su propiedad en la satisfacción de sus necesidades individuales y en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral.
- b) El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear la cosa de su propiedad en la satisfacción de necesidades comunes, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias.

Cabe destacar que nuestra doctrina nacional también se ha pronunciado sobre la función social de la propiedad. El profesor Ramírez Cruz opina que la función social de la propiedad es una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses

del individuo con los de la sociedad, de tal forma que el propietario no pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. Considera que el propietario tiene la obligación de hacer uso de su derecho de propiedad acorde al interés social, absteniéndose de realizar conductas que lo perjudiquen (2007, p. 72).

A su vez, el profesor Varsi Rospigliosi considera que la propiedad “*tiene*” y “*cumple*” una función social, lo cual significa que no es un derecho que pueda construirse como si estuviera en juego solamente el interés de un individuo propietario (2019, p. 76); es decir, no puede ejercerse el derecho de propiedad solamente en bienestar del propietario. En efecto, debe primar el interés de la comunidad sobre el interés propio del titular.

Finalmente, Richard Chang, citando al profesor Pablo Ramella (1980), precisa que “la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común” (Citado en Chang, 2014, p. 57).

3. La regulación de la función social de la propiedad en las constituciones

El reconocimiento expreso de la función social de la propiedad facilita crear un marco normativo idóneo y eficiente para el correcto desarrollo de la ciudad en un determinado Estado. Actualmente, tres países de América Latina han reconocido de forma expresa en sus constituciones políticas la función social de la propiedad: Brasil, Colombia y Ecuador⁹. Sin embargo, diferentes países de la región han incorporado el concepto de la función

8 Al respecto, ver Duguit, L. (1912). “Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”, p. 182.

9 Es importante precisar que en las anteriores constituciones políticas de Argentina y Perú sí se hacía directa referencia a la función social de la propiedad; sin embargo, las vigentes no desarrollan dicho concepto.

social de la propiedad a través de su jurisprudencia, siendo claros ejemplos, Perú y México.

3.1. Regulación de la función social de la propiedad en el derecho comparado

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 reconoce de forma expresa la función social de la propiedad de la siguiente manera:

Artículo 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinciones de ninguna naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

XXIII – **la propiedad cumplirá su función social** [énfasis agregado]

Asimismo, la Constitución Política de la República de Colombia de 1991 reconoce de forma expresa la función social de la propiedad, por medio del siguiente artículo:

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...). La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica (...).

De igual forma, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 sigue la misma tendencia, estableciendo lo siguiente:

Artículo 321. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su **función social y ambiental** [énfasis agregado].

3.2. Regulación de la función social de la propiedad en el Perú

En la Constitución Política del Perú de 1993 no se reconoce de forma expresa el enfoque social de la propiedad, a diferencia de la Constitución Política de 1979 que sí desarrolló, en términos similares, el enfoque social de la propiedad en sus artículos 18°, 124°, 125° y 157°, respectivamente.

En lo que respecta a la propiedad, el cambio sufrido en el texto constitucional ha sido trascendental. En términos precisos, el anterior texto constitucional era más garantista del derecho de propiedad desde un enfoque social, pues señalaba que el derecho de la propiedad debía ser ejercido en armonía con el “interés social”.

En el actual texto constitucional se ha evitado hacer mención del “interés social”, lo cual evidentemente ha generado que el derecho de propiedad sea concebido en la actualidad de forma equívoca, bajo una óptica individualista en la que el privado puede usar su propiedad como una absoluta mercancía en su propio beneficio y sin algún fin social en beneficio de la comunidad.

Lo rescatable del vigente texto constitucional es que se ha mantenido la referencia al “bien común” en el artículo 70°. Es en base a este concepto que el Tribunal Constitucional ha reconocido la función social de la propiedad por medio de la jurisprudencia. El profesor Gonzales Barrón considera que el bien común (regulada en la Constitución Política de 1993) engloba el interés social (regulado en el Código Civil de 1984 y la derogada Constitución de 1979) y no se encuentran en contradicción; en consecuencia, considera que la función social de la propiedad tiene como objetivo atender al bien común, lo cual indirectamente incluye al interés social (2011, p. 35-49).

Hasta estas líneas solo nos hemos referido al reconocimiento de la función social de la propie-

dad a nivel constitucional; sin embargo, habría que preguntarnos si a nivel legal podemos encontrar alguna mención expresa de la función social de la propiedad. La respuesta es sí, pero no tal vez como realmente hubiésemos querido que fuera regulada.

Así pues, la reciente Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313) merece nuestra atención pues, indudablemente, no podemos obviar el hecho de que esta norma con rango legal hace mención a la función social de la propiedad en su artículo 53°, pero sin que la misma haya sido previamente desarrollada o, por lo menos, definida. Lo anterior nos genera preocupación porque desconocemos realmente si el legislador tenía la plena voluntad de expresar aquel término en la ley o si involuntariamente olvidó eliminarla de la norma, tal y como sucedió con el inciso e) del artículo 4° de su proyecto de ley que sí se refería a dicho enfoque de forma clara y precisa.

Mencionamos lo anterior, pues resulta curioso conocer que el proyecto de esta ley presentado por el Poder Ejecutivo¹⁰ al Congreso de la República del Perú sí regulaba de forma expresa la denominada “función social de la propiedad” como principio rector de la norma. Sin embargo, luego del debate en el Pleno del Congreso de la República, finalmente fue retirada del cuerpo normativo final que fue promulgado. Entonces, ¿nos encontramos frente a una acción u omisión por parte del legislador? En definitiva, no lo sabremos hasta cuando dicha ley sea reglamentada en los meses posteriores.

4. La función social de la propiedad en el Perú

Si bien la Constitución Política vigente y la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313) no han reconocido de forma expresa la función

social de la propiedad, el Tribunal Constitucional, sí. Realizando una interpretación del artículo 70° de la Constitución, que establece que la propiedad se ejerce en armonía con el “*bien común*”, ha manifestado en diferentes sentencias¹¹ que el “*bien común*” permite reconocer la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento.

De esta forma, se ha justificado la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico peruano, pese a que no exista un reconocimiento expreso en la Constitución Política vigente ni en la reciente Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313). Como veremos en las siguientes líneas, se ha reconocido a la propiedad como un derecho subjetivo y objetivo, portadora de valores y funciones.

Previo a entrar al análisis de fondo, consideramos importante incidir en que la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313) no ha reconocido de forma expresa, dentro de sus principios y enfoques orientadores, a la función social de la propiedad, lo cual no significa que necesariamente no la haya tenido en cuenta.

Sin perjuicio de lo mencionado, creemos que en una posterior modificación de la ley en cuestión sería adecuado que se reconozca de forma expresa a la función social de la propiedad. No hacerlo, nos llevará a continuar preguntándonos lo siguiente: ¿qué más hace falta para que su reconocimiento sea expreso en la ley? Además, no hacerlo implica obviar el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias.

4.1. Marco jurisprudencial y panorama actual

Conforme detallaremos, la función social de la propiedad ha sido introducida formalmente a

10 Proyecto de Ley N° 7664/2020-PE.

11 Sentencias recaídas en los Exp. N. ° 0008-2003-AI/TC Fundamento 26, Exp. 0048- 2004-PI/TC Fundamento 78,79,80 y 84, Exp. 0003-2006-PI/TC Fundamento 59.

nuestro sistema jurídico por el Tribunal Constitucional. En el año 2003, interpretando el artículo 70° de la Constitución, el máximo intérprete de la Constitución reconoció por primera vez la función social de la propiedad, afirmando lo siguiente:

26. La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía (...) Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (**reconocimiento de su función social**). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado.¹²

En dicha sentencia, citando al profesor Pablo Ramella, el Tribunal Constitucional acotó lo siguiente:

(...) la **función social de la propiedad** [énfasis nuestro] se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común. Dicho concepto obliga a que se ar-

monice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.¹³

En la misma línea, en el año 2004, el Tribunal Constitucional reafirmó su criterio anteriormente establecido y señaló lo siguiente:

78. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a **la función social [énfasis nuestro]** que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.

(...) 84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone, de un lado, que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustenten en el interés general para el logro del bien común.

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad (...).¹⁴

Ratificando nuevamente su postura, en el año 2006, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

Sin perjuicio de lo antedicho, es pertinente recordar **la función social que viene reconocida a la propiedad** [énfasis nuestro] por

12 Sentencia recaída en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, Fundamento 26.

13 Ibídem

14 Sentencia recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC Fundamento 78, 84 y 85.

el artículo 70° de la Constitución, la cual ha sido abordada por este Tribunal en los siguientes términos: “Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial (...)”¹⁵

Posteriormente, en el año 2009, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“19. (...) Acorde a las finalidades del Estado social y democrático, se reconoce **la función social de la propiedad**, [énfasis nuestro] que se sustenta en la doble dimensión de este derecho. Las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

20. El derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. (...)”¹⁶.

En el año 2017, nuevamente se pronunció sobre la función social de la propiedad y ratificando una vez más su tendencia jurisprudencial señaló lo siguiente:

10. Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social

que el propio derecho de propiedad posee en su contenido constitucionalmente protegido.

11. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

12. En consecuencia, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social.¹⁷

Recientemente, en el mes de marzo de 2020, el del Tribunal Constitucional reafirmó su postura al señalar lo siguiente:

17. Como se puede apreciar, la Constitución Política de 1993 garantiza que el derecho a la propiedad sea ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites legales. Esto, claro está, hace referencia a la función social del derecho a la propiedad [énfasis nuestro] (Sentencia 0008-2003-PI/TC, fundamento 26).

18. En atención a los fines del Estado Social y Democrático, la Constitución reconoce la función social de la propiedad, que se sustenta en la doble dimensión de este derecho, como derecho subjetivo y como un instituto y valor objetivo que informa el ordenamiento jurídico. Las actuaciones legítimas que de

15 Sentencia recaída en el Exp. 0003-2006-PI/TC Fundamento 59.

16 Sentencia recaída en el Exp. 0864-2009-AA/TC, fundamento 20

17 Sentencia recaída en el Exp. 06251-2013-PA/TC Fundamentos 10, 11 y 12.

dicha función social se deriven pueden exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

19. (...), el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia (Sentencia 0864-2009-AA/TC, fundamento 20).

21. Siendo ello así, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente desde la óptica de los intereses particulares, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente su función social, esto es, su relación con el bienestar general.¹⁸

Por lo visto, la función social de la propiedad goza de un reconocimiento jurisprudencial, pese a no estar expresamente reconocida en la Constitución Política. Sin duda alguna, la función social de la propiedad goza de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, aún instamos a la reflexión sobre la importancia y necesidad de que se pueda reconocer de forma expresa dicha función en la Constitución o como principio rector en una norma legal.

4.2. Sobre la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, no existía un instrumento normativo marco que regule de forma compacta, completa y orgánica

todo lo referido al uso, gestión y acceso del suelo. Así, el único remedio era recurrir a la Constitución Política, al Código Civil y a las cinco regulaciones principales vigentes que se refieren a reglas urbanísticas¹⁹.

Es por esa razón que decimos que nuestra legislación en materia de suelos era realmente limitada. En el 2018, una firma española realizó un estudio del ordenamiento urbano territorial en Lima y concluyó que la gestión urbanística en el Perú había tenido limitaciones como consecuencia de una legislación fraccionada y poco especializada, en la que cada municipio emitía sus propias ordenanzas. Además, evidenció un fraccionamiento de competencias estatales, sumado a una política activa de suelo para incentivar el desarrollo del país por medio de la actividad inmobiliaria en la que en muchos casos el Estado había desempeñado el papel de promotor sin una política de recuperación de plusvalías y técnicas de justo reparto de beneficios y cargas derivados de la urbanización²⁰.

El problema era evidente, por lo que era necesario acelerar el proceso de unificación y establecimiento de un cuerpo normativo marco. Así, ante la urgencia de una solución normativa que ponga fin a estos y otros problemas, se aprobó en el Congreso de la República del Perú el 14 de julio de 2021 una Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313), la cual entró en vigencia el 26 de julio de 2021.

Este instrumento tiene por objeto establecer los principios y normas que regulen el acondicionamiento territorial, la planificación urbana, el uso y la gestión del suelo urbano, a efectos de lograr un desarrollo urbano sostenible en el país. Su

18 Sentencia recaída en el Exp. 0018-2015-PI/TC Fundamentos 17,18,19, y 21.

19 Las cinco regulaciones principales en materia urbanística son las siguientes: i) Reglamento Nacional de Edificaciones, ii) Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, iii) Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación iii) Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, y iv) Ley Orgánica de Municipalidades,

20 Al respecto ver Ezquiaga Arquitectura, Sociedad y Territorio S.L. (2018). "Formulación Proyecto Piloto de Gestión Urbanística Aplicada". *Propuestas de ordenamiento urbano territorial en Lima, Perú*. Publicación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), p. 138.

finalidad es orientar el desarrollo de ciudades y centros poblados para ser sostenibles, accesibles, inclusivos, competitivos, justos, diversos y generadores de oportunidades para toda la ciudadanía.

La incorporación de este cuerpo normativo en nuestro ordenamiento resulta ser de vital importancia por su carácter legal, pues hasta la fecha no había existido un instrumento de similar naturaleza. En ella se destacan una serie de principios y enfoques rectores; sin embargo, pasa por desapercibido al enfoque social de la propiedad, lo cual no implica que no la haya tenido como base.

Ahora bien, la importancia de este instrumento es que es una norma matriz con rango legal que atiende de forma uniforme temas referidos al uso, gestión y acceso del suelo. Principalmente, establece mecanismos para la disposición adecuada del suelo por parte de los distintos actores de la industria inmobiliaria, medidas preventivas para proteger el suelo de ocupaciones informales e ilegales, tratamiento del reajuste predial, distribución de beneficios y cargas, recuperaciones y captura de plusvalía, entre otros.

También resulta importante resaltar que este instrumento normativo incorpora una sección denominada “derechos y deberes en el aprovechamiento de la propiedad predial”²¹. Lo interesante de su regulación expresa es que, por lo menos, se les ha otorgado un espacio propio. Así, en su artículo 16° ha reconocido el derecho a edificar y en su artículo 17° el derecho a la ciudad, el cual comprende una serie de derechos conexos²². Asimismo, en su artículo 18° ha regulado cinco (05) deberes de las personas en la producción de un hábitat seguro y saludable.

21 Sección III de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (artículos 15 al 18).

22 El derecho a la ciudad comprende, a título enunciativo mas no limitativo a los siguientes derechos: a un hábitat seguro y saludable, a una vivienda adecuada y digna, a la participación ciudadana efectiva y al acceso a la información; a la propiedad estatal en todas sus modalidades; al acceso y uso en condiciones no discriminatorias de los espacios, equipamientos y servicios públicos; a recurrir al órgano jurisdiccional para exigir la observancia de la normativa en acondicionamiento territorial, planificación, uso y gestión del suelo y desarrollo urbano en las actuaciones de instituciones públicas o privadas.

Sin embargo, creemos que los derechos y deberes regulados por esta normativa no resultan ser suficientes. Hubiera sido mejor aprovechar dicha sección para unificar todos los derechos y deberes que se encuentran dispersos en los demás cuerpos normativos existentes, así como reconocer otros adicionales que resultan ser de gran importancia dentro de una Ley de Suelos o de Desarrollo Urbano Sostenible de cualquier país, en el marco de la función social de la propiedad.

Por lo anteriormente expuesto, instamos a la reflexión sobre la importancia y necesidad de que se pueda mejorar la actual Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313) en lo que se refiere a derechos y obligaciones del propietario del suelo, haciendo hincapié también en la necesidad de que se le pueda dar mayor reconocimiento a la función social de la propiedad, estableciéndola dentro del artículo 4° referido a los principios y enfoques orientadores de la norma legal.

5. Sobre el estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo

Es importante indicar que el estatuto de derechos y obligaciones que propondremos solo se referirá al propietario del suelo y no de los demás agentes intervinientes en el proyecto u operación urbanística. Como lo mencionan Mendoza y Vásquez, citando al urbanista Augusto Mendoza, “*se deben diferenciar los beneficios y cargas del propietario y del desarrollador inmobiliario, por lo que debe existir un estatuto diferenciado para ambos*” (2020, p. 167).

La razón principal de la distinción obedece a que ambos actores tienen lógicas y estrategias operacionales distintas. Principalmente, tenemos lo siguiente: el propietario del suelo no necesariamente busca el aprovechamiento del suelo mediante la ejecución de proyectos inmobiliarios y de vivienda a corto o mediano plazo; mientras que el desarrollador del suelo, sí. Es importante indicar que una persona puede ser propietaria y desarrolladora del suelo a la vez. Sin embargo, la finalidad del uso del suelo debe ser suficiente para determinar en qué tipo de estatuto se encuentra enmarcado su comportamiento.

5.1. ¿Por qué regular los derechos y obligaciones del propietario del suelo?

Consideramos que la importancia de que pueda regular un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo radica en los siguientes motivos:

- a) El Tribunal Constitucional ha reconocido la funcionalidad social de la propiedad, la cual exige que el titular de la propiedad ejerza sus atribuciones (usar, disfrutar, disponer y reivindicar) en armonía con el bien común. La armonización de los intereses individual y colectivo solamente puede ser promovida a través de un reparto equitativo de los beneficios y cargas del propietario.
- b) En el Perú, la legislación en materia de suelos es poco especializada y fraccionada, lo cual ha generado una regulación dispersa. Urge implementar un instrumento matriz que pretenda unificar los derechos y obligaciones del propietario existentes. Lo más idóneo es que su incorporación sea mediante una modificación de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

- c) El establecimiento de beneficios y cargas a la propiedad se ha visto limitado, debido al marco jurídico de defensa irrestricta de la propiedad privada promovida por el Estado. Ello ha generado la desconexión entre los propósitos de una política de vivienda social y el comportamiento del mercado del suelo.
- d) No contar con un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo genera diferentes problemas para el Estado, siendo una de las principales la informalidad. Al existir una legislación fraccionada con una norma legal matriz que no desarrolla eficazmente los derechos y deberes del titular del suelo, la fiscalización y control por parte del Estado se vuelve inviable.
- e) Ordenamientos jurídicos como los de Brasil y Colombia demuestran que se puede lograr una eficiente gestión del suelo si se establece una justa distribución de beneficios y cargas al propietario.

Por las razones mencionadas, la incorporación de un estatuto de derechos y obligaciones es un tema de gran relevancia en el Perú que nos debe instar a la reflexión a fin de solucionar diversos problemas de informalidad y desorden normativo.

5.2. Principios rectores y contenido mínimo del estatuto de derechos y obligaciones

Un estatuto de derecho y obligaciones debe implementarse en el marco de principios rectores preestablecidos por ley. Resulta importante que analicemos qué principios podrían servir como marco jurídico a un estatuto de derechos y obligaciones. Es pertinente indicar que los principios que desarrollaremos podrían enmarcar al estatuto de derechos y deberes, como también al cuerpo general de la ley que lo incorpore.

Entonces, a nuestra consideración, los principales principios que el legislador debe tener en cuenta al reelaborar el estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo son los siguientes:

- a) **Función social de la propiedad:** Pese a que la Constitución de 1993 no la reconoce de forma expresa, es importante recordar que la función social tiene reconocimiento jurisprudencial. Debemos considerar que la función social es consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común. Entonces, este principio debe buscar enmarcar los derechos y deberes del propietario del suelo a un interés colectivo en diversos aspectos, tales como los siguientes: salubridad, seguridad, vivienda, urbanismo y otros afines.
- b) **Prevalencia del interés general sobre el particular:** Relacionado al anterior, este principio se refiere a la preponderancia de los intereses generales y públicos, por encima de los particulares y privados. Este principio debe buscar que los derechos y deberes del propietario del suelo se desarrollen en el marco del interés general, otorgando la posibilidad al Estado de limitar el ejercicio del derecho de propiedad, inclusive exigiendo la realización de ciertas conductas a los propietarios del suelo con la finalidad de que se pueda garantizar el disfrute de la propiedad de forma armonizada con las necesidades públicas.
- c) **La distribución equitativa de beneficios y cargas:** Este principio debe buscar que el estatuto refleje una distribución equilibrada de los deberes y obligaciones -tanto como físicas, económicas y sociales-, así como la justa asignación de beneficios en contraprestación a estas. Asimismo, este principio debe procurar que el titular de la propiedad esté sujeto a cargas y obligado a cumplirlas.

- d) **La prohibición del enriquecimiento sin causa justa:** Este principio debe buscar que el estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo no sirva de medio para que una persona se enriquezca con la valorización de su propiedad sin que haya realizado conductas que justifiquen el incremento. Con este principio se debe implementar reglas de recuperación y participación en el incremento del valor del suelo

Habiendo expuesto lo anterior, continuaremos en el siguiente apartado con el desarrollo del contenido mínimo que debe regular el estatuto de derecho y obligaciones del propietario del suelo. En nuestra opinión, debe contener, como mínimo, la regulación de los derechos y deberes de los propietarios del suelo según la clase de suelo que pretende aprovechar: suelo urbano, rural y de protección.

6. Los derechos y obligaciones del propietario del suelo

Si bien es cierto, se podría decir que nuestro Código Civil vigente hace referencia en el Subcapítulo III del Capítulo Tercero del Título II a “los derechos del propietario”, consideramos que no resulta suficiente las disposiciones reguladas en dicha sección, pues solamente hacen referencia a los derechos a cercar un predio (artículo 965°), a obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento (artículo 966°) y al corte de ramas y raíces invasoras del predio (artículo 967°).

De igual forma, si bien es cierto, el artículo 957° del Código Civil vigente dispone que “la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas”, consideramos que no es

suficiente, pues nuestra legislación en materia de suelos es fraccionada y poco especializada, lo cual hace inviable determinar con certeza los derechos y obligaciones del propietario del suelo.

Complementando lo anterior, si bien es cierto, los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, regulan de forma expresa algunos derechos y obligaciones del titular de la propiedad predial, consideramos que su regulación es incompleta y que deberían regularse otras adicionales que son importantes.

Entonces, conforme a lo explicado en el apartado anterior, consideramos que el estatuto debe contener, como mínimo, la regulación de los derechos y obligaciones del propietario del suelo, respecto de la clase de suelo que pretende aprovechar: suelo urbano, suelo rural y suelo de protección.

Es importante poder conocer cada una de las clases de suelo anteriormente descritas. El artículo 33° de Ley N° 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, dispone la clasificación general del suelo en los tres tipos siguientes: suelo urbano, suelo de protección y suelo rural. El suelo urbano es aquella ubicada dentro de una jurisdicción municipal destinada a usos urbanos. Se pueden distinguir cinco (05) subtipos de suelos urbanos: consolidado, de transformación, en consolidación, peliurbano y urbanizable. El suelo de protección es aquella en la que la ocupación está restringida por ser un suelo de conservación o de riesgo. El suelo rural es aquella que se destina principalmente a actividades agro-productivas, extractivas o forestales.

En relación a lo anteriormente expuesto, en el siguiente apartado desarrollaremos cuáles serían los derechos y obligaciones generales del propietario del suelo para posteriormente especificarlos

en cada una de las áreas descritas en los párrafos precedentes.

6.1. Derechos del propietario de suelo

El estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo debe prever la regulación expresa de una serie de prerrogativas generales y específicas, de acuerdo a la clasificación de los suelos urbano, rural y de protección.

En ese sentido, consideramos que el propietario del suelo tiene los siguientes derechos²³:

1. Uso, disfrute, disposición y reivindicación de la propiedad del suelo, de conformidad con lo establecido en el artículo 923 del Código Civil y demás normativa en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta los límites que determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables.
2. Conocer oportunamente los beneficios y cargas derivados de la regulación urbanística, así como la información que dispongan las administraciones públicas sobre ordenación del territorio y las condiciones urbanísticas.
3. No ser expropiado de su propiedad, directa o indirectamente, salvo por necesidad pública o seguridad nacional, declaradas por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.
4. Ser partícipes de los beneficios derivados del aprovechamiento urbanístico otorgado por el

23 Los derechos que se enumeran en la presente lista fueron parte de un análisis y mejoramiento de lo presentado en el Proyecto de Ley N° 01797/2017-CR, Proyecto de Ley de Uso y Gestión del Suelo Urbano.

planeamiento urbano, sujeto a las cargas establecidas por ley.

5. Ser compensados por las cargas urbanísticas que no puedan ser distribuidas de forma equitativa y que le causen un perjuicio económico.
6. Participar activamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualquier instrumento de gestión del suelo y ejercer la acción pública urbanística.
7. Elaborar y presentar el instrumento de ordenación que corresponda, cuando la autoridad administrativa no se haya reservado la iniciativa pública de la ordenación y ejecución.
8. Las demás que se establezcan por leyes de la materia.

Sin perjuicio de los derechos generales mencionados, consideramos que los titulares de la propiedad deben contar con derechos específicos, según la clasificación del suelo (suelo urbano, rural y de protección)²⁴.

En cuanto a los derechos del propietario del suelo clasificado como urbano, consideramos a los siguientes:

1. Derecho a usar, disfrutar y disponer del suelo urbano de su propiedad sin contravenir la legislación vigente. Los usos y obras deberán cesar, o ser demolidas sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo decida la autoridad competente.
2. Derecho a completar la urbanización de los terrenos para que cumplan los requisitos y condiciones establecidos para su edificación.

3. Derecho a edificar sobre el suelo urbano en las condiciones que señale la legislación urbanística y el planeamiento. Deberá realizar las actuaciones necesarias para mantener la edificación, en todo momento, en un buen estado de conservación.
4. Derecho a participar activamente en los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de cualquier reforma o renovación de la urbanización, así como de cualquier instrumento de gestión del suelo.
5. Derecho de consulta a la administración pública competente, respecto de los criterios y previsiones de la ordenación urbanística y de los planes territoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios, y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación.

En cuanto a los derechos del propietario de un suelo clasificado como rural, consideramos a los siguientes:

1. Derecho a usar, disfrutar y disponer del suelo rural de su propiedad, de conformidad con su naturaleza y dentro de los límites que disponga la normativa de la legislación vigente en lo que se refiera al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, así como de los valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación nacional, salvo alguna excepción prescrita por ley y se encuentre justificada en el interés público. Los usos y obras deberán cesar, o ser demolidas sin derecho a indemnización.

²⁴ Los derechos que se enumeran, según la clasificación de cada tipo de suelo, fueron parte de un análisis, mejoramiento y adecuación al ordenamiento peruano del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana en España.

zación alguna, cuando así lo decida la autoridad competente.

2. El derecho de usar, disfrutar y disponer del suelo, siempre que el ejercicio de estas facultades sea compatible con el instrumento de ordenación territorial y urbanística, respecto a su paso a la situación de área urbanizada.
3. Derecho de consulta a la administración pública competente, respecto de los criterios y previsiones de la ordenación urbanística y de los planes territoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación.
4. Derecho a promover la transformación del suelo recurriendo a la autoridad competente para la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con la legislación urbanística.
5. Derecho a participar activamente en los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de cualquier nueva urbanización, así como de cualquier instrumento de gestión del suelo, respetando la equidistribución de beneficios y cargas dispuestas por la autoridad administrativa.

En cuanto a los derechos del propietario de un suelo clasificado como de protección, consideramos a los siguientes:

1. Derecho a usar, disfrutar y disponer del suelo considerado como de protección, de conformidad con su naturaleza y dentro de los límites que disponga la normativa de la legislación vigente. Los usos y obras no autorizadas deberán cesar, y, en todo caso, ser demolidas, sin

derecho a indemnización alguna, cuando así lo decida la autoridad competente.

2. Derecho a promover la transformación del suelo recurriendo a la autoridad competente para la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, de conformidad con la legislación urbanística.
3. Derecho a participar activamente en los procedimientos de elaboración, aprobación y ejecución de cualquier reforma o renovación de la urbanización, así como de cualquier instrumento de gestión del suelo.
4. Derecho de consulta a la Administración Pública competente, respecto de los criterios y previsiones de la ordenación urbanística y de los planes territoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la transformación del suelo.

Por lo tanto, consideramos que las facultades y derechos del propietario de suelo en nuestro ordenamiento puedan ser implementados, teniendo en consideración prerrogativas generales y específicas, guardando estas últimas estrecha relación con la clasificación de los suelos propuesto por la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible: suelo urbano, suelo rural y suelo de protección.

6.2. Obligaciones del propietario del suelo

En cuanto a las obligaciones del propietario del suelo, la lógica es similar al de los derechos descritos en el apartado anterior, por lo que consideramos que el estatuto debe prever la regulación expresa de una serie de deberes y cargas generales, y también prerrogativas específicas, según la clasificación del suelo (urbano, rural y de protección).

En ese sentido, consideramos que el propietario del suelo tiene las siguientes obligaciones²⁵:

1. Ejercer su derecho de propiedad, de conformidad con las normas de planeamiento urbano, zonificación, habilitación urbana y de edificación. Asimismo, de conformidad con el coeficiente de aprovechamiento otorgado por la Municipalidad Provincial y las condiciones de edificación que establezcan las licencias municipales.
2. Deber legal de conservar el bien inmueble construido sobre el suelo en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos.
3. Realizar las obras adicionales que la autoridad competente ordene por motivos turísticos, culturales, ambientales y de sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación.
4. Deber de ceder al Estado un determinado porcentaje de suelo para fines de espacio público, infraestructuras y equipamientos, de conformidad con la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones y demás normas aplicables al caso.
5. Contribuir con una retribución económica en favor del Estado, sujeto a los límites legales preestablecidos, en los casos de incremento de valor del suelo por las siguientes razones:
 - a. Transformación de suelo rural o de protección a urbano por decisión soberana del Estado.

- b. Modificación del uso y aprovechamiento del suelo por decisión soberana del Estado, lo cual incluye el cambio de zonificación de los usos del suelo, otorgamiento de mayores derechos edificatorios y cualquier otra modificación.
 - c. Ejecución de obras públicas por parte del Estado, cuyo proyecto y costo hayan sido informados al propietario con anterioridad a la ejecución.
6. En caso el propietario pretenda vender el bien, ofrecerá en primer lugar a la entidad del Estado que identificó con anterioridad al bien como de interés para la consolidación de infraestructura pública, equipamiento público o la construcción de viviendas de interés social.
 7. Construir de forma obligatoria sobre el predio, en el plazo preestablecido por ley, cuando el mismo sea declarado por el Gobierno Local como de “construcción prioritaria”, debidamente sustentado en armonía con el bien común.
 8. Las demás que se establezcan por leyes de la materia.

Sin perjuicio de las obligaciones generales mencionadas, consideramos que a los titulares de la propiedad se le debe asignar derechos específicos, según la clasificación del suelo (urbano, rural y de protección)²⁶.

En cuanto a las obligaciones del propietario del suelo clasificado como urbano, consideramos a los siguientes:

25 Las obligaciones que se enumeran en la presente lista fueron parte de un análisis y mejoramiento de lo presentado en el Proyecto de Ley N° 01797/2017-CR, Proyecto de Ley de Uso y Gestión del Suelo Urbano.

26 Las obligaciones que se enumeran, según la clasificación de cada tipo de suelo urbano, fueron parte de un análisis, mejoramiento y adecuación al ordenamiento peruano del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana en España.

1. Deber de completar la urbanización y/o usar el suelo urbanizado, de conformidad con las normas de planeamiento urbano, zonificación, habilitación urbana y de edificación.
2. Deber de edificar acorde a los plazos, requisitos y condiciones que prevea la normativa urbanística.
3. Deber de ceder obligatoria y gratuitamente a la administración pública todo el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes y otros afines de carácter público que tengan como finalidad el desarrollo de la ciudad.
4. Deber de participar en la distribución de beneficios y cargas que corresponda en los términos establecidos por la autoridad competente.
5. Deber legal de conservar la edificación construida sobre el suelo, en las condiciones legales exigidas por ley, teniendo en consideración el cumplimiento de los requisitos básicos de la edificación establecidas en los instrumentos urbanísticos aplicables.
6. Deber legal de conservación de la edificación, en las condiciones legales que se exijan por ley y cuando así lo determine la autoridad competente, por motivos turísticos, culturales, ambientales y de sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación.

En cuanto a las obligaciones del propietario del suelo clasificado como rural, consideramos a los siguientes:

1. Deber de conservar el suelo no urbano de conformidad con su naturaleza y dentro de los límites que disponga la normativa de la legislación vigente, referidos al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, así como de los valores

ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación nacional, salvo alguna excepción prescrita por ley y se encuentre justificada el interés público.

2. El titular de la propiedad tiene el deber de costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en óptimas condiciones, a fin de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales. Además, debe garantizar la seguridad o salud públicas, prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes.
3. Deber de no realizar divisiones urbanísticas que contravenga la normativa de la legislación vigente referida al ámbito agrario, forestal, ganadero, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales, así como de los valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación nacional, salvo alguna excepción prescrita por ley y se encuentre justificada el interés público.
4. Deber de costear y ejecutar las infraestructuras de conexión de las instalaciones y construcciones autorizables, con las redes generales de servicios y entregarlas a la autoridad competente para su incorporación al dominio público cuando deban formar parte del mismo.
5. Deber legal de asumir la distribución de beneficios y cargas cuando el suelo rural se encuentre sometido a un procedimiento de transformación urbanística, lo cual incluye permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras públicas en beneficio de la ciudad.

En cuanto a las obligaciones del propietario del suelo clasificado como de protección, consideramos a las siguientes:

1. Deber de usar el suelo de protección, de conformidad con las normas de la legislación nacional y local correspondientes.
2. Deber legal de conservar el suelo en las condiciones legales exigidas por ley y cuando así lo determine la autoridad competente, por sus características ecológicas, paisajísticas, históricas o de valor cultural, hasta donde alcance el deber legal de conservación.
3. Deber de ocupar o permitir la ocupación de otra persona de los suelos expuestos a peligros altos, muy altos y recurrentes que generen riesgos para el asentamiento de la ciudadanía.
4. Costear y ejecutar la urbanización del sector y las infraestructuras de conexión necesarias para la transformación a suelo urbano, en caso sea permitido.
5. Deber de participar en la distribución de beneficios y cargas que corresponda en los términos establecidos por la autoridad competente.

Por lo tanto, consideramos que las obligaciones y cargas del propietario de suelo en nuestro ordenamiento deben ser implementadas, teniendo en consideración prerrogativas generales y específicas, guardando estas últimas estrecha relación con la clasificación de los suelos propuesto por la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible: suelo urbano, suelo rural y suelo de protección.

7. Conclusiones

El tema del presente artículo se ha abordado en los siguientes dos ejes centrales: determinar si la función social de la propiedad se justifica en nues-

tro ordenamiento jurídico y desarrollar un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo, a partir de dicha función. En ese sentido, nuestras conclusiones son las siguientes:

- La función social de la propiedad es un concepto que presupone la limitación del carácter absoluto y exclusivo del derecho de propiedad en base al bien común. Es decir, se obliga al titular del derecho de propiedad a ejercerla en armonía con el bien común, de tal forma que pueda armonizar su interés personal con el interés social del colectivo. En la actualidad, solamente tres países de América Latina la han reconocido de forma expresa en sus constituciones: Brasil, Colombia y Ecuador. En el caso de Perú, a través de su reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reconocido la función social de la propiedad, a partir de la interpretación del artículo 70° de la Constitución Política de 1993.
- La gestión urbanística en el Perú ha tenido limitaciones como consecuencia de una legislación fraccionada y poco especializada. Es así que, ante la urgencia de una solución normativa que ponga fin estos y otros problemas, se aprobó en el Congreso de la República del Perú el 14 de julio de 2021 la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (Ley N° 31313), la cual entró en vigencia el 26 de julio de 2021. Es meritorio reconocer el trabajo conjunto del ejecutivo y el legislativo en la regulación de este importante cuerpo normativo en nuestro ordenamiento jurídico.
- La Ley de Desarrollo Urbano Sostenible regula de forma general y orgánica todo lo referido al uso, gestión y acceso del suelo urbano. Sin embargo, existen algunos ejes temáticos que no fueron desarrollados con plenitud, lo cual nos permite crear un

espacio de reflexión que contribuya en la posterior mejora de esta ley, siendo entre ellos lo referido a la importancia de que se otorgue mayor reconocimiento a la función social de la propiedad, estableciéndola como principio rector de la norma, y, también, que se reelabore el apartado que detalla los derechos y obligaciones del propietario del suelo.

- La importancia de que se pueda regular en el Perú un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo radica en los siguientes motivos: (i) el Tribunal Constitucional ha reconocido la funcionalidad social de la propiedad, la cual exige la armonización de los intereses individual y colectivo, y que solamente puede ser promovida a través de un reparto equitativo de los beneficios y cargas del propietario; (ii) urge implementar un instrumento matriz que pretenda unificar los derechos y obligaciones del propietario existentes en nuestra legislación fraccionada; (iii) el establecimiento de beneficios y cargas a la propiedad es limitada, debido al marco jurídico de defensa irrestricta de la propiedad privada promovida por el Estado; (iv) no contar con un estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo genera diferentes problemas para el Estado, siendo una de mayor envergadura la informalidad; (v) ordenamientos jurídicos como las de Brasil y Colombia demuestran que se puede lograr una eficiente gestión del suelo si se establece una justa distribución de beneficios y cargas al propietario.
- La Ley de Desarrollo Urbano Sostenible incorpora una sección denominada “derechos y deberes en el aprovechamiento de la propiedad predial”, la cual contiene solo dos (02) derechos y cinco (05) deberes. Sin embargo, creemos que los derechos y

deberes regulados por esta normativa no resultan ser suficientes. Hubiera sido mejor aprovechar dicha sección para unificar todos los derechos y deberes que se encuentran dispersos en los demás cuerpos normativos existentes, así como reconocer otros adicionales que resultan ser de gran importancia dentro de una Ley de Suelos o de Desarrollo Urbano Sostenible de cualquier país, en el marco de la función social de la propiedad.

- Los principios mínimos que el legislador debería tener en cuenta al elaborar el estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo son los siguientes: función social de la propiedad, prevalencia del interés general sobre el particular, la distribución equitativa de beneficios y cargas, y la prohibición del enriquecimiento sin causa justa.
- El estatuto de derechos y obligaciones del propietario del suelo debe prever la regulación de una serie de prerrogativas generales y específicas, según la clasificación del suelo establecida por Ley de Desarrollo Urbano Sostenible: suelo urbano, suelo rural y suelo de protección.

Bibliografía

- Avendaño Valdez, J. (1994). El derecho de propiedad en la Constitución. *Themis*, (30), 117-122.
- Avendaño Valdez, J. (2015). Derecho a la propiedad. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. En Gaceta Jurídica (3), 282. Citado en Varsi Rospigliosi, E. (2019). Las características del derecho de propiedad. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (68), 71.

- Calderón, J. (2015). Programas de vivienda social nueva y mercados de suelo urbano en el Perú. *Eure*, 41(122), 27-47.
- Calderón, J. [Inmobilier] (08 de mayo de 2020). Derecho a la vivienda y gestión del suelo urbano en el Perú y América Latina post Covid-19 [Videograbación].
<https://www.youtube.com/watch?v=PXKtYr-DZkV8>
- Chang, R. (2014). De la concepción civilista del derecho de propiedad predial a la concepción urbanística, una necesaria evolución. En *Revista de Derecho Administrativo* (14), 43-64.
- Choqqe, E. (2016). *La necesidad de regular la expropiación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico interno* [Tesis para optar el título de abogado]. Universidad Nacional de San Agustín.
- Fernandes, E. y Maldonado Copello, M. (2009). El derecho y la política de suelo en América Latina. Nuevos paradigmas y posibilidades de acción. Lincoln Institute of Land Policy.
<http://www.lincolninst.edu/es/publications/articles/el-derecho-la-politica-suelo-enamerica-latina>.
- Gonzales, G. (2009). La propiedad en la Constitución de 1993: Derecho individual con proyección social. *Gaceta Constitucional*, Guía 2, Primera edición, 11-41.
- Gonzales, G. (2011). Propuesta de reforma parcial de los libros v (derechos reales) y ix (registros públicos) del código civil. *Derecho y Cambio Social*. 8 (23), 1-21.
- Gonzales, G. (2011). *El nuevo Derecho Registral*. Caballero Bustamante.
- Levaggi, A. (2007). Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Gioja"*, Año 1 (1), 120-133. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/126/103>
- Mendoza, G. & Vásquez, F. (2020). Algunos alcances sobre la necesidad de una Ley de Suelos Urbanos en el Perú. En *Propiedad: Enfoque Urbanístico y Registral* (pp. 153-169). Themis.
- Ramirez Cruz, E. (2007). Tratado de Derechos Reales, Tomo II. Rodhas.
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). Las características del derecho de propiedad” *Propiedad y Derechos Reales. Análisis Jurídico*. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (68), 71-79.
- Vásquez, F. (7 de octubre de 2017). La función social de la propiedad. Reflexiones iniciales del Proyecto de Ley 01797/2017-CR. LP Derecho. Recuperado de
https://lpderecho.pe/funcion-social-derecho-propiedad-proyecto-ley-017972017-cr/#_ftnref10

Breves reflexiones sobre la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales en el Perú

Brief reflections on the civil liability deriving from the improper treatment of personal data in Peru

Jesús Hernández Peña¹

Resumen. A medida que el uso de las nuevas tecnologías aumenta, los daños acaecidos por el indebido tratamiento de datos personales son cada vez más frecuentes en nuestro país y el mundo. De este modo, resulta importante conocer cómo es que responden civilmente las empresas y personas naturales que causen este tipo de daños, en la medida que será una herramienta importante para, entre otros efectos, desincentivar la proliferación de este tipo de desmedros y asignar eficientemente el coste económico de los mismos. Para dicha finalidad, procederemos con analizar si la Ley de Protección de Datos Personales y su reglamento estipulan un régimen de responsabilidad civil especial para, posteriormente, analizar y aplicar la regulación pertinente del Código Civil.

Abstract. *As the use of new technologies increases, the damages caused by the improper personal data processing are more frequent nationwide and around the world. Therefore, it is important to know how companies and individuals causing this type of damage civilly respond, as it will be an important tool for, among other effects, discouraging the proliferation of this type of damage and efficiently determining its cost. To this end, we will analyze if the Personal Data Protection Law and its regulations state a special civil liability regime and subsequently analyze and apply the proper regulations of the Civil Code.*

Palabras claves. Responsabilidad civil; Datos personales; Tratamiento de datos personales- resarcimiento; Código Civil

Keywords. *Tort law; personal data; processing of personal data; compensation; Civil Code*

Sumario: 1. 1. Las demandas contra Tik Tok y sus repercusiones civiles. 2. ¿Qué son los datos personales? 2.1 Definición. 2.2 Fundamento constitucional de la protección de los datos personales. 3. La responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales. 3.1 El Art. 25° de la LPDP y una precisión necesaria. 3.2 ¿Responsabilidad por inexecución de obligaciones o responsabilidad extracontractual? 3.3 Elementos de la responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales”, agregando un “los” antes de “datos personales. 3.3.1 El daño. 3.3.2 El hecho generador. 3.3.3 El nexo causal. 3.3.4. Los criterios de imputación. 4. Conclusiones.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y cuenta con una especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Asimismo, tiene un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Es abogado asociado del área de competencia y arbitraje de Bueno Lercari Consultores. Ex miembro de la Asociación Civil Foro Académico

1. Las demandas contra Tik-Tok y sus repercusiones civiles

El 21 de abril del 2021, TikTok fue demandado por Anne Longfield, antigua comisionada de la infancia de Inglaterra, por haber recopilado los datos personales de más de 3.5 millones de niños sin su consentimiento². La demandante, quien representa los intereses de los menores afectados en la demanda, aseguró que ByteDance, la empresa china que administra la referida aplicación móvil, había recopilado datos relacionados al número telefónico, videos, imágenes, ubicación, datos biométricos y demás, de niños de 13 a 16 años, por lo que correspondía que se les indemnice por semejante vulneración a sus derechos³.

Dos semanas después de conocerse esta demanda, Bytedance fue nuevamente demandada por un uso indebido de datos personales. Así pues, la actriz Bev Standing reclamó que las casi 10,000 frases que había grabado para el gobierno chino, estaban siendo utilizadas sin su consentimiento en TikTok, ocasionándole un daño irreparable a su carrera y a su reputación en el mercado⁴.

Los casos anteriormente reseñados tienen un dato en común: la existencia de daños por el indebi-

do tratamiento de datos personales. En el primer caso, vemos que el daño se configura por el hecho de haber recopilado, sin consentimiento, datos personales de los menores de edad, mientras que, en el segundo, el daño no solo es inmaterial, sino que también tiene la potencialidad de generar efectos patrimoniales negativos. Todos estos daños, qué duda cabe, no sólo son sancionables administrativamente, sino que también son pasibles de ser indemnizados a la luz de las normas de responsabilidad civil.

En nuestro país, la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales es un tema poco desarrollado pese a que la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) y su reglamento (RLPDP) tienen poco más de siete (7) años de vigencia. Esta situación, inferimos, puede tener relación con su reciente exigibilidad y fiscalización, así como la poca difusión de la normativa en cuestión⁵. Sin embargo, esto cambió en 2020 debido al mayor uso de las nuevas tecnologías y la digitalización del mercado, siendo que la referida autoridad ha informado que las multas impuestas en dicho periodo ascendieron a un monto total de S/ 3'564,700.00 (Tres Millones Quinientos Sesenta y Cuatro Mil Setecientos y 00/100 Soles)⁶, es decir más del 100%

2 Ver BBC (21 de 2021). *Tiktok sued for billions over use of children's data*. Recuperado el 16 de mayo de 2021 de www.bbc.com/news/technology-56815480.

3 Ver Gestión (2021). *Demandan a Tik Tok en el Reino Unido por recopilar datos personales de millones de niños*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de gestion.pe/mundo/tiktok-demandan-a-red-social-en-el-reino-unido-por-recopilar-datos-personales-de-millones-de-ninos-nndc-noticia/?ref=gest

4 Ver El Confidencial (2021). *Una actriz demanda a Tik Tok por usar su voz en la app sin su consentimiento*. Recuperado 16 de mayo del 2021 de www.elconfidencial.com/tecnologia/2021-05-11/actriz-demanda-tiktok-usar-voz-sin-permiso-app_3074851/

5 Recordemos que la Primera y Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RLPDP les otorgó un plazo de dos (2) años a los agentes privados para que se adecuaron a las nuevas obligaciones de datos personales y suspendió la facultad sancionadora de la DGPDP por el mismo lapso de tiempo. De esta manera, la exigibilidad y fiscalización de la normativa de datos personales recién empezó a regir desde el 2015.

Si a ello le sumamos el hecho que la DGPDP inicio sus fiscalizaciones de oficio en el 2016 y se centró básicamente en empresas con alto flujo de datos personales, como los call center y las empresas de telecomunicaciones, se hace entendible porque la mayoría de peruanos no conocían sus derechos en el marco de la LPDP y su reglamento.

6 Ver Ministerio de Justicia (2021). *ANPD fiscalizó a 305 entidades, emitió más de 100 resoluciones e impuso multas por más de 3.5 millones de soles durante el 2020*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de: www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/324309-anpd-fiscalizo-a-305-entidades-emitio-mas-de-100-resoluciones-e-impuso-multas-por-mas-de-3-5-millones-de-soles-durante-el-2020

del monto de las multas impuestas en 2018⁷. En ese sentido, consideramos que los titulares de los datos personales indebidamente tratados no tardarán en iniciar demandas contra las empresas sancionadas a efectos de requerirles el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su esfera jurídica.

Por lo tanto, el presente artículo está destinado a analizar cómo es que está regulada la responsabilidad civil por el uso indebido de datos personales en el Perú y cuál, consideramos, debería ser la metodología a seguir en estos casos.

2. ¿Qué son los datos personales?

Antes de ingresar al tratamiento legislativo y doctrinal de la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales, importa saber qué son los datos personales y cuál es el fundamento constitucional de su protección.

2.1. Definición

La definición legal de datos personales se encuentra en el art. 2 inc. 4 de la LPDP y esta los define como toda aquella información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable. Esta definición, a su vez, se complementa con el art. 2 inc. 4 del RLPDP, el cual establece que los datos personales pueden ser información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier otro tipo que concierna a la persona.

De esta manera, vemos que nuestra normativa acoge una definición amplia de datos personales, lo cual permite incluir información de toda índole, como lo son números celulares, cuentas bancarias, fotos y videos de las personas, su número de DNI y demás. Esta amplitud del concepto responde a una política pública de protección integral de los datos personales, lo cual está acorde con los principios de protección establecidos en la ONU, OCDE y demás organismos internacionales (Figari & Quiroz, 2012, p. 140).

En línea con lo anterior, nuestra normativa desarrolla los conceptos de “datos sensibles” y “datos personales relacionados a la salud” a fin de establecer reglas de tratamientos diferenciadas por su importancia y especialidad. Así pues, los datos sensibles (art. 2° inc.6 RLPDP; art. 2° inc. 4 LPDP) son aquella información relativa a las características físicas, morales, étnicas, o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos que corresponden a la esfera más íntima, ingresos económicos, convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales e información relacionada a la afiliación sindical. Por su parte, los datos relacionados a la salud (art. 2° inc. 5 RLPDP) son aquella información relacionada a la salud pasada, presente o pronosticada, física o mental, de una persona, incluyendo el grado de discapacidad y su información genética⁸.

En resumen, podemos advertir que nuestro sistema legal ha regulado un concepto amplio de datos personales, el cual hace referencia a toda información que identifique o permita identificar a su titular, los cuales pueden clasificarse en dos (2) tipos: (i) datos personales sensibles, dentro de los cuáles se encuentran los datos personales relacionados a la salud; y, (iii) datos personales

7 Ver Ministerio de Justicia (2019). *Multas por más de S/ 700 mil impuso la Autoridad Nacional de Protección de Datos del MINJUSDH durante 2018*. Recuperado el 16 de mayo del 2021 de: www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/24222-multas-por-mas-de-s-700-mil-impuso-la-autoridad-nacional-de-proteccion-de-datos-del-minjusdh-durante-2018

8 En la práctica, los datos relacionados a la salud son tratados como datos personales sensibles pese a que la normativa le da una definición particular.

en sentido estricto, los cuáles son aquella información que no puede considerarse como un dato sensible. Cada uno de estos tipos de datos personales tiene un grado de protección distinto atendiendo a su mayor, o menor, vinculación con la intimidad de los titulares. Por ejemplo, si bien el tratamiento de todos los datos personales requiere el consentimiento expreso y libre de sus titulares (art. 5° de la LPDP), el tratamiento de los datos sensibles exige un consentimiento expreso y por escrito (art. 14° del RLPDP).

Finalmente, es importante que el lector advierta que los datos personales, sin importar su tipo, se encuentran igualmente protegidos por nuestra constitución en la medida que forman parte de nuestro bloque constitucional. De allí que cualquier tratamiento indebido de datos personales es una vulneración al derecho fundamental de los titulares a su protección.

2.2. Fundamento constitucional de la protección de datos personales

La irrupción de las nuevas tecnologías en el mercado y el uso constante de datos personales hizo que el escenario internacional del comercio cambiara totalmente, lo cual también tuvo eco en la administración pública, donde los datos personales se convirtieron en un “insumo” muy importante para la implementación de políticas públicas. Sobre el particular, resulta esclarecedor lo señalado por Nelson Remolina:

“Los datos sobre las personas así como el uso de bases de datos son insumos fundamentales para casi todas las actividades. El Estado y los particulares quieren poseer dicha información para tomar e implementar decisiones de diversa naturaleza (económica, social, política, laboral, profesional, académica, financiera, comercial, tributaria, de seguridad nacional, estadísticas, etc.) Igualmente, los datos

personales representan, en algunos casos, el principal activo de empresas que se dedican a venderlos, alquilarlos, cederlos, analizarlos, relacionarlos, crear perfiles virtuales o sacar conclusiones a partir de los mismos. En otros casos, se utilizan para tomar decisiones sobre las personas o para fijar políticas públicas, económicas, de riesgo, de marketing, entre otras. (...)” (2013, p. 3).

La relevancia económica de los datos personales, por consiguiente, colocó a las personas en una posición sumamente vulnerable, en tanto se incrementaron las posibilidades de un uso y registro indiscriminado de los mismos. En palabras de Karin Castro, “(...) en el contexto del creciente desarrollo informático y tecnológico se advirtió también que el registro indiscriminado de datos personales, su interrelación y posterior transmisión descontrolada, [confería] un alto poder sobre los titulares de dichos datos, llegando a representar una nueva forma de dominio social a la que [se] ha denominado Poder Informático.” (2008, p. 261).

En virtud de lo anterior, surge la necesidad de prevenir el tratamiento indebido y desmedido de los datos personales de las personas a fin de evitar cualquier afectación a su esfera privada. De allí que, en un primer momento, el derecho a la protección de los datos personales o autodeterminación informativa fuera concebida como una faceta del derecho a la intimidad, concediéndoles a los titulares de dicho derecho la facultad de negarse al tratamiento de sus datos y, de consentirlo, solicitar toda la información necesaria respecto a los fines del referido tratamiento.

Este derecho (autodeterminación informativa) fue importado al Perú y plasmado en el art. 2° núm. 6 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho a:

(...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. (...)”

Como vemos, ya desde 1993 se reconocía el derecho de las personas a impedir que, a través de medios informáticos o computarizados, se suministre, registre o trate, sin consentimiento, información personal suya que afecte su intimidad personal o familiar. Esto en la medida que la naturaleza de dicha información estaba íntimamente vinculada con la personalidad de los ciudadanos. Esta inclusión es de resaltar en opinión de Francisco Eguiguren, ya que fue “(...) [u]na de las escasas novedades positivas que introdujo la Constitución de 1993 en materia de derechos fundamentales, ya que su orientación general en este campo fue más bien regresiva (...)” (2015, p. 132).

Posteriormente, en 2004, la promulgación del Código Procesal Constitucional reforzó la protección constitucional del derecho fundamental a la protección de los datos personales, siendo que en el art. 61º de dicho cuerpo normativo se estableció la garantía constitucional que protegería al referido derecho y, a su vez, desarrolló nuevos alcances del mismo:

Artículo 61.- Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

(...)2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados

o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

El texto citado nos muestra cómo el legislador desarrolló el derecho fundamental a la autodeterminación informativa y reconoció expresamente que las personas podían conocer, actualizar, incluir, suprimir o rectificar la información o datos personales que se encuentren almacenados en la base de datos de terceros. Según la doctrina, éste sería el primer reconocimiento de los derechos ARCO⁹ en nuestro país.

Finalmente, la práctica jurisprudencial y la doctrina hicieron que el derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos personales sea considerado como un derecho individual y autónomo al derecho a la intimidad (del cual inicialmente provenía). Esta diferencia fue reconocida en la STC N° 1997- 2002-HD/TC, en cuyo fundamento 3 se determinó lo siguiente:

“El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. **Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar reconocido, a su vez,**

9 Los derechos “ARCO” son derechos que otorga la misma LPDP a los titulares de los datos personales, los cuáles consisten en los siguientes: (i) Actualización y acceso de datos personales (art. 19º); (ii) Rectificación de datos personales (art. 20º); (iii) Control de datos personales (art. 20º); y, (iv) Oposición (art. 22º).

por el inciso 7) del mismo artículo 2º de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel (derecho a la autodeterminación informativa) garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que le conciernen. [el resaltado es nuestro]

El reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa como derecho autónomo no significa que aquél ya no tenga ninguna relación con el derecho a la intimidad personal. Y es que, como lo señala Nelson Remolina, no debe perderse de vista que el derecho a la protección de datos personales tiene una vocación primigenia de tutelar la privacidad, más este objetivo ya no es el único que persigue dicho derecho (2013, p.35). Por lo tanto, y conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citada, este derecho se avoca a proteger los poderes jurídicos que tienen los individuos para controlar la forma en que se tratan, registran, preservan y utilizan sus datos personales íntimos y de cualquier otra naturaleza.

Con todo, vemos que el derecho a la protección de los datos personales es un derecho fundamental autónomo reconocido en nuestra Constitución Política, lo que genera que su observación sea obligatoria para todas las entidades públicas y/o privadas. Por ello, el ordenamiento jurídico tutela este derecho a través de dos (2) grandes tutelas: la tutela administrativa sancionatoria (LPDP y el RLPDP) y la tutela resarcitoria (responsabilidad civil). A continuación, nos enfocaremos en ésta última tutela.

3. La responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales

La responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales no tiene una regulación especial en la LPDP ni su reglamento, por lo que corresponde aplicar las normas generales del Código Civil sobre el particular. En efecto, el art. 25º de la LPDP es la única norma que se pronuncia respecto a la obligación de indemnizar los daños generados a los titulares de los datos personales, limitándose a establecer que el resarcimiento se determinará conforme a ley.

La aplicación de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Civil, sin embargo, nos abre un abanico de interrogantes respecto a la forma en que deberían imputarse los daños derivados del tratamiento indebido de los datos personales. Por ejemplo, ¿La responsabilidad civil se imputará automáticamente a la empresa sancionada por la Dirección General de Protección de Datos Personales (en adelante, DGPDP)? ¿Frente a qué tipo de daño estaríamos? ¿El criterio de imputación aplicable, en estos casos, sería el subjetivo (culpa) u objetivo (riesgo)?

Estas preguntas son de vital importancia si caemos en la cuenta que inciden directamente en la forma en que responderán civilmente las empresas e, inclusive, las entidades públicas por la vulneración del derecho a la protección de los datos personales. Es por ello que, en las siguientes líneas, analizaremos cada uno de los elementos de la metodología de análisis de la responsabilidad civil a efectos de brindar pautas para su aplicación en este tipo de casos.

3.1. El Art. 25º de la LPDP y una precisión necesaria

Antes de realizar el análisis en cuestión, debemos determinar cuál es la naturaleza jurídica del art.

25° de la LPDP y si el mismo incide en el análisis de la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales. Para ello, citamos el texto de la norma a continuación:

Artículo 25. Derecho a ser indemnizado

El titular de datos personales que sea afectado a consecuencia del incumplimiento de la presente Ley por el titular o por el encargado de tratamiento de datos personales o por terceros, tiene derecho a obtener la indemnización correspondiente, conforme a ley.

Como se podrá advertir, la norma establece que los daños causados por el incumplimiento a la normativa de datos personales deben ser indemnizados por el titular o encargado del tratamiento, o terceros. Si tenemos en cuenta que el incumplimiento de la LPDP y su reglamento genera la imposición de sanciones administrativas (art. 39° de la LPDP), entonces debemos concluir que el art. 25° reconoce que los titulares no sólo se encuentran facultados a iniciar procedimientos administrativos sancionadores contra las entidades y/o individuos que tratan indebidamente sus datos personales, sino que también les asiste la posibilidad de recurrir a la tutela resarcitoria (responsabilidad civil) a efectos de reparar los daños derivados de dicho tratamiento ilegal.

Esta interpretación del art. 25°, sin embargo, no puede ser alegado para sustentar que la tutela resarcitoria únicamente podrá ejercitarse al momento en que se sanciona administrativamente al infractor, ya que hacerlo desconocería la independencia y autonomía de ambos tipos de tutela.

En efecto, el objetivo de la tutela resarcitoria es reparar íntegramente el interés jurídico afectado por el daño, por lo que aquella se activa automáticamente cuando se acredita la existencia de este último. Desde este punto de vista, y siguiendo la posición de Gastón Fernández (2001, pp. 32-33)

sobre el particular, las funciones de la responsabilidad civil pueden ser vistas desde dos (2) ópticas distintas. Desde una óptica diádica- relaciones entre las partes-, la responsabilidad civil cumpliría tres (3) funciones: (i) función satisfactoria o resarcitoria – satisfacer el interés tutelado a través de su pleno ejercicio o a través de una indemnización -; (ii) la función de equivalencia – la posibilidad de afectar el patrimonio del responsable por el daño-; y, (iii) la función distributiva- traslado del coste del daño al responsable-. Desde una óptica sistémica, la responsabilidad civil cumpliría una función preventiva, en tanto incentiva a los sujetos a adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar la ocurrencia del daño y, con ello, se previenen más casos de daños resarcibles.

En contrapartida, la potestad sancionadora del Estado no tiene su fundamento en la reparación integral del daño, sino que su fuente está en el supraconcepto *ius puniendi*, el cual es la facultad de sancionar conductas que afecten la convivencia pacífica en la sociedad y bienes públicos. Sobre el particular, Willy Pedreschi señala lo siguiente:

En el orden de ideas expuesto, se tiene que la selección entre la configuración de una conducta como infracción administrativa o delito (así como la correspondiente aplicación de una sanción administrativa o penal, según sea el caso), dependerá de la entidad y trascendencia de la conducta ilícita que se pretenda castigar, de modo tal que, por regla general se considera que las contravenciones menores (o ilícitos bagatela, como los denomina la doctrina europea) deben ser objeto de punición mediante sanciones administrativas (2003, p. 510).

Como podemos advertir, la potestad sancionadora administrativa gatilla sus efectos a partir de la constatación de una infracción (conducta) que afecte el interés público tutelado por el Estado, siendo que su gravedad determinará qué tipo de

sanción (administrativa o penal) se le aplicará al infractor.

Por lo tanto, atendiendo a las distintas finalidades y naturaleza jurídica de la tutela resarcitoria y la potestad sancionadora-administrativa, podemos advertir que una no depende de la otra para poder ser ejercitada en la práctica. De allí que no pueda entenderse que el art. 25° de la LPDP disponga la culminación de un procedimiento administrativo sancionador como condición previa a la acción de responsabilidad civil, ya que ambas pueden accionarse en forma paralela.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos negar que, por cuestiones prácticas, será mejor iniciar el procedimiento administrativo sancionador antes de iniciar una demanda de responsabilidad civil por los daños derivados del indebido tratamiento de los datos personales. Y es que las probabilidades de éxito de una eventual pretensión de responsabilidad civil aumentan si es que la DGPDP ha determinado, previamente, que existe alguna infracción a la LPDP y su reglamento. No debemos olvidar que, en este tipo de casos (vulneraciones a derechos fundamentales como el derecho fundamental a la protección de los datos personales), la tutela resarcitoria se revela como un mecanismo complementario de la prosecución pública de las normas que protegen intereses públicos (Banfi, 2014, p. 54).

Con todo, debemos concluir que el art. 25° de la LPDP no condiciona la acción de responsabilidad civil al inicio previo de un procedimiento administrativo sancionador, ya que ambas tutelas, al ser independientes, pueden ser activadas en forma autónoma y paralela. Sin embargo, por cuestiones prácticas, es recomendable iniciar la acción civil una vez que la DGPDP haya sancionado administrativamente al infractor de la normativa de datos

personales, ya que ello aumenta las posibilidades que el juez declare fundada nuestra demanda.

3.2. ¿Responsabilidad por inexecución de obligaciones o responsabilidad extracontractual?

Dilucidado lo anterior, conviene centrarnos ahora en determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de los datos personales; esto es, si son aplicables las reglas de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones o extracontractual.

La distinción entre ambos sistemas es debatible y, muchas veces, se ha propuesto la unificación de ambos regímenes por su aparente falta de utilidad¹⁰. En efecto, autores como Stéfano Rodotá, Renato Scognamiglio y Cesare Salvi alegan que la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual pierde relevancia en la medida que lo más importante es identificar quien debe asumir el coste del daño y no el origen del daño en sí mismo. De esta manera, la noción de daño injusto bastaría para fundar la responsabilidad (Corsaro, 2002, pp. 148-149). Por su parte, autores como Fernando De Tragzenies (2011), Luigi Corsaro (2002) y Leysser León (2007) señalan, entre otros argumentos, que no es posible unificar los regímenes de responsabilidad civil en la medida que ambos tutelan intereses distintos y, además, responden a lógicas jurídicas distintas. Así pues, para Fernando de Tragzenies (2011, p. 33-35), la responsabilidad civil extracontractual se diferencia de la contractual debido a que está rodeado de una aureola de interés público que hace que el juez, o cualquier operador jurídico en general, deba aplicar la ley a fin de tutelar el derecho del afectado por el daño y, con ello, desincentivar actividades a nivel de sociedad. Por lo tanto, si-

10 Sobre el particular, véase Vidal, F. (2001).

guiendo a Luigi Corsaro (2002, p.164), si bien el efecto jurídico es el mismo – pagar una indemnización-, la responsabilidad civil extracontractual y contractual no obedecen a la misma fuente y tampoco es posible unificarlas debido a la gran existencia de intereses en el ordenamiento jurídico. Finalmente, es relevante lo señalado por Leysser León (2007) en el sentido que la unificación de la responsabilidad civil no puede ser acogida debido a que las diferencias que inspiran la dualidad de regímenes obedecen a fundamentos jurídicos que no pueden ser unificados- véase, por ejemplo, la diferencia en el plazo de prescripción por razones de índole probatorio y la noción de previsibilidad que está ausente en la responsabilidad civil extracontractual pero es pieza vital de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones-.

A nivel jurisprudencial, las casaciones 1312-96 Lambayeque, 1112-98 Ucayali, 99-99 Lima, 2535-2001 Ucayali y 499-2004 Lima han desarrollado en extenso las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, por lo que es palpable la posición judicial al respecto.

Por nuestra parte, consideramos que sea que estemos de acuerdo o no con una determinada postura, lo cierto es que nuestro Código Civil regula ambos regímenes de responsabilidad civil en sus normas, por lo que resulta importante saber la diferencia entre ambos para aplicarlos correctamente. Así pues, la doctrina mayoritaria entiende que la diferencia entre ambos regímenes es la preexistencia de una relación contractual al daño, por lo que si éste último irrumpe en una relación contractual, entonces será aplicable el régimen de responsabilidad civil contractual, siendo que la ausencia de dicha relación determinará la aplicación del régimen extracontractual. Nosotros discrepamos respetuosamente de dicho criterio por cuanto consideramos que más exacto es atender al interés tutelado para diferenciar ambos regímenes.

Bajo ésta última perspectiva, en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el ordenamiento jurídico estaría tutelando un interés concreto y que preexiste a la ocurrencia del daño, mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, el interés tutelado se materializa una vez irrumpido el daño, siendo que previo a éste únicamente existía una situación jurídica protegida erga omnes (León, 2007). De esta manera, la atención no está centrada en identificar una relación contractual previa al daño como elemento diferenciador de regímenes, sino en la naturaleza del interés tutelado; criterio que, además de ser preciso, nos permite aplicar de mejor forma las normas de nuestro Código Civil.

En efecto, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, nuestro Código Civil nombra a su sistema de responsabilidad civil contractual como “responsabilidad por inejecución de obligaciones”, lo cual hace que el mismo no sólo sea aplicable a las relaciones contractuales sino también a toda relación jurídico-obligatoria de la realidad. Si tenemos en cuenta que, por teoría general de obligaciones, las relaciones jurídico-obligatorias pueden tener fuente consensual o legal (Castillo, 2014, p. 211), vemos que nuestro sistema de responsabilidad civil “contractual” no sólo tutela los intereses dañados en una relación contractual sino a todo interés que se encuentra concretizado en una relación jurídica obligatoria en general. Así pues, se es más exacto diferenciar este sistema de responsabilidad por el tipo de interés tutelado y no por el hecho que el daño se materialice en una relación contractual, ya que esto último desconocería el alcance de nuestro sistema de responsabilidad civil.

Es por lo anterior que consideramos más adecuado a nuestro contexto normativo el decir que la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones tutela un interés ya determinado y preexistente al daño; y que la responsabilidad extracontractual, en contrapartida, tutela un interés

protegido erga omnes (a toda la colectividad), el cual recién se individualiza al momento en que el agresor genera un daño a la víctima.

Teniendo claro lo anterior, estamos en posición de determinar a qué régimen corresponden los daños derivados del uso indebido de los datos personales. Al respecto, consideramos que la aplicación de uno u otro régimen dependerá de cada caso en particular, tal y como lo desarrolla Guido Alpa:

«Para la tutela de los datos personales (...) se prevé una regla de formulación amplia, (...) según la cual todo aquel que causa un daño a otro por efecto del tratamiento de datos personales, está obligado al resarcimiento de conformidad con el art. 2050 cód. civ. It.». Por consiguiente, se puede distinguir: una responsabilidad de naturaleza contractual, que es inherente a la relación entre el interesado y el titular del banco de datos, cuando dicha relación se haya constituido mediante el consentimiento negocial; y una responsabilidad de tipo extracontractual y objetiva, en lo que respecta al interesado o a los terceros, e imputada a todo aquel (no solo al titular o al responsable, sino también a cualquier tercero)” (2016, p. 654).

Así, en caso el daño haya ocurrido en el marco de una relación jurídico-obligatoria¹¹, se deberá aplicar el sistema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, en tanto el derecho fundamental a la protección de los datos personales se subsume en la relación jurídica como un

deber de protección. Esto último se fundamenta en la naturaleza jurídica de las obligaciones y ocurre automáticamente sin importar si las partes lo acordaron expresamente o no.

En efecto, en una relación jurídica-obligatoria existen dos (2) situaciones jurídicas complejas: el “acreedor” y “deudor”. Se dice que son complejas por cuanto contienen más de una situación jurídica individual en su interior (Zatti, 2005, pp. 377-378). Esta complejidad hace que el deudor no sólo tenga el deber de cumplir la prestación principal en favor del acreedor, sino que también existan una serie de deberes accesorios en su interior que protegen los distintos intereses de las partes. Lo anterior es muy bien explicado por Rómulo Morales:

“Dentro de este marco teórico, una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial contacto. (...)” (2013, p. 58).

De esta forma, y en relación al caso que nos atañe, el derecho fundamental a la protección de los datos personales deja de ser un deber general y

11 En este supuesto se excluyen aquellas situaciones donde el titular de los datos personales resulta afectado por el tratamiento indebido realizado por una empresa al momento de prestar un servicio a otra. En efecto, la experiencia nos enseña que, en muchas ocasiones, una empresa titular de un Banco de Datos Personales transfiere datos personales a otras empresas para que aquellas realicen el tratamiento correspondiente, previo consentimiento de los titulares de dichos datos.

En caso estas empresas encargadas del tratamiento de datos personales incumplan la normativa de datos personales, aquellas estarían prestando un servicio defectuoso a la empresa que les transfirió los datos personales, por lo que asumirían el pago de cualquier daño bajo el esquema de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. Sin embargo, al titular de los datos personales indebidamente tratados también le asiste la acción de ir contra la empresa encargada del tratamiento, frente a la cual no tiene un vínculo obligacional o de otra naturaleza, por lo que, aquí, aplicaría un sistema de responsabilidad civil extracontractual.

se subsume dentro de la relación jurídico-obligatoria existente entre las partes, creando deberes accesorios que protegen el interés que subyace a dicho derecho, tales como: (i) no utilizar los datos personales para otra finalidad; (ii) solicitar el consentimiento de la otra parte para utilizar sus datos personales en forma distinta; entre otros. Insistimos, este efecto ocurre por la propia naturaleza de las relaciones jurídico-obligatorias y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y no por pacto expreso de las partes, por lo que resulta irrelevante si existe una cláusula específica que recoja lo anterior¹².

Por lo tanto, en caso el daño derivado del tratamiento indebido de datos personales irrumpa durante el cumplimiento de una relación jurídico-obligacional, el régimen de responsabilidad civil aplicable será el de inexecución de obligaciones en tanto se están vulnerando deberes accesorios específicos que el deudor ha asumido por imperio de nuestra carta magna. Por el contrario, si el interés jurídico dañado no se encuentra concretizado en una relación jurídico-obligacional, como podría suceder en aquellos casos donde las empresas han realizado el tratamiento de los datos personales sin el conocimiento o consentimiento del titular, el régimen de responsabilidad civil extracontractual será aplicable. Esto por cuanto el derecho a la protección de los datos personales (derecho afectado) se encuentra protegido erga omnes por la Constitución Política del Perú y ninguna entidad privada y/o pública puede actuar en contra del mismo.

Finalmente, cabe pronunciarnos respecto a un supuesto de hecho específico que tiene relación con el art. 25° de la LPDP. Así pues, hemos dicho que el referido artículo reconoce la posibilidad de plantear acciones de responsabilidad civil por el indebido tratamiento de datos personales y que dicha acción es independiente al procedimiento administrativo sancionador que puede iniciarse sobre

el particular, siendo que recomendamos el inicio de este segundo procedimiento antes del primero a efectos de mejorar las probabilidades de éxito de la demanda. Lo anterior, sin embargo, nos abre una nueva incógnita: ¿Cuál régimen de responsabilidad civil es aplicable en aquellos casos donde, efectivamente, se ha sancionado administrativamente el indebido tratamiento de datos personales que ha tenido lugar en el contexto de una relación jurídico-obligatoria?

Este caso es el típico “cúmulo de acciones de responsabilidad civil” donde un mismo hecho, que en este caso es el indebido tratamiento de datos personales, es apreciado como un incumplimiento contractual y, a la vez, como una infracción a derechos personales protegidos por leyes distintas al contrato (en este caso, la LPDP y su reglamento) (Visintini, 2015, p. 95). Frente a esta situación, y siendo coherentes con nuestra posición, consideramos que la solución sería optar por la aplicación del régimen de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones en la medida que el deber de proteger los datos personales se subsume dentro de la relación jurídico-obligatoria. Sin perjuicio de lo anterior, esta conclusión no es acogida por nuestro Código Civil, por lo que consideramos que el titular de los datos personales puede elegir, legalmente, cual acción de responsabilidad civil iniciar en cada caso concreto. Debemos acotar que esta elección es excluyente, por lo que, una vez elegido el régimen de responsabilidad civil en cuestión, la acción del otro régimen se pierde automáticamente.

3.3. Elementos de la responsabilidad civil derivada del uso indebido de los datos personales

Dicho lo anterior, procederemos a analizar cada uno de los elementos de la responsabilidad civil

12 Véase García, V. (2018).

derivada del uso indebido de los datos personales a la luz de las normas de nuestro Código Civil.

3.3.1. El daño

El daño es el elemento que gatilla el análisis de la responsabilidad civil, ya que, ante su constatación, el ordenamiento jurídico inmediatamente actúa para resarcir el interés lesionado. Así, concordamos con Joan Seuba cuando dice que “(...) el daño es el concepto que inicia, y también acaba, la responsabilidad civil. Si no hay daño (...), no hay pretensión indemnizatoria, no hay supuesto de responsabilidad civil y por eso la responsabilidad civil se distingue de otros supuestos como la responsabilidad administrativa” (2012, p. 45).

Etimológicamente, el concepto de daño se deriva del latín DEMERE, el cual significa “disminuir, afectar o menguar”, lo cual nos permite entenderlo como un detrimento, perjuicio, menoscabo o padecimiento de una lesión que afecta un interés tutelado. Cabe resaltar que el concepto de daño es neutro, ya que carece de cualquier calificación jurídica como lo vendría a ser la antijuridicidad. De allí que Leysser León condicione el resarcimiento de los daños a si los mismos afectan un interés protegido por el ordenamiento jurídico y no a la cualificación de la misma como ilícito:

Desde una perspectiva jurídica, el daño es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil (2004, p.105-106) (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, importa precisar que no todo daño gatilla el inicio del análisis de responsabilidad civil sino solo aquellos que califiquen como indemnizables mediante el cumplimiento de los siguientes cuatro (4) requisitos: (i) certeza, el cual hace referencia a que el daño debe darse efectivamente en la realidad; (ii) subsistencia, lo cual significa que el daño debe existir al momento en que se interpone la demanda correspondiente; (iii) especialidad, el cual tiene relación con el hecho que el afectado por el daño sea el único legitimado a pedir su indemnización; e, (iv) injusticia, lo cual hace que el daño afecte necesariamente un interés jurídicamente tutelado¹³.

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo al caso que nos atañe, debemos precisar que el daño ocasionado por el tratamiento indebido de los datos personales es de especial naturaleza, ya que se configura por la sola vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales y no es necesario que tenga efectos patrimoniales negativos en la esfera jurídica del afectado para que el ordenamiento jurídico lo tutele. Para explicar esta idea, hay que partir del hecho que la certeza del daño puede verse desde dos (2) puntos de vista: (i) daño evento, es decir la materialización fáctica de la afectación; y, (ii) daño consecuencia, el cual se refiere a los perjuicios patrimoniales que tienen causalidad económica o legal con el daño evento (Calvo, 2005, p. 250)¹⁴. A continuación, nos enfocaremos en la primera perspectiva.

El daño evento hace referencia al daño material y cierto, es decir, el evento a través del cual se concreta la lesión de un interés jurídicamente apreciable. Dicho de otra manera, el daño evento es “(...) un resultado material o jurídico que se concentra en la lesión de un interés jurídicamente apreciable. Se trata de la constatación fáctica del

13 Sobre el particular, ver Solarte, A. (2015).

14 Sobre el particular, también consultar Elorriaga De Bonis, F. (2010)

ente que se ve afectado con la lesión (...)” (Fernández, 2014, p. 238).

Atendiendo al tipo de interés que puede afectar el daño evento, tenemos que el mismo puede ser un daño patrimonial y no patrimonial. El primero ocurre cuando el daño afecta el patrimonio de la víctima, es decir a un objeto de derecho y no a la entidad psicosomática de la víctima; mientras que el segundo se da cuando el daño afecta a una entidad que no tiene valoración patrimonial, como lo es la integridad, la psiquis de un individuo, entre otros.

Siguiendo esta clasificación, podemos advertir que el daño derivado de la vulneración del derecho a la protección de los datos personales es un daño no patrimonial, por cuanto es ocasionado por una lesión a un derecho fundamental. De esta manera, dicho daño se comprueba y materializa en la realidad por la sola afectación al derecho en cuestión, bastando ello para que el ordenamiento jurídico le brinde tutela resarcitoria al afectado. Lo anterior es muy bien explicado por Javier Tamayo:

Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial (...) Entre esos bienes extrapatrimoniales podemos contar la tranquilidad, la libertad, la honra, la buena imagen y el buen nombre, la integridad personal y la vida, la intimidad, la familia, los afectos, etc. La lesión a cualquiera de estos bienes constituye un perjuicio que debe ser reparado, por tanto, no es menester en puro derecho que una de estas lesiones produzca desmedro patrimonial o afectivo de la víctima para que pueda hablarse de daño reparable. El hecho mismo de la lesión al bien es constitutivo de daño (2015, p. 200) [el subrayado es nuestro].

Si bien la tutela resarcitoria opera para eliminar y/o mitigar los efectos patrimoniales ocasionados por el daño, este tipo de daños no patrimoniales se caracteriza por no tener, necesariamente, repercusiones negativas en la esfera patrimonial de la víctima. De esta manera, estos daños son considerados *in re ipsa*, por cuanto se configuran y son indemnizables por el sólo hecho de haber ocurrido el hecho generador del mismo, que es el tratamiento indebido de los datos personales¹⁵.

Lo anterior nos permite concluir que los daños derivados del uso indebido de los datos personales son de carácter extrapatrimonial y de naturaleza *in re ipsa*, por cuanto la sola vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales configura el daño indemnizable en cuestión. De allí que no sea necesario que los operadores jurídicos peruanos deban exigir al afectado la probanza material del daño, ya que éste se ha configurado por el sólo acto de tratar indebidamente los datos personales de la víctima.

Esta conclusión no es pacífica en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el art. 196° del Código Procesal Civil, al disponer que la carga de la prueba le corresponde a la parte que los alega, obliga a que las víctimas del daño por el indebido tratamiento de datos personales deban probar la existencia del mismo a efectos que el juez conceda la indemnización correspondiente. Sin embargo, somos de la posición que la doctrina *in re ipsa* puede ser aplicada por los jueces a través de la interpretación de indicios (art. 276° del Código Procesal Civil) y mediante el uso de presunciones judiciales (art. 281° del Código Procesal Civil)¹⁶.

Es más, recientemente, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha aplicado, sin decirlo expresamente, la doctrina *in re ipsa* para resolver un caso de responsabilidad civil. Efectivamente,

15 Sobre el particular, ver Buendía, E. (2014).

16 Sobre el particular, ver Linares, D. (2017) y Bullard, A. (2015).

en la Casación N° 4516-2016 Lambayeque, la Sala resolvió que la sola constatación de la anti-juridicidad –o hecho generador, como veremos más adelante– es suficiente para que el juez pueda tener por acreditado el daño e, inclusive, permite la determinación de la indemnización en función a una valoración equitativa:

QUINTO.- Ahora bien, como se ha señalado en las consideraciones que preceden, el acto perturbatorio ya ha sido superado en el transcurso del presente proceso, por cuanto la Municipalidad emplazada ha demolido los sardineles que han perjudicado a la actora, construyendo las respectivas rampas para que los vehículos puedan ingresar y salir al Grifo Primax de propiedad de la demandante, lo cual no es razón suficiente para que el daño producido deje de ser indemnizable. Si bien en autos no existe una pericia que demuestre de manera exacta el *quantum* del daño ocasionado (lucro cesante, esto es, la ganancia o renta frustrada como consecuencia del evento dañoso), sin embargo, es evidente que existe responsabilidad de la demandada, por lo que de manera prudencial debe fijarse un determinado monto de dinero por resarcimiento, conforme a lo prescrito en el artículo 1332 del Código Civil (...)

De este modo, es posible alegar la doctrina *in re ipsa* al momento de acreditar el daño en los casos de responsabilidad civil derivados de un uso indebido de datos personales, siendo que estará en manos del juez el determinar el *quantum* indemnizatorio en función al art. 1332° del Código Civil.

Cabe resaltar que el hecho de afirmar que la vulneración del derecho fundamental a la protección de los datos personales sea un daño indemnizable en sí mismo no significa que la tutela resarcitoria

esté adoptando una connotación sancionatoria propia del derecho administrativo sancionador, ya que, como hemos dicho, la primera busca reparar el daño causado y el segundo únicamente se centra en sancionar al infractor. Por lo tanto, la indemnización que eventualmente se otorgue no busca sancionar al responsable, sino trasladarle el coste del daño causado al titular de los datos personales.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el indebido tratamiento de datos personales también puede causar daños patrimoniales. Véase, por ejemplo, el caso de *Bev Standing* citado en la introducción o los casos donde se publican datos bancarios de los usuarios y, por ello, el titular se ve afectado por malversaciones en sus cuentas¹⁷. Estos daños, qué duda cabe, son también indemnizables en la medida que son afectaciones patrimoniales al titular de los datos indebidamente tratados y, como tales, requerirán ser probados a efectos que el juez conceda la indemnización correspondiente.

3.3.2. El hecho generador

El hecho generador vendría a ser la actividad humana que ha ocasionado el daño en la esfera jurídica de la víctima (Buendía, 2013, p. 51). Dicho hecho debe ser autónomo y suficiente para causar el daño, por lo que su identificación significa un reto para el operador jurídico si tenemos en cuenta que la vida humana es una concatenación de actividades.

Ahora bien, la doctrina nacional mayoritaria hace referencia a que el hecho generador debe tener la cualificación de antijurídico, sin el cual el causante no podrá ser imputado como responsable. A nivel jurisprudencial, los jueces unánimemente utilizan a la antijuridicidad como un elemento que forma parte del análisis de responsabilidad

¹⁷ Véase Rubí, A. (2015).

civil, siendo que el mismo ha sido definido en la Casación N° 3168-2015 Lima:

4.6. Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la antijuridicidad de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento. Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico.

Pese a que lo anterior es la opinión mayoritaria, somos de la posición que la antijuridicidad, al no estar expresamente regulada como un elemento de análisis de la responsabilidad civil¹⁸, no resulta de aplicación en nuestro contexto nacional. Y es que hablar de antijuridicidad implica limitar los supuestos de responsabilidad civil a la ocurrencia de actos ilícitos, lo cual, conforme lo señala Héctor Campos, desconoce la intención del legislador de apartarse precisamente de dicha categoría (2012, p. 216).

En efecto, el concepto de actos ilícitos o antijurídicos nació de la teoría voluntarista del acto jurídico, el cual permitía asegurar, de mejor forma, el derecho de propiedad como centro del ordenamiento jurídico. Así, se aseguraba que la única forma de afectar dicho derecho era a través de la voluntad del titular¹⁹ en tanto la misma era, bajo dicha perspectiva, la principal fuente de efectos jurídicos. Esta teoría hizo que se desarrollaran las categorías jurídicas de hechos jurídicos voluntarios e involuntarios. Respecto a los hechos voluntarios, estos se clasificaban en lícitos e ilícitos, siendo que la calificación dependía si tal hecho transgredía o no el ordenamiento jurídico.

De esta manera, el “acto ilícito” es consecuencia de una voluntad “torcida” de los sujetos, debiendo el ordenamiento jurídico adoptar las medidas necesarias para reprimirlo²⁰. Esto fue la génesis del concepto voluntarista de culpa, tal y como lo desarrolla Massimo Franzoni:

A esto se debió que la responsabilidad civil constituyese un mecanismo para la regulación del conflicto entre propiedades distintas; mientras que **la culpa, como aspecto negativo de la voluntad**, representaba un criterio para la selección de los intereses a tutelar, de la misma manera que **la voluntad**, al ser productora de un negocio jurídico, hacía posible la circulación de la propiedad” (1999, pp. 72-73). [énfasis agregado].

En ese sentido, si la teoría del acto jurídico giraba en torno a una teoría voluntarista y la responsabilidad civil se influenció de aquello, sólo se podía imputar responsabilidad a aquél sujeto cuya voluntad hubiese nacido de forma contraria a derecho, siendo que la culpa, bajo esta concepción, se convierte en el único criterio de imputación que

18 Sobre el particular, compartimos los trabajos realizados por Gastón Fernández, Leysser León, Héctor Campos y demás destacados civilistas de nuestro medio.

19 Véase Franzoni, M. (1999).

20 Véase Taboada, L. (2003).

justificaba el traslado del coste del daño. De allí que el concepto de “acto ilícito” tenga impregnada una visión netamente voluntarista de la responsabilidad civil (Alpa, 2016, p. 153).

Este paradigma cambia con la revolución industrial y las nuevas tecnologías, por cuanto hacen que se cuestione a la culpa como único criterio de imputación de responsabilidad civil, en la medida que, al depender necesariamente de la voluntad, era difícil trasladar el coste del daño en aquellos casos donde no se podía identificar si el causante actuó voluntariamente. Esto hace que se agreguen nuevos criterios de imputación objetivos a efectos de tutelar, de mejor forma, los intereses de la persona, quien ahora se convierte en el centro de protección del ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos concluir que nuestro Código Civil no acoge la teoría de los actos ilícitos o la antijuridicidad del evento, ya que ello presupone la idea de la culpa como el único criterio de imputación de intereses; situación que no se presenta en nuestro caso debido a que hemos acogido tanto a la culpa (art. 1314°, 1969° y demás relacionados) como al riesgo (el art. 1970°). Ratificando lo anterior, Fernando De Trazegnies, autor del libro de Responsabilidad Extracontractual de nuestro Código Civil, señala lo siguiente:

Como miembro de la Comisión que redactó el anteproyecto del Código Civil de 1984, me correspondió precisamente la parte relativa a la responsabilidad extracontractual.

En esta tarea, asumí básicamente tres ideas – guías que explicaré a continuación.

La primera de ellas consistía en que la responsabilidad objetiva no podía estar ausente del Derecho peruano y que, por tanto, si bien la culpa es siempre un principio individualizador de responsabilidad, en muchos casos hay

circunstancias en las que debemos recurrir a alguna de las formas de objetivación de la responsabilidad (...)

Pero la presencia de la responsabilidad sin culpa alteraba fundamentalmente el concepto general dentro del cual se enmarcaban estas responsabilidades. **Ciertamente, ya no podíamos hablar de actos ilícitos como rubro global, porque la responsabilidad sin culpa no es un acto ilícito** (...). En consecuencia, el título de la sección como “De los actos ilícitos” quedaba obsoleto y habría que cambiarlo porque daba tinte general de culpa que ya no correspondía a la nueva legislación” (2005, p. 213) [el énfasis es nuestro].

Habiendo dejado claro lo anterior, importa advertir que, en los casos de responsabilidad civil derivados del tratamiento indebido de los datos personales, el hecho generador “típico” es el tratamiento indebido de datos personales, cuya complejidad, en múltiples casos, requiere la participación de más de una sola empresa, lo cual puede dificultar el análisis de este elemento de la responsabilidad civil.

Y es que no debemos olvidar que la LPDP define al tratamiento de datos personales en forma amplia, incluyendo al uso o realización de cualquier operación que permita la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales (art. 2° inc. 19 de la LPDP). Este tratamiento, por lo tanto, puede ser realizado por uno o varios sujetos, siendo que la LPDP y el reglamento han reconocido a tres (3) individuos principales en dicha operación:

- Titular del Banco de Datos Personales: De conformidad con el art. 2° inc. 17 de la LPDP, es aquella persona natural o jurídica que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad para su protección.
- Sobre el particular, el titular del banco de datos debe tener en cuenta que “(...) su acción u omisión en el tratamiento de datos personales puede significar la automática vulneración de derechos fundamentales de las personas. En otras palabras, el hecho generador del daño puede surgir por la acción y omisión del responsable o encargado del tratamiento” (Remolina, 2013, p. 77). De allí que sea uno de los principales causantes “típicos” del eventual daño que pudiese afectar a los titulares de los datos personales.
- Encargado del tratamiento: Esta persona natural o jurídica es quien realiza el tratamiento de los datos personales sin necesidad de ser el titular o encargado del banco de datos (art. 2° inc. 10 del RLPDP). Por su definición, el encargado del tratamiento no necesariamente debe tener una relación jurídica directa con el titular de los datos personales tratados, siendo que la legalidad de su operación radicarán, en estos casos, en que el titular del banco de datos haya obtenido el consentimiento correspondiente del titular.
- Responsable del tratamiento: Es el sujeto que decide sobre el tratamiento de los datos personales aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales (art. 2° inc. 14 del RLPDP).

De esta manera, es posible que el daño sea causado por todos estos sujetos en conjunto o sólo por

uno o dos de ellos, por lo que importa tener en cuenta las siguientes palabras de Lizardo Taboada:

“(...) [C]on relación a los supuestos de concurrencia de causas, denominado también pluralidad de causas o coautores, es necesario señalar que se trata de los casos en los cuales dos o más sujetos, mediante una conducta común o a través de conductas singulares, causan un mismo daño.” (2003, p.92) (el énfasis es nuestro).

Finalmente, cabe precisar que los tres (3) sujetos arriba mencionados no son los únicos que, jurídicamente, pueden ser los causantes del daño derivado del indebido tratamiento de los datos personales, ya que lo determinante siempre será encontrar al sujeto que, en la realidad, ha causado el daño. De allí que cualquier persona esté en aptitud jurídica para causar el daño en cuestión, más aún si el art. 25° de la LPDP establece que la obligación de indemnizar alcanza, incluso, a los terceros.

3.3.3. El nexa causal

El nexa causal es la unión lógica existente entre el daño y el hecho generador, en tanto se compruebe que el primero no pudo ocurrir sin el segundo. Sobre el particular, Alfonso de Cossio señala que, si bien en el plano físico puede existir una concatenación de hechos que desembocan en un resultado determinado, no todos los hechos involucrados tienen relevancia jurídica para la determinación del nexa causal. Por lo tanto, “(...) [s]e impone (...) una valoración de las condiciones para poder saber cuál [será] la causa en cada caso, y es obvio que tal valoración ha de llevarse a cabo aquí atendiendo a criterios propiamente jurídicos” (1966, p. 531).

A nivel jurisprudencial, se ha definido al nexo causal en la Casación N° 3470-2015 Lima Norte de la siguiente manera:

QUINTO.- Que, la figura del nexo causal, aparece en la relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa – efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño; cuáles hechos ocasionaron el daño que produce finalmente el detrimento, esto es, el daño susceptible de ser indemnizado, el cual merecerá ser reparado.

De este modo, tal y como enseña Marcelo Planio y Jorge Ripert, lo importante es identificar, causalmente, si el hecho generador ha sido determinante para la generación del daño, sin importar si dicho evento es remoto o reciente (1940, p. 746). A efectos de cumplir dicha tarea, los juristas han propuesto una serie de teorías que, a través de la aplicación de diversos criterios, ayudan a identificar los hechos o hecho sin los cuales el daño no hubiese ocurrido, siendo que, en nuestro país, la teoría aplicable es el de la causalidad adecuada (art. 1985° del Código Civil²¹).

La teoría de la causalidad adecuada hace referencia a que habrá causalidad entre el hecho generador y el daño cuando el primero, de forma independiente y autónoma, es causa adecuada para generar el segundo; análisis para el cual será necesario recurrir a un juicio de probabilidad. Juicio que debe realizarse en función a lo que un hombre con mentalidad normal puede prever como resultado del hecho (Espinoza, 2011, p. 215). De esta manera, desde una visión práctica, la referida teoría nos hace realizarnos la siguiente pregunta: ¿El hecho generador en cuestión normalmente

sería la causa del daño sufrido? Si la respuesta es afirmativa, entonces hay causalidad adecuada.

En tanto no existe un régimen especial para analizar el daño derivado del tratamiento indebido de datos personales, la teoría de la causalidad adecuada también será aplicable para identificar a los causantes de este tipo especial de daño. Atendiendo a la particularidad del daño no patrimonial en cuestión, el mismo siempre tendrá conexión de causalidad con el acto que significó la afectación del derecho fundamental a la protección de los datos personales, que en este caso es el indebido tratamiento de datos. Sin embargo, en el plano práctico, la validación del nexo causal puede ser una tarea sencilla (si es que la acción civil se interpone luego que la DGPDP haya sancionado administrativamente al infractor o infractores) o dificultosa (si es que la acción se plantea sin pronunciamiento administrativo sobre el particular o, peor aún, si existe una resolución absolutoria de responsabilidad administrativa). De allí que reiteremos que es más práctico esperar a un pronunciamiento administrativo por parte de la DGPDP a efectos de evitar cualquier inconveniente en el análisis del nexo causal y el hecho generador de este tipo de daños.

Finalmente, en caso estemos en un supuesto de concausas o, lo que es lo mismo, ante un daño generado por un indebido tratamiento de datos personales que involucró a más de un individuo, resulta valioso seguir las pautas dadas por Isidoro Goldenberg sobre el particular:

Esta clase de intervención plural se constituye cuando un daño es provocado por la acción independiente entre sí de dos o más personas, pero de tal suerte, que aun de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo. (...)

21 **Artículo 1985.-** La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Al respecto, hay que distinguir varias situaciones, ya que porque el daño hubiera sido producido por el acto de uno aun sin la intervención de los demás (...); o bien cada uno sin cooperación consciente, realiza una de las condiciones por cuya conjunción se produce el resultado (...)" (1989, p. 150-151).

Cabe acotar que, en los supuestos de concausas, los causantes del daño serán responsables solidarios de la eventual indemnización que se imponga, salvo que el juez determine una situación distinta (art. 1983° del Código Civil²²).

3.3.4. Los criterios de imputación

Por último, para definir qué son los criterios de imputación, debemos partir de la idea que existen tres (3) formas de trasladar el coste económico del daño en un sistema de responsabilidad civil: (i) traslado al causante; (ii) traslado al superior jerárquico; y, (iii) no traslado del coste económico. Los criterios de imputación, entonces, vendrían a ser aquellos justificativos teóricos que permiten la adopción de alguna de las tres hipótesis planteadas, tal y como lo señala Arturo Solarte:

En general, se puede señalar que el criterio o factor de imputación de la responsabilidad civil, es el requisito que permite atribuir o asignar la obligación indemnizatoria a un sujeto determinado, en el sentido de encontrar la razón o el fundamento para hacerlo (...) (2015, p. 277) (el resaltado es nuestro).

Sobre el particular, el Código Civil peruano contempla dos (2) criterios de imputación: (i) El criterio subjetivo, centrado en la culpa (art. 1314°, 1318°, 1319°, 1320° y 1969° del Código Civil); y, (ii) el criterio objetivo, basado en el riesgo (art.

1970° y ss. del Código Civil). El uso de uno u otro dependerá del régimen de responsabilidad civil en el que nos encontremos (inejecución de obligaciones o extracontractual) y las condiciones del caso en particular.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico establece que el criterio de imputación aplicable en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es la culpa, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual lo es tanto la culpa como el riesgo. Esto último hace que el criterio de imputación aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales pueda ser tanto uno subjetivo como objetivo, por lo que es importante conocer la definición doctrinal de ambos criterios a fin de aplicarlos correctamente a cada caso en concreto.

Respecto a la culpa, ya hemos comentado que la misma tuvo, en sus inicios, una connotación netamente ético-psicológica, en el sentido que se imputaba responsabilidad al sujeto que, voluntariamente, hubiese generado un daño a otro. Al apreciarse como un juicio de desvalor, la culpa era considerada como un error conductual que le precedía una desviación de voluntad, lo cual hacía que el análisis sea realizado en cada caso concreto y teniendo en cuenta las cualidades de la persona, el tiempo y el lugar en el que ocurrió el daño.

Bajo éste primer esquema, la culpa se manifestaba de dos (2) formas: (i) culpa negligencia, que era entendida como la omisión de los deberes de previsión en una conducta determinada; y, (ii) culpa imprudencia, que ocurre cuando un sujeto actúa sin prever las consecuencias de sus actos. La diferencia entre ambos conceptos es bien explicada por Gastón Fernández:

22 **Artículo 1983.-** Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

De la misma manera, (...), se afirma la existencia de dos tipos de culpa: "... como negligencia, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como imprudencia, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe (...) (2014, p.254).

Con la industrialización y la consolidación de la persona como nuevo centro del ordenamiento jurídico, la noción voluntarista de la culpa se modificó para dar pase a lo que conocemos como culpa social u "objetiva". En efecto, dicha noción parte de analizar el comportamiento del sujeto a través de su comparación con un parámetro de comportamiento legislativamente aceptado, prescindiendo de cualquier evaluación a la psique del victimario. Ello es muy bien explicado por Colin y Capitant:

Cuando se dice que un hombre ha incurrido en culpa, todos saben lo que esto quiere decir. Quiere decir que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, que no ha hecho lo que hubiera debido a hacer. Se pregunta cómo este hombre hubiera debido portarse, se compara su conducta con la que hubiera seguido en su lugar un hombre prudente, **diligente**" (1943, p. 824) [el énfasis es nuestro]

En el ámbito nacional, Juan Espinoza Espinoza explica que la denominada "culpa objetiva" hace referencia al incumplimiento de un parámetro de comportamiento en el ordenamiento jurídico, por lo que "(...) la culpa es in re ipsa, vale decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste

es responsable. También se le llama culpa in abstracto, la cual, se opone a la culpa in concreto o subjetiva" (2011, p.160).

De esta manera, el análisis de la culpa social u objetiva involucra la comparación del actuar del sujeto en cuestión con un parámetro socialmente aceptado, el cual generalmente viene legislado en alguna norma positiva. Por lo tanto, y en palabras de Stefano Rodotà, en la diligencia ya no se valora más los comportamientos de formas individuales, sino en comparación con un modelo de comportamiento previamente legislado (1978, p. 5).

Teniendo en cuenta estas definiciones de culpa y bajo la consideración que la responsabilidad civil es una institución única de la cual se ramifican los distintos regímenes de responsabilidad, podemos advertir que, en nuestro Código Civil, se ha recogido la valoración subjetiva de la culpa, que es heredada de su noción ético-psicológica²³. Sin embargo, sea que nos sometamos a un concepto subjetivo u objetivo de culpa, la valoración del comportamiento humano siempre nos obligará a realizar comparaciones con un parámetro objetivo de comportamiento, en la medida que consideremos a la diligencia como el concepto antitético de la culpa²⁴.

Atendiendo a ello, es interesante el análisis de la culpa en los casos de responsabilidad civil por tratamiento indebido de datos personales, ya que, en este campo, existe un parámetro de tratamiento "diligente" particularmente alto que ha sido impuesto por el mismo legislador. En efecto, debido a la naturaleza constitucional del derecho protegido, la DGPDP ha ido publicando lineamientos de cómo deberían ser tratados los datos personales, por lo que, a la fecha, existen más de cinco (5) directivas²⁵ sobre el particular que podrían fungir

23 Al respecto, véase la Casación N° 3207-2016 Arequipa.

24 Véase Fernández, G. (2005).

25 Las directivas se encuentran listadas en el siguiente enlace: <https://www.minjus.gob.pe/legislacion/>.

de estándar de comportamiento para medir el actuar diligente de las empresas y/o individuos.

Si partimos de la idea que la culpa es el análisis del comportamiento diligente de los sujetos, veremos que, en el caso que nos atañe, el operador jurídico tiene parámetros objetivos con los cuáles puede medir la diligencia del causante del daño. Ciertamente, el juez y cualquier operador jurídico podrá analizar el comportamiento del causante a la luz de los lineamientos y pautas establecidas por la DGPDP a efectos de imputarle, o no, responsabilidad por culpa. Respecto a esto último, conviene precisar que no se está señalando que los sujetos serán responsables automáticamente por incumplir las directivas emitidas por la autoridad administrativa que vela por la protección de los datos personales, sino que dichas directivas le brindarán pautas de análisis al juez para revisar si la conducta de la empresa o individuo fue diligente en el caso concreto, pudiendo incluso concluir que, pese a haberse incumplido un lineamiento, ello se encontraba debidamente justificado en razón de sus condiciones particulares. Recordemos que estamos frente al análisis *in concreto* de la culpa, lo cual exige que analicemos las condiciones particulares de los sujetos sin perder de vista el parámetro objetivo de comportamiento deseado.

Habiendo analizado el concepto de culpa y como éste debería aplicarse a la responsabilidad civil por el tratamiento indebido de datos personales, conviene analizar al riesgo como criterio de imputación objetiva de responsabilidad civil.

Como ya se ha desarrollado anteriormente, el riesgo nace como criterio de imputación en respuesta a la industrialización de actividades económicas donde la culpa, por su contenido voluntarista de aquél entonces, no permitía tutelar correctamente todos los nuevos supuestos de daños que aparecían en la realidad. De esta manera, y en la medida que no siempre era posible hallar culpa en los sujetos, se buscó trasladar el coste del daño

a aquellos individuos que se beneficiaban de las actividades riesgosas. Sobre el particular, resultan esclarecedoras las palabras de Pietro Trimarchi:

El principio de la responsabilidad por culpa se muestra, entonces, como insuficiente para resolver el problema de los daños causados con el ejercicio de las industria. No pudiéndose evitar tales daños, se aspira, por lo menos, garantizar el resarcimiento de los mismos, y pareció justo obtener ese resultado haciendo responsable al empresario. Dado que el empresario- se dijo- con la finalidad de conseguir un beneficio, crea o mantiene con vida a la empresa, es él quien debe asumir la responsabilidad por los daños atinentes a la misma. (2015, p. 2).

De esta manera, nace la teoría del riesgo como criterio de imputación de responsabilidad civil, justificando el traslado del coste del daño a partir del concepto de beneficio. Si el empresario había creado los riesgos extraordinarios en su beneficio, entonces era justificado que también asuma el coste de los daños ocasionados a terceros. Esto último, sin embargo, no advierte el hecho que las actividades riesgosas también benefician a la sociedad en su conjunto, por lo que, en estricta aplicación de la teoría bajo comentario, no habría forma de identificar concretamente al responsable del daño. En ese sentido:

(...) [h]ay quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del derecho; y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna utilidad o beneficio por el uso, por ejemplo, de una cosa (Fernández & León, 2005, p. 43).

Al advertir estos problemas, la doctrina se volcó a justificar el traslado del coste del daño a partir del concepto de “exposición al peligro”. Desde esta nueva perspectiva, si el sujeto realizaba una actividad que exponía a las personas a un peligro determinado, entonces aquél debía ser responsable por los daños causados por dicha actividad. A la luz de esta teoría, las actividades peligrosas son todas aquellas que la experiencia indique que son generadoras más frecuentes de daños a las personas²⁶. Lo anterior, no obstante, es criticado por Cesare Salvi ya que “(...) se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio [exposición al peligro] como fuente de responsabilidad, (...) [pese a que dicho concepto], generalmente, [requiere] una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte anormalmente o altamente peligrosa.” (Citado por Fernández & León, 2005, p. 50).

Al margen que estemos de acuerdo, o no, con las críticas a las teorías del riesgo y exposición al peligro, lo cierto es que ambas han sido incluidas en el art. 1970° del Código Civil como justificativos teóricos para trasladar el coste el daño. De esta manera, en conjunto con la culpa, son los dos (2) grandes criterios de imputación en el régimen de responsabilidad civil extracontractual, lo cual abre el debate respecto a cuál debería ser el criterio de imputación que debe ser utilizado en los casos de responsabilidad civil derivados del indebido tratamiento de datos personales. Cabe precisar que éste debate únicamente se origina en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Sobre el particular, no son pocas las voces que abogan por la aplicación del criterio objetivo²⁷, ya que entienden que el tratamiento de datos personales es una actividad compleja y sumamente riesgosa que es resultado de la denominada tercera revolución industrial. Por ello, hace sentido

que el criterio de responsabilidad civil aplicable sea el objetivo en tanto incentivaría a que las empresas prevengan los costes de su actividad y puedan tomar las mejores medidas posibles para mitigar el daño que pudiese generarse en los titulares de datos personales (Lujan, 2017, p. 23).

Ciertamente, consideramos válido que el criterio objetivo sea el aplicable a la responsabilidad civil derivada del indebido tratamiento de datos personales, ya que ello obedece a la realidad económica que subyace a este tipo de casos. Si partimos de la idea que la actividad humana es el centro de análisis, sea que hablemos de responsabilidad subjetiva u objetiva, debemos admitir que cada sujeto tiene la posibilidad de manejar su actividad a efectos de prevenir la ocurrencia de daños. En ese sentido, al irrumpir un daño, se debe verificar quien ha estado en mejor posibilidad de prevenirlo a fin de determinar cuál sería el criterio de imputación a emplearse.

Por lo tanto, si el ordenamiento jurídico solo le exige a un sujeto determinado el tomar las precauciones necesarias para evitar el evento dañoso (prevención unilateral), entonces es social y económicamente eficiente el traspaso de los costes del daño, bajo un criterio objetivo, al sujeto que puede prevenirlo. No obstante, si el evento dañoso se ha dado por la negligencia y la falta de prevención de los dos sujetos a los cuales se les exige prevención (prevención bilateral), entonces será eficiente trasladar el coste económico a aquel individuo cuya conducta ha sido la causante directa del daño bajo el criterio de culpa²⁸.

En virtud de ello, consideramos que es económicamente eficiente que el criterio de imputación aplicable a la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de datos personales, bajo el régimen de responsabilidad civil extracontractual,

26 Sobre el particular, véase Buendía, E. (2016).

27 Véase Orzabal, J. (1994).

28 Sobre el particular, véase Fernández, G. (2005) y Mendoza, G. (2015).

sea el de riesgo, pues sólo a los tratantes de los datos se les exige un comportamiento preventivo de daños. Es por ello que, en este tipo de casos, no se deba analizar la culpa de los causantes del daño, en tanto ello pierde relevancia al estar frente a una actividad riesgosa y en la cual sólo puede tomar precauciones uno de los sujetos involucrados.

Con todo, podemos concluir que el criterio de imputación aplicable a los casos de responsabilidad civil por tratamiento indebido de los datos personales será tanto la culpa como el riesgo, siendo que la aplicación de uno u otro dependerá del régimen de responsabilidad civil aplicable al caso en concreto.

4. Conclusiones

Como hemos tenido oportunidad de desarrollar en el presente artículo, la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales se realiza a partir de lo regulado en el Código Civil, en tanto la normativa que regula la protección de dichos datos no brinda un régimen especial sobre el particular. De esta manera, dependiendo del caso concreto, serán aplicables las normas del régimen de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o extracontractual.

Dicho esto, hemos visto que el indebido tratamiento de datos personales genera un daño no patrimonial que es indemnizable *in re ipsa*, por lo que no se requiere una afectación patrimonial a la esfera jurídica del titular de los datos para que opere la tutela resarcitoria. Sin perjuicio de ello, no se descarta que existan daños materiales derivados del indebido tratamiento de datos personales, lo cual obliga a la víctima a tener que probar su existencia a efectos que el juez le conceda la indemnización correspondiente.

En relación al hecho generador, hemos visto que el mismo es el tratamiento indebido de los datos

personales, siendo que su nexo causal con el daño puede probarse de mejor manera con una resolución sancionadora de la DGPPD. Esto en la medida que el daño se encuentra indisolublemente unido a la vulneración efectiva del derecho fundamental a la protección de los datos personales, sin perjuicio que también facilita la identificación efectiva de causantes y los hechos generadores involucrados.

La particular naturaleza de la responsabilidad civil derivada del tratamiento indebido de los datos personales hace que el criterio de imputación varíe si estamos en un caso de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o extracontractual. Así, si estamos en el primer caso, el criterio de imputación aplicable será la culpa, mientras que en el segundo caso será el riesgo.

Cabe resaltar que las conclusiones arribadas en el presente texto no pretenden ser absolutas, en tanto han sido escritas con la finalidad de brindar algunas pautas que arrojen luces sobre la forma en que, consideramos, debería analizarse la responsabilidad civil en estos casos.

Bibliografía

- Alpa, G. (2016). *La Responsabilidad Civil – Parte General*. Legales Ediciones.
- Banfi, C. (2014). Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 37-58. Recuperado de scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n1/art03.pdf.
- Buendía, E. (2013). Itinerario mínimo sobre la responsabilidad del equipo médico en la Ley General de Salud. *Actualidad Jurídica*, (236), 67-76.

- Buendía, E. (2014). De la responsabilidad a la cuantificación de los daños. Mecanismos de medición del daño moral en las relaciones de trabajo y la equidad como criterio para cuantificar los daños. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, junio (12), 167-179.
- Buendía, E. (3 de diciembre 2016). *¿Cómo resolver un caso de responsabilidad civil? II parte*. Ius 360. Recuperado el 8 de mayo del 2021 de ius360.com/como-resolver-un-caso-de-responsabilidad-civil-ii-parte/
- Bullard, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Themis*, (50), 217-236.
- Calvo, C. (2005). El Daño Resarcible. *Hammurabi*.
- Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano: Reflexiones iniciales sobre los alcances del artículo 1971 del Código civil peruano y la afirmación de la responsabilidad civil en el ejercicio regular de un derecho. *Ius Et Veritas*, (45), 210-227.
- Castillo, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis*, (66), 209-220.
- Castro, K. (2008). El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú. *Ius Et Veritas*, (37), 261-276.
- Colin, A. & Capitant, H. (1943). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Editorial Reus.
- Corsaro, L. (2002). *Neminem laedere y derecho a la integridad*, trad. del italiano por León, L. *Proceso y Justicia*, (3), 146-166.
- De Cossio, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, XIX, 527-554. Recuperado de www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1966-30052700554.
- De Trazegnies, F. (2005). La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano. *Themis*, (50), 207-216.
- De Trazegnies, F. (2011). ¿Igualando lo desigual? *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, (1), 17-41.
- Eguiguren, F. (2015). El Derecho a la Protección de los Datos Personales. Algunos temas relevantes de su regulación en el Perú. *Themis*, (67), 131-140.
- Elorriaga De Bonis, F. (2010). Los Daños Corporales y sus consecuencias. En Vega, Y. & García, D. (Co.), *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI* (113-162). IDEMSA.
- Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas.
- Fernández, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Ius Et Veritas*, (22), 11 – 33.
- Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano). *Themis*, (50), 237-272.
- Fernández, G. (2014). La dimensión Omnicomprensiva del Daño No Patrimonial. En

- Ponencias del V Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial. *Ius Et Veritas*.
- Fernández, G. & León, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Derecho PUCP*, (58), 9-75.
- Franzoni, M. (1999). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. *Ius et Veritas*, (18), 68-87.
- Figari, H. & Quiroz, M. (2012). La protección de datos personales: una herramienta para promover la inversión. *Themis*, (61), 125-140.
- García, V. (2018). La dignidad humana y los derechos fundamentales. *Derecho y Sociedad*, (51), 13-31.
- Goldenberg, I. (1989). La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- León, L. (2004). *La Responsabilidad Civil*. Editora Normas Legales.
- León, L. (2007). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas, *Jurista Editores*.
- Linares, D. (2017). ¿El dinero cura todas las heridas? Me parece que no. Reflexiones sobre el daño moral. *Themis*, (71), 257-271. <https://doi.org/10.18800/themis.201701.017>
- Lujan, L. (2017). Responsabilidad de la empresa en el acceso indebido de datos a ficheros morosos. *Revista para el análisis del derecho*, (3), 2-36.
- Mendoza, G. (2015). La responsabilidad civil de los funcionarios y servidores públicos. En *Reflexiones en torno al Derecho Civil: A los 30 años del Código (502-526)*. *Ius Et Veritas*.
- Morales, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.003>
- Orzabal, J. (1994). Bases de datos, privacidad y responsabilidad civil. *Informática y Derecho*, (4), 137-144.
- Pedreschi, W. (2003). Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador. En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444. Segunda Parte (497-558)*. ARA Editores.
- Planiol, M. & Ripert, J. (1940). *Derecho Civil Francés*. Cultural.
- Remolina, N. (2013). Tratamiento de Datos Personales: aproximación internacional y comentarios a la Ley 1581 de 2012. Colombia: LEGIS.
- Rodotá, S. (1978). El Papel de la culpa en el sistema actual de responsabilidad civil. *Responsabilità civile e provvidenza*, Vol. XLIII, 3-8. Traducción de Leysser León.
- Rubí, A. (2018). Daños por infracciones del derecho a la protección de los datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD. *Revista de Derecho Civil*, 5 (4), 53-87.

- Seuba, J. (2012). Algunas cuestiones relacionadas con la cuantificación de los daños. *Ius Et Veritas*, (45), 46-53. Recuperado de
- Solarte, A. (2015). La Responsabilidad Civil y equidad en el Código Civil peruano de 1984. En Borda, G, et al., *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil* (pp. 271-306), Gaceta Jurídica.
- Taboada, L. (2003). Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley.
- Tamayo, J. Clasificación de los daños y perjuicios. En Borda, G, et al., *Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil* (pp. 197-270), Gaceta Jurídica.
- Trimarchi, P. (2015), Riesgo y responsabilidad objetiva. Traducción de Leysser León. Materiales de enseñanza del Curso de Responsabilidad Civil 2015-2, 1-5.
- Vidal, F. (2001). La Responsabilidad Civil. *Derecho PUCP*, (54), 389-399.
- Visintini, G. (2015). Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil. Traducción de Leysser León. Ara Editores.
- Zatti, P. (2005). Las situaciones jurídicas. Traducción de Contreras, V. y Mendoza del Maestro, G. *Revista Jurídica del Perú*, (64), 358-388.

¿Qué significa “afectación directa” en el proceso de consulta previa? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional No 01717-2014-PC

What does “direct involvement” means in the previous consultation process? Regarding the Constitutional Court judgment No 01717-2014-PC

Juan Carlos Ruiz Molleda¹

Resumen. Es importante precisar qué entender por afectación directa en los procesos de consulta previa a los pueblos indígenas. Se trata del criterio que abre o cierra la puerta al derecho a la consulta previa. No obstante, el carácter indeterminado del concepto de “afectación directa” no otorga un poder discrecional al Estado. Como todo “concepto jurídico indeterminado”, deberá ser concretado al momento de su aplicación en el caso concreto, lo cual demanda un esfuerzo de motivación y fundamentación, todo lo cual está muy alejado de la discrecionalidad absoluta. En este artículo, cuestionamos una sentencia del Tribunal Constitucional que establece un nuevo criterio sobre qué entender por “afectación directa”, apartándose, en nuestra opinión, no solo de su propia línea jurisprudencial, sino de los criterios establecidos por la Ley No 29785, su reglamento, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) entre otros.

Abstract. *It is important to specify what to understand by direct impact on the prior consultation processes with indigenous peoples. It is the criterion that opens or closes the door to the right to prior consultation. However, the indeterminate nature of the concept of “direct involvement” does not grant a discretionary power to the State. Like any “indeterminate legal concept”, it must be concrete at the time of its application in the specific case, which requires an effort of motivation and justification, all of which is far from absolute discretion. In this article, we question a ruling of the Constitutional Court that establishes a new criterion on what to understand by “direct affectation”, departing in our opinion, not only from its own jurisprudential line, but from the criteria established by Law No 29785, its regulations, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, among others.*

Palabras clave. derecho a la consulta previa, afectación directa, derechos de los pueblos indígenas, autodeterminación.

Keywords. *right to prior consultation, affect them directly, rights of indigenous peoples, self-determination.*

Sumario: 1. El problema: El Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI no precisan que es afectación directa. 2. Marco conceptual de los “conceptos jurídicos indeterminados”. 3. La jurisprudencia del TC en materia de conceptos jurídicos indeterminados. 4. Desarrollo normativo y jurisprudencial del contenido del concepto de “afectación directa”. 4.1 El criterio del Convenio 169 de la OIT: “Perjudicar intereses de los pueblos indígenas”. 4.2 El desarrollo por el TC del contenido sobre “afectación directa”: “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”. 4.3 La concepción de afectación directa de la Ley 29785: “Afecta derechos colectivos”. 4.4 La concepción de afectación directa en el Reglamento de la Ley 29785: “Cambio en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”. 4.5 La afectación directa para el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “relación con los intereses y condiciones específicos” y “no solo cuando se afecta el derecho a la tie-

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado PUCP. Coordinador del área de Litigio Constitucional del Instituto de Defensa Legal (IDL).

rra”. 4.6 La afectación directa para la Corte interamericana de Derechos Humanos. 4.7 La afectación directa para la CIDH: “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”. 4.8 La afectación directa para AIDESEP (Pedro García Hierro): “los tres criterios: ámbito territorial, la afectación de derecho y los riesgos”. 4.9 La tesis de la Corte Constitucional de Colombia sobre afectación directa: “medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades”. 5. La otra opción: La determinación taxativa de los actos que deben ser consultados. 5.1 Los actos que deben ser consultados según el Convenio 169 de la OIT. 5.2 Los actos que deben ser consultados según la Corte IDH porque afectan directamente. 5.3 Los actos que deben ser consultados según la Corte Constitucional de Colombia porque afectan directamente. 6. Análisis del nuevo criterio desarrollo por el TC sobre afectación directa en la STC 01717-2014-PC; 7. Conclusiones

El Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia que desarrolla el concepto de “afectación directa” en los procesos de consulta previa de los pueblos indígenas². En el presente artículo cuestionaremos el nuevo criterio, porque en nuestra opinión se aparta de lo establecido en los estándares internacionales de protección al derecho a la consulta previa, y puede ser utilizado para excluir de la consulta previa, decisiones del Estado que, sí pueden afectar a los pueblos indígenas y deberían ser consultados.

En la sentencia objeto de análisis, señala que normas del MINEM que regulan la consulta previa en materia de hidrocarburos y de electricidad, no deben consultarse con los pueblos indígenas, porque “no afectan” a los pueblos indígenas en el Perú. En efecto, sostiene que las Resoluciones Ministeriales No 350-2012-MEM/DM y No 209-2015-MEM/DM, que regulan qué medidas deben consultarse, cuándo deben consultarse y quién debe consultarlas, en materia de hidrocarburos y electricidad, no deben ser consultadas.

El problema de esta sentencia se encuentra en la concepción de “afectación directa” que el Tribunal Constitucional (TC en adelante) utiliza. En efecto, el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece

que la consulta previa es exigible cuando el Estado prevé adoptar medidas administrativas y normativas que puedan “afectar directamente” a los pueblos indígenas. En consecuencia, el concepto de “afectación directa” resulta un concepto clave. Constituye la puerta de entrada o de cierre de la consulta previa, un concepto filtro para acceder a la consulta previa. Se trata de un tema de mucha importancia, pues detrás del debate sobre qué entender por afectación directa, está la pregunta sobre “¿qué tipos de medidas deben ser consultadas?”. Es decir, estamos frente a la pregunta general sobre qué debe consultarse. Esto resulta clave en un contexto donde el Estado ha intentado poner pretextos para dar cumplimiento a la consulta previa³.

Lo cuestionable en esta sentencia es que, más allá de la intención de los magistrados, en nuestra opinión, el TC reduce y restringe al ámbito de aplicación de la consulta previa, desnaturalizando este derecho una vez más⁴, como lo reconoce el propio voto singular del magistrado del TC Eloy Espinoza-Saldaña en esta sentencia.

2 La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01717-2015-PC, puede ser encontrada en el siguiente enlace <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01717-2014-AC.pdf>

3 Al respecto, ver Ruiz Molleda (2014).

4 No otra cosa se puede concluir cuando por ejemplo cuando se revisa la STC 00025-2009-PI, comprueba que, a pesar que la Ley de recursos hídricos afecta directamente a las comunidades campesinas y nativas, resuelve que esta norma no se debe consultar porque en el fundamento 28 se señala que está afecta “indirectamente” a los pueblos indígenas.

1. El problema: El Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI no precisan qué es afectación directa

El problema es que el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas de Derechos de Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI) no definen qué es afectación directa o qué entender por esta.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [resaltado nuestro].

(...)

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten [resaltado nuestro], a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Varias decisiones pueden afectar a los pueblos indígenas y en diversos niveles e intensidades. Todo depende del criterio que se utilice.

2. Marco conceptual de los “conceptos jurídicos indeterminados”

La “afectación directa” es un típico “concepto jurídico indeterminado”. El problema es que los ma-

gistrados autores de esta sentencia parecen entender que el concepto de “afectación directa” otorga una facultad discrecional o un poder discrecional a la hora de definir el contenido de “afectación directa”, desconociendo la propia naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.

Los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos que no han sido definidos por la norma convencional, constitucional, legal o reglamentaria, como en este caso. Este tipo de normas deja la determinación del contenido, al momento de aplicarse la norma en el caso concreto, la cual estará a cargo del órgano encargado de implementarla y aplicarla. Ejemplo de esto son los conceptos de “justo precio”, “utilidad pública”, “interés público”, “necesidad pública”, “materia económica y financiera”, etc. Como lo señala Eduardo García de Enterría en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, “la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (2004, p. 43).

En efecto, a diferencia de los “poderes discrecionales”, lo peculiar de los conceptos jurídicos indeterminados es que su “calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto [resaltado nuestro]; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no; podemos decir en términos del derecho privado” (García de Enterría, 2004, p. 44).

Es decir, a diferencia de los poderes discrecionales, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados hay una única solución, la cual debe ser sustentada y motivada. En palabras de García de Enterría: “Hay pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales” (2004, p. 44).

les, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio” (2004. p. 44-45).

Añade, García de Enterría, que los conceptos jurídicos indeterminados deben precisarse y determinarse, sobre la base de una estimación jurídica, la cual debe estar apoyada en una argumentación jurídica, “la solución concreta de cada caso [...] debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto [resaltado nuestro]; pero lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión” (2004, pp. 45-46).

En el caso del concepto de “afectación directa” en los procesos de consulta previa, es evidente que no estamos ante una facultad discrecional por parte del Estado. El concepto de “afectación directa” delimita y acota el margen de discrecionalidad del Estado al momento de determinar cuándo un acto administrativo o normativo debe ser consultado, “Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad de libertad, sino de un proceso de juicio o estimación [resaltado nuestro], que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse; por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea solo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea” (García de Enterría, 2004, p. 46-47).

La conclusión es evidente. Los “conceptos jurídicos indeterminados” si bien reconocen un margen de apreciación al órgano que lo aplica, en el momento concreto de su determinación, no otorgan

un poder absolutamente discrecional, no otorgan una libertad absoluta. En definitiva, no constituye una “facultad discrecional”. Como luego veremos con la sentencia del TC, estos deben observar un conjunto de criterios para evitar su abuso.

Entender la verdadera naturaleza del concepto “afectación directa” como concepto jurídico indeterminado es el punto de partida para entender este. En consecuencia, el TC no tiene libre discrecionalidad para llenar de contenido este concepto. Debe hacerlo sobre la base de los desarrollos normativos y jurisprudenciales que lo vinculan, motivando su opción interpretativa, sin vaciar de contenido y la finalidad del Convenio 169 de la OIT.

3. La jurisprudencia del TC en materia de conceptos jurídicos indeterminados

En un primer momento, el TC ha sostenido que:

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto. En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada [resaltado nuestro].⁵

Sin embargo, en una reciente sentencia el TC ha definido criterios para la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, en una sentencia sobre el decoro de efectivos policiales, a propósito de

5 STC No 00090-2004-AA, f. j. 10

la difusión de fotos íntimas. Como señala el TC en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, “nos encontramos ante este tipo de conceptos cuando la norma que los recoge define el supuesto de hecho a través de formulaciones abstractas que solamente pueden ser materializados en su aplicación práctica”⁶. El TC reconoce que el uso de estos conceptos “podría permitir que se consagren situaciones de vulneración a algunos derechos fundamentales, vulneraciones cuya materialización no puede reseñarse en abstracto, sino que debe determinarse en cada caso en particular”⁷.

Como muy bien lo reconoce el TC, el desafío no es otro que establecer criterios objetivos que ayuden a concretar el criterio abstracto. En palabras del TC, es necesario, “tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos”⁸. Los criterios que deben tomarse en cuenta al momento de concretar en la realidad estos conceptos son:

Sin embargo, resulta necesario tener presente que, ante el uso de estos conceptos jurídicos indeterminados, bien debieran apreciarse algunos criterios específicos. Así, conviene observar si se respetaron los elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), si se hizo una adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), o si se cumplió con seguir ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, por último, evaluar si se respetaron los diversos derechos tales⁹.

Es decir, para el TC, estos criterios son: 1) elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), 2) adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), 3) respeto de ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, 4) respeto de los derechos fundamentales. Como puede apreciarse, se trata de criterios objetivos.

4. Desarrollo normativo y jurisprudencial del contenido del concepto “afectación directa”

Debemos revisar los diferentes esfuerzos por precisar el concepto de afectación directa, tanto normativos como jurisprudenciales, que vinculan al propio TC de alguna u otra manera. Efectivamente, diversas fuentes de derecho han hecho esfuerzo por desarrollar el contenido de “afectación directa”, por brindarnos criterios que puedan ayudarnos en cada caso concreto a aproximarnos al contenido de la afectación directa. Es este corpus de criterios el que debió ser tomado en cuenta por el TC en la sentencia objeto de comentario. No obstante, este no lo hizo y se pronunció absolutamente de espaldas a estos criterios, a pesar de ser fuentes de derecho, fundamentalmente vinculantes.

4.1. El criterio del Convenio 169 de la OIT: “Perjudicar intereses de los pueblos indígenas”

Luego de una interpretación sistemática del Convenio 169 de la OIT, hay dos normas donde podemos encontrar criterios para precisar el

6 STC No 01341-2014-PA, f.j. 18

7 STC No 01341-2014-PA, f.j. 19

8 STC No 01341-2014-PA, f.j. 20

9 STC 01341-2014-PA, f.j. 22

contenido del concepto “afectación directa”. En el artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT, también contiene un criterio para precisar el contenido del concepto de “afectación directa”. En el fundamento 24 de la STC 02420-2012-AC, el TC interpreta el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, junto con el artículo 15.2 del mismo cuerpo normativo. En el artículo 15.2 reconoce que la consulta surge cuando se afectan o se “perjudican” “intereses” de los pueblos indígenas.

Artículo 15

[...] los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados [resaltado nuestro], y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

No basta entonces leer el artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT. Este artículo deberá leerse junto con el artículo 15.2 del mismo Convenio 169 de la OIT. Cada vez que los intereses de estos pueblos indígena se puedan ver perjudicados, se deberá consultar con los pueblos indígenas.

4.2. El desarrollo por el TC del contenido sobre “afectación directa”: “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”

El concepto de afectación directa ha sido objeto de un desarrollo jurisprudencial por el Tribunal Constitucional, que merece ser revisado pues si bien no estamos ante una línea jurisprudencial consolidada, si ofrece criterios interesantes

4.2.1. “Cambios relevantes, sustanciales y directos en la situación jurídica”.

Quizá esta sea el principal criterio desarrollado por el TC. En palabras de este, la consulta procede ante actos normativos y administrativos cuando generen “*cambios relevantes, sustanciales y directos a la situación jurídica*” a los pueblos indígenas. “Susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos [subrayado nuestro]”¹⁰. “En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial [subrayado nuestro], es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta”¹¹.

La sentencia del TC No 00022-2009-PI se pronunció sobre la consulta de actos normativos, razón por la cual el TC habla de impactos en la “situación jurídica”. No obstante, deberá interpretarse que no necesariamente estos cambios relevantes tienen que generar un impacto en la situación jurídica. El criterio establecido por el TC son toda medida que genera cambios 1) relevantes, 2) sustanciales y 3) directos, y en el caso de omisión de consulta de actos normativos, este criterio deberá generar un impacto en la situación jurídica.

4.2.2. “La determinación debe ser de buena fe”

El TC también exige que la determinación de la afectación directa debe ser de buena fe, o a la luz del principio de buena fe. Este principio vincula al órgano del Estado que adopta la medida’.

Este Tribunal Constitucional estima que el principio de buena fe conforma el núcleo

10 STC No 00022-2009-PI, f.j. 19

11 STC No 00022-2009-PI, f.j. 21

esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. [...] Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) determinación de la afectación directa, 2) la consulta en sentido estricto, y 3) la implementación de la medida. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas¹².

Esto significa que el órgano del Estado que adopta la medida susceptible de afectar directamente, deberá analizar y precisar la afectación directa de buena fe, es decir, ser leal con el Convenio 169 de la OIT, no manipular la interpretación de las normas para eludir con su responsabilidad de consulta para con los pueblos indígena. Esta mala fe puede concretarse y plasmarse en interpretaciones que entiendan erráticamente desde nuestra opinión, que la concreción y aplicación de la afectación directa constituye en sí misma una facultad discrecional, apartándose de la jurisprudencia vinculante, y sin mayor motivación y fundamentación.

4.2.3. “Medidas que menoscaban, perjudican, influyen desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”

Esto lo dice el TC en la sentencia 00025-2009-PI. Se trata de un proceso de inconstitucionalidad contra la omisión de consulta de la ley de recursos hídricos (Ley No 29338), donde en nuestra

opinión de manera inconvencional, se rechazó la consulta previa, a pesar que esta ley tenía normas específicas sobre reconocimiento de los derechos consuetudinarios de las comunidades campesinas y nativas¹³.

En abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida “afecta” directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Aún así, no es difícil entender que en ella se encuentran comprendidas cualesquiera medidas estatales (administrativas o legislativas) cuyo efecto sea el menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas [subrayado nuestro]¹⁴.

Se trata de un criterio más amplio que el contenido en la STC 00022-2009-PI. Utiliza diferentes verbos, menoscabar, perjudicar, influir, desfavorablemente. Luego agrega que se puede afectar no necesariamente derechos sino intereses de los pueblos indígenas. Es más omnicompreensivo definitivamente. No obstante, nos parece que no debería el TC restringirse a derechos colectivos, sino que deberían también considerarse cuando se afectan derechos individuales. Finalmente, parecería que solo deberían de consultarse aquellas medidas que a juicio del Estado sean desfavorables para los pueblos indígenas.

En nuestra opinión puede que haya medidas que a juicio del Estado beneficien a los pueblos indígenas, cuando en realidad, los afectan. Entonces resulta razonable sostener, que quien debe hacer el análisis de si le afecta o no la medida, no es el Estado, sino los pueblos indígenas. Sostener lo contrario es un acto incompatible con el principio de interculturalidad y en definitiva un acto

12 STC No 00022-2009-AI, f.j. 27

13 Al respecto ver Ruiz Molleda, y Abdo. (2018).

14 STC No 00025-2009-PI, f.j. 25

de imposición colonial. Sobre esto regresaremos luego.

i. La afectación directa debe ser potencial

Posteriormente, el TC en otra sentencia precisa mejor y sostiene que estamos hablando de afectaciones potenciales, de conformidad con el carácter previo de la consulta previa. Es decir, que la consulta en primera instancia debe realizarse antes de la adopción de acto administrativo o normativo: “ (...) no se requiere la detección de una afectación, sino que basta con que tal afectación directa sea potencial”¹⁵.

Ciertamente esto se desprende del concepto de consulta previa. No obstante, no está demás decirlo. En tal sentido, en puridad deberían exigir estar ante una medida que potencialmente podría afectar a los pueblos indígenas.

ii. Debe ser una afectación concreta no abstracta

En otra oportunidad el TC exige que se analice en cada caso en concreto como se ha afectado a los pueblos indígenas. Se desprende que no se debe presumir la afectación. Se debe probar que se ha afectado a los pueblos indígenas.

Así, la demandante parte del supuesto de que existe una serie de casos en los que pueblos indígenas en el Perú han sido afectados directamente mediante concesiones mineras otorgadas sin haberseles consultado. Alega, por ello, que en todos estos casos no se ha cumplido con los artículos precitados del Convenio 169. Es de advertirse que la demandante no hace explícita mayor situación específica de algún pueblo indígena [el subra-

yado es nuestro]. Es más, y si bien realiza una breve referencia a un caso particular, lo hace sin adjuntar medios probatorios o ahondar en dicha situación.¹⁶

Este criterio tiene que ver con la naturaleza de concepto jurídico indeterminado del criterio “afectación directa”. Sin embargo, hay que tener cuidado, pues estamos ante afectaciones directas potenciales. Este concepto debe ser matizado cuando estamos ante la omisión de consultas de actos normativos, que sabemos bien son afectaciones abstractas, en el sentido que las normas generales, impersonales y abstractas no afectan necesariamente a pueblos indígenas en concreto.

Asimismo, en casos que la medida que afecta a los pueblos indígenas ya ha sido implementada, no sería necesario exigir la potencialidad. En este caso, se desprende la obligación de probar la afectación.

iii. Afectación de derechos fundamentales en general

En esa misma sentencia se añade que procede la consulta cuando se afectan derechos de pueblos indígenas en general. Esta anotación es importante, pues adviértase que no solo cuando se afectan derechos colectivos, como señala el artículo 2 de la Ley de consulta previa, procede la consulta previa, sino cuando se afecta en general derechos de pueblos indígenas, pudiendo ser estos derechos colectivos o individuales. “Esta es, por cierto, la manera en la cual ha venido resolviendo este colegio cuando se ha tratado de la afectación de derechos fundamentales de los pueblos indígenas”.¹⁷

Es decir, el TC no restringe la consulta a la afectación de derechos colectivos. Se trata aparente-

15 STC No 00012-2015-AI, f.j. 102

16 RTC No 02420-2012-AC, f.j. 26

17 RTC No 02420-2012-AC, f.j. 36

mente de sutilezas, pero que pueden terminar excluyendo de la consulta decisiones importantes y significativas de los pueblos indígenas, por no ser derechos colectivos.

iv. Afectación de derechos e intereses

De igual manera, el TC en otra sentencia dice que afectación directa hace referencia a afectación de derechos e intereses.

Como se puede apreciar, el derecho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses [resaltado nuestro].¹⁸

Ciertamente el concepto de intereses es más abierto y omnicompreensivo que el concepto de derechos. Los derechos deberían de proteger intereses legítimos. Si bien por lo general, toda afectación de “intereses” de los pueblos indígenas puede ser reconducida a afectación de “derechos”, reducir la consulta previa solo a casos donde se afecta de derechos, puede excluir supuestos donde se afecta intereses aun cuando no necesariamente derechos.

v. Afectación directa “para” los pueblos indígenas en un marco intercultural

Resulta oportuno mencionar que esta afectación directa a juicio del TC, debe ser para los pueblos indígenas en primer lugar y no para los funcionarios públicos del órgano que prevé adoptar la medida cuya consulta se exige. Esto se traduce en la obligación de los jueces de tomar en cuenta la mirada de los pueblos indígenas.

Según esta perspectiva, resulta esencial señalar que la trascendencia de los cambios debe ser no solo alegada, sino explicada por los pueblos indígenas que la invoquen, porque no siempre será advertida por la cultura mayoritaria. Otro punto a considerar es que los jueces, quienes resolverán las demandas de tutela constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, pertenecen a una manifestación cultural diferente, situación que los obliga a incluir en su análisis la visión de las comunidades para resolver las controversias que conocen [subrayado agregado]¹⁹.

El tema de fondo es quien decide y sobre la base de qué criterio, cuando una determinada medida afecta a los pueblos indígenas. Un buen ejemplo de estos es el caso del proyecto Hidrovías, que pretende dragar ríos amazónicos, donde a juicio del Estado este proyecto favorecería a los pueblos indígenas, pues mejoraría la interconexión fluvial, y a juicio de los pueblos indígenas, afectaría negativamente a los pueblos indígenas, pues el dragado genera turbidez en los ríos, lo cual afecta la pesca de la cual depende la subsistencia de los pueblos indígenas.

Lo dicho por el TC no hace otra cosa que concretar el principio de interculturalidad, recogido en el artículo 4.b de la Ley de consulta, aprobada por Ley 29785, y por el artículo 17 de la Constitución, y que exige tomar en cuenta la mirada y la cosmovisión de los pueblos indígenas.

Artículo 4. Principios

Los principios rectores del derecho a la consulta son los siguientes:

[...]

18 STC No 05427-2009-AC, f.j. 57

19 STC No 02196-2014-AA, f.j. 17

b) Interculturalidad. El proceso de consulta se desarrolla reconociendo, respetando y adaptándose a las diferencias existentes entre las culturas y contribuyendo al reconocimiento y valor de cada una de ellas.

Queda claro que el TC tiene ciertos criterios y principios que ayudan a precisar el contenido del concepto de “afectación directa” en casos concretos, que debió tomar en cuenta. Independientemente del carácter vinculante de estos pronunciamientos, el TC estaba obligado consigo mismo a utilizarlos y tomarlos en cuenta.

4.3. La concepción de afectación directa de la Ley 29785: “Afecta derechos colectivos”

La Ley de consulta previa, aprobada por Ley No 29785 da un paso más en el esfuerzo por entender qué significa la “afectación directa”. Sostiene el Congreso que se debe consultar y que existe “afectación directa” cuando se afecta directamente los derechos colectivos.

Artículo 9. Identificación de medidas objeto de consulta

Las entidades estatales deben identificar, bajo responsabilidad, las propuestas de medidas legislativas o administrativas que tienen una relación directa con los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, de modo que, de concluirse que existirla una afectación directa a sus derechos colectivos [resaltado nuestro], se proceda a una consulta previa respecto de tales medidas.

Adviértase que sólo cuando se afectan derechos colectivos, y solo cuando esta afectación es directa. No hace referencia a derechos individuales, ni derechos sociales, económicos o culturales, lo cual nos parece una restricción irrazonable y arbitraria como ya dijimos.

4.4. La concepción de afectación directa en el Reglamento de la Ley 29785: “Cambio en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”

El Reglamento de la Ley de consulta previa, aprobado por el D.S. 001-2012-MC añade en el artículo 3.b, un nuevo contenido, y reconoce como afectación directa el cambio en la situación jurídica de los pueblos indígenas, y que la afectación no es al derecho, sino también al ejercicio del derecho. Adviértase que esta norma “añade” esto al concepto de afectación de los derechos colectivos, “no reemplaza”.

Artículo 3º.- Definiciones

El contenido de la presente norma se aplica dentro del marco establecido por la Ley y el Convenio 169 de la OIT. Sin perjuicio de ello, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

b) Afectación directa. Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos [resaltado nuestro].

Si bien repite mucho de lo reconocido previamente por la Ley 29785 y por la jurisprudencia, agrega que esta afectación se puede concretar en cambios en la situación jurídica o en el ejercicio del derecho. Adviértase que, de otro lado, insiste en restringir a derechos colectivos el concepto de afectación directa.

4.5. La afectación directa para el Relator de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: “relación con los inte-

reses y condiciones específicas” y “no solo cuando se afecta el derecho a la tierra”.

El Relator de las Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas, plantea varios criterios interesantes para aproximarnos al concepto de afectación directa. Un primer elemento es preguntarnos por quién analiza la afectación y sobre qué criterio. El Relator está llamando la atención y exigiendo un diálogo intercultural.

(...) es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad (Anaya, 2009, p. 16).

El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado [el subrayado es nuestro] (Anaya, 2009, p. 23).

Luego el Relator opta por un criterio más material o sustancia de afectación, en consonancia con un principio de primacía de la realidad. Sugiere entender la afectación directa como afectación de intereses o afectación a las condiciones específicas de determinados pueblos.

Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes [resaltado nuestro]. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general, pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al

deber de celebrar consultas (Anaya, 2009, p. 16).

En la parte final del informe insiste en que la afectación directa debe ser entendida como afectación de los intereses de los pueblos indígenas, y precisa que la consulta debe darse no solo cuando se afecta el derecho a la tierra.

El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras [resaltado nuestro] (Anaya, 2009, p. 23).

Lo que hace el Relator es exigir la incorporación del criterio y de la mirada de los pueblos indígenas, tal como también lo exige el TC. No basta la mirada y el análisis del operador estatal del derecho. La perspectiva de afectación de los pueblos indígenas tiene otras premisas, parte del buen vivir, de su proyecto de vida colectivos, de su necesidad de asegurar su subsistencia. La mirada del Estado y de los ministerios es más desde una lógica de gobernanza o de promoción de actividades extractivas.

Estos pronunciamientos no son vinculantes, no obstante, resultan sumamente persuasivos e ilustrativos, porque se trata de una autoridad en las Naciones Unidas en materia de pueblos indígenas.

4.6. La afectación directa para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también tiene algunos pronunciamientos algo escuetos, pero igual vinculantes. Para ella, la consulta previa procede cuando se afecta determinados intereses y derechos de las comunidades.

Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas (...) [resaltado nuestro]²⁰.

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional (...) [resaltado nuestro]²¹.

No restringe la consulta a derechos colectivos, como nuestra ley de consulta previa y su reglamento. Pero, además, la Corte IDH dice que la sola afectación de intereses de los pueblos indígenas justifica la consulta previa, más allá que se afecte derechos colectivos. Lo valioso de este pronunciamiento es precisamente, su no carácter restrictivo. Se trata de pronunciamientos vinculantes.

4.7. La afectación directa para la CIDH: “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la tiene clara, y va más allá de la literalidad de lo que dice el artículo 6 del Convenio

169 de la OIT. Lo que sugiere es que, al momento de evaluar y analizar la procedencia de consulta previa, deberá tomarse en cuenta el valor de los territorios de los pueblos, y sobre todo, la relación que tienen los pueblos con sus territorios.

Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales [resaltado nuestro] y la tierra y los recursos naturales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 108).

La CIDH también hace suyo un pronunciamiento del Relator de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo cual vuelve este criterio de afectación de derechos e intereses, en vinculante.

La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas [resaltado nuestro] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010, p. 108).

Puede resultarnos repetitivo, pero podemos advertir que se trata de criterios sobre los cuales hay consenso en la comunidad jurídica, lo cual los vuelve más vinculante.

4.8. La afectación directa para AIDSESEP (Pedro García Hierro): “los tres criterios:

20 Párrafo 165, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

21 Párrafo 166, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012)

ámbito territorial, la afectación de derechos y los riesgos”.

Nos parece conveniente este proyecto de ley porque expresa la mirada de los pueblos indígenas, o de la organización indígena más representativa del Perú como es AIDSESEP. El destacado abogado () Pedro García Hierro, autor en un proyecto de ley sobre la consulta previa presentado por AIDSESEP²², desarrolló 3 criterios para determinar la afectación directa de normas administrativas.

Artículo 15°. Determinación de la afectación

Los criterios para determinar el nivel de afectación de las normas o actos administrativos son:

a. El ámbito territorial: cuando la medida afecta en concreto y de manera directa el hábitat tradicional de determinado pueblo o pueblos indígenas de acuerdo a los criterios establecidos por el Convenio N° 169 de la OIT.

b. Derechos: la identificación de los pueblos legitimados para ser consultados y participar en las decisiones sobre cualquier iniciativa se fundamenta en la identificación de los derechos que podrían verse afectados y quiénes son los titulares de esos derechos en cada caso concreto.

c. Riesgos: aquellos pueblos indígenas que pueden verse sometidos a riesgos por efecto de una iniciativa ajena deben tener siempre la posibilidad de determinarse al respecto.

Como podemos ver, García Hierro propone 3 criterios para determinar el nivel de afectación directa a pueblos indígenas de las normas o actos administrativos. Estos son tres criterios, del

ámbito territorial, la afectación de derechos y los riesgos. Se trata de criterios, valiosos al momento de concretar el concepto de afectación jurídica.

4.9. La tesis de la Corte Constitucional de Colombia sobre afectación directa: “medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades”.

El concepto de afectación directa desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia es mucho más amplio, y si bien no nos vincula jurídicamente, si se trata de criterios persuasivos, pues se trata de una de las Cortes Constitucionales más prestigiosas a nivel mundial y regional.

a. Afectación directa y específica que repercute

En un primer momento esta corte exige que la afectación sea “directa y específica”, y luego, habla que estas medidas deben “repercutir” en los pueblos indígenas.

(...) en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material [resaltado nuestro] de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.²³

También destaca esta Corte cuando dice que se trata de evaluar el “contenido material” de la medida, pasible de afectar a los pueblos indígenas. Es decir, más allá de los nombres y de las categorías, se pregunta si el contenido material de la medida afecta a los pueblos indígenas.

22 Dicho proyecto ha sido publicado en Ruiz Molleda (2012).

23 Sentencia C-30/08 de la Corte Constitucional de Colombia (2008)

b. Impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales

La Corte luego precisa que “afecta directamente” una medida, cuando estamos ante un impacto negativo o positivo que pueda tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales:

La jurisprudencia constitucional, en armonía con el derecho internacional, ha definido la afectación directa como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales [resaltado nuestro] que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. Procede entonces la consulta previa cuando existe evidencia razonable de que una medida es susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena o a una comunidad afro descendiente²⁴. [énfasis agregado]

Quisiera destacar la idea que la afectación directa, no solo tiene que ser presuntamente negativa, sino que también puede ser presuntamente positiva. Es decir, como en el caso Hidrovías, puede que para los funcionarios del Estado un determinado impacto parezca positivo, pero que para los pueblos indígenas este impacto sea negativo. Si no reparamos en esto, podemos legitimar la imposición de una concepción cultural dominante sobre los pueblos indígenas. En nuestra opinión, de esto peca la sentencia del TC, que en los hechos impone una visión y una concepción de la afectación directa, sin previamente escuchar y dialogar con los pueblos indígenas.

c. Diferencia entre afectación directa y área de influencia

Sin embargo, lo más notable de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia es cuando desarrolla la diferencia entre “afectación directa” y “área de influencia”. Esto resulta relevante para nuestra realidad donde las empresas mineras se apropian del concepto de “afectación directa”, y lo interpretan como “área de influencia”, con la finalidad de reducir el ámbito de aplicación de la consulta previa.

La Corte también ha destacado que el concepto de afectación directa difiere del de área de influencia de un proyecto. Este último concepto se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos [resaltado nuestro], en tanto la afectación directa, como se indicó, es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa y se identifican los impactos que se ocasionan a las comunidades étnicas, tanto en su territorio, como en su ambiente, salud y estructuras sociales y culturales, como se explica en el cuadro a continuación.²⁵

Y para mayor claridad dicha Corte presente este cuadro:

24 Párrafo 7.2 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018)

25 Párrafo 7.6 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018)

	Afectación directa	Área de influencia
Concepto	Identificación de medidas que impactan o amenazan los derechos e intereses de las comunidades indígenas desde el punto de vista territorial, cultural, social, espiritual o económico.	Instrumento solicitado en las licencias ambientales para identificar los impactos de los proyectos de exploración y explotación en el ambiente y la sociedad. (Decreto 1076 de 2015, ARTÍCULO 2.2.2.3.1.1).
Propósito	Identificar medidas que perturben a los indígenas en sus derechos, intereses y en sus ámbitos territorial, cultural, político, espiritual, ambiental y de salud, para celebrar Consulta Previa. Se identifica a través de un diálogo intercultural.	Fijar unos criterios técnicos para delimitar el área de los proyectos en relación con la valoración de los impactos sociales, ambientales y económicos de los mismos.
Fuente normativa	Convenio 169 OIT, PIDESC, PDCP, UNIDRIP, Constitución Política.	Consagración legal y reglamentaria.

Fuente: Corte Constitucional de Colombia (2018)

5. La otra opción: La determinación taxativa de los actos que deben ser consultados

Una alternativa a la definición de criterios para preciar la afectación directa es la determinación taxativa y específica, y casi casuística, de los actos que deben ser consultados. En efecto, el TC no solo debe mirar los criterios desarrollados a propósito del concepto de afectación directa, sino que también hay que revisar la lista de actos que deben ser consultados, desarrollado por el Convenio 169 OIT de manera tácita, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y por la Corte Constitucional de Colombia. El primero vinculante en el Perú, el segundo, se trata de un desarrollo realizado por una de las Cortes más prestigiosas como ya dijimos, el primero de los cuales también es vinculante.

5.1. Los actos que deben ser consultados según el Convenio 169 de la OIT

Si leemos con atención el Convenio 169 de la OIT podemos encontrar la identificación de actos específicos que deben ser consultados. Una interpretación sistemática sugiere los siguientes criterios:

5.1.1. Toda medida que afecte vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras

El artículo 7 del Convenio 169 de la OIT reconoce que “afecta” a los pueblos toda medida que afecte las vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Si bien este artículo está pensado para analizar la afectación al derecho a su propio modelo de desarrollo, resulta aplicable a la deter-

minación de la afectación directa a propósito del derecho a la consulta previa.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [resaltado nuestro].

La pertinencia de este criterio está confirmada con la última parte del artículo 7.1 cuando habla precisamente de la afectación directa. Una interpretación sistemática del conjunto del Convenio 169 de la OIT, exige mirar esta norma.

5.1.2. Actividades que afecten el uso, administración y conservación de los recursos naturales

El Convenio 169 de la OIT reconoce también que el acceso a los recursos naturales de los pueblos indígenas tiene una protección reforzada. Esta protección reforzada da cuenta de la importancia del acceso a los recursos naturales para los pueblos indígenas. En consecuencia, también deben ser consultados toda decisión administrativa y normativa que afecte estos recursos naturales, sobre las cuales tienen derechos de los pueblos indígenas.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras

deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

5.1.3. Afectación de actividades de subsistencia de los pueblos indígenas

El artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT debe ser leído en consonancia con el artículo 23.1 del Convenio 169 que establece de alguna manera la subsistencia de los pueblos indígenas como límite de las actividades extractivas en territorios de pueblos indígenas

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos..(...).

Lo que esta norma dice entre líneas, es que todo acto que afecta el acceso de los pueblos indígenas a los recursos naturales que garantizan su subsistencia, se entiende que afecta directamente a los pueblos indígenas. Este criterio resulta pertinente toda vez que la Corte IDH ha reconocido que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas no es un derecho absoluto, que puede ser restringido estableciéndose la subsistencia como límite precisamente a esta restricción. En un contexto de boom de actividades extractivas, este criterio, no por evidente resulta menos importante en nuestra opinión.

5.1.4. Transferencia de propiedad de los territorios de los pueblos indígenas deben ser consultadas

La consulta previa también procede de acuerdo con el artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando se transfiere propiedad de los pueblos indígenas.

Artículo 17

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

Se entiende, siempre que se transfiera de manera legal y constitucional la propiedad, pues si estamos ante restricciones ilegales, ante actos de despojo, la consulta no procede. No puede consultarse por ejemplo las concesiones forestales, pues está prohibido la existencia de bosques de producción permanente y concesiones forestales cuando, estas se superponen a territorios de comunidades nativas, debiendo redimensionarse estos, de conformidad con la R.M. 0368-2018-MIDAGRI.

5.2. Los actos que deben ser consultados según la Corte IDH porque afectan directamente

La Corte IDH también ha precisado un listado de actos que deben ser consultados. Se trata de pronunciamientos que resultan vinculantes para los operadores del sistema de justicia y para los particulares.

5.2.1. Lista de actividades en general

La Corte IDH en la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo del caso Saramaka vs Suriname, precisa una lista taxativa de posibles

supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. De este listado se desprende entre líneas un conjunto de criterios que definitivamente ayuda a precisar el contenido de afectación directa.

En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 5) .

Este tipo de criterios resultan muy valiosos para que la implementación del derecho a la consulta previa, pues orientan la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

5.2.2. Lista de actividades extractivas que deben ser consultadas

También la Corte IDH da cuenta de actividades que no solo deben ser consultadas sino donde además se debe obtener el consentimiento. De acuerdo con el principio de *quien puede lo más puede lo menos*, estos actos recogidos por la Corte IDH, de un pronunciamiento del Relator de las Naciones Unidas de los Derechos de Pueblos Indígenas, se vuelven vinculantes.

Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 43).

5.2.3. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala

La Corte IDH en otra oportunidad insiste en la consulta y en la obligación de obtener el consen-

timiento de planes de desarrollo y de inversión a gran escala.

Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio [resaltado nuestro], el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 42).

5.3. Los actos que deben ser consultados según la Corte Constitucional de Colombia porque afectan directamente

La Corte Constitucional de Colombia vas más allá, y desarrolla posibles supuestos de “afectación directa”. Se trata de un notable y sustancial desarrollo, que definitivamente ayuda y fortalece la consulta previa, y facilita la implementación de la consulta previa:

“La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (vii) asimismo si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o

posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido [resaltado nuestro]²⁶.

Insistimos que se trata de criterios desarrollados por una de las cortes constitucionales más prestigiosas, y cuya jurisprudencia es referencia obligada de nuestro Tribunal Constitucional.

6. Análisis del nuevo criterio desarrollo por el TC sobre afectación directa en la STC 01717-2014-PC

Una vez desarrollado estos considerandos, es el momento de analizar la STC No 01717-2014-PC. En ella se introduce un nuevo criterio que, en nuestra opinión, no resulta consistente y coherente con este corpus de criterios y principios desarrollados por el TC y por otras fuentes normativas.

Si bien estamos ante un concepto jurídico indeterminado, es en el caso concreto cuando se terminará de precisar si una determinada medida administrativa o normativa “afecta directamente” a pueblos indígenas, existen un corpus, es decir, un conjunto de criterios normativos desarrollados legislativa, reglamentariamente y jurisprudencialmente, sobre que debemos de entender por afectación directa.

Algunos criterios son más específicos y concretos, otros son más generales. En otros casos, se trata de criterios que se desprenden de normas que regulan el derecho a la consulta previa. En otros casos no se trata de criterios, sino de un listado taxativo de actos administrativos como hace la Corte IDH o la Corte Constitucional de Colombia.

No se trata de criterios disonantes, contradictorios, o antagónicos, sino criterios en gran medida consistentes y coherentes. Asimismo, no solo se trata de criterios persuasivos sino también de criterios vinculantes, criterios de cumplimiento obligatorio para los operadores del sistema de justicia y para los funcionarios públicos. Esto implica, que estos criterios deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar si una determinada medida afecta o no afecta directamente a los pueblos indígenas.

Estos criterios ampliamente desarrollados, no neutralizan el margen de apreciación, sino en nuestra opinión, reducen la posibilidad de incurrir en arbitrariedad por parte del órgano público, que debe evaluar si una determinada medida “afecta directamente” a los pueblos indígenas.

- La nueva tesis del TC de la afectación directa como “potencialidad de alterar estructuras”

En la STC No 01717-2014-AC el TC desarrolla un nuevo criterio sobre qué entender por afectación directa. El nuevo criterio es que se consulta cuando estamos ante normas que tienen “la potencialidad de alterar la estructura política, social, ambiental entre otras condiciones”.

Estas medidas pueden tener efectos sobre las poblaciones indígenas, pero no tienen la potencialidad de alterar la estructura política, social, cultural, ambiental, entre otras condiciones, de la comunidad indígena u originaria [resaltado nuestro]. Conviene recordar que, pese a que no activan el procedimiento de la consulta, deben desarrollarse en el marco del respeto y garantía de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general.²⁷

26 Párrafo 7.3 de la Sentencia SU 123-18 de la Corte Constitucional de Colombia (2018).

27 STC No 01717-2014-PC, f.j. 30

Lo primero que es conveniente preguntarnos, es si este nuevo criterio ¿añade o reemplaza? Los criterios ya existentes. Como podemos advertir, se ha pasado de la concepción que entendía afectación directa como “cambios relevantes y directos en la situación jurídica” a la concepción de afectación como “alteración de la estructura política, social y ambiental”. No queda claro si se añade un nuevo criterio o si reemplaza el criterio anterior.

Si leemos bien, advertiremos que al parecer para el TC estamos ante un criterio que reemplaza a los criterios anteriores. El hecho de citar sentencias anteriores no exime al TC de su obligación de motivar y fundamentar el nuevo criterio, y de explicar por qué se aparta de los criterios anteriores desarrollados. No podemos olvidar que el TC está atado a sus propios pronunciamientos.

También debe advertirse que el TC no explica qué debe entenderse qué significa alterar las “estructuras”. El tribunal debió de explicar el contenido del nuevo criterio, qué debemos entender por este nuevo criterio. Pues de no hacerlo estamos cambiando un nuevo concepto jurídico indeterminado por otro.

- Crítica a la No 01717-2014-PC: “Impacta pero no altera la estructura”

Como lo dijimos antes, se trata de un proceso constitucional de cumplimiento, donde se pedía la consulta previa de las Resoluciones Ministeriales No. 350-2012-MEM/DM y No. 209-2015-MEM/DM, que regulan la consulta previa de actos administrativos en materia de hidrocarburos y en materia de electricidad. En concreto, estas normas regulan qué medidas deben consultarse, cuándo deben consultarse y quién debe consultarlas, en materia de hidrocarburos y electricidad. La sentencia resuelve desestimar la demanda, y en

consecuencia, declarar que estas normas no deben ser consultadas.

El argumento del TC para pronunciarse contra la consulta de las normas cuestionadas a través del proceso constitucional es que, precisamente, las normas no alteran la estructura de las comunidades. El argumento del TC es que “impacta pero no altera la estructura”.

Como se puede observar, la identificación de los procedimientos administrativos en las actividades de hidrocarburos y electricidad establecida en la Resolución Ministerial 209-2015-MEM/DM, considerando una interpretación amplia, si bien impacta sobre las comunidades indígenas, al referirse a la consulta previa de esos procedimientos administrativos, **no plantea una prescripción u obligación de alguna conducta que tenga la potencialidad de alterar directamente la estructura social, económica, ambiental, territorial o jurídica de dicha población.** Asimismo, en la medida en que se ha advertido que la determinación del órgano a cargo y los términos en los que está planteada la oportunidad de la consulta previa de los procedimientos administrativos identificados **no generan una afectación directa a las comunidades indígenas** [resaltado nuestro], se concluye que este extremo de la Resolución Ministerial 209-2015- MEM/DM no activa la obligación de que sea consultada previamente.²⁸

En palabras del TC, al no “alterar” la estructura de las comunidades, estas normas no generan una “afectación directa”. Sobre la base de un nuevo criterio, el de “alteración de estructuras”, se pronuncia el TC para excluir de la consulta, nada menos que de una norma que regulaba la propia consulta previa de actividades que tiene intensa

28 STC No 01717-2014-PC, f.j. 59.

incidencia en los territorios de los pueblos indígenas.

Ciertamente, no todo lo que afecte a los pueblos indígenas debe ser consultado, pues no podemos pasarnos la vida consultando, como tampoco podemos reservar la consulta para los cambios que pongan en peligro la subsistencia de los pueblos indígenas. Se trata de cambios significativos.

Tras 26 años de entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, sentencias y criterios como este generan cierta incertidumbre, cierta zona gris, que abre las puertas para interpretaciones discrecionales que lindan en la arbitrariedad, y que en los hechos permiten la exclusión de la consulta de importantes y significativos actos administrativos que si afectan a las comunidades campesinas.

- Pero ¿Estamos ante un nuevo criterio?

Aparentemente, estamos ante un nuevo criterio, la “alteración de estructuras”, y aparentemente, este nuevo criterio exige cambios más intensos y significativos. Al parecer, afectación directa a los pueblos indígenas deberá ser entendida como aquellas afectaciones que generen impactos intensos y significativos, impactos que afectan las estructuras de las comunidades. El problema es que el Tc no llega a definir qué debemos entender por “estructuras”. En nuestra opinión, no se trata de un nuevo criterio, toda vez que el TC no llega a definir qué significa alterar las estructuras. Cambiamos un concepto jurídico indeterminado por otro. En realidad, estamos ante una sentencia del TC que incumple su propia jurisprudencia, que se aparta de la jurisprudencia de la Corte IDH, y que crea un nuevo concepto, que antes que arrojar luz, nos sigue dejando en la indeterminación y en la incertidumbre.

- TC no motiva su nuevo criterio

En definitiva, el TC no fundamenta ni explica qué significa y qué implica el nuevo criterio. Debió explicar mejor que significa en concreto alterar las estructuras. No pedimos que haga lo que hizo la Corte IDH o la Corte Constitucional de Colombia, de elaborar un listado taxativo de actos simplemente que precise mejor el contenido de este concepto o criterio.

No basta con citar pronunciamientos anteriores del TC. Motivar, fundamentar es dar argumentos, razón y causa de una decisión jurisdiccional. Es darle las explicaciones tanto fácticas como jurídicas a las partes. Como dice Víctor García Toma, dos son las funciones que cumple la motivación, primero, una garantía de defensa según la cual las partes deben conocer bajo qué sustento se les condena, absuelve o se les concede razón, a fin de que exista la posibilidad de impugnación. De haber razones podrá haber críticas y discrepancias. En segundo, lugar una función de garantía legitimadora, de conformidad con la cual la ciudadanía logra confiar en sus jueces mientras estos se apeguen al derecho (García Toma, 2008, p. 643).

Esta falta de motivación es puesta en evidencia por el voto singular de Eloy Espinoza, cuando sostiene:

Con lo anotado, me parece claro que el problema de fondo incide en la perspectiva limitada que se ha acogido, una vez más, respecto de la “afectación directa” que justifica el ejercicio del derecho a la consulta previa, libre e informada, entendido tan solo como, reitero, el “impacto positivo o negativo que altera las esferas política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras, de la comunidad indígena u originaria”, pues ella lamentablemente excluye, seguramente sin que este sea el propósito de mis colegas, aquello concerniente a la regulación del propio derecho a la consulta previa. En este orden de ideas, una perspectiva complementa-

ria debería incluir dentro de los supuestos de “afectación directa” a todos aquellos casos en los que podría existir una vulneración o amenaza de los diversos derechos fundamentales que titularizan las comunidades originarias [subrayado agregado] (y por cierto, de manera especial aquellos ámbitos relacionados con las esferas “política, económica, social, cultural, territorial, jurídica, ambiental, entre otras” a las que se alude en el proyecto).²⁹

Adviértase, que el magistrado Eloy Espinoza, habla de un nuevo criterio. Refiere a medidas positivas o negativas que afectan las “esferas” social, económica cultura, política, ambiental, etc.

- TC desconoce lo establecido por la Corte IDH

El emite sentencia sobre consulta previa, incumpliendo y desconociendo la jurisprudencia obligatoria de la Corte IDH. En el ítem 4 del párrafo 16 de la sentencia de la Corte IDH, de interpretación de la sentencia de fondo recaída en el caso Saramaka vs Surinam, esta corte precisa una lista de posibles supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. Uno de esos supuestos de consulta previa es:

En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: [...] (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres [resaltado nuestro] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, p. 5).

Adviértase que para la Corte IDH, en el ítem 4 del párrafo 16, la regulación del proceso de consulta debe ser consultado. No obstante, nuestro TC opi-

na de forma diferente, pues en este caso, considera que no debe ser consultado las normas que regulan quién, cuándo y qué acto administrativo en materia de hidrocarburos y electricidad debe ser consultado.

En ese sentido, el TC incumple y viola que el artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley No 31307, que establece que el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, según el cual “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

7. Conclusiones

- La “afectación directa”, como supuesto que justicia el ejercicio del derecho a la consulta previa, es un concepto jurídico indeterminado. La indeterminación de este concepto no otorga una absoluta facultad discrecional al Estado. La afectación directa deberá ser analizada a partir del caso concreto, momento en el cual deberá analizarse si hay afectación directa o no y concretarse, lo cual debe ser debidamente sustentando y fundamentado.
- Se ha desarrollado un conjunto de criterios sobre qué entender por afectación directa. Estos pueden ser encontrados en la legislación, en la ley de consulta y su reglamento, y fundamentalmente en la jurisprudencia del TC y de la Corte IDH. Estos criterios son vinculantes y deben ser tomados en cuenta por el Estado.

29 Voto singular del Magistrado Eloy Espinoza-Saldaña, STC 01717-2014-PC, f.j. 10

- El TC exige fundamentalmente que se tomen en cuenta 4 criterios al momento de recursos a los conceptos jurídicos indeterminados. Estos criterios son: 1) elementos reglados de esa actuación (cumplimiento de competencias y procedimientos previamente establecidos), 2) adecuada evaluación de los hechos sucedidos (los hechos determinantes), 3) respeto de ciertos principios generales del Derecho (proporcionalidad, buena fe y confianza legítima, igualdad, interdicción de la arbitrariedad), y, 4) respeto de los derechos fundamentales.
- Los criterios jurídicos desarrollados para analizar cuando una medida “afecta directamente” son los siguientes: Para el Convenio 169 de la OIT exige “perjudicar intereses de los pueblos indígenas”. La concepción de afectación directa de la Ley 29785 (Ley de consulta previa), es la “afectación de derechos colectivos”. La concepción en el Reglamento de la Ley 29785 por su lado, son “cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos”. La afectación directa para la Corte IDH, “deberá tomarse en cuenta la importancia de los territorios”. Por su lado, el TC ha desarrollado también varios criterios sobre “afectación directa”, esta referido a los “cambios relevantes y directos en la situación jurídica”, a “cambios relevantes, sustanciales y directos en la situación jurídica”, que la “determinación debe ser de buena fe”, que “medidas que menoscaban, perjudican, influyen desfavorablemente o provocar una alteración directa en los derechos e intereses colectivos de los pueblos indígenas”, que la afectación directa debe ser potencial, que debe ser una afectación concreta no abstracta, que la afectación de derechos fundamentales debe o poder ser en general, que la afectación puede ser de derechos e intereses, que la afectación directa “para” los pueblos indígenas debe analizarse en un marco intercultural.
- En otros casos, la Corte IDH ha definido taxativamente, los posibles supuestos donde corresponde la realización de la consulta previa. De este listado se desprende ente líneas un conjunto de criterios que definitivamente ayuda a precisar el contenido de afectación directa:

“En este sentido, la Sentencia ordena al Estado consultar con el pueblo Saramaka al menos acerca de los siguientes seis asuntos: (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorgue a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio Saramaka”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008, pp. 5-6).
- El TC en la STC 01717-2014-PC desarrolla nuevo criterio sobre afectación directa que no motiva y que se aparta de los criterios estable-

cidos lo cual resulta arbitrario. Según este, no basta con que una determinada medida “impacte” en los pueblos indígenas, sino que tiene que “alterar” las estructuras sociales, culturales, económicas, ambientales, políticas, etc. El problema es que el TC no define que es alterar una estructura. En tal sentido, la STC 01717-2014-PC es arbitraria en varios sentidos. Primero porque no motiva el nuevo criterio, más aún cuando estamos ante un concepto que tiene naturaleza de concepto jurídicamente indeterminado. Es arbitrario también, porque no motiva porque se aparta de su propio criterio, desarrollado anteriormente. Arbitrario también porque no explica porque ignora el sustancioso desarrollo del concepto de aplicación directa en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Bibliografía

- García de Enterría, E. (2004). *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Palestra.
- García Toma, Víctor. (2008). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Jurista Editores
- Ruiz Molleda, J. (2012): La consulta previa de los pueblos indígenas del Perú: Compendio de Legislación y jurisprudencia. Instituto de Defensa Legal.
- Ruiz Molleda, J. (2014). Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los «Pretextos Jurídicos» del Gobierno para Incumplirla. *Derecho & Sociedad*, (42), 179-192.
- Ruiz Molleda, J. y Abdo, P. (4 de octubre de 2018). “Autoridad Nacional del Agua desconoce gestión de las aguas por las comunidades campesinas. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2018/10/04/autoridad-nacional-del-agua-desconoce-gestion-de-las-aguas-por-las-comunidades-campesinas/>.
- Anaya, J. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas* (Documento ONU A/HRC/12/34). Consejo de Derecho Humanos, Organización de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8057.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Norma y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA/Ser.L./V/II, Doc. 56/09). Organización de los Estados Americanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

