IUS ET VERITAS

DERECHO CONTRACTUAL

67

EDICIÓN SESENTA Y SIETE

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS

Coordinador General:
Walter Vásquez Rebaza

Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Fernando Espejo Ramos, Thayra Luna Marroquín y Hania Cárdenas Peña.
Diagramación realizada por Betsy María Palomino Vergara

La Revista se terminó de diagramar en diciembre de 2023.

La presente edición de IUS ET VERITAS es una Revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, el Equipo Editorial de IUS ET VERITAS publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad son ahora reconocidos y acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja, uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a Información Científica para la Innovación del Concytec.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra adherida a la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV) de FLASCO Argentina.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en Scopus, constituyéndose como la primera Revista gestionada por estudiantes de Derecho del Perú en indexarse a la base de datos de la editorial Elsevier.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: http://iusetveritas.com

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com

La Asociación IUS ET VERITAS y el Equipo Editorial de la Revista no se solidarizan necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.

ius et veritasius et veritasius et veritas

Equipo editorial

Editora General

Lucía Guadalupe Unzueta Zari, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
lucia.unzueta@pucp.edu.pe

Equipo Editorial

Ana Murhiel Diaz Aguilar, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
murhiel.diaz@pucp.edu.pe

Aymar Sotomayor Zumarán, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
aymar.sotomayor@pucp.edu.pe

Daniela Scotto Sheen, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
dscottos@pucp.edu.pe

Gabriela Rubí Díaz Quintana, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
diaz.gabriela@pucp.edu.pe

Luciana Brenda Chávez Gálvez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
a20200709@pucp.edu.pe

Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)
boldo@uji.es

Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@ulima.edu.pe

Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe

Milay Burgos Matamoros, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)
mburgosm@derecho.unam.mx

Mônia Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br

Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
boza.g@pucp.edu.pe

Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)
jaime.pintos@udima.es

José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)
jugaz@bvu.pe

Comité Científico Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto.romboli@unipi.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu

Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de

Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu

Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es

Miluska Orbegoso Silva, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx

William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu

Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe

Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe

Índice

Artículos

Sección Principal

Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento: restituciones e indemnización por daños en una perspectiva de comparación dentro de la latinidad jurídica

Effects of contract termination for breach of contract: restitution and damages in a comparative perspective within the legal latinity
Andrea Nicolussi
María Isabel Troncoso 9

Contratación, administración o uso exclusivo sobre bienes en copropiedad y tutela jurídica de los copropietarios excluidos. Redescubriendo la gestión de negocios ajenos (negotiorum gestio)

Contracting, management, or exclusive use of co-owned property and legal protection of the pretermitted co-owners. Rediscovering the management of other people's affairs (negotiorum gestio)
Leysser León Hilario 30

Las formalidades convencionales en la contratación moderna. La cláusula de no modificación oral o "no oral modification clause" y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia

Contractual formalities in modern contracting. No oral modification clauses and the doctrine of venire contra factum proprium as a limit to its enforceability
Rodrigo Momberg Uribe
Gonzalo Severin Fuster 61

A noção de "risco normal" nas opções de venda relacionadas a investimentos no setor energético

The idea of "normal risk" on put options related to investments in the energy sector
Judith Martins-Costa 76

El control del contenido en contratos estandarizados
Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano

The control of content in standardized contracts. Analysis of the prohibition of abusive clauses under article 1399 of the Peruvian Civil Code
Walter Humberto Vásquez Rebaza 87

Libertad contractual, libertad religiosa y principio de no discriminación: reflexiones desde la experiencia del common law

Freedom of contract, religious freedom and the principle of non-discrimination: reflections from the common law experience
Francesca Benatti 135

O desenvolvimento da disciplina da transação no direito privado brasileiro e seu papel como instrumento de autoregulação dos conflitos entre particulares

The development of the discipline of settlement in brazilian private law and its role as an instrument for self-regulation of conflicts between private parties
Fábio Siebeneichler De Andrade 147

La distinción entre la estafa y el incumplimiento contractual
Sobre la relevancia penal del engaño en los contratos

The distinction between swindle crime and the breach of contract About the criminal relevance of deceit in contracts
Raúl Pariona Arana 162

La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el Derecho peruano

The remoteness rule as a distinctive element of liability for breach of contract in Peruvian Law
Daniel Ugarte Mostajo 175

La Protección al Consumidor en las Estructuras Negociales Contemporáneas: a Propósito de la Conexidad Contractual en los Contratos de Consumo

Consumer Protection in Contemporary Business Structures: About Contractual Connectedness in Consumer Contracts
Sandra Frustagli **189**

Sección General

La defectuosa construcción del lawfare como mito en Brasil y Argentina: entre la pesadilla y el noble sueño de la neutralidad política en la justicia penal

Constructing a Defective Myth: The Case of Lawfare Between Nightmare and a Noble Dream of Neutral Politics in Criminal Courts
Luciano D. Laise **203**

La teoría de la coautoría no ejecutiva e imputación penal a líderes de protestas sociales

The theory of non-executive co-authorship and criminal charges against leaders of social protests
Rafael Chanjan Documet **221**

Sobre la posibilidad de implementar la Cooperación Judicial en materia penal en la Comunidad Andina: algunas lecciones de la Unión Europea y del MERCOSUR

On the possibility of implementing Judicial Cooperation in criminal matters in the Andean Community: some lessons from the European Union and MERCOSUR
Humberto Zuñiga Schroder **231**

Consejo Directivo:

Directora Ejecutiva:	Sandra Tamara Arenas Masías
Directora de Publicaciones:	Lucía Guadalupe Unzueta Zari
Director de IUS 360:	Gabriel Marcelo García Long
Directora de Investigación Académica:	Mariafernanda Katherine Cárdenas Morales
Directora de Imagen Institucional:	Nicolle Alexandra Velásquez Oré
Directora de Gestión Institucional:	Xiomara Aguirre Merino
Directora de Recursos Humanos:	Alexandra Victoria Quiquia Rodriguez
Directora de Desarrollo Social - SIEMBRA:	Brenda Sofía Elizabeth Guevara Martínez
Director de Cursos:	Jean Harold Atencio Alania
Director de Podcast y Multimedia:	Ronald Sebastián Yaipén Polo
Directora de Eventos:	Camila Shigueto Herrera
Directora de Financiamiento:	Silvana Cubas Pereyra

Publicaciones

Luciana Brenda Chávez Gálvez
Aymar Sotomayor Zumarán
Gabriela Rubí Díaz Quintana
Daniela Camila Scotto Sheen
Ana Murhiel Diaz Aguilar

IUS 360

Antuanet Arait Choque Medina
Álvaro Marcelo Chamán Aragonez
Daniela Jimena Beisaga Aldazabal
Francesca Joana Escobedo Chuiso
Leine Nicel Meza Lazo
Kori Espinoza Cifuentes

Investigación Académica

Kiara Nieva Manrique
Alejandro Gael Del Carpio Briceño
Yuvys Andrea Martínez Calle
Andrea Alexandra Herrera Enciso

Imagen Institucional

Fara Daniela Purihuaman Cubillas
Fernando Gabriel Espejo Ramos
Hania Cárdenas Peña
Fiorella Dayana Bedoya Fernández
Ashely Nahir Valverde Gutierrez
Thayra Luna Marroquín
Christian Aarón Monteagudo Reyes

Gestión Institucional

Luis Angel Toralva Valverde
Ronald Augusto Atahui Cervantes

Recursos Humanos

Andrea Belén Gómez La Rosa
Lucía Carolina Castillo Urquieta
Abigail Condori Acevedo

Siembra

Vania Isabel Mendoza Castillo
Lidia Mariana Gabriela Ruiz Vásquez
Vera Camila Delgado Díaz
Andrea Alexandra Dávila Carrasco

Cursos

Jose Luis Manrique Barthé
Perla Bullón Flores
Sandra Daisy Benites Briones
Yahaira Sthefanny Melannie Mendoza Taboada
Valeria Antuanett Caruajulca Paredes

Podcast y Multimedia

Adelí Anthonella Ríos Calla
Adriana Milagros Palomino Revilla
Christ Ximena Quispe Aquino

Eventos

Julio Velásquez Rivera
Dayra Vasquez Sánchez
Romina Alexandra Medina Vicuña
Daniela Alejandra Coronado Carranza
Harleth Fiestas Mamani

Financiamiento

Diego Mollinedo Barreto
Nikol Kimberly Collana Maquin
María Fernanda Quilcate Ramírez

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.001

Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento: restituciones e indemnización por daños en una perspectiva de comparación dentro de la latinidad jurídica(*)(**)

Effects of contract termination for breach of contract: restitution and damages in a comparative perspective within the legal latinity

Andrea Nicolussi(***)
Universitá del Sacro Cuore di Milán (Milán, Italia)

María Isabel Troncoso(****)
Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)

Resumen: El ensayo aborda las restituciones derivadas de la resolución por incumplimiento en un horizonte comparativo dentro de la latinidad jurídica. En particular, se comparan las soluciones aceptadas en el derecho italiano (latinidad jurídica europea), y las de dos ordenamientos latinoamericanos, Colombia y Perú. Desde el punto de vista de la disciplina dedicada a la resolución y sus consecuencias, los códigos italiano y peruano son los más avanzados, mientras que el colombiano, que data del siglo XIX, deja un amplio espacio al desarrollo jurisprudencial de la figura.

En cualquier caso, los tres ordenamientos parecen converger en la función de las restituciones como herramienta para devolver a las partes a la situación económica anterior al contrato. Sin embargo, en lo que respecta al fundamento de la función restitutiva, persisten las incertidumbres entre la repetición de lo indebido y devoluciones específicamente reguladas por la resolución. Incluso el vínculo recíproco entre las restituciones debidas por ambas partes sigue siendo poco profundizado.

Finalmente, la coordinación entre restituciones e indemnización de daños y perjuicios en el marco de la resolución parece captada más claramente en la doctrina italiana, a la que la peruana parece más cercana. La indemnización de daños y perjuicios tiene que ser compatible con el hecho de que la parte cumplida del contrato ya no debe su observancia al mismo, y además de renuncia también a la contraprestación. La indemnización, por

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 10 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 13 de noviembre de 2023.

(**) Los autores expresan su agradecimiento y reconocimiento a Héctor Campos García, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y candidato a Doctor en la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, quién colaboró con valiosas precisiones en materia de resolución del contrato en el derecho peruano.

(***) Abogado por la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (Milán, Italia). Doctor en Derecho Civil por la misma casa de estudio. Profesor Ordinario de Derecho civil en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Docente internacional de la Maestría de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4038-2432. Correo electrónico: andrea.nicolussi@unicatt.it.

(****) Abogada por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Magíster en Droit Privé Général y DSU Droit Civil Paris I por la Universidad Panthéon-Assas. Doctora en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad Contractual y Extracontractual. ORCID: https://orcid.org/0009-0007-0419-1675. Correo electrónico: maria.troncoso@externado.edu.co.

tanto, no puede incluir el valor de la prestación incumplida, sino que debe proteger a la parte fiel al contrato en lo que respecta a su interés positivo en el mismo, es decir, en el beneficio que le habría aportado la prestación debida por la parte que incumplió.

Palabras clave: Restituciones - Resolución - Daños y perjuicios - Latinidad jurídica - Contratos - Derecho civil

Abstract: The essay addresses the restitutions derived from the resolution for non-compliance in a comparative way within the "legal Latinity". It compares the solutions accepted in Italian law (European legal latinity), and those of two Latin American legal systems, Colombia, and Peru. From the point of view of the discipline dedicated to resolution (termination) and its consequences, the Italian and Peruvian codes are the most advanced, while the Colombian one, which dates from the nineteenth century, leaves ample room for the jurisprudential development of this remedy. In any event, the three legal systems seem to converge on the role of restitution as a tool to return the parties to the economic situation prior to the contract. However, with regard to the basis of the restitution function, uncertainties persist between the condictio indebiti and restitutions specifically regulated in the framework of rhe resolution (termination). Even the reciprocal link between the restitutions owed by the two parties remains undeepened.

Finally, the coordination between restitution and compensation for damages in the context of the resolution seems to be more clearly captured in the Italian doctrine, to which the Peruvian doctrine seems closer. Damages must be compatible with the fact that the fullfilling party of the contract no longer owes its observance to the contract, and waives the consideration. Damages cannot therefore include the value of the performance unfulfilled, but must protect the party who is faithful to the contract in terms of its positive interest in the contract, that is to say, the benefit that he would have obtained by using the performance due if it had been fulfilled.

Keywords: Restitution - Determination - Damages - Legal latinity - Contracts - Civil Law

1. Introducción

Entre otros mecanismos jurídicos, la resolución del contrato cuenta con diversas aristas y matices, y sirve para extinguirlo. Esta figura puede tener lugar en varios eventos: sea por el incumplimiento de una de las partes, sea por la imposibilidad sobrevenida, sea por la excesiva onerosidad de la prestación. El presente artículo tiene como objetivo analizar los efectos de la resolución del contrato únicamente en caso de incumplimiento de una de las partes.

Cuando existe incumplimiento la parte cumplida del contrato tiene a su disposición dos opciones: de un lado, continuar con el contrato, y en tal caso el camino a seguir es solicitar su ejecución forzada; de otro lado, puede simplemente liberarse del vínculo con su co-contratante, y renunciar formalmente al contrato y a cualquier contraprestación pendiente, y hacer que el incumplimiento sea definitivo (Mengoni, 2011, p.5)(1). En ambos casos, la pretensión puede estar acompañada de la solicitud de indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento ha podido causar.

En general se afirma que la resolución extingue el contrato y libera a las partes de las obligaciones derivadas, todo ello con un efecto retroactivo que implica que se deben restituir las prestaciones que han sido ejecutadas en observancia del contrato. El objetivo es que las partes vuelvan al *status quo ante* la celebración del contrato, y que, además, la parte fiel pueda recibir protección en razón del incumplimiento de la otra. Si analizamos la resolución desde este punto de vista emergen diversas cuestiones que no siempre han sido abordadas en la doctrina jurídica, por ejemplo, la distinción entre la restitución de las prestaciones y la indemnización por daños, la naturaleza extracontractual o contractual de las restituciones, así como la naturaleza y el criterio de cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios. Son estas cuestiones importantes que vamos a explorar.

Para abordar el tema de los efectos de la resolución(2), lo primero en señalar es que la extinción del contrato tiene efecto retroactivo(3), excepto en el caso de contratos de ejecución continua o periódica, respecto

(1) La aclaración es importante porque, dada la primacía del cumplimiento en especie en algunos derechos, como el italiano y el colombiano, el carácter definitivo del incumplimiento marca el paso a la posibilidad de solicitar una indemnización.

(2) Para una primera aproximación al tema, *véase* "Derecho civil. 3. El contrato" de Massimo Bianca (2007): "Según la eficacia, la resolución se divide fundamentalmente en resolución retroactiva o no retroactiva. La primera hace desaparecer la eficacia del contrato desde el momento de su origen, lo que significa que entre las partes los efectos jurídicos que hayan realizado se deben cancelar con la obligación de restituir las prestaciones recibidas y, más en general, de volver a la situación anterior en cuanto haya

de los cuales el efecto es de una simple interrupción pues, por la imposibilidad o gran complejidad que ello tendría, en ese tipo de contratos la retroactividad no puede extenderse a las prestaciones ya realizadas(4). Diversamente, la obligación de indemnizar es consecuencia del daño que ha sido causado por la parte incumplida del contrato.

De aquí se derivan diversas interrogantes relativas a los efectos de la resolución en cuanto a las restituciones. El problema surge sobre todo cuando no son posibles porque, por ejemplo, la cosa ha perecido o cuando, por su naturaleza, la prestación no se puede devolver, como en el caso de un *facere*. Por otra parte, la indemnización no puede resolver los problemas específicos de la restitución que se refieren tanto a las devoluciones a favor de la parte fiel como de la parte incumplida. Por ejemplo, la pérdida de la cosa que ha sido oportunamente entregada por una de las partes no es causalmente imputable al incumplimiento de la otra y, por tanto, no entra propiamente en el dominio de la indemnización. Tampoco se trata de una pérdida posterior al momento en que surge la obligación de restitución, sino anterior a ella, siendo la obligación de restitución función de la resolución. Además, es necesario distinguir la indemnización que la parte cumplida puede solicitar cuando no resuelve el contrato, y por tanto sigue debiendo su ejecución, lo que dista de la indemnización que él mismo puede solicitar tras la resolución que lo libera de ejecutar la prestación a su cargo. En todo caso, la disolución por resolución del contrato comprende incluso la etapa de las restituciones y el resarcimiento de eventuales daños, pues solo así se llega al *status quo ante*, misión de la resolución.

Es así que el tema central del presente trabajo son los efectos de la acción resolutoria del contrato a la luz de los disciplinas italiana, colombiana y peruana. Esta elección metodológica –abordar la cuestión en términos de comparación– se debe al hecho de que la resolución es una institución relativamente reciente que sólo en el último siglo se volvió autónoma de la condición de resolución en Francia, por ejemplo. De allí la necesidad de elaborar un estudio que capitalice el aporte de las diversas experiencias jurídicas, ya que, después de todo, somos cada vez más conscientes de una latinidad jurídica que une la latinidad europea y la americana en un horizonte jurídico que puede ser un campo útil y valioso de estudio y comparación(5).

Para abordar el tema, en un primer momento elucidaremos el mecanismo de la resolución por (i) incumplimiento, para poder, en un segundo tiempo, (ii) analizar sus efectos.

2. La resolución del contrato por incumplimiento

Tanto en Italia, como en Colombia y Perú, existe la resolución del contrato como un remedio para el incumplimiento. Contrario al caso colombiano, los códigos peruano e italiano son más modernos y prevén una acción de resolución específica para el incumplimiento, quedando así superada la figura creada por el derecho francés de la condición resolutoria de incumplimiento implícito. A continuación, haremos una breve referencia al ordenamiento actual de cada país, recorrido durante el cual se abordan tanto el concepto como la diferencia con otras instituciones, como la nulidad.

2.1. Concepto de resolución en Perú, Colombia e Italia

2.1.1. La resolución del contrato en Perú

El Código Civil peruano (en adelante, CCP) data del año 1984 y es el más reciente de los tres. Con respecto a las dos previsiones normativas de la resolución, mientras que

sido modificada por los actos de ejecución del contrato. La ejecución no retroactiva priva de eficacia al contrato, pero deja en forme los efectos que ya se produjeron y las prestaciones ya ejecutadas, además de la obligación de pagar el precio. Esta resolución comporta, en sentido estricto, una interrupción del contrato" (pp. 752 y ss). Para una profundización en italiano, *véase* "Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie" de Angelo Belfiore (1988) y "Le restituzioni *de iure condendo*" de Andrea Nicolussi (2012); y, en castellano, *véase* "Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato: reflexiones a partir de algunas tendencias recientes en el derecho comparado" de Javier Rodríguez Olmos (2014).

(3) "La resolución como la nulidad actúan retroactivamente. La consecuencia de esto es que los contratantes deben proceder a la repetición de lo que se ha ejecutado. La resolución se distingue de la nulidad por cuanto sanciona la inejecución de las obligaciones de un contrato válidamente formado, mientras que la nulidad sanciona la ausencia de una condición de validez del contrato" (Larroumet, 1999, pp. 143 y ss).

(4) En este estudio no se tendrán en cuenta estas últimas hipótesis, limitándose la atención a los casos de resolución retroactiva.

(5) Al respecto, la latinidad jurídica es un término para referirse a la macrofamilia jurídica intercontinental conformada por algunos países europeos y los países latinoamericanos que comparten raíces latinas comunes, así como también una experiencia similar en materia de codificación. *V*éase "Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù" y "Prólogo en The Influence of The Italian Civil Law in Latin-America 80th Anniversary of the Codice Civile 1942" de Andrea Nicolussi (2019; s/f).

en el artículo 1371 CCP. solo se prevé la existencia de esta figura, el artículo 1372 CCP. establece su funcionamiento o mecanismo. Así, la resolución tendrá efectos retroactivos y "la retroactividad puede ser más o menos acentuada según las circunstancias" (Forno, 1994). Se reconoce que, en la resolución por imposibilidad sobreviniente de la prestación, al producirse el efecto extintivo se excluye automáticamente la retroactividad. Sin embargo, ello no sucede para todos los casos de resolución por incumplimiento, ni en los casos de resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

El tema de la retroactividad ha sido objeto de un álgido debate en la doctrina y también de un considerable desarrollo en la ley, lo cual se analizará con más detalle adelante. Por ahora señalaremos que esta figura se aplica con efecto retroactivo de forma incontestable a los contratos de ejecución instantánea; el efecto retroactivo en este tipo de contratos pretende que las prestaciones ejecutadas sean devueltas por las partes, lo que permite que puedan retornar a la situación en que se encontraban antes del acuerdo de voluntades. Las restituciones son la consecuencia más importante de esta figura, por lo que pueden encontrar diversas dificultades que obedecen a las diferentes circunstancias de la forma contractual, y del incumplimiento de las prestaciones. Todo ello teniendo en cuenta que, a diferencia de la nulidad, las prestaciones tuvieron como causa la relación vinculante y válida entre las partes.

En otras palabras, es preciso destacar que aquellos contratos que prevén una ejecución instantánea derivan en una resolución cuyos efectos corresponden a una retroactividad que se debe proyectar hasta el momento de su celebración. En cambio, en aquellos compromisos contractuales que prevén prestaciones que se planean de forma continua y/o periódica el efecto retroactivo de la resolución encuentra una excepción: no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, es decir, no hay retroactividad, sino que su efecto es prospectivo, por lo que las prestaciones afectadas serán aquellas que estén pendientes de ejecución. Lo anterior, teniendo en cuenta los intereses que se derivan de cada uno de los tipos contractuales. Actualmente la doctrina y la jurisprudencia(6) peruanas reconocen que la retroactividad de la resolución opera de diferente manera en los contratos de ejecución instantánea y en los contratos de duración(7).

2.1.2. La resolución del contrato en Colombia

El Código Civil colombiano (CCC) contiene la figura de la resolución del contrato en su forma arcaica(8), es decir, en los mismos términos que el Código Civil francés antes de la modificación operada en el año 2016. En otras palabras, en Colombia la resolución del contrato tiene dos formas: i) como la previsión de las partes de una condición cuyo cumplimiento extingue el contrato (art. 1536), y ii) como una condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, es decir, uno de los remedios de los que dispone el acreedor frente a un incumplimiento del deudor(9) (art. 1546). La norma sobre la resolución de los contratos se halla en medio de los artículos que regulan la condición como modalidad de las obligaciones. Por supuesto, ello significa obligaciones contractuales. En todo caso, el libro sobre las obligaciones también comprende la resolución como uno de los modos de extinción de las obligaciones(10) (art. 1625 num. 9 CCC).

La resolución plasmada en el Código Civil como una condición implícita en los contratos que solamente puede ser pronunciada por el juez no está al alcance del contratante incumplido, sino solo del contratante afectado por el incumplimiento (Gárces, 2015). Al

(6) A manera de ejemplo, en la Casación 1977-2001-Lima se indica: "Resulta aplicable el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en el sentido de que producida la resolución del contrato las prestaciones ejecutadas deben restituirse; además, el tenor literal del segundo y tercer párrafo del artículo 1372 se enmarca en el supuesto de los contratos de ejecución duradera; sin embargo, en el caso de los contratos de ejecución instantánea, atendiendo a una interpretación sistemática por comparación con otras normas (enriquecimiento indebido) y de acuerdo al criterio axiológico, la resolución contractual se proyecta hasta el momento mismo en que surge la relación jurídica, de manera que se deberá restituir el bien inmueble, así como el dinero entregado".

(7) Para mayor información, *véase* "Resolución y rescisión" de Mario Castillo Freyre (2005), "Teoría general del contrato" de Aníbal Torres Vásquez (2012); "La resolución del contrato y sus efectos" de Rómulo Morales Hervías (2013), "La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial" de Jimmy Ronquillo Pascual (2013), "Consecuencias de la resolución por incumplimiento contractual: efecto liberatorio, restitutivo y resarcitorio" de Alfredo Soria Aguilar (2022).

(8) Código Civil colombiano. Artículo 1546: "(…) en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

(9) Los remedios por incumplimiento son: (i) resolución, (ii) ejecución forzosa, (iii) indemnización de perjuicios e intereses y (iv) excepción de inejecución.

(10) Esta forma de resolución también está prevista por el artículo 1456 del Codice civile italiano.

respecto, la Corte Suprema ha establecido la posición según la cual la acción de ejecución forzosa y la acción de resolución del contrato están en igual nivel de jerarquía y, como consecuencia, el acreedor insatisfecho puede interponer cualquiera de las dos a su arbitrio, ambas acompañadas de la solicitud de indemnización de los daños causados.

La jurisprudencia ha aceptado que la acción de responsabilidad contractual se interponga de manera independiente de las acciones de resolución y de ejecución forzosa, como sucede en materia mercantil (art. 925 CCC)[11].

2.1.3. La resolución del contrato en Italia

En Italia existe una acción de resolución específica para el incumplimiento (art. 1453)[12] que es retroactiva sólo entre las partes y no frente a terceros. Esto implica que sólo se puede restituir la propiedad anterior al contrato si el adquirente no ha dispuesto de este a favor de terceros, pues de ser así la propiedad adquirida por el tercero se debe respetar como un derecho adquirido *a domino*[13]. Lo anterior, sin perjuicio de los efectos de la transcripción de la solicitud de resolución (art. 1458, Código Civil italiano). Además, la retroactividad de la resolución es compatible con la indemnización de daños y perjuicios. Aunque también se establece alternativamente en la acción de cumplimiento en especie, en este caso la resolución requiere un incumplimiento importante, importancia que se mide según el interés del acreedor en el cumplimiento[14]. Este requisito de importancia busca prevenir acciones de resolución de carácter oportunista. Quiere ello decir, acciones de resolución debidas no tanto a un desempeño inexacto de una de las partes sino a la arbitrariedad o a una reevaluación de la conveniencia de la operación por alguna de las partes. En ese sentido, el control judicial no se limita a constatar un incumplimiento cualquiera, sino que debe verificar que el incumplimiento obedezca al criterio de "importancia" previsto por la ley y, por tanto, que no represente un simple pretexto para evadir del contrato.

El Código Civil italiano distingue claramente la resolución de la condición resolutoria: una opera retroactivamente con efecto *inter partes*, la otra con efecto *erga omnes* o frente a terceros[15]. Sin embargo, salvo disposición legal o estipulación en contrario, la retroactividad de la condición resolutoria no afecta al comprador, pues los frutos recibidos por él vencen a partir del día en que se cumple la condición[16]. Esta regla no está incluida en la disciplina de la resolución; de hecho, si bien puede tener sentido que la parte aproveche los frutos hasta que se cumpla la condición, en la resolución por incumplimiento la finalidad de devolver a las partes a su situación económica anterior al contrato requiere que los frutos también sean devueltos.

En cualquier caso, tanto en la hipótesis de condición resolutoria como en la de resolución por incumplimiento el contrato nace originalmente válido y eficaz, y por eso es necesaria una acción judicial para privarlo de su eficacia o una declaración por la parte fiel prevista en tres hipótesis por la ley como resolución extrajudicial.

---

(11) Código de Comercio colombiano. Artículo 925. "Indemnización por tradición no válida. El comprador tendrá derecho a exigir el pago de perjuicios por el incumplimiento del vendedor a su obligación de hacerle tradición válida, sin necesidad de instaurar previamente cualquiera de las acciones consagradas en el artículo 1546 del Código Civil y de este Libro".

(12) Código Civil italiano. "Artículo 1453. Risolubilità del contratto per inadempimento. Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno. La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione".

(13) La retroactividad de la resolución es una retroactividad relativa u obligatoria que no es verdadera retroactividad. Para mayor información, *véase* "Gli acquisti "a non domino"" de Luigi Mengoni (1975), "Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali" de Salvatore Pugliatti (1951). Según Belfiore, la retroactividad en términos de rescisión por incumplimiento expresa "un núcleo de significados", de reglas, que constituyen sólo una parte de la compleja disciplina de resolución (1988, p. 389 y ss.). El mismo autor habla de la resolución, como herramienta para eliminar la eficacia del contrato, y como medio para conformar cualitativamente el patrimonio de las partes que lo estipularon (p. 277).

(14) Código Civil italiano. Artículo 1455. "Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

(15) Código Civil italiano. Artículo 1357. "Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso (art. 1360). Chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporne in pendenza di questa; ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione".

(16) Código Civil italiano. Artículo 1361. "Salvo diverse disposizioni di legge o diversa pattuizione, i frutti percepiti sono dovuti dal giorno in cui la condizione si è avverata".

2.1.4. Reflexiones sobre los tres ordenamientos

En la legislación italiana, colombiana[17] y peruana[18] la resolución del contrato supone que este nació válidamente a la vida jurídica y es eficaz, es decir, se trata de un contrato válidamente celebrado y con vocación de surtir todos sus efectos. En caso de incumplimiento, como situación acaecida luego de su válida existencia, la parte fiel o cumplida tiene la alternativa de demandar, sea el cumplimiento forzado del contrato, sea su resolución, lo que significa su extinción y la correspondiente cesación de efectos, en ambos casos (cumplimiento forzado o resolución) acompañado de la indemnización de daños y perjuicios.

En las tres disciplinas la resolución conlleva al efecto retroactivo, que consiste en restituir o devolver a las partes a la situación en que se encontraban antes del contrato. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en su sentencia del 25 de noviembre de 1935 ha determinado que:

> Se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse (…) el contrato resuelto queda (sin efectos). Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte (…) obliga al juez a eliminarlo.

Al resolverse el contrato su efecto es situar a las partes en el *status quo ante*, es decir, la situación que tenían las partes antes de su celebración como si nunca se hubiese celebrado, debiendo para ello restituir lo que recibieron recíprocamente, salvo que la naturaleza de las prestaciones no lo permita. Así sucede en los contratos de tracto sucesivo en los que la resolución es más un sinónimo de interrupción y cesa sus efectos hacia el futuro.

En todo caso, vale resaltar lo que el artículo 1372 del CCP dispone respecto de los efectos de la resolución: (i) "los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva"; (ii) "las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraban al momento en que se produce la causal que la motiva, y si ello no fuera posible deben reembolsarse, en dinero, el valor que tenían en dicho momento", y (iii) "no se perjudican los derechos adquiridos de buena fe". Aclaraciones normativas debidas, seguramente, a que el artículo original preveía un efecto no retroactivo. Todo esto será analizado en el capítulo siguiente relativo a los efectos de la resolución.

Con todo, no quisiéramos dejar de mencionar que también existe otro tipo de resolución contractual: la que se hace sin el pronunciamiento del juez, mecanismo que opera en el ordenamiento francés e italiano, según la ley, y en otros ordenamientos a partir de la casuística. A continuación, haremos unas breves anotaciones al respecto.

2.2. La resolución extrajudicial o declarada por una de las partes (casos francés e italiano)

Antes del 2016 en Francia se preveía una norma similar a la norma vigente en el derecho colombiano[19]. Sin embargo, la reforma del *Code civil* operada en 2016 por la *Ordonnance* 2016-131 del 10 de febrero de 2016 artículo 2 derogó el artículo 1184 ya mencionado y en su lugar se introdujeron los artículos 1224 al 1230 que regulan la institución de la resolución del contrato.

Esta modificación en el Código Civil francés permitió a las partes resolver unilateral y extrajudicialmente el contrato, lo que ya existía en la jurisprudencia[20], y que implica que la resolución ya no necesita siempre ser declarada por el juez. Así, en Francia la parte cumplida o fiel del contrato no está obligada a acudir al juez para que sea declarada la resolución, sino que ella misma podrá "bajo su propia responsabilidad y asumiendo los riesgos que esto implica, resolver el contrato por vía de notificación. Salvo urgencia, esta parte fiel deberá previamente constituir en mora al deudor incumplido invitándolo a honrar su compromiso en un plazo razonable"[21].

El legislador francés dinamiza así el mecanismo de la resolución que tiene por

(17) Código Civil colombiano. "Artículo 1546 (…) pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

(18) Código Civil colombiano. "Artículo 1546 (…) pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

(19) El artículo 1184 del *Code Civil* francés (hoy derogado) establecía: "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour les cas où l'une des deux parties ne satisfera point a son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est pas résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle possible, ou d'en demander la résolution avec des dommages et intérêts".

(20) En específico, la Cass. civ. 1re, 13 de octubre de 1998, No. 96-21.485. Desde 1998, l´arrêt Tocqueville consagró la resolución unilateral extrajudicial sin hacer mayores precisiones.

objeto poner fin al contrato, permitiendo que la parte cumplida declare la resolución bajo su propio riesgo mediante una comunicación dirigida al deudor. Lo que no obsta para que la resolución, o su revisión, pueda en todo momento ser solicitada ante el juez[22], igual que el deudor puede acudir al tribunal en cualquier momento para oponerse a la resolución. En este caso entra en juego un criterio de importancia del incumplimiento, tal como está previsto en el Código Civil italiano. Por la facilidad otorgada a las partes en Francia el mecanismo se denomina "resolución por notificación".

La audacia de declarar la resolución del contrato sin intervención del juez debe ser asumida por quien la ejerce, y hasta el momento ha sido una forma de resolución criticada por la doctrina (Genicon, 2010). Esto se debe a que puede prestarse para maniobras oportunistas y el quebrantamiento intencional del contrato.

Se trata de una herramienta que le permite liberarse de un compromiso infructuoso; sin embargo, si la otra parte acude al juez y demuestra que la resolución fue realizada sin justificación, o que el incumplimiento no pone a su contraparte en una situación delicada que afecte el contrato, debe asumir la responsabilidad por los daños que haya podido causar. Al respecto la doctrina francesa afirma que el incumplimiento no debe ser eventual o hipotético, sino susceptible de ser verificable y además debe afectar de forma grave la situación de la parte que se expone al incumplimiento (François, s/f).

En Francia este artículo no fue considerado una norma de orden público, lo que conlleva que las partes pueden cambiar a su acomodo la forma en que unilateralmente una de ellas declara la resolución del contrato, incluyendo el mecanismo de constitución en mora, e incluso podrían pactar la exclusión de la resolución.

Este mecanismo para extinguir unilateralmente el contrato puede facilitar la solución de problemas en el tema de la resolución solo si no hay cuestiones significativas de restituciones y de indemnizaciones por daños y perjuicios. De hecho, en estos casos no se puede dar por sentado que será fácil para las partes llegar a un acuerdo, tanto sobre el valor de las restituciones (en caso de imposibilidad de devolver lo recibido) como, y más importante, para establecer el importe de la indemnización por el daño. En resumen, este mecanismo expedito de resolución extrajudicial se adecua más a casos de contratos en los que los intereses en juego no son de gran importancia, o contratos que estén en una etapa en la que aún no se ha iniciado la ejecución de las prestaciones, lo que permite desligarse sin ocuparse de restituciones. En todo caso, se debe cumplir con la comunicación al deudor incumplido para invitarlo a adecuar su conducta a la prestación a su cargo dentro de un plazo razonable, acto de comunicación que permite advertirle que de no haber una respuesta diligente de su parte es posible extinguir el contrato.

Al respecto algunos podrían incluso pensar que este mecanismo sirve solo para los extremos, es decir, para contratos en los que los intereses en juego representan sumas poco significativas y entonces no cabría un conflicto entre las partes, o para contratos en los que los intereses son tan importantes que la parte que acciona el mecanismo prefiere exponerse a una acción posterior ante el juez que continuar ligada a la otra parte por un contrato a sabiendas de que este jamás satisfará sus necesidades y podría generarle grandes pérdidas. En Colombia no existe una norma en el Código Civil que regule este tipo de rompimiento. Sin embargo, otras regulaciones, como el Estatuto del Consumidor, prevén la resolución unilateral en vista de la posición vulnerable del consumidor y cómo se deben hacer las restituciones respectivas[23].

– En Italia, este mecanismo está previsto en el artículo 1354 del Código Civil: La otra parte podrá ordenar por escrito a la parte incumplida que cumpla en un plazo razonable, con declaración de que, si dicho plazo hubiera expirado en vano, el contrato se considerará resuelto. El plazo no podrá ser inferior a quince días, salvo

(21) *Code civil*. "Article 1226. Modifié par Ordonnance No. 2016-131 du 10 février de 2016 art. 2º: Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution".

(22) *Code civil*. «Article 1227. La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice".

(23) Ley 1480 de 2011. Artículo 47. "(…) En el evento en que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado. El consumidor deberá devolver el producto al productor".

pacto en contrario de las partes o que por la naturaleza del contrato o por costumbre convenga un plazo inferior. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya cumplido el contrato, éste queda legalmente resuelto.

– El artículo 1456 del Código Civil. prevé que: Las partes contratantes pueden acordar expresamente que el contrato quedará resuelto en caso de que no se cumpla una obligación específica según los métodos establecidos. En este caso, la resolución se produce de derecho cuando el interesado declara al otro que se propone hacer uso de la cláusula de resolución.
– Finalmente, el artículo 1457 del Código Civil prevé una resolución extrajudicial en caso de que el plazo fijado para la ejecución de una de las partes se considere esencial para el interés de la otra.

Como se puede ver, la ley italiana quiere evitar las incertidumbres que pueden surgir respecto de la importancia del incumplimiento estableciendo algunas hipótesis precisas mediante las cuales es posible resolver extrajudicialmente el contrato, sin correr el riesgo de que la otra parte recurra al juez demostrando que el incumplimiento no fue de suficiente importancia, como puede ocurrir en Francia. De todas formas, los problemas de las restituciones y de las indemnizaciones por daños y perjuicios están destinados a resolverse en general mediante acciones legales, como lo demuestran los más de ochenta años de experiencia de esta disciplina en Italia.

3. Los efectos de la resolución contractual

3.1. En Perú

En el Código Civil peruano, el legislador estableció un régimen general en relación con los efectos de la resolución contractual. En efecto, debido a la ubicación normativa, la conceptualización y los efectos de la resolución se definieron para los diversos tipos de resolución regulados en el marco general del derecho de los contratos (De la Puente y Lavalle, 1991). En principio, se aplicarían la resolución por incumplimiento (art. 1428 y siguientes), la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación (art. 1431 y siguientes) e incluso la resolución derivada de la excesiva onerosidad (art. 1440 y siguientes).

En su versión original el artículo 1372 del Código Civil peruano señalaba que “la resolución no opera retroactivamente”; sin embargo, en 1993 se modificó el artículo y se realizaron dos precisiones: i) que los efectos de la sentencia de la resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal que la motivó, y ii) que la restitución de prestaciones se retrotrae al estado en que se encontraban, precisamente, al momento en que se produjo la causal que la motivó.

Si bien, nominativamente se podría afirmar que se abandonó el modelo de la irretroactividad de la resolución, lo cierto es que la modificación se limitó a precisar los alcances de la retroactividad (el momento en que se produjo la causal) y a mencionar expresamente el efecto restitutorio (sea *in natura* o por equivalente). De allí que durante la vigencia de la nueva versión del artículo 1372 CCP, Forno (1994), afirma que “dicha disposición en realidad declara en algunos casos una irretroactividad en los efectos resolutorios, pero en otros permite una retroactividad total o parcial, es decir, una retroactividad que puede ser más o menos acentuada según las circunstancias”. Así, se reconoce que al producirse automáticamente el efecto extintivo en la resolución por imposibilidad sobreviniente de la prestación, la aplicación del artículo 1372 CCP. excluye la retroactividad. Sin embargo, ello no sucede para todos los casos de resolución por incumplimiento, ni en los casos de resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

La doctrina que se viene explicando se ha encargado de precisar los alcances de la retroactividad en el marco de la resolución contractual. Primero, entendiendo que la retroactividad consiste en aplicar una regulación a la estructura de situaciones ya configuradas o a hechos ya cumplidos con anterioridad a la vigencia de tal normativa. En segundo lugar, Forno (1994) destaca:

> El efecto restitutorio –o reintegrativo– (…) no es otra cosa que la consecuencia más importante del principio de la retroactividad de la resolución pues determina que, como consecuencia de la resolución operada en fecha posterior, un contratante deba devolver un bien que recibió cuando se encontraba vigente la relación jurídica y que tuvo como causa de justificación jurídica dicha relación.

En tercer lugar, se señala que en los contratos de ejecución instantánea la resolución tiene efectos retroactivos hasta el momento de la celebración del contrato (Forno, 1994, p.190), mientras que en los contratos de duración el efecto retroactivo de la resolución encuentra una excepción, ya que no se afectan las prestaciones recíprocamente ejecutadas, ello en virtud del diferente esquema de intereses que subyace

a cada uno de los tipos contractuales(Forno, 1994, pp.193-194). En la actualidad es unánime en la doctrina peruana reconocer la retroactividad de la resolución y que la misma opera de diferente manera en los contratos de ejecución instantánea y los contratos de duración[24]. La misma situación se aprecia en la jurisprudencia[25].

El Código Civil peruano no ha establecido un régimen específico y tampoco existe una posición de la jurisprudencia respecto del alcance de la restitución de frutos y provechos derivados de la resolución contractual, lo que ha motivado diversos enfoques en la doctrina peruana. En primer lugar, parte de la doctrina admite la restitución de frutos y provechos en los casos de resolución por incumplimiento, y pone en duda su aplicación a los escenarios de resolución por imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad de la prestación, lo que resulta lógico, pues si fuera diferente se podría afectar el equilibrio económico de las prestaciones o se daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa

Con un mayor desarrollo se ha afirmado que en caso de resolución la restitución de las prestaciones se fundamenta en el régimen del enriquecimiento sin causa, y "en nuestro Código Civil, específicamente, en las normas de pago indebido" (Barchi, 2021). Sin perjuicio de lo anterior, no parece adecuado reconducir las reglas de la restitución que se originan en la resolución al régimen del pago indebido. Lo anterior, porque la ejecución de la prestación realizada antes de la resolución se efectuó cuando la relación contractual estaba vigente, por lo que se trataría de un pago legítimo. Por ello, al tratarse de una obligación restitutoria no deberían descartarse otros regímenes previstos en el Código Civil: por un lado, la aplicación de las reglas establecidas para el reembolso de frutos[26] y mejoras[27] en el ámbito de la posesión, y por otro, la aplicación del régimen general de obligaciones para establecer el valor de la prestación a ser restituida[28].

Según un autor, los frutos recibidos deben devolverse como indemnización del lucro cesante sufrido por la otra parte (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005)), pero esta opinión ha sido criticada con razón porque confunde restitución e indemnización (Rodríguez, 2014). Sin embargo, si partimos del principio de que en caso de resolución por incumplimiento las restituciones sirven para devolver a las partes a la situación económica anterior al contrato, se puede suponer que el valor de la prestación incluye también el valor objetivo de su disfrute ("los frutos percibidos y, si no existen, su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir").

Particular interés, con relación al alcance de la restitución de prestaciones, reviste uno de los casos que fue objeto del Pleno Jurisdiccional Distrital en materia civil por la Corte Superior de Justicia de Lima Norte (2016). En dicho Pleno se discutió lo siguiente: ¿En los contratos de compra venta, la devolución del lote de terreno al demandante (vendedor) por efecto de la resolución respectiva (art. 1372 CCP), también debe

(24) Para mayor información, *véase* "Resolución y rescisión" de Mario Castillo Freyre (2005), "Teoría general del contrato" de Aníbal Torres Vásquez (2012), "La resolución del contrato y sus efectos" de Rómulo Morales Hervías (2013), "La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial" de Jimmy Ronquillo Pascual (2013), "Consecuencias de la resolución por incumplimiento contractual: efecto liberatorio, restitutivo y resarcitorio" de Alfredo Soria Aguilar (2022).

(25) A manera de ejemplo, en la Casación 1977-2001-Lima, se indica: "Resulta aplicable el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil, en el sentido de que producida la resolución del contrato las prestaciones ejecutadas deben restituirse; además, el tenor literal del segundo y tercer párrafo del artículo 1372 se enmarca en el supuesto de los contratos de ejecución duradera; sin embargo, en el caso de los contratos de ejecución instantánea, atendiendo a una interpretación sistemática por comparación con otras normas (enriquecimiento indebido) y de acuerdo al criterio axiológico, la resolución contractual se proyecta hasta el momento mismo en que surge la relación jurídica, de manera que se deberá restituir el bien inmueble, así como el dinero entregado".

(26) El artículo 908 señala que "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos". Luego, el artículo 909 poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular". Finalmente, el artículo 910 dispone: "El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir".

(27) El artículo 916 define los distintos tipos de mejoras de la siguiente manera: "Las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien. // Son útiles, las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien. // Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad". A continuación, el artículo 917 señala que "El poseedor tiene derecho a valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar por su valor actual. // La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias".

(28) El artículo 1236 señala: "Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

incluir la entrega de las edificaciones pertenecientes al demandado (comprador)? existen dos posibilidades: (i) restituir el lote de terreno entregado en virtud del contrato al vendedor incluidas las edificaciones pertenecientes al demandado (comprador), o (ii) restituir el lote de terreno entregado en virtud del contrato, a favor del demandante (vendedor), sin incluir las edificaciones pertenecientes la demandado (comprador). Mediante votación de diez contra siete se estableció lo siguiente: (i) en la sentencia se debe determinar que el contrato queda resuelto por incumplimiento de las obligaciones del comprador; (ii) las edificaciones realizadas se integran al bien principal (lote de terreno) en virtud del artículo 887 CCP(29) y como tal pertenecen al propietario mismo, y (iii) si las edificaciones fueron realizadas por el comprador que actuó de buena fe, se deja a salvo su derecho para reclamar el pago del valor de estas mejoras o edificaciones por la vía correspondiente. Esta decisión ha sido objeto de crítica, principalmente por no diferenciar si las construcciones se realizaron antes o después del incumplimiento del comprador (Pasco, 2017). Asimismo, por hacer referencia de forma directa a las normas de accesión (Jara, 2017).

3.1.1. El efecto restitutorio y resarcitorio derivado de la resolución por incumplimiento

Al revisar los artículos 1371 y 1372 CCP. se aprecia que, con carácter general, se han previsto *los efectos extintivo y restitutorio derivados de la resolución del contrato*.

La revisión normativa especial de las diferentes modalidades de resolución permitió establecer algunas referencias al efecto resarcitorio en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios en materia de resolución contractual, expresamente en la resolución por incumplimiento(30) y en la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor(31), lo que determina que se debe establecer una adecuada complementariedad entre los efectos derivados de la resolución.

En la doctrina peruana existe consenso en cuanto al efecto resarcitorio derivado de la resolución: se estima que su función es contribuir a colocar a la parte fiel en la posición que estaría si el contrato se hubiese cumplido, es decir, abarca el resarcimiento del interés positivo o resarcimiento a la expectativa(32). El sustento normativo de esta posición se encuentra, en particular, en el artículo 1321 CCP, el cual dispone que "El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución".

Particularmente importante se considera el rol del resarcimiento derivado de la resolución de contrato en caso de que no se cumpla con la restitución de la prestación (Escobar, 2021). En este escenario se ha indicado que resulta problemático considerar que el *valor de reposición* (el valor equivalente a la prestación no restituida) sea considerado como una partida que integra el resarcimiento. Sin embargo, se resalta que diferenciar dichos conceptos solo ayuda a solucionar los casos en los que el *valor de reposición* es subcompensatorio. Ello, en la medida en que el *valor de reposición* depende de factores externos, tales como la contracción de la oferta o de la demanda.

3.2. En Italia

La idea tradicional en Italia es que el problema de las restituciones se debe solucionar mediante la repetición de lo indebido, tanto en el caso de resolución como en el de nulidad (modelo unitario). En otras palabras, en ambos casos el problema de las restituciones

(29) El artículo 887 CCP indica: "Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares".

(30) En la resolución por incumplimiento, el artículo 1428 CCP indica: "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".

(31) En la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, el artículo 1432 CCP. señala: "Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios".

(32) Para mayor información, *véase* "El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil" de Manuel De la Puente y Lavalle (1991); "Teoría general del contrato" de Aníbal Torres Vásquez (2012); "La resolución del contrato y sus efectos" de Rómulo Morales Hervías (2013); "La resolución del contrato por incumplimiento y la lesión del interés contractual positivo en el Código Civil peruano" de Luciano Barchi (2021); "Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil" de Freddy Escobar (2021); "Consecuencias de la resolución por incumplimiento contractual: efecto liberatorio, restitutivo y resarcitorio" de Alfredo Soria Aguilar (2022); "Comentario al artículo 1331 (Prueba de daños y perjuicios)" de Héctor Campos García (2022).

es concebido en el marco de la idea de las obligaciones extracontractuales, en el sentido de que la restitución se fundamenta en la falta de justificación originaria en caso de nulidad, y sobrevenida en caso de la resolución. Sin embargo, la opinión de que la restitución por resolución contractual se debe guiar por las reglas del pago de lo no debido es discutible. Por eso el modelo binario que distingue las restituciones de los contratos inválidos en comparación con los contratos válidos y eficaces, pero resueltos por incumplimiento (Majo, 1994), parece haber ganado cierto consenso de la doctrina y de una parte aún minoritaria de la jurisprudencia(33).

De hecho, los problemas son diferentes y el atajo de disminuir la diferencia entre la invalidez y la resolución presenta más dificultades que facilidades, pues no es posible derivar de un contrato nulo ni siquiera la legitimidad de la prestación. Por lo tanto, al menos esta diferencia fundamental sigue siendo indiscutible: en un caso se debe devolver el cumplimiento indebido. En el caso de la resolución por incumplimiento se debe devolver una prestación que legítimamente se debía en el momento en el que fue realizada(34). Incluso los datos normativos plantean dudas sobre una concepción jurídica unitaria del fenómeno. De hecho, mientras que en la disciplina de nulidad hay –aunque esporádicas– referencias a la repetición de pagos indebidos (arts. 1422 y 1443 del Código Civil italiano), en la disciplina de la resolución sólo el artículo 1463 CC italiano se refiere a la repetición de lo indebido, para el caso particular de reembolsos debidos por una sola parte después de la extinción del contrato a causa de la imposibilidad sobrevenida.

En primer lugar, el caso es particular desde un punto de vista formal porque la resolución por imposibilidad opera *ex lege* y no sobre la base de un derecho potestativo a ejercer el control judicial como en las otras dos figuras resolutivas (incumplimiento y excesiva onerosidad ocurrida posteriormente a la celebración del contrato); y desde un punto de vista sustantivo la hipótesis es particular por el conflicto de intereses específico al que pertenece, diferente de aquel que, en caso de incumplimiento, es el requisito previo para la elección de la parte fiel entre mantener el contrato o rescindirlo.

De todas formas, es cierto que –desde el punto de vista legislativo– las normas italianas relativas a la resolución por incumplimiento no contienen una regulación explícita en materia de restitución. Sin embargo, algunos elementos sugieren, brevemente, que la resolución surge como una especie de efecto de un supuesto de hecho complejo, es decir, del contrato nacido válido que en el camino fue alterado y entonces resuelto, de modo que la disciplina de las restituciones como consecuencia de la resolución parece colocarse en un marco que podría definirse en un amplio sentido como contractual(35).

De lo anterior se deduce que la resolución es compatible con la indemnización por daños y perjuicios del interés positivo en el contrato (el llamado *danno da risoluzione*), y sólo una lectura esterilizante de la acumulación de protecciones expresamente prevista por el artículo 1453 CC italiano podría llevar a creer que el daño es aquí exclusivamente precontractual o correspondiente al interés negativo, como en los casos de nulidad (original) del contrato.

Además, la idea de que al extinguir

(33) En la doctrina reciente, *véase* "Le restituzioni contrattuali" de Luca Guerrini (2012); "La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto" de Dellacasa, M. (2015); "Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo: ovvero, sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione" de Matteo Dellacasa (2022); y, "Il sinallagma rovesciato" de Elena Bargelli (2010) donde, sin embargo, la conclusión es a favor del modelo unitario (p. 471 y ss.). En la década de 1980 el ensayo de Belfiore (1988, p. 344) fue fundamental para un replanteamiento del tema, el cual fue retomado por Nicolussi (1998, p. 135 y ss.; 2012, p. 783 y ss.).
En lo que a jurisprudencia se refiere, la tendencia aún mayoritaria parece orientarse a favor del modelo unitario. Al respecto, *véase* Cassazione Civile 715/2018. Sin embargo, también cabe destacar algunas sentencias más abiertas al carácter problemático de esta clasificación, *véase* Cassazione civile, 28 luglio 2020, No. 16077 en Foro.it., con nota en "Risoluzione del contratto di vendita e restituzioni: la Cassazione dice addio all'indebito e sdogana la lettura organica degli artt. 1453, 1458, 1492 e 1493 C.C." de Luca Guerrini (2021); Cass. No. 25503/2016; Cass. Sez. un. No. 26242/2014. Algunas sentencias relativas a las ventas parecen reconocer explícitamente la peculiaridad de la protección restitutiva desde la resolución: Cass., 29 luglio 2013, No. 18202; Cass., 3 giugno 2008, No. 14665; Cass., 25 maggio 2006, No. 12382; Cass., 29 novembre 2004, No. 22416; Cass. 6 luglio 1966, No. 1780.

(34) Desde hace tiempo, la doctrina italiana viene señalando las dificultades a la hora de coordinar las restituciones de resolución y las de pagos indebidos. Al respecto, *véase* "La ripetizione dell'indebito" de Umberto Breccia (1974).

(35) Según la cual es "indiscutible" que "la retroactividad no implica la extinción pura y simple del contrato o relación contractual de la realidad jurídica" (Bargelli, 2010, pp. 338 y 357). La resolución tiene "la misión de devolver a las partes contratantes a la misma situación económica en la que se habrían encontrado si el contrato nunca se hubiera celebrado" (Dalmartello, 1969, p. 145). Similarmente, véase "La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto" de Matep Dellacasa (2015). Se puede leer una reconstrucción particular en "Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto" de Biagio Grasso (1973).

totalmente el contrato la retroactividad de la resolución deja en el ámbito una improbable responsabilidad precontractual por incumplimiento sería pura ficción, ya que el incumplimiento constituye un acto posterior a las negociaciones y a la formación del contrato y no tiene relación con las obligaciones de buena fe existentes en esa fase, ya agotada. Por lo tanto, hablamos específicamente de la indemnización de daños como la obligación de resarcir los perjuicios en que incurre la parte fiel a causa del incumplimiento del contrato (*danno da risoluzione*).

Esta pérdida de ingresos corresponde al interés positivo (de cada parte del contrato), el cual justifica racionalmente la naturaleza sinalagmática en el sentido subjetivo del contrato, es decir, la equivalencia acordada por las partes del contrato en una medida no necesariamente conforme al equilibrio entre las prestaciones en un sentido objetivo, es decir, calculada en relación con los valores de mercado de las prestaciones correspondientes. De hecho, cada parte se adhiere a la relación sinalagmática en un sentido subjetivo, esperando obtener el servicio al que tiene derecho y el beneficio que puede derivar en su propia especial esfera subjetiva, menos el costo de la prestación a su cargo. Este es el cálculo del costo-beneficio que puede llevar a la parte a aceptar una consideración inferior a los valores de mercado, justamente porque en su propia especial esfera subjetiva la prestación puede brindar un mayor valor.

No obstante, según el artículo 1453 CC italiano, tal interés positivo a partir del cual la parte cumplida puede solicitar su protección en una forma específica a través de la acción de cumplimiento *in natura*, sólo puede conformarse con un subrogado pecuniario, es decir, por equivalente, si lo que se solicita al juez es la resolución del contrato. Por lo tanto, si la resolución libera a las partes de las obligaciones a su cargo y en favor de la otra sin perjuicio del interés positivo en forma equivalente, no debe eliminar el contrato como medio para obtener el beneficio que la parte fiel podría esperar y por el cual conserva el derecho a una indemnización incluso después de la resolución.

La retroactividad prevista por la figura debe concebirse en una perspectiva racional en la que la resolución no se puede representar simplemente como si hiciera nulo el contrato y lo dejara sin efecto, pues el incumplimiento sigue siendo el eje del caso y el término retroactividad expresa elípticamente la necesidad de restitución que surge con la resolución; además, la provisión de indemnización por daños de la resolución (*danno da risoluzione*) debe concebirse en coherencia con la función esencial de la resolución misma. Es decir, la resolución del contrato debería tener dos efectos principales. El primero, la restitución de las prestaciones realizadas, si es posible, o de su valor económico. Se trata del valor económico y no del precio fijado en el contrato, porque la resolución debe devolver los bienes de las partes a su valor anterior al contrato y, desde ese punto de vista, eliminar el contrato como instrumento de intercambio de prestaciones según el criterio subjetivo, o sea el valor que las partes le atribuyeron en el contrato[36]. El segundo efecto es la indemnización del daño que sirve para compensar con equivalente la pérdida de ganancias que se causó a la parte fiel al contrato. A este respecto la resolución permite satisfacer el interés positivo en el contrato de la parte fiel, aunque esto sólo puede ocurrir de manera equivalente mediante la indemnización del daño y ya no de forma específica mediante la actuación del deudor. En última instancia, estas dos reglas muestran que la retroactividad de la resolución no elimina completamente la eficacia del contrato o, en otras palabras, que no debe entenderse en un sentido puramente formal como un conjunto de meros corolarios dependientes de la simple restauración de la titularidad de derechos transmitida por el contrato[37].

En esa perspectiva se puede entender por qué la aplicación de la disciplina del pago indebido a las restituciones por resolución por incumplimiento no es compatible con la función de la resolución de devolver a las partes a la situación económica anterior al contrato.

La disciplina de los artículos 2033 CC italiano y siguientes establece que el *accipiens*, que ha recibido la cosa contando con el hecho de que le correspondía, no debe devolver el equivalente de la cosa posiblemente perecida por circunstancias

(36) Una regla diferente se encuentra en el § 346, Abs. III, BGB.

(37) No es aceptable que el restablecimiento retroactivo de la propiedad traiga necesariamente consigo por el principio consensual el corolario paradójico de la regla *res perit domino* como criterio para asumir los riesgos a medio plazo que se han producido, como si el contrato no hubiera existido y la cosa siempre hubiera pertenecido al propietario original. Además, la derivación del principio *res perit domino* del principio consensual es dudosa a nivel histórico, ya que la regla se remonta a la ley de Justiniano, es decir, a un período en el que técnicamente no estaba en vigor el principio consensual.

imprevisibles, ni los intereses y frutos desde el día de su recepción. Más precisamente, respecto de la imposibilidad ulterior de devolver la cosa recibida indebidamente, el artículo 2037 CC italiano prevé que:

> Si la cosa ha perecido, aunque sea por casualidad, quien la recibió de mala fe está obligado a pagar su valor (…) Quien recibió la cosa de buena fe no es responsable de su pérdida o deterioro, aunque dependa de sus propios hechos, salvo dentro de los límites de su enriquecimiento.

El supuesto de hecho de la *condictio indebiti* consiste en la asignación de activos como resultado de la iniciativa del *solvens* que opera en un contexto de ausencia de la obligación, de modo que la obligación de restituir puede medirse bien en función del conocimiento (mala fe) o bien del desconocimiento (buena fe) del *accipiens* sobre el derecho o no a la prestación. En cambio, en el contexto de un contrato válido y efectivo el pago se realiza precisamente *solvendi causa*, y ello no por iniciativa del *solvens*, pues este último paga porque está obligado por el contrato, mientras que el acreedor recibe porque tiene la carga de recibir ya que no hay ninguna razón legítima para rechazar. Sólo el incumplimiento puede representar posteriormente el motivo para solicitar la resolución de la que deriva la pérdida del deber y las consiguientes obligaciones restitutorias. De ello se deduce que, en caso de resolución, ambas partes que han recibido una prestación deben ser tratadas como *accipiens* de buena fe.

Sin embargo, el resultado es que la parte que solicita la resolución puede no obtener la restitución de lo que ha dado, ni *in idem corpus* ni en su valor, con una consiguiente rara (no razonable) distribución de riesgos. La parte fiel sufriría tanto el riesgo de incumplimiento de la otra parte como el riesgo de no reembolso de la prestación que ha realizado fielmente.

Este inconveniente es captado por la misma doctrina a favor de la extensión de la *condictio indebiti*, pero considera eliminarlo forzando esa misma disciplina, es decir, aplicando a la parte incumplidora la regla prevista para el *accipiens* de mala fe y, por lo tanto, imponiendo a una sola parte la asunción del riesgo y el consiguiente pago del valor de la cosa. Es evidente que se trata de una fuerza que distorsiona el concepto de mala fe. De hecho, la mala fe significa ignorancia de recibir indebidamente, donde, por el contrario, el *accipiens* recibe lo que le corresponde. Además, con esta aplicación la restitución está contaminada con perfiles sancionadores que le son ajenos. En cualquier caso, con o sin la reparación que acabamos de describir, la repetición del indebido se adapta mal a las restituciones por resolución por incumplimiento. Aplicar la disciplina de repetición de lo indebido significa considerar los prestados como si hubieran sido indebidos desde el principio y, por lo tanto, como cualquier pago en ausencia de un contrato o en caso de nulidad del mismo.

Además, también se debe tener en cuenta que a veces, por su naturaleza, la prestación no es retornable, como en las obligaciones de hacer o cuando el resultado no se distingue del comportamiento debido (piense en actividades profesionales como las del médico o del abogado). Históricamente estas hipótesis son ajenas a la repetición de lo indebido, dado su carácter *sachorientiert* que emerge de toda la disciplina, así como del término (expresión) *pago* indebido (Rescigno, 1968). Si uno piensa que en sí misma la ejecución de la prestación de hacer no es retornable, e imagina una resolución por incumplimiento de la consideración de tal prestación ya realizada por la parte fiel, ¿cuál podría ser el uso de una resolución del contrato si no condujo a ninguna restitución incluso equivalente?[38])La restitución del enriquecimiento, es decir, la ventaja económica efectivamente recibida, podría resultar tanto una protección insatisfactoria para la parte fiel como un incentivo al incumplimiento para la otra parte capaz de eludir el pago de una contraprestación considerada ya no adecuada[39]. Incluso, debido a la ausencia de un contrato o a su nulidad, en estos casos emerge muy claramente la diferencia entre devolver

(38) La importancia del tema de las restituciones y su vínculo con la resolución emerge en un caso particular recién decidido por la Casación italiana (Cass. Civ., Sez. II, Ord., 9 de febrero de 2022, No. 4225). El objeto del contrato era la eliminación de residuos que la empresa contratante llevó a cabo de forma total pero parcialmente incorrecta, es decir, infringiendo en algunos casos las normas sobre eliminación de residuos. En lugar de ejercitar la acción de resolución, la empresa contratante planteó la excepción de incumplimiento contra la reclamación de la contraparte que había solicitado el pago de la contraprestación. En su decisión la Corte de Casación permitió la excepción de incumplimiento no obstante que el cumplimiento exacto ya no era posible y, sin embargo, el deudor había cumplido (aunque no de manera totalmente regular) con la consecuencia de un cierto enriquecimiento para el acreedor. A pesar de todo, resulta dudoso que esta excepción sea admisible cuando, como en este caso, no tiene como función solicitar el cumplimiento de la contraparte sino esencialmente resolver el contrato sin las correspondientes restituciones que corresponden al reembolso del valor de la actuación incorrecta.

después de la resolución por incumplimiento y devolver un cumplimiento indebido desde el principio.

En última instancia, en la resolución por incumplimiento las restituciones deben concebirse como arraigadas en el mismo contrato en el que la resolución abre una fase de liquidación funcional, en términos de restitución, para volver a poner a las partes, al menos desde el punto de vista económico, en la situación *qua ante* la celebración del propio contrato. Esta perspectiva parece haber sido comprendida también por la jurisprudencia del último decenio que, aunque con cierta timidez, ha reconocido la necesidad de una consideración especial para los reembolsos por restitución por incumplimiento. En algunos casos, que en su mayoría se refieren a ventas, se afirma la necesidad de que a través de las restituciones las partes vuelvan a la situación económica anterior al contrato[40].

3.2.1. La relación restitutoria en la resolución

Otro aspecto de las restituciones que la doctrina italiana reciente ha puesto de manifiesto, en particular a través del instrumento de la comparación jurídica, es el vínculo entre las restituciones debidas por ambas partes en los contratos sinalagmáticos –según lo formula Larenz, *Theorie der wechselseitigen Abhängigkeit der auszugleichenden Leistungen* (1967, p. 313)[41]–.

La resolución abre una fase de liquidación del contrato durante la cual se puede imaginar una relación entre las partes de tal manera que las restituciones que cada una debe a la otra no se regulen como prestaciones puramente aisladas[42].

Ahora bien, la idea sugestivamente importada de Francia, a saber, que en las restituciones por caducidad contractual existe el llamado sinalagma invertido (*contrat synallagmatique renversé*), parece excesiva (Carbonnier, 2000). De hecho, los problemas que normalmente se resuelven por referencia a la regla sinalagmática, como los del cambio de circunstancias sobrevenidas, no se reflejan en estas hipótesis o al menos se resuelven de manera diferente.

Por lo tanto, en la relación de restitución que se establece con la resolución se puede hablar de reciprocidad si acaso en un sentido débil. Además, incluso en el Derecho alemán, en el que se establecen normas precisas, como la del § 348 *BGB* sobre el cumplimiento simultáneo, no existe una referencia completa a las normas que rigen los contratos correspondientes, lo que permite a los juristas excluir tal marco[43]. Por supuesto, la lógica de la restitución en esta área implica que cuando ambas partes han ejecutado una prestación, aunque sea inexactamente, ambas restituyen. Por lo tanto, la regla del cumplimiento simultáneo es muy apropiada y una excepción de incumplimiento, que podría derivarse de la misma regla de buena fe y corrección, y también considerarse inherente a la relación de restitución de la resolución.

Además, si consideramos el modelo de la venta y la acción redhibitoria, la centralidad de la restitución es indiscutible: tradicionalmente hablamos de una resolución *per viam restitutionis*, es decir, una acción dirigida principalmente a hacer valer, sobre la base del contrato, la reclamación de la restitución del precio, de manera que si el vendedor devuelve el precio recibido también el comprador se encarga de devolver lo que ahora retiene sin causa justificada[44]. Por supuesto, este vínculo tan estrecho de la acción redhibitoria entre restitución y resolución hace que la resolución dependa de la función restitutoria. Sin embargo, el derecho a resolver sigue siendo un efecto

(39) Sobre la restitución de la prestación, *véase* "La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto" de Matteo Dellacasa (2015), texto y notas con muchas de referencias jurisprudenciales. Asimismo, *véase* "Il contratto" de Vincenzo Roppo (2011) y "Le obbligazioni nascenti dalla legge" de Donato Carusi (2004).

(40) "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

(41) En dicho fragmento, Larenz referencia a la famosa Saldotheorie.

(42) En Alemania se habla justamente de *Abwicklungsverhältnis* (Larenz, 1967, p. 302).

(43) Kropholler (2006, p. 23), Gaier (2022), Jauernig/Stadler BGB § 348 Jauernig/Stadler, 19. Aufl. 2023, confirma que esta es la opinión dominante, pero adopta una postura contraria. La regla de la simultaneidad también está contemplada por el artículo 81 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de bienes muebles.

(44) Sobre la naturaleza restitutoria y contractual de la acción redhibitoria, *véase* "Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita" de Luigi Mengoni (1953), quien precisa que "la eliminación de los efectos de la venta es sólo una consecuencia mediada de la *restitutio*" (p. 393). Entre las dos calificaciones aparentemente discordantes de la acción redhibitoria, reconocida por un lado como una acción *ex empto*, por el otro como una acción para poner fin a la venta, se inserta el concepto de *restitutio*, conciliándolas. La confirmación del carácter restitutorio, y no de la impugnación del contrato de la llamada acción de rescisión prevista en el artículo 1492, se obtiene considerando la alternativa de *actio quanti minoris*. Nadie discutirá que la acción de tasación tiene por objeto revocar el contrato: es evidentemente una forma de restitución parcial. Dado que también es indiscutible que las

jurídico del contrato cuyo ejercicio se basa en una revocación o impugnación distintas de la causa de la nulidad: la resolución es una revocación de la relación contractual que introduce una fase de liquidación de la propia relación en la que la lógica de la restitución no se separa del contrato que se está resolviendo y explica la reciprocidad de las restituciones como su corolario. Como lo hemos mencionado, no se trata de una cuestión de sinalagmática en el sentido fuerte que debería conducir a una resolución, paradójica, por imposibilidad sobrevenida que se produciría si la restitución in *idem corpus* se hubiera vuelto imposible. Además, esta hipótesis ya está excluida debido a la regla general relativa a las restituciones, que no sufren de la imposibilidad que se ha producido porque pueden convertirse en obligaciones del valor de la cosa imposible de devolver (Nicolussi, 2021).

Ahora bien, si consideramos que las restituciones se convierten en obligaciones pecuniarias, el problema de la reciprocidad se reduce a la hipótesis de insolvencia de una de las partes que debe la devolución. Por ejemplo, Tizio resuelve el contrato por incumplimiento de Caio sabiendo que Caio devolverá el precio pagado y que él, en vista de un procedimiento de quiebra, no devolverá ni la cosa ni su contravalor y Caio tendrá que acudir a los pasivos. En casos como este, debido a la imposibilidad de realizar la función restitutoria de la resolución, la reciprocidad debería desencadenar su exclusión, ya que la parte que reclama la resolución no sólo no puede devolver la cosa *in idem corpus* sino que ni siquiera puede devolver su valor(45).

En el caso de la restitución de prestaciones ejecutadas sobre la base de un contrato inválido, la nulidad del contrato y la acción para invalidarlo no están condicionadas por la protección de la restitución. Sin embargo, en casos de nulidad, aunque la relación contractual debe ser excluida, todavía se puede destacar la relación jurídicamente relevante que se ha establecido entre las partes. Además, la propia responsabilidad precontractual que puede surgir en estos casos demuestra que la ley no es insensible al contacto social entre ellos. Esta relación puede revelar al menos dos perfiles relevantes.

El primero es la posibilidad de compensar la deuda y el crédito lo que puede ocurrir recíprocamente en el plan de restitución. Si ambos tienen que devolver la prestación recibida y se cumplen las condiciones para la compensación, el riesgo se limitará a la diferencia entre los dos valores. El segundo implica una obligación de corrección entre las partes que también debe regir el ejercicio de las acciones de restitución, de modo que aquellos que reclaman la restitución sabiendo que no pueden devolver lo que han recibido ni siquiera por equivalente, podrían oponerse con razón a una *exceptio doli* con la que la parte contraria podría al menos obtener la condición de restitución simultánea.

3.3. En Colombia

El efecto natural de la resolución del contrato es la restitución. El artículo 1544 del ordenamiento civil colombiano estatuye respecto del cumplimiento de la condición resolutoria: "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido (…)". Sin embargo, nada se dice de la condición implícita resolutoria de los contratos. En esa medida, bien que la nulidad y la resolución sean dos mecanismos diferentes(46), los efectos de la resolución se han guiado por los parámetros de aquella(47).

En el contrato de compraventa, existe una disposición especial relativa a su resolución cuando el comprador incumple su obligación

dos acciones, en las que la garantía del edificio se lleva a cabo alternativamente, son esencialmente las mismas, hasta el punto de que el término "acción redhibitoria" se utiliza a menudo para indicar ambas (*véase* el art. 1505 cod. 1865), debe concluirse que la llamada acción de resolución (acción redhibitoria en sentido estricto) difiere de la otra solo en contenido (*petitum*), ya que es una forma de *restitutio* total.

(45) El artículo 1492 del Código Civil italiano admite la redhibitoria sólo si la cosa ha perecido como consecuencia de defectos, mientras que no la admite si la cosa ha perecido por casualidad o por culpa del comprador o si ha sido enajenada o transformada. El resultado es una regla diferente de la del derecho romano común resumida icásticamente con la fórmula *mortuus redhibetur* y transpuesta por el § 350 *BGB* (versión original): el *Rücktrittsrecht* (retiro) en general, no solo el vinculado a la venta de una cosa defectuosa, no se excluyó debido al hecho de que la cosa recibida había perecido por casualidad. Hoy, sin embargo, el caso se remonta a la nueva disciplina general del *Rücktrittsrecht* y, por lo tanto, a la obligación de devolver el valor (generalmente en un sentido subjetivo). En la ley italiana aplicada, la exclusión de la resolución derivada de la imposibilidad de devolver la cosa no es radical si la parte devuelve al menos el valor de la cosa. La regla del artículo 1492 del Código Civil italiano debe indicar que la iniciativa de la resolución que implica el restablecimiento de las posiciones económicas anteriores al contrato no es admisible si la parte que lo emprende sabe que no puede devolver al menos por equivalente lo que ha recibido.

(46) Al respecto, *véase* "Teoría general del contrato" de Christian Larroumet (1999), quien señala lo siguiente: "Si la resolución actúa como la nulidad, por cuanto hace desaparecer el contrato del cual se debe pensar que nunca ha existido porque no ha cumplido su finalidad, ella se distingue de la nulidad por cuanto sanciona la inejecución de las obligaciones de un contrato válidamente formado, mientras que la nulidad sanciona la ausencia de una condición de validez del contrato" (p. 145).

de pagar el precio (art.1932 CCC). Esta regla particular es importante porque, además de haber motivado un importante número de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, ha sido aplicada, por vía de interpretación extensiva, a otros contratos, en particular a los contratos de promesa de compraventa y de permuta (Herrera, 2021).

En caso de que la prestación del contrato que contiene dicha cláusula de condición resolutoria consista en los frutos que debe recibir una de las partes, el código ordena que "verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos" (art. 1545 CCC), lo que puede interpretarse como el efecto resolutivo de los contratos cuyas prestaciones se deben ejecutar de tracto sucesivo o a ejecución escalonada(48).

Retomando lo antes mencionado, cuando la resolución tiene lugar por incumplimiento de una de las partes y entra en acción la condición resolutoria tácita, los efectos o las reglas de la liquidación del contrato no están previstos en el código. A pesar de la falta de regulación, pareciera claramente establecido en el ordenamiento que las consecuencias de la resolución del contrato deben darse en el efecto retroactivo, como sucede en la nulidad; en todo caso, de tiempo atrás esta ha sido la posición de la jurisprudencia(49).

En palabras de Hinestrosa (2015), la resolución por incumplimiento le permite a la parte cumplida:

> Deshacerse de la vinculación que pende con una contraparte que faltó gravemente a su compromiso, y que, por eso mismo, le hizo perder confianza en el resultado final del contrato, sino una retrotracción de las cosas al estado que tenían (…).

Además, este efecto retroactivo opera tanto entre las partes como frente a terceros que hayan obtenido derechos sobre las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato(50).

El efecto retroactivo de la resolución que fuerza a devolver de forma recíproca lo que se dio no funciona igual con otras prestaciones, imposibilidad o complejidad que opera en dos casos: (i) cuando la prestación es de hacer, y (ii) en los contratos que envuelven el cumplimiento de la prestación de tracto sucesivo y/o de ejecución escalonada, salvo que una de las partes haya cumplido la obligación de hacer o las prestaciones sucesivas sin recibir equivalente. Lo anterior se refuerza porque la retroactividad de la resolución del contrato no nace de un principio de orden público, sino que es más un efecto deseado o justo, pues, reiteramos, la retroactividad no es un efecto necesario en el escenario de la resolución, pero sí lo es en la nulidad.

De forma que, aunque no existe coercibilidad normativa, como un parámetro impuesto por la jurisprudencia y tal vez también por la equidad, en Colombia la resolución del contrato tiene efectos retroactivos. Diferente al caso italiano en el que el Código Civil resuelve normativamente el tema (art. 1458 del Código Civil italiano).

El mecanismo de la resolución del contrato es el camino que le permite a la parte correcta o cumplida de la relación contractual (que pierde motivación para conservar ese lazo) desligarse o desvincularse de aquella parte que se muestra incapaz de satisfacer sus necesidades. En ese sentido, la resolución es una liquidación de la relación, una separación de las partes que deben gestionar el rompimiento del vínculo, lo que implica encontrar el camino para que se pueda

(47) Al respecto, *véase* "Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico" de Hinestrosa (2015), quien señala lo siguiente: "La resolución, igual que la nulidad, implica el aniquilamiento del contrato, y de contera, la retroacción de las cosas al *status quo ante*… con la eliminación retroactiva de íntegros efectos" (p. 900 y ss).

(48) Al respecto, Herrera señala que "la destrucción de los efectos del contrato operan solamente hacia el futuro (ex nunc), de forma tal que los efectos consumados en el pasado se consolidan, se habla en esta hipótesis de terminación del contrato (…) si la restitución específica o *in natura* no es posible, este escollo no es insuperable para la realización de los fines normativos [retroactividad], que, como en las demás situaciones análogas, en muchas hipótesis se podrían lograr indirectamente, por medio de un equivalente o del subrogado pecuniario. En otras palabras, en el mundo jurídico, la retroactividad es siempre posible porque el sucedáneo de toda prestación, aun las prestaciones de un servicio o disfrute de un bien, es su equivalente en dinero (…) los efectos ex nunc podrían primar bajo el criterio de que las restituciones proceden cuando es necesario restablecer el equilibrio del contrato roto como consecuencia de su incumplimiento" (pp. 717 y 719).

(49) Corte Suprema de Justicia (1935) señala: "La resolución del contrato, a la vez que apareja como principal consecuencia la extinción del conjunto de obligaciones surgidas del mismo –efectos *ex nunc*–, tiene además eficacia retroactiva –efectos *ex tunc*– en aquellos eventos en que, no siendo negocios de tracto sucesivo, verifícanse actos de cumplimiento entre las partes". Asimismo, *véase* Sentencia de Casación, Expediente 7748 (2004. 4 de junio) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

(50) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado: "Se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada (…) el contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte (…) obliga al juez a eliminarlo" (1935, p. 391).

restablecer el equilibrio perdido a causa del incumplimiento. Es por eso que las restituciones de las prestaciones que tuvieron lugar mientras el lazo estaba vigente deberán realizarse recíprocamente de forma integral, en la medida de lo posible, para volver a una situación equilibrada entre las partes.

Además de las situaciones mencionadas en las que las restituciones no son viables –contratos de tracto sucesivo, contratos de ejecución escalonada, o aquellos cuya prestación es una obligación de hacer–, el efecto de la resolución es prospectivo. Es decir que el efecto resolutivo solo aplica para las prestaciones pendientes. Salvo si la prestación ejecutada no tuvo contraprestación.

Pero cuando las restituciones son practicables según el contrato, pero imposibles por otros factores, se puede echar mano del subrogado pecuniario para lograr el equilibrio buscado.

No existiendo un régimen para las restituciones, la doctrina y la jurisprudencia han planteado varias teorías al respecto, como aplicar el régimen de nulidades o aquel del pago de lo no debido; sin embargo, opinamos que sin existir reglas que aten a las partes, corresponde a ellas, en primer lugar, definir la forma en que harán las respectivas restituciones, pues nada les impide ponerse de acuerdo para deshacer el acuerdo que autónomamente hicieron. Al respecto la doctrina ha discutido largamente sobre el fundamento de las restituciones (Rodríguez, 2014).

En primer lugar, es necesario evitar el malentendido de confundir la disolución del contrato por mutuo disenso con la resolución por incumplimiento. La disolución del contrato por mutuo disenso puede verse en línea con los principios contractuales provenientes del derecho romano, Ulpiano establece que "nada es más natural que cada cosa se disuelva de la manera como se ligó; y por lo tanto la *obligatio verbis* se disuelve con palabras, y la *consensus obligatio* se disuelve por el consentimiento contrario" (Hinestrosa, 2015), lo que es equivalente a afirmar que en la forma en que las partes dispusieron por voluntad celebrar el contrato, por su voluntad en sentido inverso pueden extinguirlo. Que las partes pudieran disponer, en conveniencia para las dos, la forma de las restituciones sería el escenario ideal, pues son ellas quienes deben gestionar las restituciones de las prestaciones ejecutadas.

Sin embargo, este escenario ideal no es realista cuando las partes discuten tras el incumplimiento contractual de una de las dos y la otra prefiere salir de un vínculo en el que ya no confía. Además, si bien el problema de las restituciones también tiene sentido en el caso de disolución por mutuo disenso, el problema de la indemnización es propio de la resolución por incumplimiento. En esta situación, se necesitan normas objetivas (sobre la resolución por incumplimiento) para reducir el margen de litigio y ayudar a las partes a encontrar una solución justa que se inspire en un modelo que haya sabido tener en cuenta y equilibrar los valores en juego en la perspectiva contractual en la que surgió el problema.

Por tanto, no parece apropiado imponer a las restituciones por resolución reglas extracontratuales, como las del pago de lo no debido, pues las prestaciones dadas o ejecutadas son legítimas ya que su origen en el contrato válido es ley para las partes. Tampoco conviene el régimen del enriquecimiento sin justa causa pues, al igual que anterior, el contrato es causa u origen justo y válido para haber entregado o ejecutado las prestaciones y así la obtención de cualquier ventaja era legítima.

En ese sentido, la resolución debe mantener el vínculo contractual, en cierta forma compatible con el objetivo de restablecer la situación anterior al contrato para ambas partes, hasta que se alcance el estado de equilibrio inverso o retroactivo. Es en ese punto que el vínculo realmente se disuelve, lo que conlleva que todo se retrotraiga, y que aquello que no puede devolverse sea objeto de remplazo seguramente por el bien fungible por excelencia, el dinero. También, si el recorrido de ida y vuelta del vínculo contractual causó un perjuicio injusto a una de las partes, habrá entonces lugar a la reparación. En otros términos, la resolución del contrato tiene como objetivo aniquilar el vínculo contractual, lo cual implica restituir lo que fue entregado, devolver la situación al *status quo ante*, y si se causó un daño, habrá lugar, además de las restituciones, a la indemnización de daños y perjuicios.

De lo dicho podemos concluir que los efectos de la resolución son dos: las restituciones y, eventualmente, la indemnización de daños y perjuicios en caso de haberse causado un daño antijurídico. De forma que, si las restituciones son una consecuencia natural de la resolución, comprenden también la devolución de las expensas, las mejoras y los frutos en la medida que corresponda[51], así lo ha dicho la jurisprudencia.

Teniendo en cuenta lo anterior y respecto de una posible aplicación del régimen del riesgo de la cosa en obligaciones condicionales(52) el Código Civil colombiano establece obligaciones que pugnan con lo antes dicho, por ejemplo: impone al acreedor que reciba la cosa en el estado en el que está, y si la cosa ha recibido aumentos o mejoras se aprovechará de ellas sin la obligación de restituir el valor de éstas a la otra parte. Si impusiéramos, por analogía u otra técnica jurídica esta norma al régimen de las restituciones originadas en la resolución del contrato seguramente no podría alcanzarse el equilibrio buscado.

La relación de las medidas que se deben tomar cuando se pronuncia la resolución del contrato por incumplimiento es, en el caso de las restituciones, de causa-efecto, es decir, las restituciones mutuas son una consecuencia lógica de la desvinculación de las partes del contrato que requieren retomar las posiciones habidas antes de su surgimiento. Las restituciones son consecuencia neutra de la cancelación del contrato sin más: "cada contratante deviene acreedor de lo que dio y deudor de lo que recibió" (Hinestrosa, 2015). En algunos casos el juez deberá aplicar "correctivos de equidad" lo que supone restituciones corregidas o compensadas en valor, *a contrario*, en otras ocasiones el juez podrá encontrar el caso en que la restitución *in natura* no sea posible o demasiado compleja o injusta, en esta hipótesis el juez podría descartar la retroactividad, y entonces, las restituciones. En esta situación el efecto de la resolución contractual sería prospectivo

Cosa muy diferente es la obligación resarcitoria, pues es consecuencia de la existencia de un daño que modifica de forma negativa la situación de la otra parte, en este caso la parte cumplida o fiel del contrato. Este daño puede derivar del incumplimiento o conducta incorrecta de una de las partes, e implica la prueba del daño y del nexo de causalidad entre el daño y la conducta del deudor, así surge entonces la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados, todo lo cual corresponderá a la disciplina de la responsabilidad civil.

Por último, frente a los terceros que han obtenido derechos del contrato en cuestión, ¿qué efectos tiene sobre ellos la resolución? La respuesta, en el derecho colombiano, también reside en el criterio del juez. A este propósito la jurisprudencia hace depender los efectos de la resolución frente a terceros de la rectitud de su conducta. Podrá entonces conservar los derechos adquiridos el tercero de buena fe que cumplió con la carga de sagacidad que le concernía en el giro normal de sus negocios. Al contrario, no podrá conservar los derechos adquiridos al tercero que actuó de mala fe o en sustento de la parte que pretendía quebrantar el contrato válidamente celebrado.

Para concluir quisiéramos resaltar una frase del maestro Fernando Hinestrosa, sobre los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento en Colombia:

> La resolución da derecho a las partes a reclamar el reintegro de todo lo entregado, y a quien la impetró a sumar a su cuenta lo correspondiente a los perjuicios sufridos por el retardo y el incumplimiento definitivo (2015, p. 913).

4. Conclusiones

La comparación entre los tres ordenamientos jurídicos objeto del presente artículo muestra que a pesar de la diversa antigüedad de sus códigos, y de otras diferencias, en todos ellos el derecho viviente(53) ha abordado los principales problemas vinculados a la resolución por incumplimiento. De hecho, este es uno de los sectores del derecho civil en el que el aporte de la doctrina y la jurisprudencia es más evidente, o para usar una fórmula alemana, hay una *Rechtsfortbildung*, es decir reglas jurídicas moldeadas por la jurisprudencia y la doctrina en el desarrollo

(51) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (2000, 2 de octubre) ha señalado: "Ahora bien, para evitar toda iniquidad, la ley consagra en pro del demandado, el derecho a obtener del demandante el reembolso de gastos por expensas necesarias y, en su caso, a que se le abonen las mejoras útiles, en la forma y términos establecidos en los artículos 965 y 966 del Código Civil, cuyo reconocimiento puede hacerse, aún de oficio, en tanto constituye extremo ínsito en la pretensión resolutoria a manera de obligado complemento; si así no fuera, a la par que no se regresaría al estado anterior a la celebración del contrato –efecto ineludible de la acción resolutoria–…".

(52) Código Civil colombiano. Artículo 1543. "(…) si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si [perece] por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios. Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir que se rescinda el contrato, o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro, tendrá derecho de indemnización o perjuicios (…)".

(53) Para mayor información sobre la noción de derecho viviente, *véase* "Ermeneutica e dogmatica giuridica" de Luigi Mengoni (1996): Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica (p. 141 y ss).

del derecho positivo[54]. Por supuesto, el hecho de que el código colombiano sea el mismo del siglo XIX ha hecho que esté mucho más distante y, por tanto, sea tal vez incluso más incierto (Rodríguez, 2014). Por el contrario, en el ordenamiento jurídico peruano se han realizado varias reformas al código civil que lo convierten en el más actualizado del siglo XX y que parece más sensible a las principales cuestiones de la resolución, con una interesante evolución y desarrollo.

En muchos aspectos el Código Civil peruano parece ir en paralelo con el derecho aplicado italiano que durante mucho tiempo fue el código más avanzado de Europa: por ejemplo, ni la versión original del Código civil alemán ni la del francés preveían un régimen normativo especifico respecto de la resolución por incumplimiento y ambos la han introducido recién en este siglo. Más precisamente, el código civil alemán, incluso en su versión actual, no prevé una acción de resolución judicial, sino un desistimiento legal y, en lo que respecta a la restitución del valor de la prestación recibida, tiende a referirse al precio acordado por las partes (llamado valor subjetivo) (§ 346, II *Abs.*, S. 2, BGB). Esta última regla, sin embargo, está en contradicción con el sentido de las restituciones derivadas de la resolución que en los tres ordenamientos considerados se creen con razón funcionales para devolver a las partes a la situación económica en la que se encontraban antes del contrato**.** En consecuencia, precisamente porque el contrato se resuelve, ya no tiene sentido referirse al precio originalmente acordado entre las partes, lo que paradójicamente reactivaría el intercambio contractual (y sólo por la parte de las prestaciones realmente realizadas).

Quizás la proximidad entre los derechos civiles peruano e italiano sea la causa de la idea común en la doctrina tradicional de los dos países de que las restituciones se regulan por la repetición de lo indebido. Pero la doctrina reciente parece distanciarse, por lo menos en Italia y tenuemente en Perú, o corregir los principales defectos de este enfoque. De hecho, la *condictio indebiti* puede referirse a casos de nulidad del contrato en los que quien recibe la prestación puede tener conocimiento o no de su carácter indebido (por la nulidad original del contrato) [55], mientras que en los casos de resolución quien recibe la prestación recibe lo que le corresponde y sólo más tarde, con la resolución, surge el problema de la restitución. Además, la repetición de lo indebido sugiere que las restituciones que las partes deben sean prestaciones aisladas entre sí, mientras que se deben mutuamente por ambas partes precisamente para lograr el *status quo ante* del contrato de ambos lados.

Esto implica también que no tiene mucho sentido, respecto de las restituciones derivadas de la resolución por incumplimiento, hablar de criterios para asignar el riesgo de la imposibilidad de restitución como si fueran obligaciones aisladas. La regla es simplemente la de devolver el valor, en caso de imposibilidad de restitución *in natura* (en especie), para lograr dicha función. Además, sería coherente con la función de devolver a las partes al *status quo ante* y con la consiguiente reciprocidad de las restituciones la norma, expresamente prevista en Alemania, según la cual una parte no puede exigir la restitución a la otra parte si al mismo tiempo tiempo no se ofrece a devolver lo que recibió[56]. Sin embargo, la comparación entre los tres ordenamientos muestra que aún falta una conciencia generalizada de esta consecuencia de la función general de las restituciones por resolución.

Respecto de la relación entre restitución e indemnización de daños y perjuicios, parece bastante claro en los tres ordenamientos que los dos remedios derivados de la resolución cumplen una función diferente. La distinción se define como "nítida" según un autor colombiano (Rodríguez, 2014)[57] y es aceptada por la doctrina peruana (Barchi, 2021).

Sin embargo, a pesar de la distinción, la función específica de la indemnización por daños y perjuicios en la resolución no siempre está bien enfocada en los dos países latinoamericanos donde, especialmente en Colombia donde hay una laguna evidente en la ley, no parece estar directamente relacionada con la específica función de la resolución por incumplimiento como herramienta, por un lado, para restablecer la

(54) Al respecto sobre el concepto de *Rechtsfortbildung*, *véase* "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" de Karl Larenz (1983).
(55) Es verdaderamente sorprendente la crítica (a la cual se refiere Rodríguez Olmos, 2014, p. 487) que se plantea en la doctrina francesa al criterio de buena fe. Según esta crítica, el criterio sería "moralista" y tendría un significado diferente en los contratos nulos que en los resueltos por incumplimiento. La primera objeción es inexplicable (tal vez confunda la buena fe subjetiva con la buena fe objetiva), mientras que la segunda está ligada precisamente a la diferencia entre el carácter indebido y debido de una prestación que esa doctrina quiere cancelar arbitrariamente. Si evitamos aplicar la repetición de lo indebido a las restituciones consecuenciales a la resolución, el problema no existe y la crítica desaparece por sí sola.
(56) *Véase* el apartado titulado: La relación restitutoria en la resolución.
(57) Sin embargo, Rodríguez Olmos extrae consecuencias excesivas al afirmar que esto daría lugar a una equiparación de las restituciones por resolución con las de los contratos originalmente inválidos (2014, p. 497).

situación económica de las partes antes del contrato y, por otro, para ofrecer a la parte fiel, al menos de manera equivalente, la satisfacción del interés positivo en el contrato (en Italia el llamado *danno da risoluzione*). El *danno da risoluzione* es una forma particular de responsabilidad contractual, porque tiene que ser compatible con el hecho de que la parte fiel al contrato ya no debe su cumplimiento y que al mismo tiempo renuncia a la contraprestación. A lo que no renuncia, sin embargo, es al beneficio (interés positivo) que el contrato podría haberle aportado mediante la explotación de la prestación en su propia organización económica[58].

Naturalmente, es legítimo dudar de que esta sea la mejor solución ("la duda es uno de los nombres de la inteligencia", decía Jorge Luis Borges) pero el diálogo entre ordenamientos jurídicos latinos, de América y Europa, que esta contribución quiere promover sólo podrá avanzar en el conocimiento también de este tema del derecho civil.

Referencias bibliográficas

Barchi Velaochaga, L. (2021). La resolución del contrato por incumplimiento y la lesión del interés contractual positivo en el Código Civil peruano. En D. Ugarte y Á. Vidal (Dirs.), *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Tirant lo Blanch.

Bargelli, E. (2010). *Il sinallagma rovesciato*. Milano.

Belfiore, A. (1988). Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie. En G. Auletta (Ed.), *Scritti in onore di G. Auletta* (Vol. II). Giuffré.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil. El contrato* (Tomo 3, F. Hinestrosa y E. Cortés, Trads.). Universidad Externado de Colombia.

Breccia, U. (1974). *La ripetizione dell'indebito*. Giuffré.

Campos García, H. (2022). Comentario al artículo 1331 (Prueba de daños y perjuicios). En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil peruano* (Tomo VIII). Instituto Pacífico.

Canosa Torrado, F. (2013). *La resolución de los contratos, incumplimiento y mutuo disenso* (6ª ed). Ediciones Doctrina y Ley.

Carbonnier, J. (2000). *Droit civil. Les obligations* (Tomo 4, 22ª ed). Presses Universitaires de France.

Carusi, D. (2004). *Le obbligazioni nascenti dalla legge*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Casación 1977-2001-Lima. (s/f). Corte Suprema de Justicia de la República.

Castillo Freyre, M. (2005). Resolución y rescisión. En J. Oviedo y C. Carranza (Dirs.), *Estudios de derecho privado contemporáneo. Contratos I: teoría general. Contratación predispuesta, de consumo y financiera*. Industria Gráfica Libertad.

Sentencia de Casación, XLIII. (1935, 26 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Sentencia de Casación, Expediente 5592. (2000, 2 de octubre). Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Sentencia de Casación, Expediente 7748 (2004, 4 de junio). Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Dalmartello, A. (1969). Risoluzione del contratto. En A. Azara & E. Eula (Eds.), *Novissimo Digesto Italiano* (Vol. XVI). Utet Guiridica.

Dellacasa, M. (2015). La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto. Rivista di diritto privato, *20*, Fasc. 4, 517-545.

Dellacasa, M. (2022). Breve indagine sull'azione per la restituzione del prezzo: ovvero, sulla rilevanza dello scambio a seguito della risoluzione. *Rivista di diritto privato*, *68*, Fasc. 1, 15-44.

De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Primera parte (artículos 1351 a 1413)* (Tomo II). En Biblioteca "Para leer el Código Civil" (Vol. XI). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://doi.org/10.18800/346C4XI

Di Majo, A. (1994). *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*. Riv. Crit. Dir. Priv.

Escobar, F. (2021). *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Palestra.

Espinoza, J. (Dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil peruano* (Tomo VIII). Instituto Pacífico.

Forno, H. (1994). El principio de la retroactividad de la resolución contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (30), 185-195. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11442

Forno, H. (2021). Efectos de la rescisión y de la resolución, comentario al artículo 1372. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Contratos en General* (Tomo VII, pp. 196-215). Gaceta Jurídica.

François, C. (30 de junio de 2016). *Présentation des articles 1224 à 1230 de la nouvelle sous-section 4* «*La résolution*». Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect5/ssect4-resolution/

(58) Pensemos en la entrega de una materia prima defectuosa que la empresa compradora no pudo utilizar para fabricar determinados productos, perdiendo la posibilidad de ganar dinero con la venta de los mismos. De todas formas, el *danno da risoluzione* no es necesariamente un "daño que modifica de forma negativa la situación de la otra parte", como se lee arriba con respecto al derecho colombiano, sino también una pérdida de ingresos.

Gaier (2022). BGB § 348 Erfüllung Zug-um-Zug, Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Rn. 1.

Garcés, P. (2015). *Teoría del contrato, aproximación conceptual, argumentativa y crítica de cara a una realidad negocial de estirpe patrimonial*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Génicon, Th. (2010). Point d´étape su la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier. *Revue des contrats*, (1), 44.

Grasso, B. (1973). *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*. Jovene.

Guerrini, L. (2021). *Risoluzione del contratto di vendita e restituzioni: la Cassazione dice addio all'indebito e sdogana la lettura organica degli artt. 1453*, *1458*, *1492 e 1493 C.C.*. Il Foro Italiano, *146*(5).

Guerrini, L. (2012). *Le restituzioni contrattuali.* G. Giappichelli Editore.

Hinestrosa, F. (2008). Las restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato. En C. Pizarro y F. Mantilla (Coords.), *Estudios de derecho privado del contrato en homenaje al profesor Christian Larroumet*. Universidad del Rosario.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones* II, *De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico*, (Vol. II). Universidad Externado de Colombia.

Herrera, J. (2021). Las restituciones consecutivas a la ineficacia del contrato en el derecho colombiano. En C. Chinchilla y M. Grondona (Eds.), *Incumplimiento y sistema de remedios contractuales* (pp. 667-736). Universidad Externado.

Jara Cheffer, M. (2017). *El efecto restitutorio de la resolución de una compraventa por incumplimiento del comprador. Comentarios a un pleno jurisdiccional distrital en materia civil*. Gaceta Civil & Procesal Civil.

Kropholler, J. (2006). *Sub § 348 BGB*, *Studienkommetar BGB*. München.

Larenz, K. (1967). *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd.1, Allgemeiner Teil, München - Berlin: Verlag C.H. Beck.

Larenz, K. (1983). *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*. Springer-Verlag.

Larroumet, Ch. (1999). *Teoría general del contrato* (Vol. II, Jorge Guerrero, Trad.). Editorial Temis.

Mengoni, L. (1953). Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita. *Rivista del Diritto Commerciale*, *1*(2), 3 y ss.

Mengoni, L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica.* Giuffrè.

Mengoni, L. (1975). *Gli acquisti "a non domino"*. Giuffrè.

Mengoni, L. (2011). Inadempimento delle obbligazioni, Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946). En L. Mengoni, *Obbligazione e negozio. Scritti II*. Giuffré.

Morales Hervias, R. (2013). La resolución del contrato y sus efectos. En M. Torres (Coord.), *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Gaceta Jurídica.

Nicolussi, A. (2019). *Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù*. Europa e diritto privato.

Nicolussi, A. (sf). Prólogo. En F. Benatti, S. García, M. Grondona. y L. León (Eds.), *The Influence of The Italian Civil Law in Latin-America 80th Anniversary of the Codice Civile 1942*. Mimesis Edizioni.

Nicolussi, A. (2021). *Le obbligazioni*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

Nicolussi, A. (1998). *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Una indagine sul danno non aquiliano*. Giuffrè Editore.

Nicolussi, A. (2012). *Le restituzioni de iure condendo*. Europa e diritto privato.

Pasco Arauco, A. (2017). *Resolución de compraventa y restitución del bien ¿Incluye las construcciones realizadas por el comprador?* Gaceta Civil & Procesal Civil.

Pugliatti, S. (1951). *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali.* Archivio giuridico.

Rescigno, P. (1968). *Ripetizione dell'indebito. Novísimo Digesto Italiano* (Tomo XV). Utet Guiridica.

Rodríguez, J. (2014). Restituciones consecuenciales a la eliminación del contrato: reflexiones a partir de algunas tendencias recientes en el derecho comparado. En E. González, É. Cortés, y F. Navia (Eds.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa* (Tomo II). Universidad Externado de Colombia.

Ronquillo Pascual, J. (2013). La resolución por incumplimiento y algunos desaciertos en su actuación a nivel judicial. En M. Torres (Coord.), *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Gaceta Jurídica.

Roppo, V. (2011). *Il contratto.* Giuffrè Editore.

Sacco, R. De Nova, G. (2004). *Il contratto* (Tomo II). Utet Guiridica.

Soria Aguilar, A. (2022). Consecuencias de la resolución por incumplimiento contractual: efecto liberatorio, restitutivo y resarcitorio. En S. García (Ed.), *Estudios sobre los remedios en el Derecho Privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Instituto Pacífico.

Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Tomo II). Pacífico Editores.

Torres, M. (Coord.). (2013). *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Gaceta Jurídica.

Ugarte, D., y Vidal, A. (Eds.). (2021). *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimiento y remedios*. Tirant lo Blanch.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.002

Contratación, administración o uso exclusivo sobre bienes en copropiedad y tutela jurídica de los copropietarios excluidos. Redescubriendo la gestión de negocios ajenos (negotiorum gestio)(*)(**)

Contracting, management, or exclusive use of co-owned property and legal protection of the pretermitted co-owners. Rediscovering the management of other people's affairs (negotiorum gestio)

Leysser León Hilario
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: En el Código Civil peruano el uso exclusivo de un bien copropiedad, con exclusión de los demás copropietarios, es sancionado con la obligación de pagar a los excluidos una indemnización proporcional. Determinar la naturaleza de esa indemnización proporcional, revelar su fundamento, y su interacción con los derechos y las obligaciones que surgen de la gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*),con el método histórico-comparativo, es fundamental para resolver problemas cruciales de aplicación, como el de su cuantificación, con criterios no solo punitivos, sino, sobre todo, de justicia correctiva, y no solo punitivos.

Palabras clave: Copropiedad - Gestión de negocios - Enriquecimiento injustificado - Cuasicontratos - Restituciones - Obligación legal de indemnizar

Abstract: Under the Peruvian Civil Code, the exclusive use of a co-owned property that excludes the others co-owners, is sanctioned with the obligation to pay a proportional indemnity to the excluded party. To solve application problems of this rule such as the quantification of the indemnity, with criteria of corrective justice, and not only punitive, it is essential to determine the nature of that remedy, and, by means of the historical-comparative method, revealing its basis, and its interaction with the rights and obligations arising from the management of other people's affairs (*negotiorum gestio*).

Keywords: Co-ownership - Management of other People's Affairs - Unjustified enrichment - Quasi-contracts - Restitution - Legal obligation to indemnify

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 15 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 25 de noviembre de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento (Pisa, Italia). Profesor Principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la World Tort Law Society (Viena-Pekín), del Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella Storia e nella Società (Téramo, Italia) y de la Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC). Corresponsal peruano del International Institute for the Unification of Private Law-UNIDROIT (Roma). Consultor de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría Abogados. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4395-6710. Correo electrónico: lleon@pucp.edu.pe.

1. Introducción

El uso exclusivo, el aprovechamiento o la administración de bienes sujetos a copropiedad -los inmuebles indivisos recibidos por vía sucesoria, especialmente- por solo alguno o algunos de los propietarios, sin el concurso de los demás, son problemas frecuentes de nuestra práctica civilista, a los que hacen frente nuestros abogados y juzgadores(1).

Esa reiteración no ha tenido el eco que merece en la doctrina nacional. Los estudios sobre el tema son escasos, pero perspicaces(2). Dicha infrecuencia es la misma que se constata, en general, en las investigaciones sobre cuestiones transversales, que obligan a cotejar los regímenes normativos codificados de múltiples instituciones -invalidez negocial, derechos de los copropietarios, gestión de negocios, enriquecimiento injustificado, responsabilidad extracontractual, etc.- y a evaluar simultáneamente, por lo tanto, la pertinencia de varios mecanismos de tutela.

Descifrar una de las normas destinada a solucionar el problema, el artículo 975 del Código Civil, donde se concede al copropietario excluido el remedio de la indemnización legal proporcional, constituye, de suyo, un reto hermenéutico. El origen mismo de dicho precepto es cuestionable, porque fue incluido recién en la fase final del último proceso de codificación, a cargo de una Comisión Revisora(3) del proyecto que se había entregado al Congreso en 1981. En poco tiempo de labores, y sin dar evidencias de contar con la preparación exigida por la función encomendada(4), esa Comisión agregó, modificó y borró disposiciones de los apartados proyectados por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, empeñada en este proceso legislativo desde 1965.

En este trabajo, con el recurso al método histórico-comparativo(5), explicaré las razones de la incertidumbre reinante en los tribunales de justicia en cuanto a la solución aplicable a las controversias descritas; propondré cuál es la salida, desde mi punto de vista, y, de esta forma, intentaré llamar la atención de nuestra comunidad jurídica hacia una de las muchas instituciones olvidadas del Código Civil: la gestión de negocios ajenos, el cual, en otros ordenamientos, cercanos al peruano, ha ofrecido una explicación cabal, no solo del funcionamiento de las obligaciones restitutorias en los conflictos sobre copropiedad, sino, una base para construir teóricamente un sistema unitario, cuasicontractual(6), como el que se ha consagrado, hace algunos años, en la Reforma del Derecho de Contratos del Código Civil francés(7), para la protección frente a

(1) La problemática del régimen de la prescripción de la obligación legal de indemnización proporcional, según el artículo 975 del Código Civil, fueron abordados en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2021. Una eficaz reseña de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia sobre la materia es brindada por Jiménez Salas (2022).

(2) Al respecto, véase Gonzales Barrón (2013); Arata Solís (2016) (2021) y Pasco Arauco (2022a) (2022b).

(3) Esta Comisión estuvo integrada "más por políticos que por juristas", como apunta Vidal Ramírez (2000, p. 108). Fue un grupo de trabajo creado por decisión del Congreso de la República, con la Ley 23403, del 27 de mayo de 1982, al que se encargó la revisión del Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, del Código Civil de 1936, entregado por su presidente, Felipe Osterling Parodi, al Poder Legislativo, casi un año antes, el 15 de julio de 1981.

(4) La ponente del libro V, sobre derechos reales, de la Comisión Reformadora, Lucrecia Maisch von Humboldt (1988, p. 201) lamentaba, al comentar el texto resultante, la: "falta de armonía y sindéresis que se presentan cuando hay superposición de Comisiones que no están imbuidas de la misma filosofía, ni están informadas de las mismas políticas, ni utilizan similares técnicas legislativas, ni han efectuado los mismos estudios".
Ella (1988, p. 201-202) atribuye a la Comisión Revisora la confusión que se aprecia, precisamente, en el "régimen al que queda sometido el derecho de uso del copropietario", el cual comprende "tres soluciones diversas al mismo problema: al uso exclusivo y excluyente que haga un copropietario del bien común." Por un lado (artículo 974) se dispone que el juez resuelva las controversias en torno al derecho de uso; por otro (artículo 975), se condena al copropietario que usa el bien con exclusión de los demás a indemnizarlos; y por otro (artículo 978), se establece que el negocio dispositivo tendrá validez si quien lo celebra se adjudica el bien. Con amargura, la jurista, tempranamente desaparecida, concluye (1988, p. 202): "Esta triple, diversa y contradictoria solución a un mismo problema demuestra la falta de rigor académico, de serena reflexión y el depurado tecnicismo, que deben caracterizar siempre la augusta tarea de legislar".

(5) El método que tiene en juristas como Ludwig Mitteis (1929, p. 485) y Reinhard Zimmermann (2000, pp. 60 y ss.), en distintas épocas, a dos de sus principales exponentes.

(6) Tal como fue anticipado, lúcidamente, por Enrico Moscati (2005).

(7) Con la Reforma del Derecho de Contratos del Código Civil francés, del año 2016, la gestión de negocios (gestion d'affaires), el pago de lo que no se debe (paiement de l'indu) y el enriquecimiento injustificado (enrichissement injustifié) aparecen en capítulos independientes, dentro de un apartado donde se regulan las "otras fuentes de las obligaciones", distintas del contrato y la responsabilidad extracontractual, y que comienza, en el artículo 1300, primer párrafo, con una definición de los cuasicontratos como los "hechos puramente voluntarios de los que surge un compromiso para el que se beneficia de ellos sin tener derecho, y, eventualmente, un compromiso de su autor frente a otro".

contravenciones al principio jurídico -y moral- que prohíbe el enriquecimiento injustificado a expensas ajenas.

La labor arqueológica, si así cabe calificarla, que emprenderé en torno a la gestión de negocios, en función del tema elegido, busca ampliar el conocimiento de esta institución y reanimar su aplicación práctica, en un contexto que, tras la pandemia de la COVID-19, ha mostrado, como pocas veces en el pasado, la imperiosidad de no desincentivar legalmente la intervención gestora, altruista y solidaria, en los asuntos ajenos, cuando las circunstancias lo demanden, pero también la de establecer reglas seguras para el supuesto de la intervención egoísta[8].

Hoy, efectivamente, no es más la intervención gestora, movida por el amor al prójimo, la única apta para desencadenar las consecuencias de la *negotiorum gestio* que se cifraron en las codificaciones civiles decimonónicas[9]. Como se verá en la exposición que sigue, la gestión de negocios para provecho del propio gestor no tiene por qué ser descartada como fuente de obligaciones para quien resulta beneficiado por ella, ni obsta para que el titular de los bienes administrados o del negocio gestionado haga suyos los resultados de la injerencia ajena en sus asuntos. La diferencia entre ambos tipos de gestión existe, pero se limita a las atenuaciones del rigor de los derechos y obligaciones que surgirán para el *dominus* y el *negotium gestor*.

2. Consecuencias negativas de la codificación civil como trabajo colectivo

Una codificación civil construida colectivamente, que no fue sometida a un trabajo final de conciliación de los variopintos anteproyectos de sus libros y títulos, que asegurase la coherencia sistemática y armonía de su articulado, manifiesta de muchas formas, tarde o temprano, los vicios metodológicos de su ejecución (León Hilario, 2004, p. 149).

Una revelación de aquellos defectos es la pluralidad de remedios que suele presentarse en relación con las mismas situaciones. Si bien no es malo de por sí contar con más de un mecanismo de tutela jurídica[10], no hay cómo negar lo perjudicial que resulta no tener certeza sobre si la activación de algún remedio descarta la del otro, o si existe relación jerárquica entre ellos, o incluso si el uso de una palabra en distintas normas y secciones implica el reconocimiento de un significado homogéneo por parte de los codificadores, de acuerdo con lo que puede deducirse de su trabajo.

El término “indemnización” es un ejemplo perfecto de las anfibologías[11] que pueblan el Código Civil. En esta normativa se *indemniza*, entre otros, al promitente que, sin culpa de su parte o sin haberlo decidido, no llega a contraer matrimonio, por la ruptura de sus esponsales (artículo 240); al exconviviente, por la conclusión de la unión de hecho resuelta por el otro (artículo 326, tercer párrafo); al cónyuge perjudicado por los actos dolosos o culposos del otro en la administración del patrimonio social (artículo 313); a la madre de un recién nacido, por los daños morales causados por su situación de desamparo, en caso de abuso de autoridad, esponsales, minoría de edad al tiempo de la concepción, o convivencia delictuosa (artículo

En la versión original de dicho Código, existían disposiciones únicamente sobre las dos primeras figuras, que se ubicaban en un capítulo dedicado a los cuasicontratos, el cual formaba parte, a su vez, del título sobre los compromisos formados sin convención de por medio.

Sobre las raíces históricas del régimen de los cuasicontratos en la codificación civil francesa, véase la obra clásica, y rica en cuestionamientos, de Vizioz (1912). En la tratadística a Mazeaud & Chabas (1998) y Carbonnier (2004). En perspectiva comparativa a Descheemaeker (2013). Sobre la normativa reformada, críticamente, a Combot (2023).

(8) La distinción entre intervención altruista y egoísta, en relación con la gestión de negocios y sus efectos jurídicos, ha sido planteada, con un persuasivo enfoque psicológico, por Le Tourneau (2002).

(9) Al respecto, véase Jansen (2012). Asimismo Carbonnier (2004); Breccia (1999) y Sirena (2008), quien señala: “Es demostrable que la negotiorum gestio no formaliza un esquema típico de comportamiento social, sino que tiene la naturaleza propia de un conjunto de remedios, en virtud de los cuales todo aquel que interfiere en el interés de otro está obligado a restituir las ganancias obtenidas. Las reglas correspondientes se aplican, no solo cuando el que interviene actúa como un buen samaritano, es decir, en interés del otro, sino también, con mayor razón, cuando actúa como un ladrón, o sea, en su propio interés”.

(10) Al respecto, véase en nota (4) las críticas de Maisch von Humboldt (1988) en ese sentido.

(11) Las anfibologías, o sea, los usos de palabras capaces de abrazar significados diferentes, además de dificultar la interpretación de las disposiciones del Código Civil, atentan contra la uniformidad lingüística que debe caracterizarlo. La ausencia de anfibologías es reconocida, justamente, como uno de los méritos del Código Civil alemán (Gambaro, 2008, p. 258) y, en América Latina, del Código Civil de Chile, obra de Andrés Bello (Nolasco Cruz, 1926, p. 307).

414, primer párrafo); al menor, por los daños derivados de la falta de conformación del consejo de familia, imputable a su tutor testamentario o escriturario, a sus ascendientes llamados a la tutela legítima o a los miembros natos de dicho consejo (artículo 621); al heredero cuya propiedad es enajenada por un poseedor de mala fe (artículo 666); al coheredero, vencido en juicio, a instancia de los demás, sobre los bienes que se le adjudicaron (artículo 866); al que sufre un daño por el exceso o abuso del ejercicio del derecho ajeno (artículo 924).

También al propietario, por los daños que le cause la búsqueda de tesoro, no autorizada, en su predio (artículo 934, segundo párrafo); al propietario, por la edificación realizada en su predio, de mala fe, por un tercero (artículo 941); al dueño de materiales, semillas o plantas utilizadas, sin su consentimiento, de buena o mala fe, en construcciones o siembras ejecutadas por terceros (artículo 945); al propietario, por los daños producidos en su predio por los actos realizados para evitar o conjurar algún peligro actual e inminente para los vecinos (artículo 959), por la colocación de andamios (artículo 960), o por la apertura o excavación de pozos (artículo 962); al acreedor, por los daños materiales y morales que le ocasione el incumplimiento doloso o culposo del deudor (artículos 1219, inciso 3, y 1321); a quien ejecuta una prestación, por error de hecho o de derecho, sin ser deudor suyo, en favor de un receptor de buena fe (artículo 1276, segundo párrafo); al oferente, si el aceptante lo perjudica por no darle aviso del inicio de la ejecución del contrato (artículo 1380).

Asimismo, al acreedor, en la resolución de un contrato con prestaciones recíprocas, por el incumplimiento doloso o culposo de las obligaciones del deudor (artículos 1428, 1429 y otros); al beneficiario de la promesa de la obligación o hecho de un tercero, como prestación sustitutoria, si lo prometido no se realiza (artículo 1470); al adquirente de un bien, en virtud del saneamiento, por la evicción o los vicios dolosa o culposamente ocultados (artículos 1495, inciso 7, y 1512, inciso 5); al comprador de un bien que no pertenece al vendedor, en caso de rescisión del contrato, siempre que haya desconocido su origen (artículo 1541); al comprador, si el contrato se resuelve por falta de entrega del bien (artículo 1556); al subarrendatario, si su contrato se extingue por la terminación del arrendamiento (artículo 1694); al dueño de un bien cedido en comodato, si los herederos del comodatario, de mala fe, lo enajenaren (artículo 1749); al comitente, si el contratista no subsana las irregularidades detectadas en la ejecución de la obra, y el contrato se resuelve (artículo 1777); al contratista, por el desistimiento unilateral del comitente que pone fin al contrato de obra (artículo 1786).

En fin, al mandante, por la utilización que el mandatario realice de los bienes que tenía la obligación de entregarle, o que le fueron confiados para cumplir el mandato (artículo 1794); al mandatario, por los daños sufridos a causa del mandato (artículo 1796, inciso 4); al depositario, por los daños sufridos en ocasión del contrato (artículo 1851); al fiador, por cubrir la deuda afianzada, y no solamente por los daños que ello le ocasione (artículo 1890); al gestor de negocios por los daños sufridos en su desempeño (artículo 1952), al empobrecido por el enriquecimiento, producido a costa suya, de otro (artículo 1954); al damnificado en la responsabilidad extracontractual (artículo 1969); a la víctima de un evento dañoso que tenga como autor a un inimputable (artículo 1977)[12]; a quien resulta perjudicado por violación de un acuerdo simulatorio (artículo 2001, inciso 2).

Es claro que el término *indemnización* no es utilizado con igual significado en todas las menciones citadas, que no son todas, además, porque habría que agregar, por ejemplo, la indemnización, introducida en una reforma legislativa del 2001, en favor del cónyuge perjudicado por la separación de hecho (artículo 345-A, segundo párrafo), cuya naturaleza fue fijada en la sentencia del

(12) Sobre este supuesto, véase León Hilario (2017). Es la reedición del ensayo, originalmente publicado el año 2005, donde se plantea, por primera vez, el distingo entre resarcimiento e indemnización, a propósito de la naturaleza de la compensación excepcionalmente impuesta a los entonces denominados incapaces privados de discernimiento por los daños que ocasionen, y que no pueden ser resarcidos por sus representantes legales.

(13) Sentencia de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, dictada en el Tercer Pleno Casatorio Civil: Casación 4664-2010 Puno, 17 de noviembre de 2010, 54: "Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) el pago de una suma de dinero o b) la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo, pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. Sin embargo, se debe tener en cuenta que en nuestro sistema esta indemnización no solo comprende la indemnización por el menoscabo material sino también el daño personal. El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial; (…)". Los magistrados supremos acogieron la ponencia sustentada, como amicus curiae, por el autor de estas páginas, León Hilario (2010, p. 251).

Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República: una obligación legal, distinta del resarcimiento, y cuya determinación es ajena, por lo tanto, a las directrices de la responsabilidad civil[13].

Y no se olvide la normativa especial, especialmente, la relacionada con la expropiación, en el campo administrativo[14], y el despido fraudulento, en el campo laboral[15]. La unicidad del derecho reclama que los términos tengan un contenido semántico uniforme en todas las áreas. ¿Por qué tendrían que ser distintos los significados de la indemnización en favor del expropiado, o la, tarifada, que se otorga al trabajador despedido[16]?

Frente a la contratación, uso o administración exclusivos de los bienes comunes, sin la participación de algún copropietario, el Código Civil ofrece, al excluido, las siguientes tutelas:

a) En primer lugar, la acción de nulidad, por la infracción de lo establecido en el artículo 971, que obliga a que las decisiones concernientes a la disposición de los bienes comunes cuenten con el consenso unánime de los copropietarios[17]. Consecuentemente, según el artículo 978, la validez de los negocios celebrados con terceros, con el ejercicio exclusivo de la propiedad por parte del copropietario enajenante, será reconocida solo si el dominio íntegro del bien es adjudicado a ese copropietario.
   Acá la nulidad es semejante -sin ser coincidente, claro está- a la que afecta los negocios de disposición de un bien de la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges, donde hace falta un elemento estructural de la operación: la manifestación de voluntad conjunta[18].
   En los arrendamientos opera una norma específica, donde insólitamente, se fija una prohibición, con concordancia con el régimen general de la copropiedad, y, a renglón seguido, se regula la sanatoria de su infracción. Es el artículo 1669: "El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente"[19].
b) En segundo lugar, la acción resarcitoria. Si causa daños, el negocio excluyente constituirá un evento de responsabilidad civil extracontractual, y los artículos 1969 y siguientes podrán ser invocados por el copropietario excluido, en calidad de damnificado, para su debida compensación[20].
c) En tercer lugar, la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Si

(14) Decreto Supremo 015-2020-Vivienda, del 23 de octubre de 2020, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1192 —Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de Interferencias y otras Medidas para la Ejecución de Obras de Infraestructura— artículo 13.4: "En el proceso de expropiación, la indemnización justipreciada es el valor de la tasación, constituyendo el precio a pagarse por todo concepto al sujeto pasivo".

(15) Decreto Supremo 003-97-TR que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 —Ley de Productividad y Competitividad Laboral— artículo 38: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba".

(16) Sobre estos casos de indemnización contenidos en leyes especiales y sobre los contemplados en el propio Código Civil, véase León Hilario (2016).

(17) La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia Casación 2957-2003 Lima, del 30 de noviembre de 2004, declaró nula la venta de un inmueble, celebrada por uno solo de los copropietarios. Se trataba de un bien que los copropietarios habían adquirido por sucesión. Los magistrados señalaron: "en el caso de autos el bien inmueble materia de litis está sujeto a copropiedad, es decir, pertenece en cuotas ideales a los copropietarios cuyo dominio no recae en forma material sobre áreas específicas del bien, por lo que la decisión para disponer de él debe ser expresada por la unanimidad de los copropietarios, como así lo precisa el artículo 971 del Código Civil; de lo que se concluye que el acto de disposición efectuado por el emplazado, quien vendió el bien como si fuese de su exclusiva propiedad, no cumple con la manifestación de voluntad requerida para la validez del acto jurídico, conforme a los acotados artículos 140 y 219 inciso 1 del Código Civil".

(18) La cuestión fue abordada y resuelta en el marco del Octavo Pleno Casatorio Civil: Casación No. 3006-2015 Junín, del 12 de marzo de 2019. La sentencia, emitida por mayoría, establece que: "para disponer de los bienes sociales, se requiere que en el acto de disposición intervengan ambos cónyuges por mandato expreso del artículo 315 del CC, como elemento necesario para la validez del acto jurídico. Por ello, el acto de disposición de un bien social realizado por uno solo de los cónyuges, sin la intervención del otro, es nulo por ser contrario a una norma imperativa de orden público, según el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, concordante con el artículo V del Título Preliminar del acotado Código".

(19) En este caso, la primera parte del artículo fue propuesto por la Comisión Reformadora, y la segunda, por la Comisión Revisora. Al respecto, véase Muñiz Siches (1988). Contra esta incorrecta técnica legislativa, que prohíbe comportamientos y los consiente, a la vez, véanse en texto y nota (4), las severas críticas de Maisch von Humboldt (1988).

(20) En la doctrina italiana, Rodolfo Sacco estudió, en una obra visionaria (1959), cuál era la destinación que debía tener el enriquecimiento obtenido, en casos como estos, mediante un ilícito civil.

se adhiere a la teoría que ve en la enajenación de bienes ajenos —parcialmente ajenos, en el caso de la copropiedad— una lesión del poder de disposición[21] del copropietario desplazado, la tutela concedida a éste tendrá como base el artículo 1954 del Código Civil.

d) En cuarto lugar, el copropietario excluido puede pedir al excluyente la rendición de cuentas de sus actividades gestoras, para hacer suya, como siguiente paso, la parte proporcional de los resultados obtenidos netos en la operación; todo ello, conforme al régimen de la gestión de negocios establecido en los artículos 1950 y siguientes del Código Civil, y, necesariamente, a los principios generales que gobiernan dicha institución, y que integran los distintos vacíos legislativos que se constatan en esta disciplina.
e) Otros remedios podrían ser ejercidos, igualmente, como la acción reivindicatoria del bien común, las acciones de defensa de la posesión, como los interdictos, o la de desalojo; todo ello, de acuerdo con el artículo 979[22].
f) Y, en fin, otras soluciones, extrajudiciales, son comunes en esta casuística, como la, muy usual, de remitir una comunicación al tercero, posesionario o adquirente del bien, en la cual se le alerte sobre la copropiedad existente, para intentar su apartamiento voluntario o la reintegración pacífica del bien, sin perjuicio del inicio de acciones ulteriores, incluso más allá del terreno civil, contra el enajenante excluyente.

Lo destacable es que tres de aquellas tutelas, la segunda, tercera y cuarta mencionadas, podrían estar relacionadas con una misma referencia normativa, cuando se trate del uso excluyente del bien. Se trata del artículo 975: "El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda"[23].

El resarcimiento de daños, la restitución por enriquecimiento y la restitución por gestión de negocios ajenos se disputan, en efecto, el papel de fundamento de la *indemnización* a la que se refiere la norma comentada. A menos, por supuesto, que el intérprete se dé por satisfecho reconociendo en dicha indemnización un remedio autónomo: una mera obligación legal de reembolso proporcional[24] que el legislador ha previsto para custodiar nada más que la integridad patrimonial de los copropietarios frente al uso exclusivo de los bienes también que les pertenecen.

En abono de esta conjetura, el artículo 976 del Código Civil, al regular el disfrute del bien en copropiedad, establece que los copropietarios "están obligados a reembolsarse proporcionalmente los provechos obtenidos del bien." Una vía seguida por nuestros autores es la de partir de un correcto deslinde conceptual entre obligación legal de indemnizar y resarcimiento[25]. Que el reembolso -me refiero solo a este significado- no constituye un resarcimiento lo prueba, fácilmente, la

(21) Teoría propuesta por Castronovo (1989, p. 610; 1997, p. 158; 2018, p. 120) y Nicolussi (1998, p. 33 y ss.; 2021, p. 364) en la doctrina italiana, tras los pasos de la Zuweisungstheorie germana, iniciada por Walter Wilburg (1934). En contra: Messinetti (2012, p. 111).

(22) Más allá de la certeza sobre la pertinencia de tales tutelas, y de su efectividad ante las cuestiones planteadas, cuenta la circunstancia de su inclusión entre los mecanismos específicos de defensa de los derechos de los copropietarios.

(23) En la parte que no se transcribe, por no ser relevante para el análisis desarrollado, la norma citada deja a salvo lo dispuesto en el artículo 731, que se refiere a la preferencia legal concedida al derecho de habitación, vitalicio y gratuito, del cónyuge supérstite que concurra con otros coherederos en la titularidad del patrimonio relicto, pero cuya participación no sea suficiente para adjudicarse la casa-habitación donde existió el hogar conyugal.

(24) A una indemnización (indemnité) o reembolso (reimboursement) se refirió, precisamente, el jurisconsulto Jean Baptiste Treilhard, en la presentación del proyecto de Código Civil francés ante el Cuerpo Legislativo, en la parte relativa a la gestión negocios. Al respecto, véase Fenet (1828).
Entre nosotros se ha hablado de la obligación indemnizatoria del artículo 975 del Código Civil como una "retribución" (Arias-Schreiber Pezet, 1993, p. 96). El juicio es errado. Toda retribución tiene origen voluntario. En la norma comentada, en cambio, la premisa es el uso no consentido del bien por parte del copropietario excluyente. A menos que se considere, con evidente perspectiva cuasicontractual, que el uso exclusivo se ha realizado con el consentimiento tácito del excluido, convalidándose dicho negocio, posteriormente, con el abono de la indemnización. Así, si el uso exclusivo continuara, el copropietario excluido seguiría teniendo derecho a ser compensado en virtud de la cesión de uso inicialmente tácita y luego convalidada, hasta que la exclusividad termine. A pesar de no ser de recibo, la Corte Suprema ha adoptado la calificación de Arias-Schreiber Pezet en más de una ocasión. Al respecto, véase, por ejemplo, la Casación 2477-2013-Lima; 3117-2014 Piura y 1970-2015 Lima.

(25) Destacadamente, por Pasco Arauco (2022a, pp. 36-37; 2022b, pp. 172-176), quien adopta el criterio diferenciador del resarcimiento y la obligación legal de indemnizar según la necesidad o no de un juicio de responsabilidad civil, que he propuesto, entre otras obras, en León Hilario (2016, 38). De la misma opinión es Jiménez Salas (2022, p. 97 y ss.). El camino contrario, que admite el deslinde, pero pone en duda su aplicación en el medio nacional, defendido por Fernández Cruz (2015, pp. 122-123), desemboca en un caos terminológico, que, extrañamente, no llega a ser advertido por nuestro mentor y amigo, donde convivirían las indemnizaciones restitutorias y las resarcitorias.

imposibilidad técnica de descomponer dicho monto, al que tiene derecho el copropietario de acuerdo con la norma analizada, en daño emergente, lucro cesante y daños morales. No hay aquella pérdida económica o contablemente determinable que caracteriza al *damnum emergens*. Las cuotas ideales del copropietario sobre el bien no son afectadas, sino que se mantienen.

Si se hablara de lucro cesante, por otro lado, el excluido solo tendría derecho a obtener una utilidad o rédito frustrado, o sea, al mayor valor que habría obtenido con un negocio concordado entre todos los copropietarios. Un resarcimiento por lucro cesante resultaría impropio, además, en los casos en que el excluido no haya tenido ninguna intención de enajenar su parte, o de ponerse de acuerdo con los otros titulares del bien. Tampoco, en fin, hay algún padecimiento anímico o dolor que atenuar mediante la tutela resarcitoria, ni lesiones de los derechos de la personalidad que deban resarcirse. El resarcimiento de daños podrá, sin lugar a duda, acumularse con la indemnización, siempre que concurran sus presupuestos. El artículo 975 del Código Civil no señala que la protección del copropietario excluido esté limitada a la indemnización proporcional.

Ahora bien, la conclusión acerca de la naturaleza "indemnizatoria" del remedio es solo un primer paso. Asociada con la noción de reembolso, su valor concreto se limitaría a la reasignación al copropietario excluido de "su" parte en la operación económica donde no participó. Pero esa no sería, en todas las hipótesis, una solución justa. Lo sería, tal vez, si la indemnización es vista como una pena privada, como una multa, con valor predeterminado, a cargo del copropietario excluyente, en especial, cuando el desplazamiento de los demás se realiza dolosamente. No lo es, en cambio, si la situación que se presenta no es la de una exclusión intencional, sino la de una intervención del copropietario en beneficio de todos sus pares. En ese caso, lo justo sería descontar del reembolso todos los gastos en que haya incurrido ese copropietario para el aprovechamiento del bien.

Piénsese en el alquiler de una casa de playa, celebrado por un solo copropietario, ante la imposibilidad material de contar con el consentimiento de los demás, o ante la negativa de estos, inclusive. ¿Adeudará a los excluidos el reembolso del porcentaje de la renta que resulte de una sencilla división del total percibido? ¿No tendrá derecho a descontar las sumas que invirtió para habilitar el inmueble en la temporada, y hacerlo atractivo para lograr su arrendamiento? ¿Resolverá todo, acaso, lo dispuesto en el mencionado artículo 1669 del Código Civil, con la ratificación expresa o tácita del arrendamiento celebrado sin la participación de todos los copropietarios? La respuesta es negativa. Esa ratificación solamente salva, en todo caso, la validez del negocio frente a los terceros, pero no produce obligaciones restitutorias inmediatas para el copropietario-arrendador excluyente frente al excluido.

Si las cosas están así, la intervención del copropietario que cede el uso del bien sin el concurso de los demás se revela como un supuesto de gestión de negocios, y esta será la institución que dictará las pautas para determinar su contenido, es decir, para arribar a su justa y exacta cuantificación. La referencia a un mandato tácito, en el artículo 1669, es, justamente, una confirmación, como también se verá más adelante, de la asociación ideal de la gestión de negocios con la celebración de un arrendamiento.

Acá, si estoy en lo correcto, queda descartada la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado, no solo porque el remedio indemnizatorio concedido en el artículo 975 del Código Civil es un recurso inmediato, apto para ser plasmado en una pretensión, y que hace innecesario invocar la *condictio sine causa generalis*, sino también por el carácter subsidiario de ésta, según lo dispuesto en el artículo 1955[26].

(26) Arata Solís (2016, pp. 28-29; 2021, p. 506) niega que el artículo 975 del Código Civil reglamente una hipótesis de responsabilidad extracontractual, o de enriquecimiento injustificado Para él, el enriquecimiento del copropietario que dispone, con exclusividad, del bien, tiene "su justa causa en la titularidad del derecho que tiene cada copropietario de servirse de la totalidad del bien común" (2021, p. 507), conforme al artículo 974: "Cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás. El derecho de usar el bien común corresponde a cada copropietario. En caso de desavenencia el juez regulará el uso, observándose las reglas procesales sobre administración judicial de bienes comunes".
El reparo que debe hacerse, de inmediato, a esta interpretación es que una pretensión resarcitoria sí puede tener lugar, en presencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual, y, en tal caso, hará compañía a la pretensión indemnizatoria, que tiene fundamento en las reglas sobre gestión de negocios, según lo que expongo, a continuación, en el texto. Ya León Barandiarán (1975, pp. 196-197), bajo el vigor del Código Civil de 1936, y claramente guiado por su conocimiento de la doctrina civilista alemana, postuló una posible concurrencia de la acción resarcitoria y la acción por enriquecimiento injustificado, en el caso de la gestión asumida por una persona incapaz.

3. El análisis histórico-comparativo al rescate

Todas las proposiciones efectuadas hasta este punto están respaldadas por el análisis histórico-comparativo. Este enfoque ha sido el preferido, por cierto, en los estudios más importantes que se han dedicado, internacionalmente, a la gestión de negocios ajenos(27).

En el siglo XIX, y a comienzos del siglo XX, ante la infrecuencia progresiva de la gestión de negocios en la jurisprudencia, los autores se dedicaron, con esmero irrepetible, a la salvación de esta institución mediante el estudio profundizado de sus raíces. Por todas partes(28) se admitió que la investigación sobre la figura demanda reconstruirla a partir de sus fuentes, que están lejos de ser escasas.

En efecto, el punto de partida es una sección del *Digesto* que abarca más de cuarenta reglas relacionadas el edicto pretorio *De negotiis gestis*(29). Esta sección comienza con el realce de la finalidad de la tutela otorgada, desde el punto de vista del titular del negocio gestionado (*dominus negotii*). Ésta tutela, según Ulpiano, busca ser útil para los ausentes, "a fin de que, indefensos, no sufran la posesión de sus bienes, o su venta, o no pierdan la enajenación de la prenda, o la acción de la pena en que haya incurrido, o con injusticia su propia cosa" (*Digesto*, 3.5.1.)(30). Los fines de justicia correctiva de la institución son, pues, evidentes, y la acompañarán en su devenir.

En el siglo XVIII, Pothier anotaría, en este sentido, que la base de este "cuasicontrato" radicaba en la "equidad natural, que exige de quien se inmiscuye en los negocios de otro que sea obligado a rendir cuentas, y que no permite que aquel cuyos negocios se han realizado se aproveche de ello sin indemnizar al que lo hizo" (Pothier, 1777, p. 335)(31). Pothier enlaza la figura, asimismo, con otra directriz heredada del derecho romano, y exaltada por los iusnaturalistas: la prohibición del enriquecimiento a costa de otro(32). Escribe:

> Ahora bien, cuando aprovechas un negocio que yo he realizado, aun en contra de tu voluntad, para favorecerte a pesar tuyo, la equidad natural, que no permite enriquecerse a expensas de otro, te obliga a indemnizarme por lo que esto me ha costado, al menos hasta el provecho que has obtenido (*Digesto*, 50.17.206).

Volviendo al *Digesto*, éste señala, igualmente, ahora con Gayo(33), que:

> Si alguno hubiere administrado los negocios de un ausente, aunque éste lo ignorase, tenga, sin embargo, por este título, acción por lo que útilmente hubiere gastado en sus cosas, o también si él mismo se hubiere obligado a alguno en razón a los bienes del ausente. Y así, en este caso nace de una y de otra parte una acción, que se llama de negocios administrados. Y a la verdad, así como es justo que él dé cuenta de sus actos y que por tal razón sea condenado, si no hizo algo según debió, o si retiene alguna cosa de dichos negocios, así por el contrario es justo, si administró útilmente, que se le pague lo que por tal motivo le falte, o le haya de faltar (*Digesto*, 3.5.2).

Y, con Juliano, finalmente:

> Pero también si uno cuidó mis negocios, no por consideración a mí, sino por lucro suyo, escribió Labeón, que más bien cuidó de negocio suyo que de mío; porque el que se entrometió en ellos para hacer depredaciones, procura por su lucro, no por mi conveniencia. Pero, no obstante, con tanta más razón, se obligará también éste por la acción de gestión de negocios. Sin embargo, si hubiere gastado algo por causa de mis negocios, tiene acción contra mí, no por aquello que le falta, porque se ingirió en mis negocios con mala intención, sino por aquello en que me hice más rico (*Digesto*, 3.5.6.3).

Sobre los cimientos romanistas, se dio cuerpo a un modelo sobre la gestión de negocios, inaugurado en el Código de Napoleón, y que migró a los espacios geográficos irradiados por su gran influencia.

Las características de la figura pueden resumirse así. En el supuesto de la actuación de una persona en los asuntos de otro, sin importar cuál sea la razón -las fuentes, como

(27) Al respecto, véase, principalmente, Dawson (1961); Stoljar (1984); Zimmermann (1996: 433 y ss.), Kortmann (2005, pp. 99 y ss.) y Ranieri (2009, pp. 1757 y ss). En la ensayística más antigua: Lorenzen (1927-1928).

(28) En la bibliografía italiana, resaltan los amplios estudios de Cogliolo (1890), Pacchioni (1893; 1935), Ferrini (1894), Atzeri (1904), Riccobono (1917a; 1917b), y las voces enciclopédicas de Gaetano (1900) y Guidi (1916).

(29) El título V del libro III. El número de directrices sorprende a Radin (1937, p. 246). En los manuales de derecho romano, que ilustran sobre estas fuentes, véase, en distintos idiomas y épocas: Buckland (1921, pp. 533-536); Girard (1924, pp. 656-660); Radin (1927, pp. 301-303); Schulz (1961, pp. 620-625); Marrone (1994, pp. 513-516); Guarino (2001, pp. 961-967); Kaser & Knütel (2008, pp. 254-255); Nicholas (2008, pp. 227-229).

(30) Todas las traducciones que cito provienen del primer tomo de la edición ochocentista del Corpus Iuris Civilis, en castellano, a cargo de Ildefonso L. García del Corral. Para la explicación de este pasaje, véase Zimmermann (1996).

(31) En la bibliografía contemporánea sobre la rendición de cuentas, véase Cincotti (2017).

(32) Al respecto, véase León Hilario (2022).

se acaba de ver, comprenden incluso la gestión de mala fe- surgen dos tutelas. Por el lado del titular del negocio, tendrá derecho a exigir al gestor una rendición de cuentas; por el lado del gestor, el *dominus negotii* deberá reembolsarle los gastos incurridos. En el primer caso se cuenta con la *actio negotiorum gestorum directa*; en el segundo, con la *actio negotiorum gestorum contraria*(34).

La doctrina mantendrá las locuciones latinas para referirse a los componentes de la gestión de negocios: *animus aliena negotia gerendi* y *utiliter coeptum*, principalmente. Los cuestionamientos no demorarán en aparecer, porque los romanistas puros buscaban perfilarla con fidelidad a sus atributos primigenios, mientras que, al mismo tiempo, los estudiosos menos comprometidos con ese empeño, a los que eran familiares la casuística y el desarrollo jurisprudencial de la institución, atenuaban aquellas exigencias, con el objetivo de trazarle un nuevo rumbo(35).

Así, se afirmará, ante todo, la necesidad de que el negocio administrado sea de alguien distinto del gestor, incluso desconocido para éste, y que la intervención gestora tenga lugar de forma espontánea, sin obligación del gestor frente al *dominus*: debía tratarse, por lo tanto, de una *gestio negotiorum alterius* y *sine mandato*.

Luego, se requería el *animus aliena negotia gerendi* en el gestor, o sea, que su actuación se realizara a sabiendas de que el asunto gestionado no le concernía; y era menester, también, que la administración gestora se emprendiera para el beneficio del *dominus*, o sea, que fuese una *gestio utiliter coepta*, y que el gestor poseyera capacidad de obrar. Sin embargo, los requisitos del *animus negotia aliena gerendi* y el *utiliter coeptum* dieron pie a grandes debates. El entredicho del que fueron objeto influenció, sin duda, en las codificaciones civiles de la segunda mitad del siglo XX.

El otro modelo, que habría de plasmarse en el Código Civil alemán de 1896 (BGB), coincide, en casi todos sus puntos, con la reconstrucción descrita, atada al pasado romano. Solo que esta codificación iba a ser innovadora, paralelamente, en el trazo de una regulación pormenorizada para el enriquecimiento injustificado (*ungerechtfertigte Bereicherung*), libre de la regla, limitadora, de la subsidiariedad, importada, por medio de la doctrina, hacia las experiencias jurídicas seguidoras de la *actio de in rem verso* francesa.

Así, se excluye del régimen de la gestión de negocios sin mandato (*Geschäftsführung ohne Auftrag*), el caso del gestor que administra el negocio ajeno, conociendo su origen y en exclusivo beneficio suyo. Se habla, en dicho supuesto, de una gestión de negocios impropia o falsa (*unechte Geschäftsführung*)(36), y la disciplina prevista en el BGB permitirá que otros medios de tutela solucionen el problema, a saber: la responsabilidad extracontractual y, justamente, el enriquecimiento injustificado.

Brox y Walker proponen este ejemplo: si D vende un libro robado de E a un precio mayor que el correspondiente, E puede demandar el resarcimiento de los daños ocasionados, así como la restitución de la ganancia obtenida por D mediante el ilícito cometido(37). Como se aprecia, en esta hipótesis, los remedios típicos de la gestión de negocios salen, simplemente, de la escena. Y lo hacen, concretamente, con una sucesión de remisiones entre los parágrafos del Código Civil que dificultan su interpretación(38).

Además de los modelos francés y alemán, otros dos Códigos Civiles, ya de la segunda

(34) Sobre ambas acciones, véase Zimmermann (1996).

(35) La denominación negotiorum gestorum, traducida a las distintas lenguas, se mantiene, pero la forma contemporánea de la institución es distinta, como hace notar Bar (2006b, p. 205).

(36) Hedemann (1949, p. 290); Enneccerus & Lehmann (1966, p. 640); Schlechtriem (2003, p. 293). Ahora, entre otros: Looschelders (2018, p. 373); Dannemann (2020, pp. 1389 y ss.); y Fikentscher & Heinemann (2022, pp. 804). En perspectiva comparativa, véase: Cañizares Lazo (1995, pp. 699-700), Leitão (2005, pp. 679 y ss.); Vitorino (2014, pp. 254 y ss.); y Vicente (2017, p. 545).

(37) Brox & Walker (2021, p. 540). La obligación restitutoria se funda, en tal caso, en el parágrafo 816, párrafo 1, del Código Civil alemán: "Si un no titular realiza un acto de disposición sobre un bien que es eficaz frente al titular, queda obligado frente al titular a la restitución de lo que hubiera obtenido con la disposición. Si la disposición se ha hecho gratuitamente, queda sujeto a la misma obligación quien ha obtenido un beneficio jurídico directo como consecuencia de la disposición." La traducción es la contenida en la edición en castellano del BGB dirigida por Albert Lamarca Marquès.

(38) Más todavía porque el titular del negocio nunca pierde la posibilidad de reaccionar frente a lo hecho por el gestor como si se tratara de una gestión auténtica. En efecto, el § 687, segundo párrafo, dice así: "Si alguien trata un negocio ajeno como el suyo propio, a pesar de saber que no está legitimado para ello, el titular del negocio puede ejercitar las pretensiones que resultan de los 677, 678, 681 y 682. Si las ejercita queda obligado frente al gestor del negocio conforme al 684, inciso 1". Esta última norma otorga una protección restitutoria por enriquecimiento injustificado: "Si no concurren los presupuestos del 683, el titular del negocio está obligado a restituir al gestor del negocio todo lo que él adquiere con la gestión del negocio, de acuerdo con las disposiciones sobre la restitución por

mitad del siglo XX, merecen ser reseñados. El primero es el Código Civil italiano, que dedica cinco normas a la gestión de negocios, una de las cuales -el artículo 2031- retoma la configuración tradicional, al establecer que, siempre y cuando la gestión haya comenzado beneficiosamente, el interesado tiene que: (i) cumplir las obligaciones contraídas, en su nombre, por el gestor; (ii) mantener al gestor indemne frente a los compromisos asumidos en nombre propio; y (iii) reembolsar al gestor los gastos necesarios o útiles realizados, actualizados con intereses desde la fecha de su abono[39].

El segundo es el Código Civil portugués, donde el régimen de la gestión de negocios comprende ocho disposiciones[40]. En la norma central -artículo 468- se concreta una fusión de influencias, propiamente dicha. Se dispone que, si la gestión es desarrollada de conformidad con el interés y voluntad, real o presunta, del titular del negocio, surgirán para éste: (i) la obligación de reembolsar al gestor los gastos indispensables en que haya incurrido, según lo razonable, actualizados con intereses que se calculan desde la fecha de su realización; y (ii) la obligación de resarcirlo por los daños sufridos. A renglón seguido, empero, se establece que, si la gestión no fue realizada con arreglo a lo que se indicó previamente, la única obligación del titular frente al gestor será restitutoria, según el régimen del enriquecimiento injustificado.

En época más reciente, en el contexto de los proyectos de armonización del derecho privado europeo, el Study Group on a European Civil Code publicó un volumen bastante sustancioso de principios sobre la gestión de negocios ajenos, al cuidado de Christian von Bar[41].

El ámbito de aplicación de estos principios es la actuación del gestor que intervenga con la "intención predominante" de beneficiar a un interesado[42]. Para ello, el gestor deberá tener un motivo razonable para obrar o recibir, sin una demora que pueda perjudicarlo, la aprobación de su desempeño, por parte del interesado[43]. Se reconoce al gestor los siguientes derechos esenciales: liberación de obligaciones, reembolso, remuneración y resarcimiento[44].

El gestor tiene derecho a que se le libere de las obligaciones que hubiere contraído en su desempeño, o a que se le reembolsen los gastos que hubiere asumido, no solo en dinero, sino también de otra naturaleza. El juicio de razonabilidad de tales obligaciones y gastos es determinante para la liberación o reembolso, según sea el caso[45].

Tiene derecho, también, a ser remunerado por su actuación, si ésta corresponde al oficio o industria del gestor. Para cuantificar la remuneración se usa como punto de referencia el valor habitual de esas prestaciones en el lugar de la gestión. La razonabilidad vuelve a entrar en escena, como criterio para decidir si la actuación del gestor merece ser remunerada y para cuantificar el monto que recibirá[46].

Finalmente, se contempla el derecho del gestor a ser resarcido por los daños corporales o patrimoniales sufridos durante su actuación, si la protección del interesado, o de su propiedad o intereses, frente a algún peligro, le ha reportado pérdidas. Para que esta tutela opere, es necesario que la gestión haya creado un riesgo o haya aumentado un riesgo preexistente, y que se trate de un riesgo previsible, razonablemente proporcional al que el interesado habría enfrentado[47].

---

un enriquecimiento injustificado." En perspectiva comparativa, Dannemann (2020, p. 1391) resalta en esta disposición la regulación de un remedio de disgorgement of profits. Finalmente, el 683 se refiere a la compensación por gastos (Ersatz von Aufwendungen) debida al gestor en la gestión de negocios sin mandato en sentido estricto: "Si la asunción de la gestión de negocios responde al interés y a la voluntad real o presunta del titular del negocio, el gestor del negocio puede reclamar la compensación de sus gastos como un mandatario (...)".

(39) Al respecto, véase De Semo (1961); Ferrari (1969); Aru (1981); Casella (1989); Breccia (1999); Sirena (1999; 2009); Gallo (2018); Nicolussi (2021, pp. 338 y ss.).

(40) Al respecto, véase Varela (2005, pp. 447 y ss.); Leitão (2008, pp. 487 y ss.); Cordeiro (2010, pp. 67 y ss.); Faria (2020, pp. 343 y ss.). En perspectiva comparativa: Vicente (2017, pp. 539 y ss.).

(41) Al respecto, véase Bar (2006a).

(42) De aquí que la traducción al inglés elegida para la figura haya sido benevolent intervention in another's affairs. La benevolencia es la característica esencial de la figura que se busca disciplinar, uniformemente, en los Principles comentados.

(43) Artículo 1: 101: Intervención en beneficio ajeno.

(44) El original alemán habla, efectivamente, de una "pretensión resarcitoria" del gestor, Anspruch auf Schadensersatz. Los traductores españoles escriben, sin embargo, "reparación".

(45) Artículo 3: 101: Derecho a liberación o reembolso.

(46) Artículo 3: 102: Derecho a remuneración.

(47) Artículo 3: 103: Derecho a reparación.

La armonización del derecho europeo que he reseñado no comprende a Inglaterra. En los países del *common law*, en general, ha existido una aversión constante y firme hacia al comportamiento altruista como fuente de obligaciones, a tal punto que se ha hablado de un rechazo sempiterno a la figura del buen samaritano, que incluso se ha justificado con enfoque interdisciplinarios persuasivos, como el análisis económico del derecho(48). Ello no ha sido impedimento, sin embargo, para que buena parte de los mejores estudios en materia de *negotiorum gestio* lleven la firma de ilustres *common lawyers*, interesados en el derecho romano o en la comparación jurídica(49).

4. La gestión de negocios: una institución en busca de identidad en el derecho civil peruano

4.1. Del Proyecto de Vidaurre al Código Civil de 1936

En 1835 se publicó la segunda parte del Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre. En él, el renombrado jurisconsulto fustigó duramente la gestión de negocios ajenos, en la que apreciaba un falseamiento de la conducta humana ordinaria.

El articulado del Proyecto sobre "Mandatos, apoderados, procuradores", contenía esta declaración: "nuestro derecho nuevo no conoce gestores de negocios" (Vidaurre, 1834, p. 240).

Y su redactor explicaba:

> Voy a suprimir por ley una parte de la legislación suprimida ya por la costumbre. Este es el gestor de negocios. Estudiábamos en nuestro Heinecio: *Negotiorum gestio est quasi contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra judicium utiliter gerenda sponte et gratis suscipit*. Aquí de una ficción se sacaban derechos y obligaciones. Se suponía que el señor de la cosa consentiría. Suposición era el poder, y de esa suposición dimanaba también la responsabilidad por los gastos que se hicieren a su nombre, y por las resultas de las acciones que se promovieren. Este encargado voluntario, este intruso, no podía solicitar ni salario ni recompensa. Él era estimulado sin duda por la caridad cristiana: la mayor de las ficciones. Han corrido muchos siglos después del primero de la iglesia, en que fueron generales esos portentos. Estoy muy mal con las generosidades. Todos obran por interés. El patriota más heroico y que parece desnudo de pasiones mezquinas, tiene delante de los ojos la gloria, y este es el estímulo. Allá en mi juventud, cuando tuve algunos pocos momentos de leer fábulas, me interesó bastante la del gato maestro de capilla: gratis enseñaba a los pájaros a cantar, y gratis se merendó un tordo. No he conocido uno solo de estos oficiosos, que no sea un gran bribón. No consintamos gestores de negocios, queden derogadas las leyes españolas desde la 26 en adelante, e inutilizados los volúmenes de tratadistas que promovieron cuestiones prolijas, y que no se fijaron en la más necesaria, que era lo peligroso de esta comisión"(50).

La gestión de negocios ajenos hizo su debut en la legislación peruana, sin embargo, en el Código Civil de Santa Cruz, de 1836, durante la Confederación Perú-Boliviana. Deudora, en enorme medida, del derecho civil francés, esa codificación se limitó a hacer eco de las disposiciones del Código de Napoleón al respecto, en los artículos 956 a 958 del capítulo I, sobre cuasicontratos, del título "De las obligaciones que se contraen sin convenio".

En el artículo 958 se indicaba:

> El señor cuyo negocio ha sido bien administrado, debe cumplir todas las obligaciones que el gerente ha contraído en nombre suyo, indemnizarle las personales que él ha contraído, y reembolsarle todos los gastos útiles o necesarios que ha hecho.

Posteriormente, en la primera codificación nacional, en 1852, la gestión de negocios recibió tratamiento en un apartado concebido con notoria adhesión a las directrices del derecho natural y a las enseñanzas de Pothier: el régimen de los cuasicontratos(51).

Se llamaba cuasicontratos, según el artículo 2111, a los hechos lícitos de los que nacían obligaciones "en virtud de un de un consentimiento presumido por equidad."

(48) Landes & Posner (1978, pp. 125-126). Para una aproximación a la posición del Common Law en cuanto a esta problemática, véase: Marasinghe (1976); Stoljar (1984, pp. 33); Aitken (1988); Zimmermann (1996, pp. 448); Kortmann (2005, pp. 111); Sheehan (2006). Birks (1997, p. 226) aconsejaba no sobrevalorar el aparente contraste entre el common law y el civil law en este punto.

(49) Principalmente, Dawson (1961).

(50) Vidaurre (1834, pp. 252-253). El autor se refiere a las Siete Partidas del rey Alfonso El Sabio, en este caso, a las leyes 26 a 31 del título XII de la Partida V. La ley 26 trataba "de las cosas agenas que recabda un home por otro sin su mandado", y establecía: "todo quanto despendiere alguno desta manera en pro et en mejoria de la heredat o de las cosas dotro en nombre dél, que tambien es tenudo de gelo facer cobrar el señor de la heredat como si lo hobiese fecho por su mandado mesmo." Sobre esta fuente, véase Marlasca Martínez (2011). La fábula a la que se hace mención es El Gato y las Aves, de Samaniego (1796, pp. 253-255).

(51) Al respecto, véase León Hilario (2022).

A renglón seguido, en el artículo 2112, se trazaba esta esta definición:

> El que sin ser mandatario se encarga voluntariamente de desempeñar los negocios o de administrar los bienes de otro, que lo ignora por hallarse ausente o tener algún impedimento, está obligado a dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño, los negocios o la administración que toma sobre sí. Este encargo espontáneo se llama gestión de negocios, y el que lo desempeña gestor.

Luego, en el primer párrafo del artículo 2118, la última de las seis normas regulatorias de la institución se establecía:

> El dueño de los bienes o negocios que han sido bien manejados debe cumplir las obligaciones que por él haya contraído el gestor, y abonar a éste todos los gastos necesarios y útiles que haya hecho.

En la última década del siglo XIX, en 1890, se divulgó un Proyecto de Código Civil que mostraría tener aún más esperanzas en las virtudes de la gestión de negocios. Ocho eran las normas propuestas, todas muy detalladas, para reglamentar la institución.

Tomando en préstamo la expresión "agencia oficiosa", acuñada por Andrés Bello en el Código Civil chileno de 1855, este cuasicontrato era definido, en el artículo 2820, como aquel mediante el cual la persona que administraba, sin mandato expreso los negocios de otra, quedaba obligada frente a ella, pero también creaba obligaciones para ella. Para el gestor nacían, principalmente, según el artículo 2821, incisos 2 y 3, las obligaciones de "dirigir y manejar en provecho del dueño los negocios que ha tomado sobre sí", y de "entregar los negocios al dueño, o a su representante, luego que cualquiera de ellos lo solicite, y sea cual fuere el estado en que aquellos se encuentren".

Se proponía una norma, asimismo, para el caso de la gestión de negocios contraria a la prohibición del *dominus*. En ese caso, según el artículo 2836, se descartaba la acción del gestor contra el titular, a menos que la administración hubiese producido, para éste, utilidades efectivas. Se mencionaba, como ejemplo, el caso del pago de deudas durante la gestión.

Se preservaba, en fin, la obligación, correspondiente, del titular de los bienes o negocios administrados "a cumplir las obligaciones que por él ha contraído el gestor, y a pagar a éste los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho", según el artículo 2827. En 1922 comenzaron los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. En agosto de 1927, Manuel Augusto Olaechea presentó su proyecto de articulado sobre la gestión de negocios.

En aquel régimen es destacable la ubicación de la institución. Se propuso -y así se hizo- que fuese regulada a continuación del contrato de mandato, a pesar de no ser un contrato. Las fuentes normativas utilizadas por el ponente, como él mismo se encargó de registrar(52), fueron algunas normas del Código Civil anterior, afinadas para la ocasión, el Código Civil español de 1889, el brasileño, de 1916, y el Proyecto francoitaliano de Código de las Obligaciones, de 1927.

El esbozo de Olaechea no recibió mayores objeciones, y fue aprobado, casi sin cambios, en la sesión del 1 de septiembre de 1927. Entre sus novedades fue destacable que se regulara, por primera vez, la ratificación de la gestión. Inspirándose en los artículos 1892 y 1893 del Código Civil español, que, a su turno, había copiado al portugués, de 1867(53), la legislación peruana señaló:

> Art. 1661. La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso y opera retroactivamente.
> Art. 1662. Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma, será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos que hubiese hecho, y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión.
> La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultare provecho alguno.

(52) Comisión Reformadora del Código Civil (1929, pp. 143 y ss.).

(53) Las normas españolas seguidas por los artífices del Código Civil derogado están vigentes:
"Artículo 1892. La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso".
"Artículo 1893. Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.
La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno".
La primera de estas disposiciones se inspiró en el artículo 1726 del Código Civil portugués de 1867, el cual correspondía, a su vez, al artículo 1858 del Proyecto de António Luís de Seabra, de 1858. Véase, sobre este importante antecedente legislativo lusitano: Cordeiro (2010, pp. 55 y ss).

La doctrina asimiló correctamente el planteamiento contenido en la novedosa normativa. Era claro que el codificador se había esforzado en mejorar el articulado sobre el contrato de mandato. Entonces, las reglas sobre la gestión de negocios, ubicadas a continuación, tenían como objetivo cerrar, armónicamente, la disciplina de la actuación por otro. En el mandato, la intervención era voluntaria, consensuada. En la gestión, involuntaria, es decir, cuasicontractual, aunque este término fue eliminado de la legislación.

Los grandes exégetas sanmarquinos del Código Civil derogado, Ángel Gustavo Cornejo y José León Barandiarán contribuyeron a descifrar los misterios de la institución. Cornejo, confirmando el vínculo de la gestión con el contrato de mandato, escribió:

> El dueño del negocio, al ratificar la gestión, pura y simplemente, la convierte en en un mandato, y las relaciones entre él y el gestor oficioso se regulan como si desde su iniciación fueran de [mandante a] mandatario. Quiere decir que el mandante acepta, como si él los hubiese ordenado, todos los actos practicados por el gestor, todos los provechos y las cargas de ellos derivados, [que] cesan las responsabilidades especiales que afectan al gestor oficioso, y no hay ya para qué inquirir si la gestión fue conducida útilmente para el dueño (Cornejo, 1941, p. 190).

Por su parte, León Barandiarán, aun deslindando en múltiples aspectos las instituciones, señaló:

> El *dominus* queda obligado frente a terceros y frente al gestor por el solo hecho de la gestión regularmente realizada, aunque no haya ratificación. Sus obligaciones no tienen, pues, causa en la voluntad de dicho *dominus*, sino en el mandato legal. Mas, si la ratificación sobreviene, se sobrepone esa causa *ex conventione*. El dueño que no había aparecido en la escena interviene en relación a la gestión realizada, elevando la operación a una categoría convencional, pues viene a actuar expresamente como parte. El gestor viene a ser estimado como un mandatario autorizado para todos los actos realizados en relación al administrador. Esto elimina toda dificultad en cuanto a los efectos que se generan por la gestión (León Barandiarán, 1975, p. 205).

Ni con los esfuerzos pedagógicos de tan apreciados civilistas, empero, se logró dar a la gestión de negocios un contenido que la hiciera atractiva para la solución de conflictos concretos, en el terreno jurisprudencial. Ningún autor nacional, en casi dos siglos de historia de la codificación civil, ha indagado las razones de la virtual inexistencia de la gestión de negocios en los registros de los tribunales de justicia(54).

Una posible explicación se encuentra en el sentimiento común de la ciudadanía que es, predeciblemente, contrario a la injerencia externa en los asuntos privados, ni siquiera cuando fuese animada por motivos altruistas o de solidaridad, como señalaron también Cornejo (1941, p. 179); y León Barandiarán (1975, p. 188)(55). Por lo tanto, este fenómeno estaba destinado a quedar vinculado, en el ideario colectivo, solo con el remedio del resarcimiento de daños, si no es que con la normativa penal, inclusive.

4.2. Gestación y perspectivas del régimen de la gestión de negocios según el Código Civil vigente

En el contexto descrito, resultaba urgente corregir la regulación de la gestión de negocios, que, por casi cinco décadas, no había tenido reflejo en los escasos repertorios de jurisprudencia nacionales. De lo contrario, ni siquiera habría sido necesario mantener la disciplina legal de la gestión de negocios en el Código Civil, como había profetizado, Vidaurre.

Nada de ello ocurrió. El régimen hasta hoy vigente de la gestión de negocios es en gran medida uno que preserva las líneas fundamentales de la normativa de 1936, e incluso de la anterior, de 1852; que hereda los errores de ambos textos, y añade ambigüedades ulteriores, que vuelven borrosa la comprensión de la institución regulada, atribuibles a las interpolaciones de la Comisión Revisora.

(54) En cuanto a los Códigos Civiles de 1852 y 1936, las notas de jurisprudencia de Guzmán Ferrer (1971, pp. 1279-1983) no rinden cuenta de ninguna ejecutoria destacada. La situación no ha variado bajo el Código Civil vigente, que dentro de poco cumplirá cuatro décadas. No se cuenta ni siquiera con una sentencia casatoria -estos pronunciamientos son los únicos accesibles para el público en general- sobre la materia, en el período 2006-2023, respecto del cual existen recursos digitales, y no hay razón para creer que entre 1984 y 2005 la situación haya sido distinta. A fines del siglo pasado, Zimmermann (1996, p. 443) informaba que, en Alemania, la mayoría de los casos actuales sobre negotiorum gestio, inversamente a lo que ocurría en los tiempos del derecho romano, estaba referida a acciones del gestor contra el dominus. En la experiencia portuguesa, Cordeiro (2010, p. 120) reporta que las sentencias sobre gestión de negocios en su país no llegan a más de una por año.

(55) En este punto, ambos autores arriban a la solidaridad como motor de la gestión atendiendo al régimen de la figura en el BGB. Ninguno de ellos reparó, sin embargo, ni lo harían los civilistas posteriores, en que también en caso de intervención de mala fe del gestor, las normas sobre gestión de negocios pueden, y deben, cumplir un papel. También para Betti (1954, p. 110), “la actividad desarrollada espontáneamente por un interés que se sabe que es ajeno es protegida por la ley porque responde a una función de solidaridad social”.

En efecto, al interior de la Comisión Reformadora se tuvo el acierto de encomendar la redacción de los anteproyectos sobre contrato de mandato y gestión de negocios a un mismo experto: Carlos Cárdenas Quirós.

Los trabajos preparatorios del Código Civil rinden cuenta, sin embargo, de que todos los artículos esbozados por el prestigioso académico fueron reescritos por los revisores(56). Así, donde se proponía que la obligación del gestor, al dirigir los negocios o manejar los bienes ajenos, debía ser útil y en provecho del *dominus*, la Comisión Revisora escribió que solamente debía ser provechosa para el *dominus*.

Donde se esbozaba, con carácter general, la regla de la solidaridad para el caso de la gestión o administración de bienes de manera conjunta, la Comisión Revisora limitó el alcance de esa disposición a la hipótesis contemplada en el futuro artículo 1950.

En la norma más importante sobre la gestión de negocios, que establece los derechos y obligaciones de los involucrados, Cárdenas Quirós planteaba:

> El dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas; reembolsar todos los gastos incurridos por el gestor con los intereses generados a partir del día en que dichos gastos se han realizado; e indemnizar los perjuicios que hubiere sufrido el gestor en el desempeño de la gestión (1988).

La Comisión Revisora, en cambio, reimplantó el comienzo del artículo 1962 del Código derogado, solo comprensible con la atadura al mandato característica de esa normativa: "aunque no hubiese ratificación expresa". También se revivió, como segundo párrafo del futuro artículo 1952, el segundo párrafo del artículo 1962 del texto de 1936: "la misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultare provecho alguno".

Finalmente, donde Cárdenas Quirós proyectó que la utilidad o necesidad del gasto en que incurriere el gestor se debía apreciar según las circunstancias del momento en que ello tuvo lugar o atendiendo al resultado obtenido, la Comisión Revisora prefirió dotar a los jueces de potestades absolutas para determinar: (i) la amplitud de la responsabilidad del gestor, (ii) el monto de los gastos reembolsables al gestor y (iii) la cuantía de la indemnización al gestor por los daños sufridos en su desempeño.

Las opiniones que brindaré, en adelante, están referidas, desde luego, a la normativa finalmente aprobada. Dicho esto, el primer problema que presenta esta parte del Código Civil es sistemático. El legislador de 1984 decidió sumarse a la batalla contra los cuasicontratos, librada ya por los artífices de la codificación derogada(57).

Es un conflicto sin sentido. De hecho, el valor de los cuasicontratos no se percibe con un enfoque estrictamente conceptual, que, con todo, podría ser desvirtuado, sino teniendo en cuenta el orden que ellos permiten brindar a fenómenos que cumplen un objetivo de tutela que les es común(58), y que se plasma en obligaciones restitutorias nacidas de la vulneración de un mismo principio: el de la prohibición de los incrementos patrimoniales desprovistos de título. Dichos fenómenos son el pago de lo que no se debe o cobro de lo indebido, el enriquecimiento injustificado a expensas de otro, en sentido estricto, y, ni más ni menos, la gestión de negocios.

---

(56) Los artículos esbozados por Cárdenas Quirós y los finalmente impuestos por la Comisión Revisora pueden ser cotejados en el tomo II de la compilación de antecedentes legislativos de la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 (1988, pp. 669-673).

(57) La hostilidad de los artífices del Código Civil de 1936 contra los cuasicontratos era entendible, si se tiene en cuenta la primacía que reconocían, en el campo de la doctrina civilista, a las teorizaciones de Marcel Planiol (1902, p. 248; 1904, p. 234), quien fue, justamente, un crítico de la categoría, en su tentativa de reordenar las fuentes de las obligaciones). Con respecto a un fuerte desmentido contra esta posición del jurista francés, veáse a Betti (1954, pp. 106-108).
La Exposición de Motivos del Código Civil vigente, sobre gestión de negocios, a cargo de Cárdenas Quirós (1988, p. 748) señala: "La categoría del cuasicontrato está hoy en día en decadencia. Solo las legislaciones inspiradas en el Código Civil francés de 1804 la mantienen. Las razones que justifican su supresión son valederas: si el contrato se sustenta en la existencia de un acuerdo de voluntades, el consentimiento, y éste falta, es evidente que la fuente generadora de la obligación es otra. O existe acuerdo de voluntades y hay contrato, o tal acuerdo no existe y, por tanto, no hay contrato".

(58) Sobre ello, véase el valioso estudio de Moscati (2005, p. 188): "la fórmula del cuasicontrato permite, mejor que cualquier otra, comprendido el modelo del contrato, la realización de la exigencia del respeto del equilibrio entre las partes en la circulación de los bienes. Esta consideración es de enorme relevancia, porque introduce la problemática del papel que el cuasicontrato puede jugar en el mecanismo de las acciones restitutorias." En la doctrina latinoamericana, Moisset de Espanés (1992, p. 56) y el propio Cárdenas Quirós (1994, p. 143) han propuesto una reforma legislativa sistemática que reúna al pago de lo que no se debe, la gestión de negocios y el enriquecimiento injustificado.

Esta tríada debió regularse uniformemente, entonces, y una a continuación de la otra, en atención a la finalidad que comparten[59].

El segundo problema es de comprensión de la mecánica de la gestión de negocios. La falla es comprensible, si se tienen en cuenta su virtual ausencia práctica, y el desinterés de los autores peruanos de otrora en estudiar los casos resueltos en los ordenamientos de proveniencia de las fuentes bibliográficas que consultaron.

En concreto, este defecto se manifiesta en la sustitución del binomio mandato-gestión por el de representación voluntaria-gestión.

Entonces, como en el pasado, la gestión llenaba los vacíos de la interferencia externa en los asuntos de otro, cuando este fenómeno carecía de una fuente contractual, y en el Código Civil nuevo se había regulado especialmente la representación voluntaria, de acuerdo con el modelo alemán e italiano, se pensó que la gestión debía pasar a ligarse con el otorgamiento de poderes representativos. De esta manera, las normas codificadas sobre la gestión de negocios ajenos terminaron refiriéndose única o esencialmente a la llamada gestión representativa[60].

Esto es lo que se deduce del propio articulado del Código Civil vigente, cuyo régimen comienza con el artículo 1950 de la siguiente manera: "quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de éste".

El desensamble y ensamble del artículo 1656 del Código Civil de 1936[61] es notorio. Donde, anteriormente, se decía "el que sin ser mandatario", ahora se pasó a decir "quien careciendo de facultades y sin estar obligado". Y donde se señalaba que la obligación del gestor consistía en "dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño los negocios o la administración que toma a su cargo", ahora se indica que "debe desempeñarla en provecho de éste [del titular]".

Lo que hoy se lee en el artículo 1950 del Código Civil no es, desde luego, una definición. Es la imposición legal de una obligación, condicionada a la concurrencia de ciertos presupuestos, a saber: (i) ausencia de poderes representativos, (ii) espontaneidad de la gestión, (iii) asunción gestora consciente y (iv) ignorancia de la gestión. Si las cuatro premisas enunciadas se cumplen, la consecuencia jurídica es la obligación del gestor o administrador de desenvolverse en provecho del titular de los negocios gestionados, o de los bienes administrados.

Como la obligación del gestor o administrador de realizar la gestión o administración provechosamente no ve la luz con un solo presupuesto, sino con cuatro, es legítimo afirmar que se trata de una *fattispecie* compleja.

Además, la norma deja varios vacíos que serán de utilidad para resolver el problema que me he planteado afrontar en esta investigación. Al respecto, podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Qué ocurre si falta alguno de los presupuestos?, ¿el gestor o administrador irregular, por llamarlo de alguna manera, será eximido, acaso, de actuar en provecho del titular, y estará libre de las obligaciones que, luego, se dictan para la gestión de negocios? y ¿cuál será la normativa aplicable, por ejemplo, a la gestión inconsciente, o a la gestión que es conocida por el *dominus*?

Del mismo modo, podríamos preguntarnos las siguientes: ¿qué ocurre si el gestor o administrador incumplen dicha obligación legal, por ejemplo, en un supuesto contemplado en las fuentes romanistas, como el del gestor que actúa con *animus depraedandi*?, ¿será aplicable, solamente, la tutela resarcitoria por los daños ocasionados al titular?, ¿pierde todos sus derechos, en tal hipótesis, el gestor o administrador? Y, viceversa, ¿no tiene obligaciones frente al gestor o administrador, en tal hipótesis, el titular del negocio gestionado o de los bienes administrados?

Algunas de las cuestiones planteadas se resuelven con facilidad. Es evidente que no hay gestión de negocios si el interviniente es representante del titular de los asuntos o de

(59) Así se proponía en el Proyecto francoitaliano de Código de las Obligaciones, de 1927. El Código Civil italiano de 1942 adhirió a dicha sistemática.

(60) Sobre este tema, véase: Miguel Traviesas (1919); Pugliatti (1929) y Auricchio (1957).

(61) Código Civil de 1936: "Art. 1656. El que sin ser mandatario asume conscientemente el desempeño de los negocios o la administración de los bienes de otro, que lo ignora, está obligado a dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño los negocios o la administración que toma a su cargo. El que es incapaz de aceptar un mandato lo es igualmente para obligarse como gestor. Sin embargo, queda responsable de los daños que cause y de todo enriquecimiento indebido que efectúe".

los bienes administrados. Tampoco la hay si la intervención tiene lugar en ejecución de una prestación comprometida por el gestor o administrador en el marco de un vínculo de obligación, de origen contractual o legal. No obstante, queda sin solución los casos de la intervención inconsciente y de la que no es desconocida por el *dominus*.

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que los vacíos o defectos normativos se deben colmados o corregidos con el soporte de los principios generales del derecho, especialmente, de los que inspiran el derecho nacional.

El adverbio "conscientemente" figuraba ya en el Código Civil de 1936, que fue importado del Proyecto de Código de las Obligaciones(62), denota la conciencia que tiene el gestor sobre la ajenidad del negocio, o sea el *animus aliena negotia gerendi*, así como sobre la destinación del provecho obtenido con su intervención (De Semo, 1961, p. 819)(63). No hay cuestión, por lo tanto, en cuanto a que la intervención del gestor es guiada por una mala fe(64). Conocer la ajenidad del asunto contraviene la buena fe subjetiva, es decir, la suposición o creencia de no afectar, con la conducta propia, aun si puramente material, la posición de otro. La eventual motivación altruista o solidaria del gestor no subsana esta caracterización de su proceder, la cual no tiene por qué descartar, por otro lado, el ejercicio de sus derechos restitutorios.

Que la gestión se realice conscientemente significa, finalmente, la aptitud o capacidad, de entender y de querer, de la que debe estar dotado el gestor para su actuación, que, en la normativa anterior, era objeto de una disposición específica(65). Dado que se trata de la capacidad natural o de discernimiento, la gestión es considerada un acto jurídico en sentido estricto que pertenece al subtipo de los actos semejantes a los negocios jurídicos (Fikentscher & Heinemann, 2022, p. 797)(66). O sea, que se trata de un acto semejante a los negocios jurídicos, pero respaldado, de todas formas, por la voluntad de gestionar un negocio ajeno.

En lo tocante a la ignorancia del *dominus* sobre la gestión, su presencia como requisito es, simplemente, inexplicable. Se sabe que, al proyectarse la codificación civil española, en el siglo XIX, había una mención al respecto, que fue suprimida en el texto definitivo, para beneplácito de la doctrina, porque no tiene justificación que el desconocimiento de la intervención gestora incida en sus consecuencias jurídicas(67). Ahora bien, es

(62) Al respecto, véase "Artículo 61. El que, sin estar obligado, asume conscientemente [scientemente, sciemment], la gestión de un negocio ajeno está obligado a continuar y llevar a su fin la gestión iniciada, hasta que el interesado pueda proveer para ello por sí mismo. Él está sujeto a todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso otorgado por el interesado. Quien es incapaz para aceptar un mandato también lo es para obligarse como gestor de negocios; sin embargo, es responsable de los daños que ocasione y está obligado dentro de los límites del enriquecimiento sin causa".

(63) Y, en general, véase la doctrina italiana elaborada en torno al artículo 2028 del Código Civil de 1942: "Aquel que, sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de un negocio ajeno, está obligado a continuarla y a llevarla a su fin hasta que el interesado pueda proveer para ello por sí mismo. Véase, entre otros: Bianca (2000, p. 146); Breccia (1999, p. 884); Sirena (1999, pp. 66, 399; 2009, 465); y Gallo (2018, p. 388). Según Betti (1954, p. 111), scientemente quiere decir: "con la conciencia, no solo de no estar obligado al acto, sino también de la ajenidad del negocio". La obligación de continuar la gestión subsiste incluso si el interesado muera ante de que el negocio haya terminado, hasta que su heredero pueda proveer para ello directamente".

(64) Al respecto, particularmente incisivo en este punto véase Sirena (1999, p. 116, 128, 265).

(65) El segundo párrafo del artículo 1656 del Código Civil derogado, citado retro, nota (67). Cárdenas Quirós (1988, p. 759) reafirma, sin embargo, la exigencia de la capacidad negocial del gestor, aun en ausencia de una norma específica al respecto, porque "resultaría ilógico que una persona, en calidad de gestor, pudiese contraer obligaciones que no pudiera asumir directamente." En mi opinión, al pertenecer la gestión de negocios a la categoría de los actos en sentido estricto, bastará la capacidad de discernimiento del gestor, en general, a menos que la gestión cobre cuerpo en la celebración de negocios jurídicos, y demande, por lo tanto, la capacidad de ejercicio.

(66) Al respecto véase, en la doctrina italiana, la teoría de la gestión de negocios como atto in senso stretto también tiene acogida: Mirabelli (1955, p. 254 y ss.); Ferrari (1969, p. 657); entre otros. Pugliatti (1929, pp. 73 y ss) y Betti (1954, p. 109) en cambio, opinan que el fenómeno se encuadra en la categoría de los negocios jurídicos. Del mismo parecer, aunque resaltando la unilateralidad del acto, es De Semo (1961, p. 816). Una reseña de estas propuestas clasificatorias es brindada por Muccioli (2010). La postura de De Semo es seguida, entre nosotros, por Cárdenas Quirós (1988, p. 751), e, indirectamente, por Solís Córdova (2023, p. 357). Por su parte, Mesinas Montero (2021, p. 670) roza la exacta clasificación del fenómeno, como acto en sentido estricto, pero guiándose por la imposibilidad de identificar en él una autorregulación de intereses.

(67) En tal sentido, véase Lacruz Berdejo (1975, p. 252) y Díez-Picazo y Ponce de León (2011, p. 2142), con estricto arreglo a lo dispuesto en el Código Civil español, donde no interesa si el dominus conocía o ignoraba la gestión. Ambos juristas discrepaban, en cambio, al analizar el caso del dominus que prohíbe la gestión. Díez-Picazo y Ponce de León (2011, p. 2142) opinaba que las disposiciones del Código Civil sobre la figura no eran aplicables en esa situación, porque la actuación del gestor, en violación de la decisión del dominus carecía de un utiliter coeptum. Era, aunque no revelada, la posición defendida, en Italia, por Scaduto y Orlando Cascio (1938, p. 243). Y era un parecer incorrecto, además, porque el utiliter coeptum se juzga con criterios objetivos, y no depende de

justo señalar que la ignorancia de la gestión fue mencionada por primera vez en el Código Civil de 1936[68]. La reforma legislativa que concluyó con el Código Civil de 1984 fue, entonces, una ocasión perdida para reconsiderar su subsistencia.

Verificada la presencia de los presupuestos legales, la obligación de realizar la gestión en provecho del titular se cumple con una intervención beneficiosa pero también con una que mantenga el valor del negocio gestionado, o el *statu quo* de los bienes ajenos frente a un riesgo. Empero, este cumplimiento no ha sido regulado como una condición para que se configuren las ulteriores situaciones jurídicas, derechos y obligaciones, de los sujetos de la gestión de negocios. También cuando se actúe con motivos egoístas[69], en otras palabras, surgirán obligaciones para el *dominus* y derechos para el gestor, y viceversa.

El régimen de la gestión de negocios en el Código Civil peruano prosigue con el artículo 1951, que no necesita una explicación pormenorizada. El mencionado artículo indica "Cuando los actos a los que se refiere el artículo 1950 fueran asumidos conjuntamente por dos o más personas, la responsabilidad de estas es solidaria".

En nuestro derecho, la solidaridad no se presume. De hecho, así lo dispone el artículo 1183 del Código Civil. El codificador se ha visto forzado, entonces, a consagrar la regla de cumplimiento solidario para el caso de la intervención gestoria plural, pero sin que ello se limite a la responsabilidad derivada de la gestión, es decir, al resarcimiento de los daños causados al *dominus*. También, comprende la obligación más importante a cargo del gestor, que la codificación, inexplicablemente, canceló de la disciplina: la rendición de cuentas. Este es un compromiso que, si es el caso, estará regido por la solidaridad, de manera tal que el interesado podrá exigir su cumplimiento a cualquiera de los gestores[70].

La tercera norma sobre la gestión de negocios en el Código Civil es la que más cuidado requiere para ser correctamente interpretada. Nos referimos al artículo 1952:

> Aunque no hubiese ratificación expresa, el dueño de bienes o negocios que aproveche las ventajas de la gestión debe cumplir las obligaciones que el gestor ha asumido por él en nombre propio y hacerse responsable de ellas, reembolsar los gastos efectuados por el gestor con los intereses legales generados a partir del día en que se han realizado; e indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido el gestor en el desempeño de la gestión.
>
> La misma obligación le concierne cuando la gestión hubiese tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente, aunque de ello no resultase provecho alguno.

El primer aspecto regulado en esta disposición es el de la asunción de obligaciones por parte del *dominus*. A eso se refiere, con término equívoco, la "responsabilidad" que le corresponde por las obligaciones que hubiere contraído el gestor en nombre propio. Esta sustitución del *dominus* en el lugar del gestor se produce de dos formas: mediante la ratificación expresa o tácita de la gestión.

La ratificación debe ser entendida en sentido amplio. No se trata de la declaración de un representado que hace suyos los efectos de los negocios jurídicos celebrados por un apoderado aparente, o que se extralimita o abusa de sus poderes representativos, como en el supuesto del artículo 162 del

una autorización previa del dominus. Convincentemente, Lacruz Berdejo (1975, p. 255) señalaba que el régimen del Código Civil podía abarcar otros supuestos, diferentes del cuasicontrato típico de gestión, como el de la gestión realizada prohibente domino, o con animus depraedandi.

(68) Nuevamente, por influencia de Marcel Planiol (1902, p. 692). El autor francés señalaba que si el gestor conocía la gestión y no se oponía a ella se configuraba un "mandato tácito". En la Exposición de Motivos del Código Civil vigente sobre gestión de negocios, Cárdenas Quirós (1988, p. 755) escribe, en la misma línea, que "admitir el conocimiento del dominus desde el momento de iniciación de la gestión importaría una aceptación tácita de ella, confundiéndose la gestión con un encargo implícitamente conferido." Y agrega (1988, p. 762), que el silencio o inacción del dominus implican también aceptación de su parte, por lo que tendrá lugar un "encargo tácitamente conferido". Planiol (1902, p. 692) aclaraba, sin embargo, que, en caso de incapacidad del mandante, sí había una gestión de negocios.

(69) Para Díez-Picazo y Ponce de León (2011, p. 2142) la gestión de negocios no se presenta "si el animus del actor es de liberalidad o si, al contrario, es animus depraedandi o codicia de ganancia, como decían las Partidas." En contra, véase Lacruz Berdejo (1975, p. 255). La primera fue la posición seguida en el Código Civil vigente, como testimonia Cárdenas Quirós (1988, p. 754). Bajo el Código Civil de 1936, en cambio, Pino (1935, p. 612) sostenía ya que un gestor prohibente domino, tiene "derecho al reembolso de sus gastos hasta la concurrencia del provecho permanente que el dueño alcance".

(70) Véase Pino (1936, p. 67) quien era contrario a que la responsabilidad civil, en caso de pluralidad de gestores, fuese de carácter solidario.

Código Civil[71]. En este supuesto, el apoderado infiel o el *falsus procurator* actúan en nombre de otro. En cambio, el gestor obra por otro[72]. La ratificación hace que todo el resultado de la gestión sea absorbido por el *dominus*. Es el vehículo para que el *dominus* haga suyas las ganancias que el gestor ha producido.

Atendiendo a esta función de la ratificación, es evidente que debió ser mejor regulada. Con el texto vigente no se entiende, no sin recurrir a los principios generales del derecho, por lo menos, cuál es el título que ostenta el *dominus* para incorporar a su patrimonio todo lo hecho por el gestor. De aquí la importancia, como se verá, de normas como la del artículo 975, que colma ese vacío, en la hipótesis, fuera de los límites de la gestión de negocios, del uso exclusivo del bien.

El segundo aspecto es el estrictamente restitutorio. La intervención del gestor tiene que ser compensada. Los gastos cubiertos por el gestor para la administración del negocio o la preservación de los bienes del *dominus* están sujetos a reembolso, actualizado con los intereses legales a la fecha de su pago.

Por último, está el aspecto de la tutela resarcitoria en favor del gestor. En concurrencia con la protección restitutoria, si la gestión ha ocasionado daños al gestor, éste los puede recuperar en virtud de una regla especial, contemplada en este artículo, pero que está regulada por la disciplina de la responsabilidad extracontractual.

El artículo 1952 concluye con una referencia al caso en que la gestión haya tenido como objetivo la evitación de un perjuicio inminente, aun en el caso de que la intervención no produzca ningún provecho para el *dominus*.

Esto, además de atraer al campo de la gestión de negocios el universo de situaciones de auxilio o socorro privado[73], significa que los derechos oponibles por el gestor al *dominus* están basados en la gestión misma, y no en las utilidades que el acto produzca, en concreto.

La cuarta norma de la disciplina codificada de la gestión de negocios es el artículo 1953, dirigido a los juzgadores:

> El juez apreciará las circunstancias que indujeron al gestor a encargarse de la gestión para fijar la amplitud de su responsabilidad, establecer el monto de los gastos que deban reembolsársele y fijar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de la gestión.

Con esta disposición queda confirmado que los derechos del gestor frente al *dominus*, o sea, la tutela restitutoria y resarcitoria que lo asisten, no dependen de que sus actos hayan sido inspirados por motivos altruistas o solidarios. Ocurre, simplemente, que esa motivación le permitirá al juzgador graduar el monto de la restitución y del resarcimiento en su favor, según sea el caso.

El mismo criterio servirá, como atenuante o agravante, para determinar la cuantía del resarcimiento que el gestor adeuda al *dominus*, en caso de que la intervención tenga un resultado perjudicial para éste.

5. La gestión de negocios y la tutela justa y efectiva de los copropietarios excluidos

En este ensayo sostengo que ni el fundamento ni los criterios para la aplicación del artículo 975 del Código Civil pueden considerarse uniformes. En los casos en que la intervención suponga el concurso de terceros o la realización de obras de mantenimiento sobre el bien, tal fundamento se halla en las reglas de la gestión de negocios, específicamente, de la gestión de negocios comunes, donde se conjugan intereses ajenos (de los copropietarios, que no intervienen) y propios (del gestor, como copropietario, igualmente)[74].

---

(71) Código Civil peruano, artículo 162: "En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representante observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero. El tercero y el que hubiese celerado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. La facultad de ratificar se transmite a los herederos". El artículo 161, al que reenvía esta norma, contempla los tres casos de irregularidades en el ejercicio de los poderes representativos, a saber: la extralimitación, el abuso y la actuación sin poder. Todos dan lugar a la ineficacia, respecto del dominus, del negocio celebrado irregularmente. En los primeros dos supuestos, además, se concede expresamente la tutela resarcitoria por los daños derivados de la representación patológica.

(72) En la doctrina española, véase Díez-Picazo y Ponce de León (2011, p. 2141) quienes opinan que las reglas sobre gestión de negocios también gobiernan la relación entre el dominus y el representante sin poder.

(73) Véase, fundamentalmente, D'Amico (1979). Es en el auxilio privado, en la intervención de un buen samaritano, que asiste o rescata a una persona en peligro, o que salva sus bienes, donde la gestión de negocios se presenta —también para el futuro desarrollo (en realidad, puesta al día) de nuestra experiencia jurídica— como la institución adecuada para balancear, con su juego de obligaciones y derechos, los intereses en conflicto del gestor y su beneficiario.

Mi propuesta no está relacionada con el caso arquetípico de la norma, desde luego. Con una lectura restringida, quizás recomendable, la indemnización proporcional debería tener cabida solo cuando un copropietario usa individualmente el bien, para sí mismo o su entorno, sin establecer relaciones con terceros, ni realizar actividades que produzcan beneficios para todos los dueños del bien.

Esto ocurre, por ejemplo, con el copropietario que pasa sus vacaciones, celebra una fiesta o simplemente reside ocupando todo el espacio del predio común.

En dichas situaciones, no se aplicarían las reglas de la gestión de negocios. Lo correcto sería interpretar la obligación legal de indemnizar del artículo 975 como una adaptación peruana de la *indemnité de jouissance exclusive* del derecho civil francés, introducida en el Código de Napoleón en diciembre de 1976, con la normativa sobre organización de la indivisión hereditaria, donde figura esta regla, en el segundo párrafo del artículo 815-9: "El indivisario que usa o disfruta privativamente de la cosa indivisa será pasible, salvo pacto en contrario, de una indemnización".

Esta especie de indemnización, creada por la jurisprudencia francesa poco antes de la reforma mencionada (Bergel & Bruschi & Cimamonti, 2010, p. 557)[75], subsiste en el Código Civil, pero su objetivo es rigurosamente distributivo, de compensación por una exclusividad no consentida[76], a ser calculada de acuerdo con los beneficios que habría reportado, para el excluido, la cesión onerosa del uso -o el disfrute, en Francia- de cuanto le corresponde en el bien indiviso.

Se ha sostenido que la indemnización por exclusividad sería la fuente del artículo 975 del Código Civil peruano[77]. Aunque, tomando en cuenta la cronología, dicha tesis goza de verosimilitud, no es posible comprobar lo que conjetura. Por el contrario, desde el día siguiente a de producida la supuesta imitación, se negó, rotundamente, la presencia de un precepto semejante respecto de todos los ordenamientos foráneos[78].

Con una lectura apegada a la letra del artículo 975 del Código Civil, limitada a remediar las consecuencias del uso individual no consentido, el espectro de lo que allí se dispone se vería seriamente reducido. En dicho escenario, además, los riesgos de un entrecruzamiento de la tutela resarcitoria e indemnizatoria son mayores en esos supuestos. Así lo demuestran dos pronunciamientos de la Corte Suprema relacionados con bienes de parejas divorciadas, y que pasaron, por lo tanto, de la sociedad de gananciales a un régimen de copropiedad.

En el primero de ellos[79], la demandante, divorciada, demandó a su excónyuge para que la indemnizara -para que la resarciera, en realidad- por el uso exclusivo de los bienes que, durante el matrimonio, fueron comunes. Para tal efecto, presentó una tasación del valor del patrimonio inmobiliario controlado privativamente por el demandado, integrado por un departamento, dos estacionamientos y un depósito. Lo cual sumaba un poco más de cuatrocientos mil dólares americanos, y pidió un resarcimiento de daños por lucro cesante, de conformidad con el artículo 975 del Código Civil, ascendente a ciento cincuenta y dos mil doscientos cincuenta dólares americanos, por setenta y dos meses de exclusión.

Ante el Juzgado Especializado en lo Civil, la demanda fue declarada fundada en parte. Se descartó la aplicación de la norma invocada, porque la sociedad de gananciales no había sido liquidada previamente, y no había certeza, por lo tanto, de que existiera un régimen de copropiedad sobre los bienes. En cambio, invocándose el adagio *iura novit curia*, se resolvió la causa con las reglas de la responsabilidad extracontractual, según el artículo 1969 del Código Civil. Se verificaron,

(74) Véase la doctrina y jurisprudencia alemana ha identificado hace mucho tiempo este singular supuesto, donde las acciones del gestor afectan la esfera ajena y la propia. Es la gestión en un negocio propio y "también ajeno" (auch-fremdes Geschäft). Piénsese en el caso del copropietario que apaga, exponiéndose a riesgos y asumiendo los costos, un incendio en el predio común. El beneficio general es innegable, como debería serlo la obligación de los copropietarios de restituir al gestor, proporcionalmente, lo que le demandó conjurar el siniestro. Esa misma lógica es aplicable al caso del copropietario que en beneficio objetivo de todos (el suyo y el de los otros, y más allá de su voluntad) pacta el arrendamiento del bien común, o riega sus áreas verdes, o elimina plagas. Del mismo modo, véase, varios ejemplos, aunque no relacionados con la copropiedad, debido a las peculiaridades de esta figura en el derecho germano: Brox & Walker (2021, pp. 522-523) y Fikentscher & Heinemann (2022, p. 795).

(75) Bergel & Bruschi & Cimamonti (2010, p. 557).

(76) Le Gallou (2007, p. 206).

(77) Jiménez Salas (2022, p. 92). El mérito del autor citado, por haber reparado en esta fuente legislativa extranjera es, sin embargo, indiscutible.

(78) Maisch von Humboldt (1985, p. 92).

(79) Casación 504-2016-Lima (2016, 14 de noviembre).

para ello, todos los presupuestos de la tutela resarcitoria aquiliana según la configuración judicial habitual -daño, causalidad, criterios de imputación y antijuridicidad-, y se concedió un resarcimiento de más de noventa mil dólares USA.

Apelado el fallo, los jueces civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmaron lo resuelto, pero variaron la fundamentación, porque para ellos sí se había configurado un régimen de copropiedad. Rescataron, así, el artículo 975, y cambiaron la naturaleza de la suma otorgada a la demandante, a la de una retribución, en adhesión a una postura minoritaria de la doctrina(80).

La Corte Suprema, llamada a resolver el recurso de casación del demandado, emitió un fallo sorprendente. Con un análisis argumentológico tan discutible cuanto fuera de lugar, casó la sentencia de segunda instancia, y la devolvió, para nuevo pronunciamiento, por haber omitido la verificación de la exclusión y de la voluntad de excluir a la copropietaria demandante, consideradas como presupuestos esenciales de la tutela indemnizatoria proporcional de la norma invocada:

> La instancia superior se ha limitado a establecer el carácter de cotitularidad de los bienes inmuebles, sin extender con suficiencia su análisis a la existencia del uso excluyente de esos bienes por un copropietario en perjuicio del resto, ni analizar tampoco, del modo acabado que la pretensión amerita, la naturaleza, contenido, extensión y alcances de la indemnización reclamada, a pesar de la trascendencia que tiene la verificación plena del uso excluyente de los demás copropietarios del bien por el copropietario que lo hace de modo parcial o total. De ello se concluye que la sentencia de vista no presenta una debida justificación interna, al haber establecido solo la existencia de cotitularidad de los bienes objeto de la demanda y sin agotar un raciocinio sobre la acreditación efectiva del presupuesto de exclusión a la que alude la norma material precitada.

Es claro que, por este camino, se exalta el aspecto de la ilicitud del uso exclusivo, en el afán de transformarla en un supuesto de responsabilidad extracontractual, que precisa del dolo o culpa del imputado -los cuales se presumen, por cierto, en el artículo 1969 del Código Civil-, pese a lo manifestado por los magistrados supremos en cuanto a la exacta invocación del artículo 975.

En la segunda sentencia referida(81), los mismos protagonistas de la causa anterior hacen frente a las consecuencias de aquel fatal reenvío de la Corte Suprema.

En su nuevo dictamen, en cumplimiento de la sentencia casatoria, los jueces superiores redujeron la indemnización en favor de la demandante a apenas mil quinientos treinta y seis dólares USA, basándose en que la exclusión sufrida por ella, según las pruebas del expediente, había sido de menos de dos meses, computados desde la fecha de remisión al demandado de una invitación a conciliar. Se interpretó que, recién con dicho pedido, la demandante había expresado su deseo de reanudar el ejercicio la copropiedad que le correspondía, lo cual fue impedido por su excónyuge.

La Corte Suprema, ante el recurso de casación formulado, ahora, por la demandante, lo declaró infundado, y confirmó aquel parecer(82), insistiendo en los atributos subjetivos que la exclusión tiene que presentar para la aplicación del remedio del artículo 975:

> Sin perjuicio de que se ha acreditado en autos que los bienes se encuentran en uso exclusivo del demandado, no ha ocurrido lo mismo con el elemento de la exclusión, pues no se advierte que el emplazado haya tenido un accionar determinado, orientado puntual y específicamente a excluir del uso de los bienes en cuestión a la recurrente desde la fecha indicada, eso es, el año dos mil seis, pues si bien -en virtud de la sentencia de divorcio con calidad de cosa juzgada y otros medios probatorios como evaluaciones médicas o denuncias por violencia familiar- se apreciaría un accionar violento por parte del emplazado con relación a la demandante, no se podría concluir que dicha conducta fue ejercida para excluirla del uso de los inmuebles, por lo que no se podrían considerar dichas circunstancias para afirmar que se le impidió el uso de los mismos desde la fecha indicada, como señala la recurrente, pues se debe tener en cuenta que la recurrente, durante el lapso de tiempo cuyo pago solicita, no mostró interés en ejercer derecho alguno sobre los bienes en cuestión,

(80) La de Arias-Schreiber Pezet (1993, p. 96). Véase, retro, nota (25).
(81) Casación 4147-2018-Lima (2022, 9 de agosto).
(82) Hay que subrayar que este fallo de la Corte Suprema se emitió luego del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2021, en el que la mayoría de los magistrados convocados votó por esta propuesta interpretativa: "En los supuestos de indemnización con carácter de obligación legal reconocidos por el Código Civil, por ejemplo, el regulado por el art. 975 (…) (indemnización nacida de la utilización exclusiva de un bien sujeto a [co]propiedad por un[o] de los copropietarios) debe ser de aplicación el plazo previsto en el numeral 1 del art. 2001 (…) por tratarse de una acción o pretensión personal, salvo disposición legal diferente." El deslinde con el resarcimiento de daños quedó, pues, reconfirmado.
En cambio, en Casación 4112-2019-Lambayeque, sentencia del 22 de enero de 2020, anterior al Acuerdo Plenario mencionado, se señaló que el remedio indicado en el artículo 975 del Código Civil es una obligación legal.

> dado que, si bien no se le puede cuestionar el retiro voluntario que efectuó ni se le podría exigir que regrese o intente regresar al inmueble donde residía por las afectaciones físicas y psicológicas que refiere, no se advierte que haya requerido, reclamado o exigido al demandado que no interfiera o le retribuya por el uso de su parte alícuota.

El error que se percibe en esta historia, tan desafortunada para la demandante, es nítido. Si algo no admite discusión sobre la aplicación del artículo 975 del CC, en casos como estos, es que la indemnización proporcional es la contrapartida del uso exclusivo en sí mismo. No depende -no necesariamente, por lo menos- con una constatación de los criterios de imputación que dan sustento a la tutela resarcitoria. El dolo o culpa entran a tallar solo si la excluida reclama, acumulativamente, el resarcimiento los daños que el uso exclusivo ocasione al bien: pérdida de valor comercial, deterioro, exposición a litigios y embargos con particulares o con el Estado, etcétera.

La Corte Suprema olvidó, sin justificación, y confirmándose la imposibilidad material de hablar de una jurisprudencia genuinamente vinculante en nuestra experiencia jurídica, su propio y exacto pronunciamiento de veinticuatro años atrás(83), donde estableció que la aplicación del artículo 975 del Código Civil:

> no requiere que se acredite que el bien produzca renta ni que la actora se haya encontrado privada de la propiedad, por cuanto la ocupación del mismo presupone la producción de renta y el hecho reconocido por el demandado que ocupa exclusivamente el departamento, demuestra que la copropietaria no usa ni disfruta de éste(84).

La casuística doméstica relevante tiene que ver, más bien, con relaciones establecidas con terceros por el copropietario que excluye, o sea, con negocios jurídicos sobre el uso, como ocurre con los arrendamientos. En ese contexto urge fundamentar el derecho del copropietario excluido a obtener la parte proporcional de lo percibido por el excluyente, y definir criterios que aseguren esa proporcionalidad, sin dejar de tener en cuenta la posición del excluyente, aun a costa de abandonar el campo de aplicación del artículo 975 del Código Civil y su lógica indemnizatoria.

No ocurrió así en el caso, también resuelto por la Corte Suprema(85), de la demanda de indemnización proporcional, conforme al artículo 975, interpuesta por una copropietaria contra todos los otros titulares, por vía sucesoria, de un conjunto de inmuebles indivisos situados en distintos distritos de Lima. Lo especial de esta controversia es que se habían celebrado contratos de arrendamiento y usufructo sobre dos de los predios, y que la demandante acumuló una pretensión resarcitoria de daños.

En la primera instancia se declaró fundada la pretensión resarcitoria e infundada la de indemnización. El resarcimiento se fijó en más de cincuenta mil soles, y se fundó en el no-uso del bien, es decir, en la exclusión. En cambio, la indemnización fue desestimada, porque la demandante no probó el provecho ni la cuantía del provecho supuestamente obtenido por los demás copropietarios.

En segunda instancia el resarcimiento fue declarado infundado. La demandante formuló recurso de casación y logró que la Corte Suprema devolviera los actuados para nuevo pronunciamiento, pero los magistrados superiores mantuvieron su decisión en cuanto a la infundabilidad de la pretensión resarcitoria, esta vez por falta de pruebas en torno a la exclusividad del uso.

Llamada a pronunciarse otra vez, en sede casatoria, a pedido de la demandante, tras nueve años de litigio, la Corte Suprema declaró infundado el recurso, por las mismas razones de insuficiencia probatoria sobre el uso exclusivo y el provecho obtenido que se imputaba a los demandados. La sentencia no contiene, por lo demás, ningún pasaje dedicado a precisar si el artículo 975 del Código Civil es aplicable en los casos de disfrute exclusivo del bien mediante la obtención de rentas provenientes de relaciones establecidas con terceros. Todo parece indicar que, para la Corte Suprema, sí lo es.

En la sentencia más citada sobre esta temática(86), la Corte Suprema se pronunció en una controversia donde los magistrados superiores civiles de Lima declararon fundada la pretensión de indemnización proporcional de un demandante que afirmaba haber sido excluido del uso de un inmueble por una de

(83) Casación 1850-96- Lima (1998, 9 de junio).
(84) Fernández Arce (2003, p. 1247) opina, sin embargo, que "si todos tienen el derecho de ocupar el bien o bienes comunes y no lo hacen porque no desean o porque no les interesa, y la persona ocupante no se los ha impedido, y si además por este concepto esta persona ocupante no percibe renta alguna, consideramos que sería injustificable el derecho indemnizatorio que se le reclame." Discrepo, respetuosamente, de este parecer, en el que refulge, claramente, el enfoque, incorrecto, de la indemnización proporcional como resarcimiento de daños.
(85) Casación 1970-2015-Lima (2016, 13 de enero).
(86) Casación 2477-2013-Lima (2014, 13 de agosto). Véanse los comentarios críticos de Pasco Arauco (2022).

sus copropietarias, que lo había cedido en arrendamiento a un tercero.

Atendiendo a que en la sentencia de vista se utilizaron las reglas de la responsabilidad extracontractual, la Corte Suprema detectó un error de motivación, porque, para ella, la indemnización proporcional consiste en una compensación, asignable al copropietario excluido, por el valor de uso de su cuota ideal. El expediente fue devuelto a las instancias de mérito, para que volvieran pronunciarse, ahora en el sentido rectificado.

En esa línea, asimismo, se emitió la sentencia casatoria(87) en una causa iniciada con la demanda interpuesta por una copropietaria contra una asociación civil, en relación con los frutos obtenidos de la explotación de un inmueble indiviso y litigioso en Ica, sobre el cual se ejercía una posesión exclusiva y de mala fe.

En primera instancia, la demanda fue declarada infundada por falta de pruebas sobre la disposición onerosa del bien por parte de la demandante, copropietaria del cincuenta por ciento de los derechos y acciones del bien. Se asumió que no se habían producido frutos, por lo tanto. Este parecer fue confirmado en la segunda instancia.

Ante la Corte Suprema, la demandante argumentó que los frutos que se le debían no requerían un disfrute concreto del bien. Añadió, en refuerzo de sus fundamentos, lo que dispuesto en el artículo 975 del Código Civil, y lo hizo con éxito, porque los magistrados supremos casaron la sentencia de vista, y ordenaron a los jueces superiores de Ica que emitieran nuevo pronunciamiento evaluando si esa norma resultaba aplicable.

Es en la gestión de negocios comunes, más bien, donde el gestor toma las riendas de un asunto o negocio donde él también ostenta un interés. Es tan copropietario como el excluido, aunque las participaciones de ambos no sean iguales, pero su título no basta para excluir el derecho del *dominus*, cotitular del derecho de propiedad, a reclamarle la transferencia de la parte proporcional que le corresponda.

Por su lado, el copropietario gestor podrá oponer a los demás su derecho a la restitución y resarcimiento que provienen, dentro del Código Civil, de la regulación de la gestión de negocios. Solo de esa manera se garantiza un resultado justo para el problema, porque se alcanza el justo medio entre el provecho bruto para los copropietarios, o sea, el mero traspaso de la parte de la ganancia obtenida por el gestor, y la reintegración económica del gestor.

Si la casa alquilada por el copropietario gestor tuvo que ser refaccionada o amoblada para lograr su colocación, entonces, el copropietario excluido tendrá derecho a recibir una fracción de la renta, pero de la que se deberá descontar su participación, también parcial, en los gastos cubiertos por el excluyente. Tendrá derecho, en suma, a que se le compense por la ganancia neta.

Si el uso del bien ha involucrado a un tercero, la ratificación no será equiparable a la de un negocio celebrado por un *falsus procurator*. En este supuesto, el representante sin poder actúa con la apariencia de apoderado. En el caso típico de la exclusión de algún copropietario, el agente interviene como si la propiedad, al cien por ciento, fuera suya. No actúa por cuenta ni en interés de otro.

La ratificación, bien entendida, es un instrumento conceptual decisivo para entender por qué el copropietario excluido recobra su posición -y sus derechos- en un contrato celebrado por el excluyente sin su conocimiento o contra una prohibición de su parte, y, luego de saldadas las cuentas, conforme a las reglas de la gestión de negocios, hace suyo lo que le toca de las ganancias obtenidas, y se incorpora, por mandato legal, en la relación jurídica con el tercero, al sustituir al gestor en sus derechos y obligaciones frente a éste(88).

De nada sirve cobrar la indemnización proporcional, liquidada hasta cierto momento, o incluso hasta la emisión de la sentencia definitiva, si la explotación del bien continúa en virtud de un contrato celebrado por el copropietario excluyente. Esta es otra razón para poner en duda que el artículo 975 pueda ser invocado en los casos de disfrute del bien con involucramiento de terceros.

El camino para arribar a esta conclusión no es tan nítido, como señalé desde el inicio de mi exposición, por la falta de armonía de la codificación, donde es posible identificar

(87) Casación 2804-2017-Ica (2019, 29 de abril).
(88) Sobre las distintas teorizaciones sobre la ratificación, como hecho condicionante de la eficacia negocial, como negocio integrativo y como negocio de legitimación o aprobación, véase: Romano (1964). Sobre su papel en la gestión de negocios, véase: Sacco (1959); Breccia (1999); Sirena (1999; 2009, pp. 486-487); Gallo (2018, pp. 399-401). En la doctrina española: Miguel Traviesas (1919) y Sánchez Jordán (2004).

con nombre propio al redactor de cada uno de los articulados involucrados: de derechos reales, obligaciones, gestión de negocios, enriquecimiento injustificado, responsabilidad extracontractual, etcétera.

Un defecto de muchas de las lecturas corrientes sobre artículo 975 es el de desconocer o restar valor a su origen, bastante controvertido.

Esta norma no estaba en el texto presentado por la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. Fue introducido, también, por la Comisión Revisora, pero incluso ésta, con todos los errores que se le atribuyen, había propuesto un texto más amplio:

> El derecho de usar el bien común corresponde a cada copropietario. En caso de desavenencia el juez regulará el uso, observándose las reglas procesales sobre administración judicial de los bienes comunes.
>
> El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás debe indemnizarles, en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731.

Las palabras de la ponente del libro de derechos reales del Código Civil(89), ante el texto finalmente aprobado, que contiene solo la segunda parte de la propuesta de la Comisión Revisora, desaniman de intentar el rescate de alguna virtud en él:

> La segunda de las normas [el artículo 975] prevé un caso insólito de "desobediencia a la ley" que no figura en ningún Código del mundo. Es como si el legislador tuviera temor de que sus preceptos no sean observados, y para sentirse seguro necesita prever también el caso de desobediencia y dar una solución transaccional. Es así que el artículo 975 prescribe que el copropietario que usa el bien con exclusión de los demás debe indemnizarlos.
>
> Realmente resulta inexplicable la *ratio legislatoris*. En el artículo anterior, como en todos los Códigos del mundo, se sanciona que el copropietario no puede hacer uso exclusivo del bien, norma de carácter imperativo sustentada en la esencia misma de la propiedad plural, precepto de observancia obligatoria y coercitiva; y, en consecuencia, resulta absurdo que tímida y equivocadamente se ofrezca una solución de compromiso, que puede formularse así: no debes desobedecer, pero si desobedeces pagarás las consecuencias.
>
> Analizando en profundidad estos dos preceptos, pareciera evidente que el legislador no ha calado en la implicancia de las normas, no se ha percatado de la falta de sindéresis que significa prohibir algo para luego abrir una posibilidad de infligir su propia regla.

Si el artículo 975 no hubiese sido incluido en el Código, el conflicto que busca resolver habría tenido que regularse por las disposiciones generales sobre gestión de negocios, enriquecimiento injustificado y responsabilidad extracontractual.

Por ello no debe descartarse que, como anoté antes, y tal como quedaron las cosas, la intención de la Comisión Revisora haya sido la de incorporar solo una pena privada: una indemnización tarifada, exactamente equivalente al valor de mercado del uso de la cuota del excluido.

Eso no resuelve todos los problemas, sin embargo. Por motivos históricos y razones de justicia, en el caso de una explotación de la totalidad del bien (disfrute), o de compromiso del uso o disfrute del bien frente a un tercero, o de actividades en beneficio del bien, o que mantengan o incrementen, inclusive, su valor comercial, el razonamiento no puede ser el mismo. No basta dividir la renta percibida por el copropietario infractor de la regla del consenso en las decisiones concernientes al bien común entre el número total de copropietarios

El artículo 975 del Código Civil debe ser leído, además, en su contexto histórico. Cuando se promulgó dicha normativa estaba vigente el añoso Código de Procedimientos Civiles, de 1912. De acuerdo con este último, todas las controversias relativas a la copropiedad se resolvían en función de administraciones externas y rendiciones de cuentas, en las que acostumbraba a intervenir el Poder Judicial(90).

Coherentemente, el Código Civil de 1936, que convivió con el de Procedimientos Civiles, disponía, en su artículo 1657, que el gestor estaba obligado a cumplir las obligaciones de un mandatario, en cuanto fuese aplicable.

(89) Maisch von Humboldt (1985, p. 92).

(90) Por eso Romero Romaña (1947, p. 211) puntualizaba que "las utilidades corresponden a los condóminos en proporción a sus cuotas. Dice el artículo 1202 [del Código de Procedimientos Civiles]: «Durante la administración se distribuirá la renta líquida que producen los bienes entre los interesados, en proporción a su participación. Esta distribución se hará en los plazos que fijen las partes, si están de acuerdo, y en su defecto, en los que señale el juez". Romero Romaña (1947, p. 203) recuerda también una ejecutoria, del 4 de julio de 1936, donde se señalaba que los condóminos no tenían derecho de exigir directamente el abono de su parte proporcional sobre la renta del bien, sino que debían hacerlo con la intermediación de un administrador, que debía ser nombrado para tal efecto. En el artículo 899 del Código Civil de 1936 se indicaba: "Los copartícipes está obligados a reembolsarse los provechos obtenidos del bien".

Entre esas obligaciones, según el artículo 1635, se encontraba la de rendir cuenta de su administración.

Entonces, cuando se hablaba de la obligación del copropietario excluyente de abonar su parte al excluido, eso no se hacía con un método de cálculo simple, de división del total bruto de lo percibido entre el número de copropietarios, sino descontando, para tal efecto, los gastos asumidos por el excluyente.

El camino ideal, para lograr este objetivo, comienza con una reencarnación de la *actio negotiorum gestorum directa*, o sea con una demanda de rendición de cuentas al copropietario excluyente. Éste, en calidad de gestor, si tiene gastos que recobrar o resarcimientos que reclamar al *dominus*, se los reclamará mediante la *actio negotiorum gestorum contraria*, conforme al artículo 1952 del CC.

Empero, en la óptica de los miembros de la Comisión Revisora, parece que liquidación de todas estas expectativas tenía que hacerse con una administración judicial, porque solo de esa forma se podía enfocar el fenómeno con la amplitud de perspectiva que era recomendable, para no centrar la visión solamente en la posición del excluido.

Ese puede haber sido el sentido del adjetivo *proporcional*, utilizado en el artículo 975, y de la urgencia sentida por los integrantes de la Comisión Revisora para solucionar el problema con una norma explícita, quizás tomando en cuenta, asimismo, los cambios que, en paralelo, habían sido introducidos en el régimen de la gestión de negocios, en comparación con el del Código Civil de 1936, que estaban destinados a reconfirmar su esterilidad como institución y la oscuridad de sus remedios.

En alguna ocasión, la Corte Suprema ha confirmado, precisamente, la improcedencia de la demanda de indemnización proporcional, decidida en el mismo sentido en las sentencias de mérito, cuando el inmueble sobre el cual se afirma la existencia de un uso exclusivo está bajo administración judicial, y la administradora designada para cumplir esta función ha cumplido con el reparto -mediante consignación, en la controversia de este proceso- de las utilidades obtenidas(91).

Por si no bastaran los argumentos expuestos, también es de auxilio la comparación.

En la mayoría de las obras extranjeras, cuya base es la legislación que ha servido para la elaboración de nuestro Código Civil, y en la jurisprudencia de los ordenamientos a los que corresponden las teorizaciones que gozan de fortuna entre nosotros, está afirmada, efectivamente, la pertinencia de la gestión de negocios en la solución de los problemas generados por la disposición de los bienes sujetos a copropiedad con exclusión de algún copropietario(92).

Un caso resuelto por la Corte di Cassazione italiana tienen un gran valor pedagógico para aclarar el panorama. En el año 2012, las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione se pronunciaron sobre un caso de arrendamiento de cosa común, celebrado por una copropietaria, con exclusión del otro(93). El bien arrendado era un inmueble destinado a uso comercial, que pertenecía, en cuotas ideales iguales, a dos personas.

El demandante pretendía que se le asignara el cincuenta por ciento de lo percibido por la copropietaria que, sin su concurso, arrendó el bien. Para lograr su propósito, dirigió su demanda contra ella, en calidad de arrendadora, y contra el arrendatario. En la contestación, el arrendatario manifestó que su obligación era únicamente frente a la arrendadora, pero que estaba disponible para celebrar un nuevo contrato con ambos copropietarios, o para depositar la renta en una cuenta bancaria que se le indicara. Por su parte, la copropietaria arrendadora rechazó la demanda, y reconvino para que la demandante sea condenada, más bien, a pagar un resarcimiento de daños.

En la primera instancia, el juez de la jurisdicción de Massa declaró fundada la demanda. Consideró que el caso era de aplicación de la figura del mandato sin representación, y que los demandados debían ser condenados al pago de la mitad de la renta, desde el inicio del arrendamiento, más intereses legales, sin perjuicio del cese del vínculo con la arrendadora(94).

---

(91) Casación 1708-2006-Lima (2006, 28 de noviembre).

(92) Es destacable, por ejemplo, la experiencia en un sistema mixto, donde confluyen el civil law y el common law, como el de Luisiana, en los Estados Unidos de América. Véase: Solís Rivas (1961); y Symeonides & Duarte Martin (1993).

(93) Corte di Cassazione Civile: sentencia de las Sezioni Unite, n. 11135, del 4 julio de 2012. Véanse, al respecto, los comentarios críticos de Carbone (2012); Tamburro (2013) y Travaglino (2013).

(94) El artículo 1705 del Código Civil italiano de 1942, subtitulado "mandato sin representación", dispone: "El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos celebrados con los terceros, aun cuando

En segunda instancia, la Corte d'Appello de Génova revocó parcialmente la sentencia apelada, y declaró infundada la demanda respecto del tercero arrendatario. En su fundamentación los magistrados genoveses establecieron que la propiedad de un derecho real no es un presupuesto indefectible de la actuación en calidad de arrendador, porque es suficiente tener la disponibilidad del bien, para transferir su detención. Por lo tanto, en el arrendamiento de la cosa común por un solo copropietario, incluso si éste excediera sus facultades de disfrute, el contrato es válido, y produce efectos entre las partes que lo celebran. El copropietario arrendador, en un supuesto como éste, realiza una gestión de negocios en presunto interés común, y el tercero, arrendatario, no puede ser perjudicado por las relaciones internas entre los cotitulares del bien.

Interpuesto el recurso de casación, y llamadas a pronunciarse, en definitiva, sobre la controversia, las Sezioni Unite señalaron, en un extenso fallo, que no existían obstáculos formales para que el caso del arrendamiento de un bien común por un solo copropietario fuese reconducido a la gestión de negocios, cuyo régimen, además, es el más idóneo para lograr un balance de las posiciones e intereses de todos los involucrados:

> El arrendamiento de la cosa común por parte de uno de los copropietarios está comprendido en el ámbito de aplicación de la gestión de negocios, y se somete a las reglas de dicha institución, entre ellas, la del artículo 2032 del Código Civil, de manera tal que, en el caso de una gestión no representativa, el copropietario que no arrendó podrá ratificar lo realizado por el gestor, y, en el sentido señalado en el segundo párrafo del artículo 1705 del Código Civil, aplicable por efecto del reenvío al mandato contenido en el citado artículo 2032, exigir del arrendatario, en el proceso contra el copropietario arrendador, la cuota de las rentas que sea la correspondiente a su cuota en la propiedad indivisa(95).

La solución de las Sezioni Unite no ha estado exenta de críticas. Además de negarse, por alguna comentarista, la concurrencia de los elementos de la gestión de negocios(96), se ha dicho también que el gran perjudicado en dicho pronunciamiento es el tercero, es decir, el arrendador, a quien le podrá ser demandada la cobranza de la parte de la renta del copropietario que no contrató con él, que incluso podría haber sido contrario a que se celebre el arrendamiento, y que, de haber sido informado sobre la copropiedad que existía en relación con el bien, tal vez jamás hubiese aceptado ser parte de esta relación jurídica, o lo habría hecho solo si se contaba con el consenso de los copropietarios(97).

También en la doctrina española se ha sostenido, muy recientemente, la ventaja de la acción restitutoria por gestión de negocios en comparación con la tutela que brindaría el enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, en los arrendamientos *a non domino*(98).

Para quien defiende este planteamiento, el régimen de la gestión de negocios permite superar polémicas acerca de si es necesario o no comprobar si el gestor-arrendador ha actuado de buena o mala fe, y conceder al *dominus* la obtención de las rentas generadas por el arrendamiento. Se afirma que este último derecho del *dominus* tiene por objeto *todo el lucro de la gestión*(99), sin perjuicio del ejercicio de la acción resarcitoria, en caso la gestión haya sido negligente, y del cálculo de los intereses devengados.

---

estos hayan tenido conocimiento del mandato. Los terceros no tienen ninguna relación con el mandante. Sin embargo, el mandante, sustituyendo al mandatario, puede ejercer los derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato, a menos que con ello pueda perjudicar los derechos atribuidos al mandatario por las disposiciones de los artículos que siguen." Esta norma ha sido importada, fragmentariamente, por el Código Civil peruano, en su artículo 1809: "El mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato".

(95) El artículo 2032 del Código Civil italiano de 1942, subtitulado "ratificación del interesado", dispone: "La ratificación del interesado produce, en relación con la gestión, los efectos que se habrían derivado de un mandato, aun cuando la gestión haya sido realizada poruna persona que creía estar gestionando un negocio propio".

(96) Tamburro (2013, p. 145). Una de las razones que la autora propone es que las reglas de la gestión de negocios no deben aplicarse en el caso del titular del negocio que ignora la gestión, sino en el del que no puede realizar la gestión por sí mismo, o se encuentra imposibilitado para ello. En el Código Civil peruano, por el contrario, el desconocimiento de la intervención del gestor sí es mencionado, en el artículo 1950, como presupuesto de la obligación legal del gestor de realizar la gestión provechosamente. A favor del pronunciamiento

(97) Tamburro (2013, p. 145). Para un panorama sobre la jurisprudencia italiana posterior, que mantiene el criterio de las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione, véase: Garaci (2018).

(98) Estancona Pérez (2022, pp. 1565-1567).

(99) Estancona Pérez (2022, p. 1566).

6. Conclusiones

Las conclusiones de mi investigación son las siguientes:

a) El uso exclusivo de un bien en copropiedad, así como su gestión y disposición contractual, igualmente exclusivos, sin intervención de algún copropietario, dan lugar a que entren en acción distintos remedios jurídicos, que no se limitan a la indemnización proporcional mencionada en el artículo 975 del Código Civil.
b) El artículo 975 otorga al copropietario excluido, como remedio, solo en caso de uso exclusivo del bien por otro de sus titulares, el derecho a una indemnización proporcional, cuya fuente es la ley.
c) La norma se refiere únicamente al uso exclusivo, no al disfrute de la cosa común, que está regulado en el artículo 976, y contempla como remedio al reembolso de los provechos obtenidos.
   Sin embargo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema tiende a considerar que el arrendamiento del bien común con exclusión de algún copropietario está comprendido en el campo de aplicación del artículo 975, y que puede activar, por lo tanto, la indemnización proporcional.
d) La obligación legal de indemnizar establecida en favor del copropietario excluido no debe ser confundida, con la de resarcimiento de daños, que opera solo si es antecedida por un juicio de responsabilidad civil, extracontractual, en este caso, conforme al artículo 1969 del Código Civil.
e) Al ser autónomas, la acción resarcitoria puede concurrir, acumulativamente, con la de cobranza de la indemnización legal proporcional, que depende solo de la comprobación del uso exclusivo del bien, sin necesidad de incidir en los aspectos subjetivos que son propios de la tutela resarcitoria basada en el dolo o culpa, como criterios de imputación.
   Es incorrecto, por lo tanto, hacer depender el otorgamiento de la indemnización proporcional a la prueba de una intención excluyente del copropietario exclusivo.
f) El criterio de tarifación proporcional de la indemnización para el copropietario excluido es otro aspecto que la diferencia del resarcimiento de daños, y la acerca a la noción de pena privada, es decir, de una sanción económica por la contravención de las reglas sobre el ejercicio de la facultad de uso de todos los copropietarios, y el consenso, también de todos ellos, en las decisiones relativas al bien común.
g) La obligación de indemnización proporcional tampoco debe ser confundida con la restitución que tutela a la parte empobrecida en la acción por enriquecimiento injustificado. Ésta no puede ser llamada en causa, porque el remedio del artículo 975 opera de manera directa, para la protección del copropietario excluido, quien puede, por lo tanto, demandarlo inmediatamente. En cambio, la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado constituye un remedio subsidiario, de conformidad con el artículo 1955 del CC.
h) El enriquecimiento injustificado tampoco sirve como fundamento institucional del remedio indemnizatorio del artículo 975 del CC.
   La suma a la que tiene derecho el copropietario excluido no corresponde a un enriquecimiento obtenido, a costa suya, por el excluyente. Como se estatuye en la propia norma analizada, al excluido se le indemniza con la parte proporcional -ideal- que le correspondería percibir a cada copropietario, y no en función del incremento patrimonial que haya obtenido, efectivamente, el excluyente, como ganancia neta o como ahorro de costos netos.
i) Sin perjuicio de lo anterior, la única hipótesis que rozaría los límites del campo del enriquecimiento injustificado, pero sin ser atraída completamente hacia él, es la del copropietario que emplea para su propio beneficio la totalidad del bien, sin intervención de ningún tercero, o sea, sin una gestión de por medio, y que, así, se ahorra el costo de compensar al excluido por el uso de su parte.
   Sería como un enriquecimiento por ahorro de costos, infrecuente en la práctica jurisprudencial peruana, pero que no se puede suponer coincidente siempre, en lo cuantitativo, con la indemnización proporcional en favor del excluido.
j) Sobre la base de un análisis histórico-comparativo, el fundamento de la tutela en favor de los copropietarios excluidos mediante negocios celebrados por terceros o actividades realizadas por el excluyente en beneficio del bien es la gestión de negocios ajenos.
   Es un supuesto de gestión de negocios comunes, presunta y, de ordinario, no representativa.
k) El copropietario excluido de la decisión sobre el bien común, entonces, podrá interponer una acción para solicitar al copropietario gestor que rinda cuentas de su actuación, con lo cual hará suyos los resultados de la gestión. Podrá incluso mantenerse, en adelante, y por este camino, en la posición que le corresponda, proporcionalmente, como acreedor y deudor del tercero.

A su turno, el gestor podrá pretender la restitución de los gastos asumidos, y, si fuere el caso, el resarcimiento de los daños sufridos en ocasión de la gestión.

l) Solamente las reglas de la gestión de negocios, por facilitar un balance entre las posiciones del titular de los bienes preservados o negocios administrados y los intereses tutelados del gestor, permiten dar a las operaciones con terceros sobre bienes sujetos a copropiedad, con exclusión de algún copropietario, una solución justa, así como contar con una pauta de cuantificación realmente proporcional.

Referencias bibliográficas

Aitken, L. (1988). Negotiorum Gestio and the Common Law: A Jurisdictional Approach. *Sydney Law Review*, *11*(3), 566-598.

Arata Solís, M. (2016). *La copropiedad y derechos de los copropietarios*. Gaceta Jurídica.

Arata Solís, M. (2021). Comentario sub art. 975. En M. Muro & M. Torres (Coords.), *Código Civil comentado* (Tomo V, 5ª ed., pp. 502-511). Gaceta Jurídica.

Arias-Schreiber Pezet, M. (1993). *Exégesis del Código Civil de 1984*, *Derechos reales* (Tomo V). Gaceta Jurídica.

Aru, L. (1981). Gestione di affari. En Aru, L. & Moscati, E. & D'Onofrio, P., *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro quarto. Delle obbligazioni. Art. 2028-2042* (2ª ed., pp. 1-60). Nicola Zanichelli Editore.

Atzeri, F. (1904). *La gestione d'affari nella dottrina e nella giurisprudenza*. Fratelli Bocca.

Auricchio, A. (1957). Contributo alla teoria della gestione rappresentativa. *Studi Urbinati*, *57*(XXV), 1-49.

Bar, Chr. von (2006a). *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs*. (S. Swann & M. McGuire, Trads.). Sellier & Bruylant & Stæmpfli.

Bar, Chr. von (2006b). The Principles of European Law (PEL) on Benevolent Intervention in Another's Affairs and on Unjustified Enrichment. *ERA Forum*, *7*(2), 204-219.

Bergel, J., Bruschi, M., & Cimamonti, S. (2010). *Les biens*. En *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin* (2ª ed.). LGDJ.

Betti, E. (1954). *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*. Giuffrè.

Bianca, C. M. (1999). *Diritto civile. La proprietà* (Vol. 6). Giuffrè.

Bianca, C. M. (2000). *Diritto civile. Il contratto* (Vol. 4, 2ª ed). Giuffrè.

Birks, P. (1997). Obligations Arising Without Agreement Under the Louisiana Civil Code. *Restitution Law Review*, *5*, 222-228.

Breccia, U. (1999). La gestione di affari. En P. Rescigno (Dir.), *Trattato di diritto privato* (Vol. 9, 2ª ed, pp. 853-907). UTET.

Brox, H., & Walker, D. (2021). *Besonderes Schuldrecht* (45ª ed). C. H. Beck.

Buckland, W. (1921). *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge University Press.

Cañizares Lazo, A. (1995). Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español). *Anuario de Derecho Civil*, *48* (2), 695-749.

Capra, D. (2014). Singolo condomino e beni comuni. *Archivio delle locazioni e del condominio*, Fasc. 1, 14-18.

Carbone, V. (2012). Le Sezioni Unite sulla disciplina applicabile alla locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari. *Corriere Giuridico*, 1449-1456.

Carbonnier, J. (2004). *Droit civil. Les biens* (19ª ed.). *Les obligations*. (22ª ed.). PUF.

Cárdenas Quirós, C. (1988). Exposición de motivos y comentarios. Gestión de negocios. En Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. En *Código Civil*, *Exposición de motivos y comentarios* (Tomo VI, 3ª ed., pp. 743-771). Grafotécnica Editores e Impresores.

Cárdenas Quirós, C. (1994). Hacia la reforma del libro VI del Código Civil. *THEMIS Revista de Derecho*, (30), 141-148. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11409

Casación 1850-96-Lima (1998, 8 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 2957-2003-Lima (2004, 30 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 1708-2006-Lima (2006, 28 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 4664-2010-Puno (2010, 17 de noviembre). Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 15223-2013-Arequipa (2014, 19 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 2477-2013-Lima (2014, 13 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 504-2016-Lima (2016, 14 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 1970-2015-Lima (2018, 3 de enero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 3006-2015-Junín (2019, 12 de marzo). Octavo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 2804-2017-Ica (2019, 29 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 4147-2018-Lima (2022, 9 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 4112-2019-Lambayeque (2020, 22 de enero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casella, M. (1989). Gestione di affari. I) Diritto civile. En *Enciclopedia Giuridica Treccani* (Tomo XV). Istituto dell'Enciclopedia italiana.

Castillo Freyre, M. (2021). *Derechos reales. Principales y de garantía*. Gaceta Jurídica.

Castronovo, C. (1989). Le frontiere nobili della responsabilità civile. *Rivista Critica di Diritto Privato*, *7*(4), 539-624.

Castronovo, C. (1997). *La nuova responsabilità civile* (2ª ed). Giuffrè.

Castronovo, C. (2018). *Responsabilità civile*. Giuffrè.

Cincotti, C. (2017). L'obbligazione di rendiconto: profili ricostruttivi. *Rivista di Diritto Civile*, *63*(6), 1447-1474.

Cogliolo, P. (1890). *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo* (Vol. 2). Tipografia Editrice di L. Niccolai.

Combot, M. (2023). *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*. LGDJ.

Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil (1988). *Código Civil*, II, *Antecedentes legislativos. Comparación con el Código de 1936*. Revoredo Marsano, D. (comp.). 3ª ed. Grafotécnica Editores e Impresores.

Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (1929). *Actas de las sesiones* (Tomo VII). La Editorial.

Commissione Reale per la Riforma dei Codici & Commission Française d'Études de l'Union Législative entre les Nations Alliées et Amies (1928). *Progetto di Codice delle Obbligazioni e dei contratti. Projet de Code des Obligations et des Contrats*. Proveditorato Generale dello Stato. (Texto definitivo aprobado en París en octubre de 1927).

Cordeiro, A. M. (2010). *Tratado de direito civil português, II, Direito das obrigaçoes, III*. Almedina.

Cornejo, A. G. (1941). Código Civil. Exposición sistemática y comentario, II-3, De los contratos en particular. En *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, *5*(1), 79-191.

D'Amico, P. (1979). Profili privatistici del soccorso. *Responsabilità Civile e Previdenza*, *43*(6), 613-678.

Dannemann, G. (2020). Agency without Specific Authorization (§§ 677-687). En Dannemann, G. & Schulze, R. (Eds.). *German Civil Code. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Article-by-Article Commentary* (Tomo I, pp. 1375-1392). C. H. Beck & Nomos.

Dawson, J. (1961). Negotiorum gestio: The Altruistic Intermeddler. *Harvard Law Review*, *74*(6), 1073-1129. https://doi.org/10.2307/1338455

Descheemaeker, E. (2013). Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (1), 1-26.

De Semo, G. (1961). Gestione di affari altrui (diritto vigente). En A. Azara & E. Eula, *Novissimo Digesto italiano* (Tomo VII, pp. 812-829). UTET.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2011). De la gestión de negocios ajenos. Comentarios a los artículos 1888 a 1891 del Código Civil. En L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Ensayos jurídicos* (Tomo II, pp. 2140-2148). Civitas & Thomsom Reuters.

Enneccerus, L., & Lehmann, H. (1966). *Derecho de obligaciones (Recht der Schuldverhältnisse*) (Tomo II-2, 3ª ed., B. Pérez González & J. Alguer & E. Valentí Fiol, Trads.). Bosch.

Estancona Pérez, A. (2022). Arrendamiento *a non domino*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *98*(791), 1545-1578.

Faria, J. R. de (2020). *Direito das obrigaçoes*, (2ª ed., Vol. 1). Almedina.

Fenet, P. A. (1828). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII. Au dépôt, rue Saint-André-des-Arcs, 51.

Fernández Arce, C. (2003). *Código Civil. Derecho de sucesiones*, III. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Cruz, G. (2015). Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. En R. Vidal Ramos (Coord.), *Libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil* (pp. 105-125). Instituto Peruano de Derecho Civil.

Ferrari, S. (1969). Gestione di affari altrui. b) Diritto privato. En *Enciclopedia del diritto* (Tomo XVIII, pp. 644-678). Giuffrè.

Ferrini, C. (1894). *Appunti sulla dottrina romana della* negotiorum gestio (*con speciale riferimento al libro del prof. Pacchioni)*. Tipografia della Camera dei Deputati.

Fikentscher, W., & Heinemann, A. (2022). *Schuldrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil* (12ª ed). De Gruyter.

Fromont, M., & Knetsch, J. (2017). *Droit privé allemand* (2ª ed). LGDJ.

Gaetano, G. P. (1900). Gestione degli affari altrui («Negotiorum gestio»). En *Digesto italiano* (Tomo XII, pp. 152-207). Utet.

Gallo, P. (2018). *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*. Giappichelli.

Gambaro, A. (2008). Il modello tedesco. En R. Sacco & A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati* (3ª ed., pp. 245-270). Utet.

Garaci, I. (2018). *La gestione d'affari altrui*. En *Il Codice Civile. Commentario fondato e già diretto da Piero Schlesinger, continuato da Francesco Donato Busnelli*. Giuffrè.

Girard, P. F. (1924). *Manuel élémentaire de droit romain* (7ª ed). Arthur Rousseau.

Gonzales Barrón, Gunther (2013). *Tratado de derechos reales* (3ª ed., Tomo II). Jurista Editores.

Guarino, A. (2001). *Diritto privato romano* (12ª ed.). Jovene.

Guidi, G. (1916). Gestione d'affari. En *Enciclopedia giuridica italiana* (Tomo VI-III, pp. 1058-1137). Società Editrice Libraria.

Guzmán Ferrer, F. (1971). *Código Civil (Antecedentes – Concordancias – Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina – Jurisprudencia)* (Tomo IV). Amauta.

Hedemann, J. W. (1949). *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*. (3ª ed). W. de Gruyter.

Jansen, N. (2012). Management of Another's Affairs without a Mandate (*Negotiorum gestio*). En J. Basedow, J. Hopt, Klaus, & R. Zimmermann (Eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Tomo II, pp. 1114-1118). Oxford University Press.

Jiménez Salas, A. (2022). ¿Uso exclusivo o uso excluyente? Un análisis jurisprudencial de los alcances de la indemnización por uso exclusivo de bien común. *Actualidad Jurídica*, (342), 90-100.

Kaser, M., & Knütel, R. (2008). *Römisches Privatrecht* (19ª ed). C. H. Beck.

Kortmann, J. (2005). *Altruism in Private Law. Liability for Nonfeasance and* Negotiorum Gestio. Oxford University Press.

Lacruz Berdejo, J. L. (1975). La gestión de negocios sin mandato. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (507), 245-270.

Landes, W. L., & Posner, R. (1978). Salvors, Finders, Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism. *Journal of Legal Studies*, *7*(1), 83-128.

Le Gallou, C. (2007). *La notion d'indemnité en droit privé*. LGDJ.

Leitão, L. M. T. de M. (2005). *O enriquecimento sem causa no direito civil. Etudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Almedina.

Leitão, L. M. T. de M. (2008). *Direito das obrigaçoes* (Tomo I, 7ª ed). Almedina.

León Barandiarán, J. (1975). *Contratos en el derecho civil peruano* (Tomo II). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

León Hilario, L. (2004). *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Perú*. Palestra.

León Hilario, L. (2010). Comunicación al Pleno Casatorio Civil. En Corte Suprema de Justicia de la República, *Tercer Pleno Casatorio Civil* (pp. 247-252). Fondo Editorial del Poder Judicial.

León Hilario, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Academia de la Magistratura.

León Hilario, L. (2017). Incapacidad de discernimiento e indemnización equitativa. Apuntes sobre el artículo 1977 del Código Civil peruano. En L. León Hilario, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3ª ed., pp. 595-650). Instituto Pacífico. (Trabajo original publicado en 2005).

León Hilario, L. (2022). Introducción al estudio del enriquecimiento injustificado en el Perú. En L. Barchi Velaochaga *et al.* (Eds.), *Dogmática y práctica del derecho privado moderno. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz* (Tomo II, pp. 291-357). ARA Editores.

Le Tourneau, Ph. (2002). Gestion d'affaires. En *Encyclopédie Juridique. Répertoire de Droit Civil* (Tomo VI). Dalloz.

Lorenzen, E. G. (1927-1928). *Negotiorum Gestio* in Roman and Modern Civil Law. *Cornell Law Quarterly*, *13*(2), 190-210.

Looschelders, D. (2018). *Schuldrecht. Besonderer Teil* (14ª ed.). F. Vahlen.

Maisch von Humboldt, L. (1985). El derecho del copropietario a usar el bien común: tres soluciones diversas y discrepantes en el Código Civil de 1984. *Ius et Praxis*, (5), 91-96.

Maisch von Humboldt, L. (1988). Exposición de motivos y comentarios del libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo Marsano (Comp.), Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, *Código Civil*, V, *Exposición de motivos y comentarios* (3ª ed., pp. 149-286). Grafotécnica Editores e Impresores. (Trabajo original publicado en 1985).

Marasinghe, M. L. (1976). The Place of *Negotiorum Gestio* in English Law. *Ottawa Law Review*, *8*(573), 573-587.

Marlasca Martínez, O. (2011). Gestión de negocios ajenos: de Roma al derecho actual. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, *15*, 597-622.

Marrone, M. (1994). *Istituzioni di diritto romano* (2ª ed.). Palumbo.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., Mazeaud, J., & Chabas, F. (1998). *Leçons de droit civil*, II-1, *Obligations – Théorie Générale* (9.ª ed). Montchrestien.

Mesinas Montero, F. (2021). Gestión de negocios. En *Código Civil comentado* (Tomo IX, pp. 667-693). Gaceta Jurídica.

Messinetti, D. (2012). La sistematica rimediale. En S. Mazzamuto (Ed.), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo* (pp. 103-120). Giuffrè.

Miguel Traviesas, M. (1919). La gestión de negocios. *Revista de Derecho Privado*, *7*, 129-142.

Mirabelli, G. (1955). *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*. Jovene.

Mitteis, Ludwig (1929). Storia del diritto antico e studio del diritto romano (Antike Rechtsgeschichte und römische Rechtsstudium) (B. Biondi & G. Funaioli, Trads.). *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, *12*, 477-499. (Trabajo original publicado en 1918).

Moisset de Espanés, L. (1992). Repetición del pago indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina. *Themis-Revista de Derecho*, (23), 55-68. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10959

Moscati, E. (2005). Verso il recupero dei "quasi contratti"? (Le obbligazioni restitutorie dal contratto ai "quasi contratti"). En *Valore della persona e giustizia contrattuale. Scritti in onore di Adriano de Cupis* (pp. 186-197). Giuffrè.

Muccioli, N. (2010). Le carambole sistematiche della gestione di affari. *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, II, 281-292.

Muñiz Siches, J. (1988). Comentarios. Arrendamiento. En Revoredo Marsano, D. (Comp.), Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, *Código Civil,* VI, *Exposición de motivos y comentarios* (3ª ed., pp. 333-392). Grafotécnica Editores e Impresores.

Nicholas, B. (2008). *An Introduction to Roman Law*. Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1962).

Nicolussi, A. (1998). *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*. Giuffrè.

Nicolussi, A. (2021). *Le obbligazioni*. Wolters Kluwer Italia.

Nolasco Cruz, P. (1926). Recensión a Amunátegui, M. L. *Vida de don Andrés Bello*. En Nolasco Cruz, P. *Estudios sobre la literatura chilena* (Tomo I, pp. 287-314). Zamorano y Caperán. (Trabajo original publicado en 1899).

Pacchioni, G. (1893). *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*. Rocco Carabba.

Pacchioni, G. (1935). *De la gestione degli affari altrui secondo il diritto romano, civile e commerciale* (3ª ed.). Cedam.

Pasco Arauco, A. (2022a). *La copropiedad. Un estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

Pasco Arauco, A. (2022b). Comentario *sub* art. 975. En J. Espinoza Espinoza (Dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (Tomo VI, pp. 31-41). Instituto Pacífico.

Pino, H. J. del (1935). Gestión de negocios. *Revista del Foro*, (22), 803-812.

Pino, H. J. del (1936). Gestión de negocios. *Revista del Foro*, (23), 63-71.

Planiol, M. (1902). *Traité élémentaire de droit civil*, II. Cotillon & F. Pichon.

Planiol, M. (1904). Classification des sources des obligations. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, (53), 224-237.

Poder Judicial del Perú (2021). *Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. 14 y 15 de octubre de 2021. Materiales de lectura*. Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Pothier, R. J. (1777). Traité du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. En R.J. Pothier, *Traité des contrats de bienfaisance, selon les regles tant du for de la conscience que du for extérieur* (Tomo II, pp. 334-402). Debure & Rouzeau-Montaut. (Trabajo original publicado en 1766).

Pugliatti, S. (1929). Il negozio di gestione sottostante alla rappresentanza. *Annali dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina*, III, 21-77.

Radin, M. (1927). *Handbook of Roman Law*. West Publishing Co.

Radin, M. (1937). The Roman Law of Quasi-Contract. *Virginia Law Review*, *23*(3), 241-258.

Ranieri, F. (2009). *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien* (3ª ed.). Springer.

Riccobono, S. (1917a). Dal diritto romano classico al diritto moderno. *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, (3-4), 165-730.

Riccobono, S. (1917b). La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, *15*(1), 369-426.

Romano, F. (1964). *La ratifica nel diritto privato*. Morano.

Romero Romaña, E. (1947). *Derecho civil. Los derechos reales*. PTCM.

Sacco, R. (1959). *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità estracontrattuale*. UTET.

Samaniego, F. M. de (1796). *Fábulas en verso castellano para el uso del Real Seminario Bascongado*. Oficina de D. Benito Cano. (Obra original publicada en 1781).

Sánchez Jordán, M. E. (2004). *La gestión de negocios ajenos*. Civitas.

Scaduto, G., & Orlando Cascio, S. (1938). Gestione di affari altrui. En *Nuovo Digesto Italiano* (VI, pp. 235-251). UTET.

Schlechtriem, P. (2003). *Schuldrecht. Besonderer Teil* (6ª ed.). Mohr Siebeck.

Schulz, F. (1961). *Classical Roman Law*. Clarendon Press. (Obra original publicada en 1951).

Sheehan, D. (2006). Negotiorum Gestio: A Civilian Concept in the Common Law? *International and Comparative Law Quarterly*, *55*(2), 253-280.

Sentencia 11135 (2012, 4 de julio). Corte di Cassazione Civile. Sezioni Unite. *Archivio delle locazioni e del condominio*, 501-512.

Sirena, P. (1999). *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*. Giappichelli.

Sirena, P. (2007). Gli atti di amministrazione e di disposizione delle parti comuni da parte di singoli condòmini. En C. M. Bianca (al cuidado de), *Il condominio* (pp. 621-635). UTET.

Sirena, P. (2008). The DCFR - Restitution, Unjust Enrichment and Related Issues. *European Review of Contract Law*, 445-454.

Sirena, P. (2009). La gestione di affari. En N. Lipari & P. Rescigno (Dirs.) & A. Zoppini (Coord.). *Diritto civile*, III-1, *Il rapporto obbligatorio* (pp. 459-487). Giuffrè.

Solís Córdova, M. (2023). Gestión de negocios. En J. Espinoza Espinoza (Dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano*, XII (pp. 350-374). Instituto Pacífico.

Solís Rivas, J. M. (1961). Management of the Affairs of Another. *Tulane Law Review*, *36*, 108-129.

Stoljar, S. J. (1984). Negotiorum Gestio. En *International Encyclopedia of Comparative Law*, X, ch. 17. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) & Martinus Nijhoff.

Symeonides, S. C., & Duarte Martin, N. (1993). The New Law of Co-Ownership: A Kommentar. *Tulane Law Review*, *68*(1), 69-160.

Tamburro, A. M. (2013). Un "terzo incomodo" nel rapporto di locazione di un bene comune: il compropietario non locatore. *Archivio della locazione e del condominio*, 142-145.

Travaglino, G. (2013). La locazione di immobile da parte di un solo compropietario. *Corriere del Merito*, (IX), 47-51.

Varela, J. de M. A. (2005). *Das obrigaçoes em geral* (I, 10ª ed.). Almedina. (Trabajo original publicado en el 2000).

Vicente, D. M. (2017). *Direito comparado*, II, *Obrigações*. Almedina.

Vidal Ramírez, F. (2000). *El derecho civil en sus conceptos fundamentales* (2.ª ed.). Gaceta Jurídica.

Vidaurre, M. L. de (1835). *Proyecto del Código Civil peruano. 2ª parte. Dominio y contratos*. Imprenta del Constitucional por Justo León.

Vitorino, J. L. de M. (2014). A gestão imprópria e a gestão de negócio alheio julgado próprio nos direitos alemão, suíço, francês e português. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, *55*(1-2), 245-293.

Vizioz, H. (1912). *La notion de quasi-contrat. Étude historique et critique* [Tesis de doctorado]. Y. Cadoret.

Wilburg, W. (1934). *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*. Leuschner & Lubensky.

Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations*. *Roman Foundations of Civilian Tradition*. Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1990).

Zimmermann, R. (2000). El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea. En R. Zimmermann, *Estudios de derecho privado europeo* (A. Vaquer Aloy, Trad., pp. 19-66). Civitas.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.003

Las formalidades convencionales en la contratación moderna. La cláusula de no modificación oral o "no oral modification clause" y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia(*)(**)

Contractual formalities in modern contracting. No oral modification clauses and the doctrine of venire contra factum proprium as a limit to its enforceability

Rodrigo Momberg Uribe(***)
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)
Gonzalo Severin Fuster(****)
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile)

Resumen: Si bien el principio del consensualismo sigue rigiendo como regla general en la contratación moderna, es habitual que se incluyan, especialmente en contratos comerciales complejos y de larga duración, cláusulas que limiten la libertad de las partes para modificarlos o terminarlos, a menos que se observen ciertas formalidades. En este contexto, el presente trabajo analiza las denominadas "cláusulas de no modificación oral", planteando los argumentos para aceptar su exigibilidad, como asimismo sus límites, por medio de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Palabras clave: Formalidades convencionales - Derecho contractual - Cláusula de no modificación oral - Doctrina de los actos propios - Derecho Civil - Chile

Abstract: Although the principle of consensualism is still the general rule in modern contracting, it is common, especially in complex and long-term commercial contracts, to include clauses limiting the parties' freedom to modify or terminate them, unless certain formalities are observed. In this context, this paper analyses the so-called "no oral modification" clauses, putting forward the arguments for accepting their enforceability, as well as their limits, by means of the application of the doctrine of venire contra factum proprium.

Keywords: Contractual formalities - Contract law - No oral modification clause - Venire contra factum propium - Civil Law - Chile

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 30 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 11 de diciembre de 2023.

(**) El presente artículo se enmarca en la ejecución del proyecto Fondecyt N. 1210234: "La terminación unilateral del contrato no basada en el incumplimiento. Una construcción dogmática de un régimen común", del cual el Dr. Severin es investigador responsable.

(***) Abogado por la Universidad Austral de Chile (Valdivia, Chile). LL.M. en European Contract Law y PhD por la Universidad de Utrecht. Profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4774-4256. Correo electrónico: rodrigo.momberg@pucv.cl.

(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, Chile). Máster en Derecho empresarial y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España). Profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6937-4746. Correo electrónico: gonzalo.severin@pucv.cl.

1. Introducción

1.1 Un caso

Un contrato de construcción se encuentra en sus últimas etapas de ejecución. Si bien el programa de trabajo se ha desarrollado dentro de los plazos establecidos, es del interés del mandante disponer de las obras con antelación a la fecha programada para su recepción definitiva. Luego de una serie de negociaciones, las partes acuerdan que el contratista, si entrega las obras con una determinada anticipación a la fecha original, recibirá un premio o recompensa por parte del mandante. El acuerdo consta en una serie de comunicaciones formales intercambiadas entre los representantes de las partes. El contrato de construcción contiene una cláusula del siguiente tenor: *Todas las modificaciones a este Contrato deberán realizarse mediante acuerdo que conste por escrito debidamente formalizado por las partes*.

Para cumplir con la nueva fecha de entrega, el contratista comienza inmediatamente con la aceleración de las obras. En paralelo, el texto final de la Adenda modificatoria al contrato se encuentra en proceso de redacción y revisión por parte de las gerencias y los departamentos legales respectivos. La redacción de la Adenda se retrasa, ya que existen algunas discrepancias técnicas en cuanto a si la entrega anticipada debe también incluir ciertas obras menores, que no obstan a la entrada en funciones del proyecto en general. Finalmente, el contratista logra entregar anticipadamente las obras. Sin embargo, al no haberse firmado la Adenda, el mandante se niega a pagar el premio acordado, aduciendo que la modificación al contrato nunca se perfeccionó, ya que no se cumplieron las formalidades necesarias, invocando al efecto, la referida cláusula relativa a la forma de la modificación del contrato.

1.2. Planteamiento

Disputas como estas son frecuentes en la práctica contractual. El presente trabajo pretende abordar los problemas que, como en el caso planteado, presentan las formalidades voluntarias introducidas por las partes a contratos de naturaleza consensual, en particular, las denominadas cláusulas de no modificación oral, o según su denominación anglosajona, *no oral modification clause* (también conocidas por la abreviación *NOM clauses*).

Para estos efectos, el trabajo se estructura de la siguiente manera. Primero, se examina de manera general el principio del consensualismo y el concepto y fundamentos de las formalidades voluntarias, en cuanto ellas constituyen una atenuación del mentado principio (apartado 2). A continuación, se analiza, en particular, el concepto y la cuestión de la eficacia de las cláusulas de no modificación oral (apartado 3). Seguidamente, de manera separada, por su relevancia, se plantean los límites a los que debe someterse la eficacia de las mencionadas cláusulas, específicamente, la llamada doctrina de los actos propios (apartado 4). Al final, se recogen las principales conclusiones.

2. Las formalidades voluntarias o convencionales

2.1. El principio del "consensualismo"

En sede contractual, el denominado principio del "consensualismo" expresa la idea de que el sólo consenso (acuerdo) obliga, sin necesidad de cumplir con determinados requisitos externos o formalidades: *solus consensus obligat*(1). Esto se traduce concretamente en la afirmación de que los contratos son, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, *por regla general consensuales, y que sólo excepcionalmente la ley exige un requisito adicional para que el consentimiento se entienda válidamente expresado*.

Se trata de una idea relativamente moderna, ya que "a través de los siglos casi siempre los contratos han sido formales" (López y Elorriaga, 2017, p. 258). En efecto, una de las características del Derecho romano era precisamente su rigor formalista, de modo que "el vínculo contractual solo surgía en caso de cumplimiento estricto de formas determinadas" (Fortich, 2012, p. 197). Esta aproximación se conservó durante siglos. López Santa María (2010) afirma que "el consensualismo y la admisión del contrato como simple acuerdo de voluntades (…) sólo comienza a pregonarse a partir de la Escuela del Derecho Natural" (p. 49)(2). Investigaciones más recientes, sin

(1) Sobre su formulación como principio general, con énfasis en su evolución histórica, véase Fortich (2012).

(2) Agrega el mismo autor, que "[e]ntre sus cultores, Pufendorf y Grocio ejercieron indudable influencia sobre los inspiradores del Código de Napoleón. Aunque el Code Civil de 1804 no lo dice expresamente, la doctrina estima que este cuerpo normativo, que tanta influencia ejerciera, en especial en los países latinos de Europa y de América, consagra el consensualismo por preterición". Sobre el punto, véase también Fortich (2012, pp. 197-199).

embargo, sugieren que este principio se habría adoptado en el Derecho contractual europeo con anterioridad, tanto por la influencia del Derecho canónico(3), como por la práctica de los tribunales mercantiles(4). En cualquier caso, no debe perderse de vista que, respecto de los derechos hispanoamericanos, el principio del consensualismo o de libertad de forma encuentra un antecedente más antiguo. En efecto, la superación del formalismo y la recepción del consensualismo como regla general tiene, en el Derecho español, un hito muy claro: el *Ordenamiento de Alcalá,* texto vigente en Hispanoamérica, lo recogió expresamente(5).

En la actualidad, el principio del consensualismo parece haberse impuesto. En efecto, lo hallamos expresamente recogido en algunos textos supranacionales de Derecho contractual, entre los que podemos citar, por ejemplo, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG)(6), los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (PICC)(7) y el Borrador del Marco Común de Referencia sobre Derecho Privado Europeo (DCFR)(8).La idea de que los contratos son, *en principio,* consensuales, se recoge también en algunos códigos modernos, como el Código brasilero de 2002(9) y en el Código civil francés, tras su reciente reforma(10).

---

(3) Como explica Marcín (2011), los glosadores, a partir de las fuentes justinianeas, elaboraron una teoría general del contrato (sobre la base de la noción de "pacto") que puede sintetizarse así: "si un pacto tiene un vestimentum, produce obligación y acción, y se llama pactum vestitum" (p.197). Este mismo autor explica que los canonistas tomaron elementos jurídicos que estaban desarrollando los glosadores, pero que "añadieron el principio de que las promesas son, por sí mismas, obligatorias por cuestión de conciencia, sea que estén ‹‹vestidas›› o no, y si la causa que forma la base del contrato es apropiada, le da validez […] una promesa formal, o no, es lo mismo a los ojos de Dios; los canonistas afirmaron que no cumplir lo prometido equivalía a decir una mentira" (p. 198). Sobre el principio del consensualismo y el pacta sunt servanda en el Derecho canónico contractual, véase también Lesaffer (2000, p. 182 y ss.).

(4) En efecto, como explica Dedock (2012) en estos tribunales no se admitía la exceptio nudi pacti; al contrario, se entendía que los simples pactos obligaban. El mismo autor rastrea el origen de este principio en las fuentes canónicas, desde el siglo V hasta el momento en que, afirma el autor, se convierte en una parte definitiva del Derecho canónico, en el año 1234 (pp. 121-128).

(5) En Las Partidas sólo se atribuye fuerza obligatoria absoluta a los contratos nominados y no se la concede a los innominados, a menos que éstos se encuentren revestidos de estipulación o que una de las partes haya cumplido su obligación. El Ordenamiento de Alcalá introdujo una variación de este estado, al prescribir "que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos de cualquier manera que aparezca que alguno se quiso obligar por otro e facer contracto con él" (Título XVI, ley única). Como sostiene Guzmán (2007), "la celebridad de esta ley deriva de que con ella se habría introducido el principio del consensualismo en el Derecho castellano, como régimen general para la celebración de negocios obligacionales, en lo cual, además, este habría sido precursor" (p. 399). El mismo autor, más adelante, agrega: "no cabe dudar que la introducción de las Partidas en Indias fue con la derogación operada por el "Ordenamiento de Alcalá" en esta materia. Pero, además, casi a priori podría pensarse en cuán difícil hubo de ser que la forma promisoria echara raíces en suelo americano, y que resultara utilizada en la práctica. Evidentemente la prueba de esto es la más difícil que existe, porque atañe a un hecho negativo, esto es, a que en los archivos no existan promisiones documentadas según el modelo de las Partidas, al menos con una frecuencia que permita inducir su extendido empleo" (p. 400).

(6) En su artículo 11 CISG: "(…) el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos". La regla consagra el principio del consensualismo; la reserva de Chile es relativa precisamente a este artículo. Al respecto, véase Grob (2011, p. 39).

(7) Artículo 1.2 PICC (Libertad de forma): "Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluso testigos". Como se explica en los comentarios oficiales, "[e]ste artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes" (comentario 1 del artículo 1.2, p. 9).

(8) Artículo II.-1:106: Forma (1) "Un contrato o cualquier otro acto jurídico no necesita celebrarse, redactarse o probarse por escrito, ni está sujeto a ningún otro requisito de forma", traducción al español en Jerez (2015). En los comentarios oficiales se expresa claramente: "Paragraph (1) lays down the general principle that there is no formal requireements for a contract or other juridical act" Von Bar & Clive. (2010). Comment A (t. I, p. 149)].

(9) Artículo 107 CCBr: "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir". Sobre el punto, explica Benetti (2013), "a ideia deste subprincípio, ligado à liberdade contratual, é a de que o simples consentimento basta para formar o contrato sem formalidades adicionais. No direito antigo e medieval, dominava o formalismo e o simbolismo. A formação dos contratos subordinava-se à obediência de determinada forma ritual. No direito moderno, em princípio, não se exige forma especial para a manifestação de vontade (ela pode ser feita por e-mail, por telefone, por fax, por um comportamento inequívoco no sentido de contratar etc.). O consentimento forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se concretizando se determinada exigência for cumprida (arts. 107 e 108, NCC, como única exceção ao consensualimo) (p. 229). Sobre la recepción del principio del consensualismo en el Derecho brasilero anterior, desde un punto de vista histórico, véase también De Sousa (2008, p. 45 y ss.).

(10) Artículo 1172 CCFr: "Les contrats sont par principe consensuels./ Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation./ En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose". La doctrina estima que en este nuevo artículo hay una "innovación discreta", por cuanto se consagra de manera expresa en el Código civil el principio del consensualismo. Al respecto, véase Deshayes et al. (2016, p. 312).

(11) En este sentido, respecto del derecho chileno, López y Elorriaga (2017) indican que "para ser consecuentes con el dogma de la

En los Códigos en los que el principio del consensualismo no se plasma expresamente, suele presentarse como una proyección particular del principio de la autonomía de la voluntad en la fase de celebración del contrato[11]. En la doctrina chilena, por ejemplo, esta idea, de que los contratos consensuales son la "regla general", aparece ya planteada con mucha claridad en textos muy antiguos[12], y es una idea que se sigue reproduciendo en los textos más recientes, usualmente con ocasión del estudio de la clasificación de los contratos que realiza el artículo 1443 del Código civil chileno (en adelante, CC), que distingue, atendiendo a la forma de su perfeccionamiento, entre contratos solemnes, reales y consensuales[13].

Como se puede observar, el consensualismo, constituye un principio o una regla general, no absoluta, de modo que admite, por su propia naturaleza, *excepciones* (los contratos reales y los contratos solemnes). Y, admite, además, ciertas *atenuaciones*. En este sentido, puede decirse que "la calificación de un contrato como consensual no es incompatible con el cumplimiento de una forma" (Deshayes, Genicon & Laithier, 2016, p. 60). De hecho, son muchos los contratos que "requieren, para tener plena eficacia, del cumplimiento de formalidades habilitantes, de prueba, de publicidad o convencionales" (López & Elorriaga, 2017, p. 260). Así, se admite generalizadamente -y sobre ello no hay discusión- que tanto la ley como el propio acuerdo de las partes pueden implicar una *atenuación* o deterioro del principio del consensualismo.

2.2. Concepto y fundamentos de las formalidades convencionales

Las formalidades voluntarias pueden definirse como "aquellas pactadas por las partes, y cuyo ulterior cumplimiento permite que recién el contrato se repute definitivamente celebrado. Aunque el contrato tenga carácter consensual, los contratantes pueden estipular que sea indispensable exteriorizar el consentimiento mediante el otorgamiento

autonomía de la voluntad, ha debido afirmarse la vigencia del principio del consensualismo contractual. Los contratos quedarían perfectos por la sola manifestación de las voluntades internas de las partes, ya que cualquiera exigencia de formalidades externas, vendría a contradecir la premisa según la cual la voluntad todopoderosa y autosuficiente es la fuente y medida de los derechos y las obligaciones contractuales […] [e]n nuestros códigos, imbuidos del dogma de la autonomía de la voluntad, el contrato consensual lógicamente aparece como la regla general, pues si la voluntad tiene el poder de genera derechos y obligaciones, fijando la medida o alcance de ellos, no es posible, sin contradicción, exigirle a esa misma voluntad que tenga que acatar o que se vierta a través de ritos o formas determinadas" (p. 116). En el mismo sentido, en relación con el derecho colombiano, Fortich (2012), "la doctrina mayoritaria construye el vínculo es entre autonomía de la voluntad y consensualismo" (p.200). También en el Derecho brasilero (Benetti, 2013, p. 229), aunque, como se ha indicado (supra, nota 10), el principio tiene consagración expresa.

(12) Aun cuando en los textos antiguos no se utiliza expresamente la denominación "consensualismo". Así, por ejemplo, Barros (1907), explica que "[e]n general, los actos jurídicos no necesitan para perfeccionarse de formalidades determinadas por la ley; basta para ello el consentimiento, que puede manifestarse de palabra o por escrito, sin fórmulas ni ritualidades especiales (…) por excepción, hay actos o contratos sujetos a ciertas formalidades especiales, de manera que, sin ellas, no producen ningún efecto civil" (pp. 49-50). En el mismo sentido, Claro (1912), señala que "[a]ntiguamente había un formulismo exagerado; el acto jurídico no existía ni se formaba sino por la ejecución de signos o actitudes más o menos complicadas, más o menos simbólicas. Hoy la voluntad es soberana y basta para la formación de los actos jurídicos, para los que, por regla general, la ley no exige más que las condiciones de existencia y validez que hemos anotado" (pp. 51-52).

(13) En este sentido, Troncos & Álvarez (2020) consideran que "la regla general en los contratos es que sean consensuales. No son reales ni solemnes sino en los casos expresamente señalados por la ley" (p. 20). En el mismo sentido, Alcalde & Boetsch (2021, t. 2, p. 39); Barcia Lehmann (2024, p. 523). Con todo, recientemente se ha discutido la idea de que el mentado artículo 1443 del CC permita fundar la idea de que los contratos consensuales son la regla general. Carvajal (2023) sostiene que el principio del consensualismo está recogido más bien en el artículo 1438 del CC, artículo que define contrato o convención. Sostiene el autor que, "la falta de cualquier requisito formal para que una declaración de voluntad bilateral forme un contrato, de acuerdo con la historia del precepto y sus fuentes, tiene el sentido de consagrar la regla o principio del "consensualismo" (…) sin esta disposición, ninguna otra nos permitiría afirmar el imperio de tal principio entre nosotros" (p. 74). Para dicho autor, el argumento que sostiene la tesis de que el principio del consensualismo puede afirmarse en el artículo 1443 CC es una simple petición de principio, pues no se puede suponer jerarquía alguna que indique que en tal artículo se recoge ese principio. En esa línea, sostiene que, "la falta de cualquier requisito formal para que una declaración de voluntad bilateral forme un contrato, de acuerdo con la historia del precepto y sus fuentes, tiene el sentido de consagrar la regla o principio del "consensualismo" (…) sin esta disposición, ninguna otra nos permitiría afirmar el imperio de tal principio entre nosotros" (íbid.). Carvajal desestima también que el principio del consensualismo pueda afirmarse a partir del artículo 1545 del CC, porque este artículo "se refiere, en cambio, al principio de la fuerza vinculante del contrato". Sin aportar más argumentos que ese, el autor agrega que "erróneamente, en 1863, Cosme Campillo atribuyó al artículo 1545 la recepción del principio del consensualismo". Analizado el trabajo de Cosme (1863), podemos concluir que este autor no realiza la afirmación que Carvajal le atribuye, pues, al contrario, el trabajo tiene por finalidad justificar el alcance del artículo 1545 CC, sin vincularlo en ningún momento al principio del consensualismo.

de un instrumento público o privado o a través de otro ritual externo que señalen" (López & Elorriaga, 2017, p. 268)[14].

Lo que las partes buscan con este tipo de formalidades es dar certeza a su voluntad, de modo que ella conste fehacientemente, asegurándose que lo finalmente materializado en la formalidad refleje efectivamente el acuerdo que han alcanzado, generalmente luego de un proceso de negociaciones. Por ello, aun cuando muchas veces se trata de cláusulas que generalmente se pactan en un acuerdo convenido durante las negociaciones destinadas a celebrar un contrato definitivo, es también perfectamente posible que esas cláusulas se inserten en el texto del contrato definitivo, para regular las modificaciones o extinción del contrato ya celebrado por ellas.

El fundamento obvio de las formalidades convencionales se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad y de su derivación en la libertad de forma y en la configuración del contenido contractual. Existe acuerdo en la doctrina en orden a que las partes son libres para estipular que la celebración o la modificación de un contrato naturalmente consensual, no se entienda perfecto mientras no se cumpla con una forma. No existe razón de orden público que permita afirmar lo contrario[15] En este sentido, el efecto natural de las formalidades voluntarias es postergar la perfección del acuerdo, de modo que, hasta antes de la observancia de la formalidad, solo existiría un "vínculo precario"[16], o un "simple proyecto de convención"[17].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que la eventual inobservancia de una formalidad de esta naturaleza no necesariamente implica la ineficacia del mero acuerdo consensual. En este sentido, se dice que el efecto de la inobservancia de las formalidades convencionales es muy diverso a lo que sucede en el caso de las solemnidades establecidas por la ley. En efecto, como ha sostenido la Corte Suprema (2012), tratándose de formalidades convencionales:

> Cualquiera de las partes puede retractarse o válidamente desdecirse de la celebración del contrato, mientras la forma pactada no se haya cumplido. En suma, sólo las inobservancias de las solemnidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, son sancionados con la nulidad absoluta (Rol No. 3557/2010).

En palabras de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998):

> Un acto solemne por mandato de la ley no es lo mismo que uno que lo es por voluntad de las partes: si en el primer caso faltan las solemnidades, el acto es inexistente o nulo absolutamente; en cambio, en el segundo caso, el acto puede producir efectos aun cuando no se cumplan las formalidades, si se ejecutan hechos que importen renuncia a éstas (pp. 314-315).

La cuestión, por tanto, consiste en determinar cuándo debe entenderse que se ejecutan tales actos de renuncia. En general ello sucederá cuando la conducta de las partes o de una de ellas produce en la otra la confianza razonable que el acuerdo (el contrato o la modificación al mismo) tiene efecto a pesar de no cumplirse con la formalidad pactada. Ello tiene lugar, por ejemplo, cuando una o ambas partes ejecutan total o parcialmente el acuerdo, sin reclamar por su falta de formalización.

Las ideas anteriores son una generalización de lo expresado por algunas normas del Código civil chileno que se refieren a este tipo de formalidades. Así el artículo 1802 del CC dispone que:

> Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2 del artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

(14) La misma definición ha sido recogida por la Corte Suprema, en sentencia de 25 de enero de 2012, Rol No. 3557/2010.

(15) Domínguez Águila (2012) lo explica de la siguiente manera: "El principio de la autonomía privada, que recogen los arts. 1545 y 1560, tiene su expresión, desde este punto de vista, en el llamado consensualismo: que las partes son libres de emplear la forma que mejor les convenga, sea la expresión verbal, sea la escrita u otra. Son incluso libres de exigir la escritura pública allí donde basta la palabra, o la escritura privada (art. 1802)" (p. 122). En el mismo sentido, Alessandri (2003) señala que "Las solemnidades voluntarias, como dijimos, son aquellas que establecen las partes y de cuyo cumplimiento suelen hacer depender la existencia o validez del contrato de venta. La ley las acepta fundada en el principio de que los contratantes son libres para estipular cuanto se les antoje con tal que no se contravenga a las leyes, al orden público ni a las buenas costumbres. La convención que crea dichas solemnidades no contravienen ni a unas ni a otras" (p. 78).

(16) López & Elorriaga (2017) indican que "El efecto característico de estas formalidades consiste en que cualquiera de las partes puede retractarse o válidamente desdecirse de la celebración del contrato, mientras la forma pactada no se haya cumplido. O sea que, por propia voluntad de las partes, estando pendiente la formalidad convencional, el vínculo jurídico todavía es precario o imperfecto" (p. 268).

La misma regla se establece para el arrendamiento en el artículo. 1921 del citado Código[18]. En ambos artículos, se admite la posibilidad de pactar formalidades convencionales; con todo, si ha existido ejecución parcial o total del contrato, por una o ambas partes, debe entenderse que se ha renunciado a la formalidad voluntaria, ya que las partes han preferido, por medio de su conducta, que el contrato o acuerdo finalmente se perfeccione y cumpla sin tales formalidades.

Esta renuncia tácita a la formalidad voluntaria también puede entenderse como una consecuencia de la aplicación de la doctrina de los actos propios, la cual será expuesta latamente en el apartado 4 de este trabajo. Por ahora, es suficiente adelantar que se trata de una hipótesis en que una de las partes pretende desconocer el acuerdo, a pesar de haber actuado en sentido contrario de manera previa, muchas veces aprovechando las consecuencias de dicha actuación[19].

3. Una aplicación particular de las formalidades voluntarias: la cláusula de no modificación oral del contrato (*no oral modification clause*)

3.1. Concepto y fundamento de la cláusula *no oral modification*

En la contratación moderna, una aplicación frecuente de las formalidades voluntarias se encuentra en la denominada "cláusula de no modificación oral del contrato", también conocida en la contratación internacional como *no oral modification clause* o simplemente por su abreviación *NOM clause*[20]. En virtud de esta cláusula, las partes pactan que futuras modificaciones al contrato deberán efectuarse por escrito, generalmente a través de un documento firmado por los representantes designados por las partes.

Debido a su uso frecuente en la contratación moderna, los instrumentos de derecho contractual uniforme generalmente contemplan normas sobre ella. Así, por ejemplo, el artículo 29 CISG, dispone:

> (1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.
>
> (2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

En términos similares, los PICC señalan en su artículo 2.1.18 (Modificación en una forma particular), que:

> Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

Por último, el artículo II.- 4:105 del DCFR (Limitación de las formas de modificación) establece:

> (1) Una cláusula contractual que disponga que un acuerdo para modificar los términos del contrato o resolver la relación contractual debe realizarse de una forma determinada, sólo establece una presunción de que ese acuerdo no será jurídicamente vinculante a menos que se haga de esa forma.
>
> (2) Una parte puede perder el derecho a invocar dicha cláusula en la medida en que provoca que la otra parte confíe razonablemente en sus declaraciones o conducta[21].

Se ha dicho que estas cláusulas cumplen múltiples finalidades, siendo la principal otorgar certeza jurídica a los términos de la relación contractual, especialmente cuando se trata de contratos complejos y de larga duración, en los cuales las prestaciones se

(17) Meza Barros (2010) precisa que, "Mientras no se otorgue la escritura, el pacto verbal es un simple proyecto; la facultad de retractarse las partes es una lógica consecuencia de que el contrato no se ha perfeccionado" (p. 43).

(18) Artículo 1921 CC: "Si se pactare que el arrendamiento no se repute perfecto mientras no se firme escritura, podrá cualquiera de las partes arrepentirse hasta que así se haga, o hasta que se haya procedido a la entrega de la cosa arrendada, si intervienen arras, se seguirán bajo este respecto las mismas reglas que en el contrato de compraventa".

(19) En este mismo sentido, Cárdenas & Reveco (2018, p. 187).

(20) Aludiendo a su uso frecuente en la práctica comercial moderna, véase Wagner-Von Papp (2010, pp. 522 y 544).

(21) Traducción en Jerez (2015). El texto original de la norma es el siguiente: "Artículo II.-4:105: Modification in certain form only. (1) A term in a contract requiring any agreement to modify its terms, or to terminate the relationship resulting from it, to be in a certain form establishes only a presumption that any such agreement is not intended to be legally binding unless it is in that form (2) A party may by statements or conduct be precluded from asserting such a term to the extent that the other party has reasonably relied on such statements or conduct".

ejecutan de manera parcializada o progresiva por un período extenso de tiempo, y donde las partes se relacionan a través de diversos representantes, muchas veces con facultades también distintas. Al limitar la eficacia de los acuerdos consensuales, las partes se aseguran de que no existirán modificaciones al contrato contraídas por sus representantes sin su conocimiento o aprobación. La escrituración también otorga certeza a las partes de que efectivamente han alcanzado un acuerdo sobre una determinada cuestión. Asimismo, la constancia por escrito facilita la administración del contrato, como también la prueba de su contenido y términos, en el caso de que existan discrepancias posteriores entre las partes, evitando el recurso a la prueba testimonial (Wagner-Von-Papp, 2010, pp. 546-553)[22]. Al efecto, estas cláusulas proveen a las partes de una protección formal (la escrituración) frente a simples manifestaciones unilaterales o malentendidos respecto de los términos de acuerdos consensuales no formalizados (Schroeter, 2016, p.507).

3.2. La eficacia de la cláusula *no oral modification*

En principio, tal como se ha indicado respecto de las formalidades voluntarias, estas cláusulas deberían considerarse válidas y producir plenos efectos, esto es, deberían restringir las modificaciones posteriores a un contrato ya celebrado, limitando la eficacia de esas modificaciones a aquellas que se efectúen cumpliendo precisamente con la formalidad pactada.

Sin embargo, y a pesar de su uso extendido en la contratación comercial contemporánea, la eficacia de estas cláusulas se mantiene como una cuestión muy discutida. Tal como lo ha destacado un autor, paradójicamente, el argumento principal, tanto para su eficacia como para su ineficacia se basa en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que tienen las partes, sin que exista una superioridad lógica evidente para una u otra opción (Wagner-Von-Papp, 2010, p. 540). En efecto, el otorgar eficacia a la cláusula de no modificación oral implica, por un lado, hacer prevalecer la libertad contractual de las partes al momento de celebrar el contrato y, al mismo tiempo, implica restringirla hacia el futuro, al no permitirles dar eficacia a modificaciones meramente consensuales posteriores. En cambio, negar eficacia a esta cláusula implica restringir la libertad contractual al momento de la celebración del contrato, ya que se priva a las partes de la posibilidad de pactar una cláusula de no modificación oral eficaz, pero amplía su libertad hacia el futuro, ya que las modificaciones consensuales que ellas acuerden serán válidas y eficaces a pesar de la existencia de la referida cláusula (Wagner-Von-Papp, 2010, pp. 540-543).

Estas contradicciones pueden graficarse recurriendo a los dos casos paradigmáticos en el ámbito del *Common Law*, que fijan posiciones contrapuestas en esta materia. En *Beatty v Guggenheim Exploration Company* (1919), caso que estableció la regla que niega eficacia a estas cláusulas en el common law estadounidense, el juez Cardozo señaló:

> Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived. "Every such agreement is ended by the new one which contradicts it" (225 NY 330, pp. 337-388)[23].

Por otra parte, en *Rock Advertising Limited v MWB Business Exchange Centres Limited* (2018), caso en que se estableció la posición actual del *Common Law* inglés, admitiendo la eficacia de estas cláusulas, Lord Sumption expresa:

> Party autonomy operates up to the point when the contract is made, but thereafter only to the extent that the contract allows. Nearly all contracts bind the parties to some course of action, and to that extent restrict their autonomy. The real offence against party autonomy is the suggestion that they cannot bind themselves as to the form of any variation, even if that is what they have agreed (UKSC 24).

En definitiva, parecen más convincentes los argumentos a favor de la eficacia de la cláusula. Si bien las partes, al convenirla, han efectivamente limitado su libertad hacia el futuro, ello no es algo ajeno al Derecho de contratos. En general, siguiendo a Lord Sumption, se puede sostener que, al contraer una obligación contractual, siempre se está de alguna manera limitando la libertad, ya que el deudor debe ajustar su conducta a lo pactado, bajo sanción de incurrir en responsabilidad. Asimismo, al pactar una cláusula de no

(22) El autor cita al juez Easterbrook, quien en Wisconsin Knife Works v National Metal Crafters, 781 F.2d 1280, 1292 (7th Cir 1986), afirmó que la función principal de estas cláusulas es "to make it easier for businesses to protect their agreement against casual subsequent remarks and manufactured assertions of alteration".

(23) Esta decisión también ha sido citada en el Common Law inglés para sostener la ineficacia de estas cláusulas. Debe además precisarse que la sección § 2–209(2) del Uniform Commercial Code y la legislación de varios estados norteamericanos, otorgan eficacia a las cláusulas de no modificación oral. Al respecto, véase Wagner-Vonn-Papp (2010, pp. 535-535).

modificación oral, las partes no han renunciado completamente a su facultad de modificar el contrato, ya que siempre podrán hacerlo recurriendo a la formalidad estipulada, y de la misma manera podrían incluso dejar sin efecto la cláusula, de modo de recobrar la libertad de modificar el contrato consensualmente hacia el futuro. Por último, hay acuerdo que la cláusula cede ante la buena fe, y en particular frente a la doctrina de los actos propios, como se explica más adelante. Esto evita que la cláusula se pueda ejercer abusivamente.

4. Un límite a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral: la doctrina de los actos propios

En los apartados anteriores se ha explicado que la alternativa más razonable es considerar que, en tanto formalidades voluntarias, las cláusulas de no modificación oral deben ser consideradas eficaces. Sin embargo, esta eficacia (impedir la modificación consensual del contrato) encuentra su límite en los casos en que una parte ha generado en la otra la confianza razonable de que el contrato se ha modificado, a pesar de no haberse observado la formalidad pactada. Generalmente ello se manifiesta en un principio de ejecución tolerado por la contraparte, que luego es desconocido por la parte acreedora, aduciendo la cláusula de no modificación oral. Se trata, en general, de una actuación contraria a la buena fe, en que existe un ejercicio abusivo de la cláusula por la parte que pretende desconocer la modificación, contrariando su conducta anterior, en la cual su co-contratante ha confiado legítimamente. Esta hipótesis puede encuadrarse en la denominada doctrina de los actos propios, la cual se pasa a examinar a continuación.

4.1. La doctrina de los actos propios

La expresión "doctrina de los actos propios" es una formulación abreviada con la que se expresa la idea de que no es posible, o está prohibido, actuar en contradicción con los propios actos. Se trata de una "regla general", de un "principio" o de una "doctrina"[24], que suele expresarse también mediante diversas expresiones en latín ("*venire contra factum proprim nilli conceditur"; "venire contra factum proprium non valet"; venire contra facta propria non licet*), todas de igual significado, traducibles precisamente como "no se permite ir contra el propio acto"[25] o bien "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos" (Pardo, 1991, p. 49).

La doctrina no propugna la existencia de una prohibición de no contradecirse que opere en términos absolutos; se trata de una prohibición que resulta de la consideración de los intereses de terceros[26], que se vincula con la necesaria protección de las apariencias, la seguridad y, muy especialmente, con la protección de la confianza legítima que la conducta propia despierta en otros; de ahí que esta doctrina también reciba el nombre de "confianza legítima" (Neme, 2003). Como explica Lyon (2010), "esto significa, en su forma más drástica, que no es válido ni lícito para el orden jurídico que una persona pretenda ejercer un derecho subjetivo suyo, de una manera que contradiga la forma como lo ha ejercido en relación con la misma persona anteriormente, lo que trae como consecuencia que deba limitarse el ejercicio de ese derecho en el caso concreto de que se trate; y en sus formas –digámoslo así– menos invasivas de lo que podría ser la Teoría General del Derecho, implica, también, que no puede ser aceptado por el orden jurídico que una persona ejecute una conducta cuando resulta conveniente para sus intereses y sostenga que procede actuar en contrario cuando los perjudica" (p. 59).

La prohibición de venir contra los actos propios es una regla muy antigua, que es conocida en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, tanto en el ámbito del Derecho continental[27] como en los sistemas del *Common Law*[28]. Es, por lo demás, una

(24) Sobre la discusión de la naturaleza de esta figura, véase Pardo (1991) pp. 54-55. En cualquier caso, si es una regla o no, o un principio autónomo o una mera derivación de la buena fe (como finalmente concluye la autora), no parece que sea algo que pueda sostenerse en abstracto, ya que depende de la forma en que cada ordenamiento jurídico regule esta figura..

(25) Todas estas formulaciones son recogidas por el Diccionario Panhispánico del español jurídico; en distintas entradas que se remiten unas a otras [https://dpej.rae.es]. Hernán Corral recoge -solo a modo ejemplar- siete distintas formulaciones del principio (Corral, 2010, p. 19).

(26) Como explica Corral (2018), "la modificación del comportamiento [en contradicción con comportamientos anteriores] puede lesionar los intereses de terceros que legítimamente han desarrollado expectativas en que una persona no va a variar una decisión o aptitud adoptada previamente" (p. 486).

(27) En relación con el origen de la regla, para el ámbito continental, suele indicarse que se trata de una regla formulada en la Edad Media, sobre la base de algunos textos romanos, en este sentido, véase Pardo (1991, p. 50 y ss.) y, muy especialmente, Corral (2010).

(28) Sobre este punto, con una mirada comparatista, véase Bernal (2008).

regla que tiene un ámbito de aplicación muy amplio, que no se limita al Derecho civil[29]. En el ámbito específico del Derecho contractual, se le identifica con un deber de coherencia (Corral, 2010. p. 30), que se entiende usualmente derivado del principio general de la buena fe objetiva[30], y que, como tal, puede configurar una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, sobre la base de la especial relación que existe entre las partes[31].

Esta regla ha sido expresamente recogida en los instrumentos de Derecho contractual uniforme, entre ellos, y como ya se ha mostrado, la CISG[32]. Un buen ejemplo de su conceptualización y fundamento, con alcance general, lo encontramos en el artículo 1.8 PICC que recoge expresamente, como regla general aplicable a los contratos comerciales, la doctrina de los actos propios, bajo la denominación "comportamiento contradictorio; *venire contra factum propium*". Señala este artículo: "Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual ésta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja". Los comentarios oficiales de esta regla explican que ella es una aplicación del principio de buena fe y lealtad negocial. La doctrina de los actos propios "impone la obligación a una parte de no ocasionar detrimento o desventaja a la otra parte actuando de manera contradictoria con el entendimiento de las partes respecto de su relación contractual, sobre la base de la cual la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicho entendimiento"[33]. Como explica Vogenauer (2015a), la inserción del artículo 1.8 en la versión 2004 de los PICC tuvo por objeto conciliar el estoppel anglosajón con la aplicación específica del principio de buena fe, en que puede fundarse la doctrina de los actos propios en el derecho continental (p. 227).

Esta vinculación entre la doctrina de los actos propios y el principio general de la buena fe objetiva ha sido explícitamente reconocida por la Corte Suprema de Chile (2016), la cual ha sostenido que:

> [N]uestro sistema normativo no establece una regulación específica en relación con la teoría de los actos propios, la cual, sin embargo, ha adquirido amplia acogida durante los últimos tiempos en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia, donde se la reconoce como un criterio orientador derivado del principio general de la buena fe[34].

Con todo, conviene apuntar que, junto con el recurso al principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios encuentra también algunos otros fundamentos de carácter general, como son la sanción del dolo o mala fe (Lyon, 2010, p. 62); en el principio *nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*[35]; aunque también se le ha fundado "en la pura vulneración de la confianza que implica contrariar una conducta propia anterior, no requiriéndose mala fe del sujeto activo de la conducta contradictoria" (Contardo, 2010, p.84). En este sentido, resulta interesante destacar que la Corte Suprema de Chile, mediante sentencia de fecha 19 de mayo de 2016, ha sostenido que no se puede pretender, por una parte del contrato, cuestionar aquello que aceptó y de lo cual obtuvo provecho, si ello comporta "actitud manifiestamente contradictoria con la conducta adoptada en la oportunidad anterior, asilándose exclusivamente en una interpretación contractual respecto de una convención redactada por él" (Rol No. 7962/2015).

En cuanto a las consecuencias, no existe acuerdo doctrinario ni jurisprudencial sobre las sanciones que conlleva la infracción de la prohibición de actuar contra los actos

(29) Por ejemplo, en Chile, la doctrina tiene también aplicaciones en el ámbito procesal (Larroucau, 2020) o en materia laboral (Sierra, 2010).
(30) En este sentido, respecto del Derecho chileno, véase Boetsch (2011, p. 47), Corral (2018, p. 486), López & Elorriaga (2017, p. 289), y Rodríguez (2021, p. 42). Así también lo destaca Vogenauer (2015a, p.227) en su comentario al artículo 1.8 PICC.
(31) El derecho subjetivo […] debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender, de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas (Ekdahl, 1989, p. 32).
(32) La Convención de Viena, lo recoge en el ya referido artículo 29, precisamente con ocasión de la regulación de la cláusula de no modificación oral. No obstante, la doctrina más autorizada entiende que se trata de un principio rector de la Convención, siendo numerosas las reglas contenidas en este texto que se fundan en esta doctrina, aun cuando ello no se explicite (Oviedo, 2014, p. 999 y ss.).
(33) Comentario oficial del 1 del artículo 1.8 PICC. En el mismo sentido, véase Brödermann (2018, p. 32).
(34) Sentencia de la Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2016, rol n. 47588/2016 (cdo. 9). El artículo 1546 del Código civil chileno dispone que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".
(35) En este sentido, para mayor información, véase Céspedes (2011, pp. 205-206).

propios. Pardo (1991), tras analizar diversas posibilidades (obligación de indemnización de perjuicios, inoponibilidad del acto, nulidad absoluta, pérdida del derecho), se decanta por la "inadmisibilidad de la pretensión contradictoria", inadmisibilidad que, sugiere, el sujeto pasivo podría esgrimir como fundamento de su defensa, pero también como fundamento de una demanda (p.61)(36). Esta es una idea que resulta especialmente interesante de destacar: la doctrina de los actos propios no es sólo un "escudo", sino que puede ser también utilizada como "una espada", esto es, puede servir de fundamento para una pretensión concreta, por parte de quien actuó, razonablemente, sobre la base de la conducta de la otra(37).

Así, la doctrina de los actos propios puede servir, por ejemplo, para prevenir que una parte pueda exigir derechos que le confiere el contrato. Como ilustra Vogenauer (2015a), en una sentencia arbitral de fecha 04 de marzo de 2004, se estableció que una parte no podía exigir el cumplimiento de una cláusula sobre distribución exclusiva, si durante un período prolongado de tiempo, sin objetarlo, había permitido a su contraparte distribuir bienes de la competencia (p. 228). Pero el recurso a esta doctrina puede tener otras funciones.

En la jurisprudencia chilena, el recurso al principio de prohibición de ir contra los actos propios ha permitido también *fundar la existencia de una obligación contractual*, y el deber de cumplirla, a pesar de que el contrato en que esa obligación constaba adolecía de defectos formales (que, incluso, podrían haber justificado negarle eficacia a la relación contractual). Así, por ejemplo, se ha sostenido que un promitente vendedor no podía abstenerse de celebrar la compraventa prometida, si había recibido ya una parte importante del precio, aun cuando, en el caso concreto, la promesa dependía de una condición suspensiva indeterminada(38).

El recurso a la teoría de los actos propios por parte de los tribunales ha servido, también, para dotar de contenido al contrato, integrando conductas posteriores de las partes, que precisan los términos originalmente convenidos. Esto es lo que ocurrió en un caso conocido por la Corte Suprema, en sentencia del 2014. En este caso, el mandante pretendía que el contratista soportase los mayores gastos en los que incurrió durante la ejecución de la obra, bajo el argumento de que se trataba de un contrato de suma alzada. La Corte Suprema consideró que esa pretensión del mandante era contraria a las exigencias de la buena fe y específicamente a la prohibición de *venire contra factum propio*, pues se acreditó que el contratista había realizado, durante la ejecución del contrato, consultas específicas en relación con la necesidad de realizar esas obras, que el mandante había respondido precisamente en el sentido de que el contratista no debía asumir sus costos. En este sentido, la Corte (2014) sostuvo que "La conducta asumida […] de argüir la existencia de un contrato a suma alzada obviando las aclaraciones que forman parte de dicha convención constituye una falta de lealtad con su

Si consideramos estas dos aplicaciones jurisprudenciales del principio de prohibición de ir contra los actos propios, es posible sostener que la doctrina de los actos propios permite concluir que la comunicación entre las partes durante la ejecución del contrato (que es proyección del deber de colaboración propia de estos contratos) puede dotar de contenido al contrato, y que la confianza legítima que se crea en la otra parte no depende necesariamente del cumplimiento estricto de ciertas formas.

En fin, la infracción de la prohibición de ir contra los actos propios puede tener diversas

(36) Esta es la posición generalizada de la doctrina, véase Céspedes (2011, p. 208), con cita a varios autores.
(37) En relación con este rol o función véase Vogenauer (2015a, p. 231).
(38) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 31 de julio de 2007, Rol No. 228/2007. El caso es sintetizado por Contardo (2010) así: "Se pactó en un contrato de promesa de compraventa que "el contrato definitivo se suscribiría cuando se proceda a autorizar la escritura pública a favor del promitente vendedor de parte de su anterior propietario". En los hechos, la promitente vendedora, demandada de autos, logró celebrar formalmente una compraventa con su "anterior propietario" (léase con el poseedor registral quien había traspasado informalmente la propiedad al demandado) y luego procedió a inscribirla a su nombre. A pesar de la impugnación de la demandada que la promesa no tenía un plazo o condición determinada (el tribunal estableció que se trataba de una condición suspensiva indeterminada), la Corte (…) aludiendo a la buena fe contractual y la doctrina de los actos propios, señala que la promitente vendedora por el evento de haber recibido parte importante del precio no puede abstenerse de cumplir el contrato respectivo aún por existir defectos en la redacción del mismo. Llegar a la conclusión contraria permitiría además un enriquecimiento sin causa de la demandada que a pesar de haber recibido parte del precio, podría venderla a un tercero" (p. 86). El contrato de promesa está regulado en el artículo 1554 del Código Civil chileno, el cual exige, entre otros requisitos, que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato prometido, requisito que no se satisfaría en el caso de las condiciones indeterminadas.

consecuencias, las que naturalmente dependerán del contexto particular y las circunstancias del caso, pues, como se ha indicado, se trata finalmente de proteger la confianza legítima o razonable de la contraparte. De este modo, "la prohibición [de ir contra los actos propios] puede resultar en la creación de derechos y en la pérdida, suspensión o modificación de derechos por medios diferentes al acuerdo de partes" (Comentario 1 del artículo 1.8 PICC). Esto es particularmente importante en relación con las cláusulas de no modificación oral, pues "el entendimiento en el que se basaron las partes puede ser en sí mismo contradictorio con lo acordado por las partes o con sus derechos" (Comentario 1 del artículo 1.8 PICC).

4.2. Los actos propios como límite a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral. Su conexión con la regla de interpretación auténtica

Como se ha indicado, es razonable reconocer eficacia a las cláusulas de no modificación oral. Asimismo, también se dijo que esa eficacia no puede ser absoluta, pues ella cede en el caso en el que una parte ha generado en la otra la confianza legítima de que la modificación acordada consensualmente no requería sujetarse a la formalidad pactada. Siendo esta hipótesis una aplicación de la doctrina de los actos propios, en el apartado anterior se examinó de manera general dicha doctrina. Corresponde ahora analizar, precisamente, como ella se aplica a las cláusulas en estudio.

En este sentido, conviene recordar que tanto el artículo 29 CISG como el artículo 2.1.18 de los PICC, ambos ya citados, contemplan expresamente como límite a las cláusulas de modificación oral, la inconsistencia de la conducta de la parte que pretende invocarlas, como una aplicación específica de la doctrina de los actos propios[40]. En particular, se trata del caso en que la conducta de una parte (ya sea por acción u omisión) genera en la otra la confianza legítima de que la formalidad pactada no es aplicable a la modificación o terminación del contrato, y esta última parte actúa en confianza de dicha conducta.

La doctrina de los actos propios actúa, en este caso particular, como un límite a la literalidad del acuerdo. Para ilustrar cómo funciona esta regla, se puede recurrir al ejemplo propuesto por Honnold (2009):

> Un contrato escrito exige del vendedor fabricar 10.000 unidades de un producto de conformidad con las especificaciones indicadas por el comprador y establecidas en el contrato. El contrato señala "Este contrato solo puede ser modificado por un acuerdo escrito de las partes". Antes de que el vendedor comience la producción, las partes acuerdan, por teléfono, cambiar las especificaciones. El vendedor produce 2.000 unidades de conformidad con las nuevas especificaciones. El comprador se niega a aceptar esas unidades sobre la base de que ellas no corresponden a las especificaciones del contrato escrito (p. 204).

Así, explica Honnold que, aunque la modificación oral pudiera ser ineficaz para modificar el contrato, la propia conducta del comprador le impide invocar la cláusula, en la medida de que la otra parte haya confiado en esa conducta. Se sostiene que esta regla, de los actos propios, apunta a evitar el abuso de la cláusula de no modificación, en sintonía con la intención general de la CISG de promover la observancia de la buena fe (p. 205).

En este sentido, es posible compartir la conclusión a la que llegan Alcalde y Boetsch (2021), quienes luego de admitir la eficacia de la cláusula de no modificación oral, en relación con los límites de la misma, añaden:

> Cosa distinta es que las partes, de manera coordinada, expresa y consciente, desplieguen un obrar que dé cuenta de una modificación de lo pactado. Estimamos que en tal caso debería primar el obrar práctico -conjunto y consciente- de las partes, pues el mismo podría ser perfectamente considerado como una renuncia conjunta a la solemnidad convencional pactada, cuestión que permite el art. 1802. A ello se agrega que, en circunstancias como las descritas, la invocación de la cláusula de modificación solemne del contrato infringiría la buena fe contractual, y más particularmente, sería constitutiva de una contravención a los actos propios (p. 845).

Como se puede apreciar, se trata de interpretar la cláusula de no modificación oral de acuerdo con la aplicación práctica que de ella han hecho las partes. En el Código de Bello, esta regla de interpretación de los contratos se encuentra recogida en el artículo 1564, inciso 3, según el cual "[l]as cláusulas de un contrato se interpretarán (…) por la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra"[41].

(39) Sentencia de la Corte Suprema, de 21 de abril de 2014, Rol No. 2274/2012.
(40) La norma inspiradora para ambos artículos es el parágrafo § 2–209(2) del Uniform Commercial Code, también citado previamente (supra nota 31).
(41) Artículo 1564 CC: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad./ Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia./ O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

Esta regla de interpretación, llamada "de interpretación auténtica" consagra la idea de que el intérprete "debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas a la declaración" (López & Elorriaga, 2017, p. 513). Y entre esas circunstancias, la propia conducta de las partes resulta fundamental. Como sostiene la doctrina, esta interpretación "auténtica", "representa la forma genuina en que ellos han realmente entendido el contenido de sus obligaciones y el alcance que a ellas se les atribuyó, por lo que no puede existir un antecedente más definitivo que el sentido que las propias partes le han dado a su contrato" (Elorriaga, 2018, pp. 429-430)[42]. Por ello, como afirma Claro (1939), esta regla de interpretación debe "naturalmente preferirse a la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias". Continúa el autor -citando en este punto a Giorgi- que esta interpretación es "la reina de todas las interpretaciones y no hay que creer a aquellos tratadistas que rechazan esa especie de interpretación en materia contractual" (pp. 19-20).

La doctrina, al tiempo que reconoce la importancia de la regla, advierte que ella exige atender una interpretación común, este es, que supone establecer la aplicación que ambas partes han hecho del contrato, o al menos una con la aprobación de la otra" (Claro, 1939, pp. 20-21; López & Elorriaga, 2017, p. 511). A este respecto, el artículo 4.3 (c) de los PICC, establece como una de las circunstancias relevantes para la determinación de la intención de las partes y de sus declaraciones unilaterales y conducta, a "las prácticas que ellas hayan establecido entre sí". Es interesante señalar que los Comentarios oficiales de este artículo señalan que "Este puede ser el caso especialmente en el contexto de contratos de larga duración que implican un cumplimiento complejo y tienen un carácter "evolutivo", es decir, que pueden requerir adaptaciones en el curso de su ejecución." Además, los mismos Comentarios hacen alusión al artículo 2.1.18 PICC y a "la limitación de la regla allí contenida en virtud del principio relativo a la prohibición del comportamiento contradictorio establecido en el artículo 1.8".

Para algunos autores, esta regla de interpretación puede tener incluso una función *correctiva* del texto convencional, esto es, que es posible entender que la aplicación práctica del contrato puede llevar a dotar de contenido al contrato contra el tenor -incluso claro e inequívoco- de la cláusula. Esta es la posición de Barcia (2023), quien, aunque no vincula expresamente la regla con la doctrina de los actos propios, parece ver una evidente aplicación de ella, como surge del ejemplo que propone: "De esta forma, si en un contrato de arriendo se establece que el arrendatario no podrá subarrendar y a pesar de ello, el arrendamiento toma pensionistas con el conocimiento del arrendador; transcurrido un lapso suficiente, éste último no podrá alegar incumplimiento del contrato" (p.616).

Entonces, como corolario de la aplicación de la doctrina de los actos propios, puede sostenerse que la cláusula del contrato por la cual se acordó que toda modificación del contrato debía hacerse por escrito, puede -y debe- ser interpretada a partir de elementos extrínsecos, como es la propia conducta de las partes. No es necesario reescribir la cláusula o negar completamente eficacia al acuerdo de no modificación oral.

Con todo, se ha dicho que esta excepción debe ser interpretada restrictivamente, ya que de otra manera cualquier acuerdo informal podría ser invocado para evadir la cláusula y por tanto dar eficacia a una modificación consensual (Vogenauer, 2015b, p. 378). Por ello, se exige una "confianza razonable" en la conducta de la otra parte. Ante la existencia de esta cláusula, el estándar de razonabilidad es más alto, ya que, en teoría, una parte razonable no debería simplemente confiar en la exigibilidad de un acuerdo informal modificatorio, si ha pactado precisamente una cláusula que exige una formalidad para dicho efecto (Wagner-Von Papp, 2010, p. 571). Por ello, en general, la excepción tendrá lugar sólo cuando la otra parte inequívocamente (de forma expresa, o tácitamente por medio de sus actos) ha confirmado que la modificación no requiere de las formalidades acordadas (Vogenauer, 2015b, p. 378). Ello sucederá, por ejemplo, cuando se ha ejecutado parcial o totalmente el contrato modificado consensualmente, sin objeción de la parte que luego pretende desconocer el acuerdo modificatorio por la inobservancia de la formalidad[43].

Así lo decidió la Corte de Apelaciones de Santiago (2015), en un caso en que se aplicó esta doctrina para admitir modificaciones al contrato, las cuales no se habían sujetado a las formalidades voluntarias pactadas. En su sentencia, para admitir la prevalencia de la conducta de las partes por sobre tales formalidades, la Corte señaló: "Así deberá concluirse en el caso de estos autos, desde

(42) En el mismo sentido, véase Alcalde y Boetsch (2021, pp. 844-845).
(43) Los citados artículos 1802 y 1921 del Código Civil chileno precisamente admiten la renuncia a las formalidades voluntarias cuando ha existido un principio de ejecución del contrato.

que se constata la existencia de múltiples situaciones en las que existió un desplazamiento del marco normativo representado por el contrato, de manera que las partes en los hechos fueron operando sin ajustarse al rigor de las formalidades descritas en esa convención"[44].

Por otra parte, los efectos de la modificación consensual sólo pueden alegarse por el tiempo en que se mantiene la confianza en la eficacia de dicha modificación. Es decir, hasta que la parte que ha actuado confiando en la exigibilidad de la modificación consensual, toma conocimiento de la impugnación de la otra parte a dicho acuerdo informal. La modificación de la obligación respectiva puede, por tanto, no ser definitiva (Vogenauer, 2015b, p. 378; Wagner-Von Papp, 2010, p. 573). En un ejemplo de texto, si en un contrato de suministro en que se ha incorporado la cláusula de no modificación oral, las partes acuerdan consensualmente, a requerimiento del suministrado, un cambio en las especificaciones técnicas de los bienes, ejecutándose el contrato según la modificación por cierto período de tiempo con la aquiescencia de ambos, para luego el suministrado desconocer el cambio acordado por no haberse sujetado a las formalidades pactadas, la modificación sólo habrá sido eficaz hasta ese momento, pero no hacia el futuro. El suministrador, a partir de dicho momento, ya no puede alegar que actúa en la confianza legítima de que el contrato ha sido modificado. Ello sin perjuicio de una posible responsabilidad por los perjuicios que haya sufrido la parte que actuó confiando en la eficacia de la modificación. En el caso recién planteado, por ejemplo, por inversiones que el suministrador haya efectuado para producir los bienes en su versión modificada[45].

5. Conclusiones

La regla general en el derecho moderno es la prevalencia del principio del consensualismo, es decir, que baste el simple acuerdo de las partes para que un contrato se entienda celebrado y puedan exigirse los derechos y obligaciones que nacen del mismo. Sin embargo, especialmente en contratos complejos y de larga duración, es frecuente que se introduzcan cláusulas que limiten este principio, exigiendo el cumplimiento de ciertas formalidades para la modificación o terminación de la relación contractual. En general, el objetivo de estas formalidades es dar certeza a la voluntad de las partes, respecto a que efectivamente han alcanzado un acuerdo sobre una determinada cuestión.

Una aplicación habitual de las formalidades voluntarias es la denominada "cláusula de no modificación oral del contrato", o *no oral modification clause* (*NOM clause*). Si bien existe aún discusión respecto de su exigibilidad, la tendencia en el derecho uniforme y comparado es a aceptar su eficacia, haciendo prevalecer la libertad contractual de las partes al momento de la celebración del contrato para –paradójicamente– restringir esa misma libertad hacia el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, esta restricción no puede ser absoluta, cediendo en el caso en que una parte haya generado en la otra, mediante sus dichos o conducta, la confianza legítima de que la modificación acordada consensualmente no requería sujetarse a la formalidad pactada. Se trata de una aplicación de la denominada doctrina de los actos propios o *venire contra factum propium*, la cual es reconocida ampliamente en derecho comparado. En este sentido, puede también sostenerse que la cláusula no modificación oral debe ser interpretada a partir de la propia conducta de las partes, mediante la llamada regla "de interpretación auténtica", que mira a la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

Finalmente, la aplicación de la excepción a la eficacia de estas cláusulas requiere fijar un estándar elevado de razonabilidad para el contratante que la alega, y además, limitar los efectos de la modificación consensual sólo por el período en que se ha mantenido la confianza en la eficacia de dicha modificación.

Referencias bibliográficas

Alcalde, R., & Boetsch, G. (2021). *Teoría general del contrato*: Doctrina y Jurisprudencia (Tomo II). Editorial Jurídica de Chile.

Alessandri, A. (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta* (Tomo I). Editorial Jurídica de Chile.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general (Tomo II).* Editorial Jurídica de Chile.

(44) Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia Rol No. 2078-15, del 05 de junio de 2015.
(45) Ejemplos similares se encuentran en los Comentarios al Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, citado por Vogenauer (2015b, p. 378) y Wagner-Von Papp (2010, pp. 568 y 573).

Barcia, R. (2023). Actos Jurídicos, negocio Jurídico y Teoría general del contrato (Tomo I). Tirant lo Blanch.

Barros, A. (1907). *Curso de Derecho civil*. Imprenta Cervantes.

Benetti, L. (2013). Contratos no direito brasileiro. *Direito & Justiça, 39*(2), 224-236.

Bernal, M. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium. *Internacional law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 6*(13), 291-231. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13909

Boetsch, C. (2011). *La buena fe contractual*. Editorial Jurídica de Chile.

Brödermann. E. (2018). *UNIDROIT Principles of International commercial contracts. An Article-by-Article Commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft.

Cárdenas, H., & Reveco, R. (2018). *Remedios contractuales*. Thomson Reuters.

Claro, H. (1912). *Elementos de Derecho civil* (Tomo I). Imprenta Cervantes.

Claro, L. (1939). *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado* (Tomo XII). Editorial Nascimiento.

Campillo, C. (1863). Algunas lijeras indicaciones sobre el uso que corresponde en los fundamentos de los fallos judiciales al artículo 1545 del Código civil. *Anales de la Universidad de Chile*, (23), 110-116. https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/19854

Céspedes, C. (2011). Venire contra factum propium non valet. Sentencia de la Exma. Corte Suprema de 2 de noviembre de 2011. *Revista de Derecho y Ciencias Penales de la Universidad San Sebastián*, (17), 199-209.

Corral, H. (2010). La raíz histórica del adagio 'venire contra factum proprium non valet. En H. Corral (Ed.), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 19-33). https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprium.pdf

Corral, H. (2018). *Curso de Derecho civil. Parte General*. Thomson Reuters.

Contardo, J. I. (2010). La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena. En H. Corral (Eds), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 81-102). https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprium.pdf

Decok, W. (2012). *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*. Martinus Nijhoff Publishers.

Deshayes, O., Genicon, T., & Laithier, Y. M. (2016). *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. LexisNexis.

De Sousa, C. (2008). *Direito contractual comtemporâneo. A liberdade contractual e sua fragmentacao*. Editoria Método.

Domínguez, R. (2012). *Teoría del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile.

Ekdahl, M. F. (1989). *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*. Editorial Jurídica de Chile.

Elorriaga, F. (2018). Las reglas sobre interpretación de los contratos en los Códigos civiles de Chile y España. En A. Vidal & G. Severin (Eds). *Estudios de Derecho de contratos en homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (pp. 407-444). Thomson Reuters.

Fortich, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista de Derecho Privado,* (23), 179-195. https://uexternado2.metarevistas.org/index.php/derpri/article/view/3307

Grob, F. (2011). La reserva de Chile a la "Convención de Viena" de 1980. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (36), 37-67. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100001

Guzmán, A. (2007). La promesa obligacional en las "partidas" como sede de la doctrina general de las obligaciones. Revista Chilena de Derecho, *34*(3), 395-404. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300002

Hannold, J. (2009). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4ª ed.). Kluwer Law International.

Jerez, C. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Boletín Oficial del Estado [España].

Larroucau, J. (2020). La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena. *Revista de derecho (Valdivia), 33(*1), 273-296.

Lesaffer, R. (2000). The medieval canon law of contract and early modern treaty law. J*ournal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international, 2*(2), 178-198.

López J. (2010). Formalidades en los contratos en R. Tavolari (Ed.), *Doctrinas Esenciales Derecho Civil Instituciones Generales*. Editorial Jurídica de Chile.

López J. & Elorriaga, F. (2017). *Los Contratos. Parte General*. Editorial Hammurabi.

Lyon, A. (2010). Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o la mala fe? En H. Corral (Ed.), *Venire contra factum proprium* (N° 18, pp. 59-68). https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extension-Juridica-N%C2%B0-18-Venire-contra-factum-proprium.pdf

Marcín, F. (2011). Notas para el estudio del derecho de los contratos en el derecho común europeo del medievo, con especial atención a la tradición romano-castellana. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, (23), 191-208.

Meza Barros, R. (1997). *Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones. Tomo I*. Editorial Metropolitana.

Neme, M. (2003). Venire contra factum, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En Universidad Externado de Colombia (Ed.), *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003*. Universidad Externado de Colombia.

Oviedo, J. (2014). Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Boletín mexicano de derecho comparado, 47*(141), 987-1020.

Pardo de Carvallo, I. (2010). La doctrina de los actos propios. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (14), 49-69. https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/244

Rock Advertising Limited v. MWB Business Exchange Centres Limited (2018, 16 de mayo). United Kingdom Supreme Court. (Lady Hale). https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0152.html

Rodríguez, P. (1997). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial.* Editorial Jurídica de Chile.

Schroeter, U. (2016). Article 29. En Schlechtriem & Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford University Press.

Sentencia 228/2007 (2007, 31 de Julio). Corte de Apelaciones de Antofagasta

Sentencia 3557/2010 (2012, 25 de enero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 2274/2013 (2014, 21 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 7962/2015 (cdo. 18) (2016, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 47588/2016 (cdo. 9) (2016, 5 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sentencia 7962/2015 (cdo. 18) (2016, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Sierra, A. (2010). La teoría de los actos propios en el ámbito laboral. En H. Corral, *Venire contra factum proprium, Cuadernos de Extensión Jurídica* (N° 18, pp. 141-151). Universidad de los Andes.

Troncoso, H., & Álvarez, C. (2020). *Contratos* (7ª ed.). Thomson Reuters.

Vogenauer, S. (2015a). Artículo 1.8. *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts (PICC)* (2ª ed.). Oxford University Press.

Vogenauer, S. (2015b) "Art. 2.1.18", en S. Vogenauer (Ed.), *Commentary on the Unidroit principles of international commercial contracts (PICC)* (2ª ed.). Oxford.

Von Bar, C., Clive, E., & Schulte-Nölke, H. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR).* Acquis Group.

Wagner-von Papp, F. (2010). European Contract Law: Are No Oral Modification Clauses not worth the paper they are written on?. *Current Legal Problems, 63*(1), 511-596.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.004

A noção de "risco normal" nas opções de venda relacionadas a investimentos no setor energético(*)(**)

The idea of "normal risk" on put options related to investments in the energy sector

Judith Martins-Costa(***)
Universidade de São Paulo (São Paulo, Brasil)

Resumo: O artigo tem como objetivo, por meio de uma metodologia funcional, examinar os riscos envolvidos nas opções de venda relacionadas a investimentos no setor de energia, que possui diversas peculiaridades. O estudo consiste em delimitar quais riscos estão ou não dentro do escopo normal do contrato. A opção é examinada sob uma perspectiva funcional: se sua função é puramente especulativa ou se seu objetivo é retirar um dos sócios. Considerando os riscos que excedem a faixa normal (*alea normal*), examina-se a possibilidade de revisão ou rescisão contratual, analisando os requisitos legais contidos nos artigos 317, 478 e 480 do Código Civil Brasileiro.

Palavras chave: Setor de energia - Contratos - Risco contratual - Alea normal - Risco normal - Direito Civil - Brasil

Abstract: The objective of this article is to examine, through a functional methodology, the risks involved in put options related to investments in the energy sector, which presents several peculiarities. The study consists of delimiting which risks are or are not inserted in the normal scope of the contract. The option is examined from a functional perspective: whether its function is merely speculative or whether its purpose is to remove one of the partners. Considering the risks that exceed the normal range (alea normal), the possibility of contractual revision or termination is examined, analyzing the legal requirements contained in articles 317, 478 and 480 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Energy sector - Contracts - Contractual risk - Alea normal - Normal risk - Civil Law - Brazil

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 16 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 21 de noviembre de 2023.
(**) A autora agradece a Fernanda Mynarski Martins-Costa pelas suas discussões e contribuições para este estudo.
(***) Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (São Paulo, Brasil). Livre-Docente pela Universidade de São Paulo. Foi Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC. Sócia fundadora de Judith Martins-Costa Advogados. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-2635-7781. Correio eletrônico: judith@jmartinscosta.adv.br.

1. Introdução

Contratos constituem, como expresso em célebre metáfora, uma "ponte lançada para o futuro" (Carbonnier, 1971, p. 120). Nos contratos duradouros no tempo, sua função precípua, como veste jurídica de uma operação econômica[1], está em ajustar no momento presente as prestações que deverão ser adimplidas no futuro, pois o contrato serve para alocar entre as partes os riscos[2] que o futuro pode trazer.

Mas a assunção de riscos pode não ser – e geralmente não é – *ilimitada*. Em cada contrato, e para além de sua concreta disciplina, expressiva da vontade dos contraentes, fatores tais como o tipo, legal ou social, a função concreta exercida pelo negócio no setor econômico no qual inserido o ajuste, a finalidade em vista do qual foi celebrado, dentre outros elementos, indicam até onde vão as perturbações[3] que, apesar de intensas, os contraentes deverão considerar como próprias da normalidade daquela relação contratual[4]. Como regra, essas perturbações não servem como causa para a alteração do pactuado, ou para a extinção do ajuste por resolução fundada em excessiva onerosidade superveniente.

Essa "margem de vicissitudes" que os contraentes devem suportar, segundo o programa de risco contratualmente previsto ou prefigurado pela lei, configura o *risco normal* do contrato. Se esse risco se concretiza, ainda que venha a trazer desvantagem a uma das partes, nada têm os contratantes a reclamar, pois suposto que "conscientemente [o] chamaram para si". Por essa razão, o risco "se incorporou à álea normal do contrato" (Leães, 2008, pp. 101-115). Consequentemente, uma vez identificada essa "margem", se poderá também identificar o risco que a ultrapassa, o qual consistirá no *risco excepcional* ou extraordinário. Esse poderá importar em *excessiva onerosidade superveniente* ou em "*desproporção manifesta*", então ensejando a incidência, conforme o caso, dos artigos 478[5] ou 317[6], ou, ainda, o artigo 480[7], todos do Código Civil brasileiro.

A questão é: como diferenciar o que é *normal* do que é *extraordinário* no risco concretizado em contratos de opção de venda de quotas ou ações celebrados no âmbito de uma operação econômico-negocial tão sujeita a perturbações de variada ordem, como o são as operações de geração de energia elétrica?

Essa pergunta poderia parecer desnecessária em face da opção (*call option* ou *put option*), dada a natureza aleatória desse mecanismo negocial cuja função nuclear é criar um direito potestativo em favor do beneficiário da opção quanto à relação jurídica optativa: ou comprar (opção de compra) ou vender (opção de venda), restando ao outro figurante do negócio uma posição jurídica de sujeição à manifestação de vontade do titular do direito.

Porém, duas objeções, podem ser arguidas. A primeira diz respeito à caracterização da aleatoriedade, a qual não tem como crivo apenas a indeterminação das prestações, devendo residir na própria causa ou *função do negócio jurídico*[8]. A segunda está em que nem toda aleatoriedade implica a assunção *ilimitada* dos riscos: é inconfundível o risco alargado com o risco ilimitado, proveniente de "qualquer causa", salvo em certos negócios, como as chamadas opções puramente especulativas. Por isso, mesmo os contratos aleatórios, como regra, têm sua álea normal.

A fixação do que constitui o risco normal da operação econômica instrumentalizada pelo contrato **é** essencial, primeiramente,

(1) A esse respeito, veja a conhecida lição de ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes (1988, p. 8 e ss).
(2) Sobre o significado de risco, veja "O risco contratual (e os significados do risco)", da Martins-Costa (2023, pp. 25-54).
(3) Tratou-se do tema em "Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro", da Martins-Costa e Costa e Silva (2020).
(4) A esse respeito, veja "Contratos prolongados: entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização", de Pires e Santos (2021, p. 591).
(5) In verbis: "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação".
(6) In verbis: "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".
(7) In verbis: "Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva".
(8) A esse respeito, veja "Opção de compra ou venda de ações: natureza jurídica e tutela executiva judicial", de Iglesias (2018, p. 193).

para diferenciar os riscos do *insucesso operacional* – incontroversamente integrantes do risco normal das opções de venda – dos riscos decorrentes, por exemplo, de *atos de corrupção* e de *desvios patrimoniais* promovidos dentro da cadeia societária subjacente ao empreendimento[9]. Pensemos, por exemplo, na hipótese em que estes atos de corrupção vierem a causar, na data do exercício da opção, uma desvalorização entre o valor das quotas. Evidentemente, em razão da desvalorização das quotas, haverá prejuízo a quem se obrigou a comprá-las, quando do exercício da opção.

O discrime entre o risco normal e o extraordinário será elemento importante para averiguar na hipótese aventada se é possível caracterizar, ou não, os pressupostos para a ocorrência da revisão contratual, isto é: se a "desproporção manifesta" ou se a "excessiva onerosidade" originadas, supervenientemente à formação contratual, de atos ilícitos, que venham a se projetar em negócios de opção de venda e dos contratos de compra e venda decorrentes do exercício do direto de opção. Consistindo em fator de risco extraordinário, os atos de corrupção, por seus reflexos nos contratos resultantes de seu exercício, atrairão a incidência do art. 317 do Código Civil; ou, das regras que disciplinam a resolução por excessiva onerosidade superveniente, *ex vi* do art. 478, se o foco estiver no *contrato de compra e venda* resultante da opção; ou, por fim, o art. 480, caso se tenha em vista o *negócio jurídico unilateral de opção*, antes do seu exercício.

2. Do "risco" das opções de venda relacionadas a investimentos no setor energético

Não há negócio contratual sem risco, mormente aqueles travados entre pessoas empresárias, por definição "profissionais do risco". Porém, na perquirição do *risco normal do contrato* – de cada contrato –, seria esforço vão buscar uma listagem taxativa, peremptória, do que o integra e do que dele escapa. Ainda que nos contratos típicos essa seja uma tarefa parcialmente facilitada pela disciplina legal de repartição do risco contratual (Scognamiglio, 1992, p. 137)[10], nos negócios legalmente atípicos maior atenção deverá ser conferida aos elementos de configuração do risco próprio do contrato. Integram esses elementos a disciplina dada pelos contraentes, por certo, mas, igualmente, o tipo escolhido, a função concretamente exercida pelo tipo e as demais circunstâncias que coenvolvem o ajuste de vontades, essas conformadoras da chamada base contratual objetiva.

2.1. Os elementos para a averiguação do "risco normal"

Para averiguar qual é a "margem de perturbações" que os contratantes devem suportar, os critérios residem na averiguação da vontade declarada pelas partes ao contratar e a perquirição da função concretamente atribuída ao contrato de opção.

É normal, no setor da energia, que fundos de investimentos invistam em sociedades que operam usinas hidroelétricas. Assim, é possível que os contratos de opção sejam destinados a estruturar a regulação de *riscos operacionais* da cadeia societária que opera a usina. Será então importante perceber se a opção prevista no contrato tem *função especulativa*, ou serve como uma "garantia", destinada a permitir a retirada dos investidores daquele projeto hidroelétrico, pois ambas as funções, inconfundíveis, levarão a soluções diversas. E, igualmente, será preciso estar atento aos elementos que permitam detectar o concreto risco do contrato, buscando, então, sua base contratual objetiva.

Muitas são, e têm sido ao longo do tempo, as formulações teóricas acerca da base do negócio, de modo que o emprego da expressão exige explicitar o seu significado, elaborado pela civilística germânica[11]. Na

(9) Igual exemplo retratei ao tratar da responsabilidade dos agentes dos Fundos de Investimentos em Direito Creditórios em "Responsabilidade dos Agentes dos Fundos de Investimentos em Direito Creditórios (FIDC): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores", da Martins-Costa, J. e Martins-Costa, F. (2021, pp. 352-353). E sobre os efeitos dos atos de corrupção nos contratos remeto-me em "Efeitos obrigacionais da invalidade: o caso dos contratos viciados por ato de corrupção", da Martins-Costa (2021, pp. 227-256).

(10) "In ciascun tipo negoziale è già presente una determinata ripartizione del rischio contrattuale, (...). Pertanto, la scelta del tipo da parte degli autori dell'operazione implica l'accettazione del piano di divisine dei rischi e dei costi in esso contenuto, che dovrà essere posto dal giudice alla base della sua decisione". Tradução própria.

(11) A esse respeito, veja desde as concepções subjetivas, como as de B. Windscheid (1850) em "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus", até a concepção objetiva formulada nos anos 50 do séc. XX por Karl Larenz em "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos". Trad. Carlos Fernandéz Rodríguez (2002), estando hoje essa noção positivada no BGB (§ 313).

doutrina brasileira, apontou ao núcleo do que aqui se está a referir o civilista Pontes de Miranda, ao escrever: "Base do negócio jurídico é o elemento circunstancial ou estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é essencial a que o contrato subsista, salvo onde o acordo dos figurantes restringiu a relevância do elemento ou do estado geral de coisas" (1959, p. 257)[12]. Muito embora a formulação mais conhecida, a de Karl Larenz[13], não pareça ter sido acolhida em sua inteireza no Direito positivo brasileiro, força é reconhecer a valia teórica da noção de base contratual para iluminar o relevo a ser dado aos momentos da conclusão do negócio e do seu desenvolvimento, ou execução, nos contratos diferidos no tempo.

Boa doutrina recomenda conferir maior atenção à base contratual objetiva nos negócios legalmente atípicos, quando as partes podem planejar com maior liberdade o "programa de riscos". Então, deve o intérprete "conferir atenção ao perfil individual do ato de autonomia", para tanto empregando "uma renovada atenção pela operação negocial, considerada em sua essência como instrumento para a realização dos interesses de seus autores" (Scognamiglio, 1992, p.35)[14]. O que está em causa, conforme o jurista que presidiu a Comissão Elaboradora do que veio a ser o Código Civil de 2002, Miguel Reale, é "a declaração ou o comportamento, enquadrados na moldura das circunstâncias que lhes conferem significado e valor" (2010, p. 2).

É em vista dessa "moldura", isto é, da base contratual concreta, que poderão ser minudenciados os riscos aos quais o contrato está sujeito, tanto aqueles expressamente disciplinados pelos contraentes, quanto os que, fazendo parte da normalidade ou habitualidade da operação econômica em causa, não foram especialmente disciplinados de outra forma. O tipo contratual (legal ou social) auxilia a consideração, *in abstracto*, dos riscos que lhe são típicos, mas é preciso verificá-los *in concreto*, averiguando:

> as circunstâncias de fato, de ordem geral, que condicionaram o negócio e, principalmente, os interesses por eles concretamente regulados, avaliados segundo os cânones fundamentais do art. 112[15] do CC/2002 (intenção) e art. 113[16] do CC/2002 (usos do lugar e boa-fé) (Leães, 2008, pp. 101-115)[17].

Em linhas gerais, o risco normal é o que reflete "a margem de risco inerente a toda iniciativa econômica, não podendo, assim, ser evitada, se bem que as partes possam circunscrever os seus limites com os instrumentos que o direito lhes propicia". É o risco que provém do tipo, como instrumento que é de uma determinada operação econômica e da função que lhe é concretamente atribuída pelas partes. Assim, por definição, o risco normal, assumido no contrato, "não reveste a condição de extraordinário ou imprevisível (...), cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência". Logo, se o fator que gera o agravamento excessivo da prestação foi algo cujo risco havia sido expressamente previsto e assumido pelas partes no contrato, "não cabe invocar a materialização como fundamento para um pedido de liberação ou revisão da obrigação", pois, ao ser especificamente assumido, esse risco, na verdade, passou a integrar a álea normal do contrato, provocando a preclusão do mecanismo da onerosidade excessiva" (Leães, 2008, pp. 101-115).

2.2. Dos riscos assegurados pelas opções de venda

O setor de energia implica, sabidamente, uma vasta gama de riscos, decorrentes das próprias características do funcionamento do setor elétrico[18], sendo também "de risco" os investimentos mediante Fundos de

(12) Note-se que, muito embora a obra fundamental acerca da concepção de base objetiva do negócio seja a de Karl Larenz, do ano de 1963, a noção fora exposta por Pontes de Miranda no Tomo XXV do Tratado de Direito Privado, cuja primeira edição é de 1959.

(13) A esse respeito, veja "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos", de Karl Larenz (2002).

(14) "(...), rinnovata attenzione per l'operazione negoziale, considerata nella sua essenza di strumento per la realizzazione di interessi propri degli autori di essa". Tradução própria.

(15) In verbis: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

(16) In verbis: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei".

(17) E ainda, ao referir que a álea normal é "prioritariamente determinada pelo contrato in concreto, se bem que o tipo negocial também forneça elementos objetivos para a sua configuração".

(18) Tais como os riscos ligados aos fatores meteorológicos; fatores hidrológicos, aos fatores regulatórios e aos riscos políticos.

Investimento em Participações (FIPs)[19], cuja *performance* depende muito das circunstâncias do mercado. Ao ingressar, portanto, em investimento concernente a esse âmbito, esses fatores podem ser – e usualmente são – decisivos para o investidor que se acautela por meio de determinados mecanismos. Justamente para enfrentar os riscos a que estão sujeitas operações no setor de energia e assim minimizar os riscos operacionais do negócio empreendido, é comum que, no mercado, seja oferecida a opção de venda de quotas com essa finalidade.

A definição da natureza jurídica da opção parece ser uma *vexata quaestio* na doutrina nacional e estrangeira[20]. Considerando apenas as teorias contratualistas, autores as qualificam como contrato preliminar unilateral[21], contrato de compra e venda definitivo sob condição suspensiva[22], contrato definitivo semicompleto[23]; e negócio jurídico *sui generis*, com estrutura e características próprias[24]. A tormentosa questão é de ser enfrentada, pois a qualificação é necessária para a determinação do regime jurídico, nomeadamente, para averiguar se incide, em matéria de alteração das circunstâncias, o art. 478, ou o art. 317, ou o art. 480 do Código Civil.

Para tanto, será preciso distinguir entre o *direito de opção*, *outorga de opção e contrato de opção.*

Direito de opção é o direito de constituir ou de desconstituir relação jurídica contratual, mediante simples declaração de vontade, por isso sendo qualificado como direito formativo gerador[25] ou direito potestativo para o seu beneficiário[26] (gênero, do qual o direito formativo é espécie), acarretando o estado de sujeição do outorgante como posição jurídica correlata àquela em que está o titular do direito formativo. O efeito essencial do contrato de opção consistirá "na outorga de um direito potestativo a uma das partes, resultante da promessa irrevogável da outra parte, pela qual o seu titular pode influir em situações jurídicas de outra, através de uma atuação própria, sem o concurso desta, que apenas tem que se sujeitar às suas consequências" (Leães, 2008, pp. 101-115). Logo, o direito de opção é efeito[27] da outorga, a qual pode ocorrer por meio de contrato unilateral, ou de contrato bilateral (por elipse, "contrato de opção"[28]), podendo, inclusive, resultar de lei que o estabeleça.

As opções de venda de participações societárias têm por escopo precípuo viabilizar a transferência dos riscos. Como adverte Felipe Campana Padin Iglesias, esses negócios objetivam:

> permitir a transferência dos riscos, isto porque à medida que a decisão quanto à consumação do contrato optativo remanesce apenas nas mãos de uma das partes, esta assegura-se contra outros riscos *inerentes ao bem subjacente*, às condições e à capacidade de adimplemento da contraparte, entre outros (2018, p. 65)[30].

Porém, muito embora constituam mecanismos de transferência de riscos, nem todas as opções são iguais, nem configuram negócios de assunção *total* e de *qualquer* risco que possa se materializar no percurso de determinada relação jurídica. Pode haver, por exemplo, opção de contratos futuros

(19) O Fundo de Investimento em Participações (FIP) é uma comunhão de recursos destinados à aplicação em companhias abertas, fechadas ou sociedades limitadas, em fase de desenvolvimento. Cabe ao administrador constituir o fundo e realizar o processo de captação de recursos junto aos investidores através da venda de cotas.

(20) Para um panorama, veja "Buy or Sell e Opções de Compra e Venda para Resolução de Impasse Societário", da Ferreira (2018, pp. 163-187).

(21) A esse respeito, veja "Contratos", de Gomes (2019, p. 56); "Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao valor de mercado. Possibilidade de revisão com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral", de Azevedo (2009, p. 210); e "Opção de Compras de Ações", de Leães (2018, p. 1197).

(22) A esse respeito, veja "El Contrato de opción", de Charles (1996).

(23) A esse respeito, veja "Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário", de Comparato (1981 p. 229).

(24) A esse respeito, veja "Buy or Sell e Opções de Compra e Venda para Resolução de Impasse Societário", da Ferreira (2018, p. 181).

(25) Nesse sentido, veja "Derecho Civil: parte general", de Larenz. Trad. Espanhola de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea (1978, pp. 715-716); "Tratado de Direito Privado", de Pontes De Miranda (1983, § 4.311, 4, p. 213). Também em: Parecer n. 173: sobre a diminuição de prazo para a existência de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e cláusulas contratuais que têm de ser respeitadas, de Alves (1977, pp. 6-7).

(26) A esse respeito, veja "Opção de Compras de Ações", de Leães (2018, p. 1198).

(27) A esse respeito, veja "Tratado de Direito Privado", de Pontes De Miranda (1983, § 4.311, 4).

(28) Assim, por exemplo, "Il contratto e l'opzione", de Cesàro (1969). Também "Lesão enorme em contrato comutativo e put option", de Leães (2004, pp. 509-518).

(30) Também tratando do caráter de gestão de risco das opções Sztajn em "Sobre a Natureza Jurídica das Opções Negociadas em Bolsas" (1997, pp. 53-69).

negociados em bolsa e opção de venda para que o investidor possa se retirar do fundo, por preço previamente ajustado(31). No primeiro caso, em vista da função exercida, a opção terá *natureza especulativa*, qualidade essa que *não há na segunda modalidade*. Nas situações em que a opção é estipulada como forma de retirada do investidor, o titular da opção não pode "dela prevalecer-se para obtenção de enriquecimento especulativo"(32).

Se a opção tem mecanismos de proteção e transferência de riscos escolhidos pelos contratantes que estejam funcionalmente voltados aos riscos próprios, notadamente aos riscos de *performance* de empreendimento no setor energético, terá sua margem "típica" de riscos normais. Daí a conclusão segundo a qual, conquanto sirvam para transferir riscos, as opções não importam na assunção, sem limites, de *quaisquer riscos*. Como já advertido por Antonio Junqueira de Azevedo, embora existente o risco de o preço das ações sofrer oscilações, o exercício do direito de opção de venda de ações não envolve *a assunção ilimitada do risco* (Azevedo, 2009, p. 13). E, acrescento eu: quando não voltados a uma função puramente especulativa, os contratos de opção também não estão sujeitos *a quaisquer fatores de risco*, mas apenas àqueles integrantes de sua álea normal(33).

De fato, uma vez bem compreendida a noção de risco normal do contrato, percebe-se com clareza que mesmo os chamados contratos aleatórios têm seus riscos próprios, "normais", "ordinários", não implicando a assunção ilimitada de quaisquer riscos, provenientes de quaisquer causas. Consequentemente, mesmo nos contratos aleatórios pode haver "desvantagem exagerada" na prestação (art. 317), ou "excessiva onerosidade" (artigo 478) quando sobre ela passa a recair o peso de riscos desbordantes do risco normal(34), assim compreendido aquele abarcado por sua álea ordinária.

Como palavras são ambíguas, cabe ainda precisar: há evento extraordinário e imprevisível e há risco extraordinário e imprevisível. O prefixo *extra* designa, como se sabe, o que "está de fora de". Logo, o adjetivo *extraordinário* indica o que está de fora do ordinário, isto é, do que se verifica no comum dos casos, do que é "normal" relativamente a certo fenômeno ou situação. Pode-se, assim, falar em extraordinariedade tanto para indicar *um risco* que não é o ordinário, ou normal, quanto para designar uma qualidade do evento causador do desequilíbrio do contrato ou da "desvantagem manifesta" para uma das partes.

Já se viu que o adjetivo "normal", quando conotado a "risco contratual" indica aquilo o que se deduz da declaração negocial, do tipo contratual, da função conferida ao tipo pelos contratantes, dos elementos que se pode extrair da operação econômica em causa. Portanto, o seu antônimo é o *risco extraordinário*. Mas essa expressão também é ambígua, também carecendo ser precisada: por ela pode entender-se tanto o *risco normal extraordinariamente aumentado*, porque derivado de acontecimentos extraordinários, mas compreendidos na área de risco próprio do contrato, como, por exemplo, num contrato que tenha o dólar como referência ao valor, um aumento extraordinário do valor daquela moeda, em virtude de turbulências no câmbio; quanto pode indicar um *risco em si mesmo completamente estranho, extraordinário em face do risco normal.*

Nessa última hipótese me parece poderem ser qualificadas as situações em que o evento que provoca "significativa deterioração" das participações sociais, é derivado de *atos de corrupção* por participantes da cadeia societária envolvida, por exemplo, na construção de uma usina hidroelétrica. Esse seria risco que extrapola a normalidade, ou, ao revés, está inserido na "álea normal" do negócio?

Penso que, quando as desvantagens patrimoniais decorrem de desvios de dinheiro na cadeia societária, a resposta correta vai pela rejeição da normalidade. As desvantagens provocadas por atos de corrupção que acabam por se refletir no valor das participações sociais *não estão inseridas*

(31) No âmbito de opção de ações, veja "Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho", de Carvalhosa (2015, pp. 298-299).
(32) Opinando acerca de opção de ações, mas cuja lógica encaixa-se às opções de venda de quotas, veja "Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho", de Carvalhosa (2015, p. 299); "Opção de compra ou venda de ações: natureza jurídica e tutela executiva judicial", de Iglesias (2018, pp. 197-195); e "O contrato de opção de compra", da Peres (2011, pp. 323-344).
(33) Na opinião de Carvalhosa, pode haver contratos de opção aleatórios e comutativos. A esse respeito, veja "Acordo de Acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho", de Carvalhosa (2015, pp. 298-299).
(34) A esse respeito, veja "Contratos derivativos cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente", da Martins-Costa (2012, pp. 321-381).

na álea normal da opção de venda entabulada pelas partes. Há extraordinariedade dos riscos causalmente ligados aos desvios de conduta e aos atos de corrupção, pois os ilícitos, causa do desequilíbrio do valor das participações sociais, não podem ser tidos como "atos ordinários". Nem se deve cogitar o argumento segundo o qual atos de corrupção seriam previsíveis, comuns e ordinários, como se fosse tolerável e concorde à moralidade subjacente à ordem jurídica (isto é: uma ordem deontologicamente orientada) a existência de um "dever" (ou ônus jurídico) de contar com a ilicitude penal na previsão dos riscos contratuais, como se a ilicitude fizesse parte das regras do "dever ser".

Para assim concluir, não seria sequer preciso recordar que a prática de atos de corrupção destoa do cumprimento dos deveres de diligência e lealdade no âmbito societário[35]. O administrador não só tem o dever de não realizar atos de corrupção[36], como consectário do dever de diligência e lealdade (o qual assume centralidade em seu regime disciplinar[37]), como também *deve* supervisionar os sistemas de gestão de riscos, inclusive no que tange à prevenção de ocorrências de corrupção e de fraude (Borba, 2020, p. 551). O controlador *deve* dirigir a sociedade conforme o fim social, estando este *poder-dever*[38] circunscrito ao agir com *lealdade* perante a sociedade, não podendo "adotar comportamentos que possam, de algum modo, lesionar legítimos interesses e expectativas de outros sócios ou da sociedade de que são membros" (Adamek, 2018, p. 166).

Evidencia-se, na perspectiva societária, de um lado, o dever dos órgãos da companhia de atuar conforme os *standards* de conduta devidos. De outro, a justa expectativa do investidor, que não está isento de riscos, mesmo que pretenda realizar um investimento com rentabilidade mínima, de que os eventuais insucessos estejam circunscritos ao âmbito de atuação do setor do investimento ou aos riscos do próprio mercado de capitais e não aqueles decorrentes dos malfeitos daqueles que atuam nas sociedades da cadeia componentes do investimento. Se o *ordinário* e *previsível* do exercício de controle e administração de investimentos é, justamente, a orientação da sociedade, do investimento, conforme o interesse social, serão, pois, *extraordinárias* as consequências derivadas de atos contrários ao interesse social.

Em suma: imprescindível averiguar o conteúdo contratual para delimitar quais os riscos abrangidos na opção, se somente fatores hidroelétricos, ou se se expandem a outros aspectos negociais. Evidenciada a ultrapassagem da delimitação do risco normal, cabe averiguar os requisitos exigidos pelo Código Civil para autorizar a revisão ou a resolução do contrato.

Portanto, para ensejar a revisão contratual, o risco deve ser extraordinário, não imputável à conduta dolosa ou culposa de uma das partes, e, ainda, *imprevisível*. Não há, a rigor, um evento previsível absolutamente *in abstracto*, devendo ser considerados, como parâmetros à sua concreção, o grau de especificidade (tipo de fato) e de probabilidade (chance de ocorrer) do evento superveniente tido por imprevisível, bem afirmando Sacco e De Nova ser imprevisível o que a parte não vê razão em crer com base no critério da normalidade (Sacco &

(35) A esse respeito, veja "Abuso de minoria em direito societário", de Adamek (2018); e "Exclusão do Controlador na Sociedade Anônima: uma análise de admissibilidade e conveniência", da Almeida Prado (2018, pp. 32-41).

(36) A doutrina bem exemplifica a realização de atos de corrupção como violação dos deveres dos administradores. A esse respeito, veja "Administração das Sociedades Anônimas: Lealdade e Conflito de Interesses", de Spinelli (2020, pp. 270, 312-313). O dever de diligência, no âmbito da administração da sociedade, diz respeito ao standard "do homem médico, reto e cuidadoso, cuja conduta em relação a seus próprios negócios serviria de parâmetro ou de comparação para aferir o comportamento do gestor no exercício de suas funções na empresa" (Leães, 2018, p. 848). Ver também "Conformidade anticorrupção e ética corporativa", de Menezes (2016, pp. 470-517). Sobre o dever de lealdade dos administradores, explica o Prof. Erasmo Valladão: "Administrar lealmente o patrimônio alheio, segundo lembra ainda Wiedemann, é uma concretização do princípio geral segundo o qual influência (Einfluss) e responsabilidade (Verantwortung) devem corresponder-se; o dever de consideração (Rücksichtspflicht) do controlador para com os demais acionistas limita, pois, não apenas o exercício de seus direito, mas conforma intrinsecamente o seu poder jurídico" (França, 2011, p. 256). A esse respeito, veja "Dever de lealdade do acionista controlador por ocasião da alienação do controle – dever de maximização do valor das ações dos acionistas não controladores – interpretação de estatuto de companhia aberta – possibilidade de cumulação de OPAS", de França (2011). Em sentido similar, veja "Administração das Sociedades Anônimas: lealdade e conflito de interesses", de Spinelli (2020, pp. 23-25).

(37) A esse respeito, veja "Dever de diligência: forma e conteúdo", de Barbosa (2020, p. 52).

(38) Dirigir a sociedade não é só um poder conferido ao controlador, mas também um dever de a dirigir conforme o fim social. A esse respeito, veja "Poder de Controle na Sociedade Anônima", de Comparato y Salomão Filho (2014, p. 137 e ss). Assim, conquanto haja presunção legal de que o titular do poder age no interesse coletivo (Comparato, 1995, p. 22), certo é que a consecução de atos de corrupção são claros atos de violação ao interesse social (Salomão Filho, 2019. p. 113 e ss).

Nova, 2004, p. 709), ou, se poderia ajuntar, no postulado normativo da razoabilidade(39). Trata-se da previsibilidade possível a uma pessoa razoável, avaliada segundo o ramo de atividade na qual se insere a obrigação discutida; e trata-se dos efeitos econômicos do fato não previsto, na medida em que, abstratamente, qualquer evento é previsível de modo genérico(40).

No recorte da imprevisibilidade do evento, se há de discernir, ainda, no âmbito dos contratos aleatórios, entre os contratos especulativos e os não especulativos, comoaqueles destinados a pactuar uma proteção, *i.e.*, um *hedge*, em que se busca a "cobertura contra os riscos inerentes às operações com execução diferida no tempo" (Leães, 1992, p. 44)(41), ou os que se destinam a propiciar a saída de um investidor do investimento, e, ainda, os que limitam *apenas certos riscos,* definidos no contrato, apondo, por exemplo, restrições à completa aleatoriedade, ao enunciar os riscos e sua alocação. Se as partes contratam uma proteção, de forma a gerir riscos operacionais numa dimensão financeira, decorrentes da variação de preço dos ativos (razão de ser do *hedging*(42)), esses riscos são inconfundíveis com aqueles outros, "verdadeiramente" extraordinários, porque extrapolam o risco normal de ocorrer variação para mais ou para menos em consequência do funcionamento do mercado.

3. Dos riscos que extrapolam a álea normal e da possibilidade da revisão ou da resolução contratual

Quando as partes decidem celebrar um contrato, devem, previamente, atentar aos diversos riscos operacionais e mercadológicos que possam ser considerados. Para, posteriormente, averiguar quais foram ou não assumidos, será preciso recorrer aos termos dos contratos de opções, à troca de correspondências entre figurantes da operação de investimento, dentre outros elementos paracontratuais.

Demonstra-se, por exemplo, a assunção do risco quando nos próprios *consideranda* do contrato de opção de venda, a outorgada evidencia ser a sua preferência "alocar recursos em ativos de longo prazo e rentabilidade estável", a fim de minimizar riscos de performance da hidroelétrica. Assim, não alocarão as partes *todo* o risco do negócio da outorgante, mas tão somente aqueles vinculados à performance da usina, isto é, os riscos operacionais.

Traçado o programa contratual dos riscos, será preciso averiguar se estão presentes os requisitos legais, para o que tomo em consideração o Código Civil brasileiro.

Segundo o art. 317 do Código Civil, "[q]uando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".

Não há unanimidade, em doutrina e jurisprudência, sobre o significado e o alcance da regra. O entendimento majoritário(43) defende uma aplicação ampla a quaisquer obrigações. Outros, dentre os quais me incluo, propugnam por uma interpretação restrita(44), embora pense não estar afastada a analogia com aquelas obrigações que tenham com as obrigações pecuniárias, identidade

(39) Para a noção de "postulado normativo", veja "Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos", de Ávila (2019, p. 209).

(40) A esse respeito, veja "Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro", da Martins-Costa y Costa E Silva (2020, pp. 203-204).

(41) Acerca dos contratos de transferência de risco financeiro, veja "Les Contrats de Transfert de Risque: une nouvelle catégorie juridique? ", da Chahine (2016).

(42) A esse respeito, veja "A função social do contrato de hedge", de Martins (2010, pp. 232-259).

(43) Exemplificativamente, veja "Extinção dos contratos por incumprimento do devedor", de Aguiar Júnior (2003, pp. 152-153); "Código Civil Comentado. Vol. II", de Lotufo (2004, pp. 228-229); "Adimplemento das Obrigações", de Ferreira Da Silva (2006, pp. 177-179); "Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações", de Castro Filho, Mesquita y Scavone Jr. (2006, p. 53-60); "Código Civil Interpretado. Vol. 1", de Tepedino, Bodin De Moraes y Barboza (2011, p. 615-618); "Comentário ao art. 317 do Código Civil", de Bdine (2013, p. 297); "Código Civil Comentado", de Nery Junior y Nery (2017, p. 826); "Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar", de Schreiber (2018, p. 248); "Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo", de Nanni (2019, p. 505).

(44) A esse respeito, veja "Revisão contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa", de Marino (2020, p. 24 e ss). Ainda, exemplificativamente, veja "A onerosidade excessiva no Código Civil", de Leães (2006, pp. 11-24); "Revisão dos contratos: elementos para a sua construção dogmática", de Frantz (2007, pp. 11 e 140).

de razão[45]. Mesmo se acolhido esse caminho mais estrito, em consonância às modificações introduzidas no art. 421 do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica[46], a incidência do art. 317.

Duas condicionantes merecem ser destacadas: se considerado o *momento do exercício* nos contratos de opção de venda, o qual implicará a formação de contrato de compra e venda contendo prestação pecuniária (pagamento de certo "preço em dinheiro", Código Civil, art. 481[47]), a incidência da regra legal estará justificada. Porém, a incidência da regra legal exige a comprovação do nexo causal entre os malfeitos e as discrepâncias no valor das participações sociais – pela imprevisibilidade de eventos que vieram a impactar gravemente o valor das participações sociais dos investidores, as quais serão convertidas, mediante o exercício das opções, em prestação pecuniária. A grave desproporção daí resultante, atinge, pois, a opção em sua fase executória.

Já se levado em *o contrato derivado do exercício da opção*, estará justificada a resolução a teor do art. 478, pois a compra e venda é contrato bilateral. E a razão está em que os acontecimentos extraordinários submetem os outorgantes da opção, se exercida, à sujeição a uma compra e venda que acarretará "prejuízos cujos montantes excedem de muito a previsão que normalmente pudesse ser feita ao tempo da celebração [...] [razão pela qual] impõe-se a utilização de mecanismos de atenuações ou de revogação circunstancial do princípio da força obrigatória do contrato" (Leães, 2018, p. 53).

Todavia, sob uma terceira angulação, se for considerado em si mesmo o *negócio jurídico de opção*, e não a prestação derivada do negócio de adimplemento da opção, como acima versado, cabível se mostra a adaptação às novas circunstâncias, na forma do art. 480 do Código Civil.

4. Conclusões

A análise das opções de venda no setor energético, reunindo uma dupla aleatoriedade – a da opção e a do próprio setor energético – suscita a necessária delimitação de quais riscos compõem, ou não, a álea normal do negócio de opção. As distinções são necessárias porque um risco que venha a ultrapassar o risco normal, consistindo em *risco excepcional* ou extraordinário, poderá importar em *excessiva onerosidade superveniente* ou em *desproporção manifesta*, a ensejar a incidência, conforme o caso, dos artigos 478 ou 317, todos do Código Civil, ou, ainda, do art. 480, caso o foco estiver concentrado no *negócio jurídico de opção*, e não no contrato de compra e venda, resultante de seu exercício, pois, então, se tratará de negócio jurídico unilateral.

Conquanto constituam mecanismos que podem operar a transferência de riscos, nem todas as opções são iguais, nem configuram negócios de assunção *total* e de *qualquer* risco que possa se materializar no percurso de determinada relação jurídica. Pode haver, por exemplo, opção de contratos futuros negociados em bolsa e opção de venda ou opções para que o investidor possa se retirar do fundo, por preço previamente negociado. No primeiro caso, a opção terá *natureza especulativa*, não suscitando a incidência dos mecanismos revisivos de ordem legal. Mas a opção pode consistir em mecanismo de proteção e transferência de riscos escolhidos pelos contratantes que estejam funcionalmente voltados aos riscos próprios, especificamente aos riscos de *performance* de empreendimento no setor energético. Nesse caso, embora sirvam para transferir riscos, as opções não importam na assunção, sem limites, de *quaisquer riscos*.

Constatando-se um risco anormal que extrapole a álea normal, para aplicação do art. 317 do Código Civil, devem ser seus pressupostos averiguados. Conquanto não haja unanimidade na doutrina e jurisprudência brasileiras, entendo que este dispositivo legal deve ser interpretado restritivamente, embora não afaste a analogia com aquelas

(45) A extensão analógica se justifica dentre outros motivos pelo fato de ter restada clara, das discussões havidas no Congresso Nacional acerca do então Projeto de Código Civil, a intenção do legislador em permitir, em certos limites, a correção do valor da prestação para assegurar o seu "valor real", quando sobrevinda desproporção manifesta, considerado o valor havido no momento da conclusão contratual e o da execução. A esse respeito, veja "Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro", de Martins-Costa y Silva (2020 p. 238).

(46) O inciso III consigna: "a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada". A rigor, porém, essa Lei não diz nada que já não estivesse no sistema, pois dada a função precípua do contrato como instituto jurídico calcado na estabilização, no tempo, de direitos de crédito e de obrigações de cumprimento, toda revisão contratual é per se excepcional.

(47) In verbis: "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro".

obrigações que tenham, com as obrigações pecuniárias, identidade de razão.

Levado em conta o momento do exercício da opção de venda, quando implicará a formação de contrato de compra e venda contendo prestação pecuniária, a incidência do art. 317 estará justificada pela imprevisibilidade de eventos que vieram a impactar gravemente o valor das participações sociais dos investidores, a converter-se, mediante o exercício das opções, em prestação pecuniária. A grave desproporção daí resultante atinge a opção em sua fase executória.

Considerando o *contrato derivado do exercício da opção*, estará justificada a resolução a teor do art. 478, pois a compra e venda é contrato bilateral. E a razão está em que os acontecimentos extraordinários submetem os outorgantes da opção, se executado o contrato, à sujeição a uma compra e venda que acarretará prejuízos cujos montantes excedem de muito a previsão que normalmente pudesse ser feita ao tempo da celebração". Já se o foco estiver concentrado no negócio jurídico de opção – negócio unilateral –, poderá incidir a regra do art. 480.

Como se vê, no caso de ser manifesto o risco extraordinário derivado de atos de corrupção, todos os caminhos levam a Roma, todas as soluções legalmente previstas justificam a adaptação do contrato (via revisão ou resolução) às circunstâncias extraordinárias e decorrentes de causas ilícitas, sendo essas inconfundíveis com os riscos de variação do valor que poderiam, normalmente, atingir o negócio.

Referências bibliográficas

Adamek, M. (2018). *Abuso de minoria em direito societário.* Editora Malheiros.

Aguiar Júnior, R. (2003). *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução* (Vol. 126, 2ª ed.). AIDE Editora.

Almeida Prado, M. (2018). *Exclusão do Controlador na Sociedade Anônima:* uma análise de admissibilidade e conveniência. Lumen Juris.

Ávila, H. (2019). *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (19ª ed.). Editora Malheiros.

Azevedo, A. (2009). Contrato de opção de venda de participações societárias. Variação imprevisível do valor da coisa prometida em relação ao valor de mercado. Possibilidade de revisão com base nos arts. 478 a 480 do Código Civil em contrato unilateral. In A. Junqueira, *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Privado* (pp. 199-218, 1ª ed.). Editora Saraiva.

Barbosa, M. (2020). Dever de diligência: forma e conteúdo. In R. Castro, L. Azevedo & M. Henriques (Coords.). *Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e outros temas: homenagem a Nelson Eizirik* (Vol. 2). Quartier Latin.

Bdine, H. (2013). Comentário ao art. 317 do Código Civil. In C. Peluso (Coord.), *Código Civil Comentado* (13ª ed.). Manole.

Borba, J. (2020). *Direito Societário* (18ª ed.). Atlas.

Carbonnier, J. (1971). *Flexible Droit* (2ª ed.). Editora LGDJ.

Carvalhosa, M. (2015). *Acordo de Acionistas*: *homenagem a Celso Barbi Filho* (2ª ed.). Editora Saraiva.

Castro Filho, A., Andrade, M., Melo de Mesquita, E., & Scavone, L. (2006). *Comentários ao Código Civil brasileiro. Do Direito das Obrigações*. Forense.

Cesàro, E. (1969). *Il contratto e l'opzione*. Jovene.

Chahine, J. (2016). *Les Contrats de Transfert de Risque*: *une nouvelle catégorie juridique?* Editora LGDJ-Pont Delta.

Charles, J. (1996). *El Contrato de opción.* Bosch.

Comparato, F. (1995). *Direito empresarial.* Editora Saraiva.

Comparato, F. (1981). Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. In F. Fonder (Ed.), *Novos Pareceres de Direito Empresarial.* Forense.

Comparato, F., & Salomão Filho, C. (2014). *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* (6ª ed.). Forense.

Ferreira Da Silva, J. (2006). *Adimplemento das Obrigações. Revista dos Tribunais*.

Ferreira, M. (2018). *Buy or Sell e Opções de Compra e Venda para Resolução de Impasse Societário.* Quartier Latin.

França, E. (2011). Dever de lealdade do acionista controlador por ocasião da alienação do controle – dever de maximização do valor das ações dos acionistas não controladores – interpretação de estatuto de companhia aberta – possibilidade de cumulação de OPAS. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*,*158*, 251-266.

Frantz, L. (2007). *Revisão dos contratos*: *elementos para a sua construção dogmática*. Editora Saraiva.

Gomes, O. (2019). *Contratos* (27ª ed.). Forense.

Iglesias, F. (2018). *Opção de compra ou venda de ações*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. Almedina Brasil.

Larenz, K. (1978). *Derecho Civil*: *parte general* (M. Izquierdo & M. Picavea, Trad.). EDERSA.

Larenz, K. (2002). *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (C. Fernandéz, Trad.). Comares.

Leães, L. (1992). Liquidação compulsória de contratos futuros. *Revista dos Tribunais*, *81*, 44-55.

Leães, L. (2004). Lesão enorme em contrato comutativo e put option. In *Pareceres* (Vol. 1, pp. 516-517). Singular.

Leães, L. (2006). A onerosidade excessiva no Código Civil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, *9*, 12-24.

Leães, L. (2008). A álea normal do contrato e o momento do exercício das opções. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, *11*(39), 101-115.

Leães, L. (2018a). Opção de Compras de Ações. In L. Leães (Ed.), *Novos Pareceres*. Singular.

Leães, L. (2018b). Acordo de Acionistas e Contrato de Opção de Venda (*Put*) em "Joint Ventures". In L. Leães (Ed.), *Novos Pareceres*. Singular.

Leães, L. (2018c). Os Deveres Funcionais dos Administradores de S.A. In L. Leães (Ed.), *Novos Pareceres*. Singular.

Lotufo, R. (2004). *Código Civil Comentado* (Vol. 2). Editora Saraiva.

Marino, F. (2020). *Revisão contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. Almedina.

Martins, M. (2010). A função social do contrato de hedge. *Revista de direito privado*, *43*, 232-259.

Martins-Costa, J. (2012). Contratos derivativos cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da Imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, *55*, 321-381.

Martins-Costa, J. (2021). Efeitos obrigacionais da invalidade: o caso dos contratos viciados por ato de corrupção. In H. Barbosa & J. Ferreira Da Silva (Coords.), *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional*: *18 anos do Código Civil – Obrigações & Contratos* (pp. 227-256). Quartier Latin.

Martins-Costa, J. (2023). O risco contratual (e os significados do risco). In G. Nanni, A. Terra & C. Pires (Coords.). *Riscos no Direito Privado e na Arbitragem*. Almedina.

Martins-Costa, J. & Costa E Silva, P. (2020). *Crise e perturbações no cumprimento da prestação: estudo de direito comparado luso-brasileiro*. Quartier Latin.

Martins-Costa, J., & Martins-Costa, F. (2021). Responsabilidade dos Agentes dos Fundos de Investimentos em Direito Creditórios (FIDC): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, *62*(2), 327-355.

Menezes, M. (2016). Conformidade anticorrupção e ética corporativa. In F. Hanszmann & L. Hermeto (Coords.), *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais* (Vol. 1).Juris.

Nanni, G. (2019). In G. Nanni (Coord.), *Comentários ao Código Civil. Direito Privado Contemporâneo*. Editora Saraiva.

Nery Junior, N., & Nery, R. (2017). *Código Civil Comentado* (12ª ed.). Revista dos Tribunais.

Peres, T. (2011). O contrato de opção de compra. *Revista e Direito Privado*, *46*, 323-344.

Pires, C. & Santos, D. (2021). "Contratos prolongados": entre dogmas carecidos de revisão e problemas carecidos de sinalização. In A. Moreira & R. Berger (Coords.), *Arbitragem e outros temas de direito privado: estudos jurídicos em homenagem a José Emílio Nunes Pinto*. Quartier Latin.

Pontes de Miranda, F. (1959). *Tratado de Direito Privado* (Tomo XXV). Borsoi.

Pontes de Miranda, F. (1983). *Tratado de Direito Privado* (3ª ed., Tomo XXXIX). Revista dos Tribunais.

Pontes De Miranda, F. (1977). Sobre a diminuição de prazo para a existência de sociedade por cotas, de responsabilidade limitada, e cláusulas contratuais que têm de ser respeitadas. In F. Pontes De Miranda, *Dez anos de pareceres* (Vol. 6). Francisco Alves.

Reale, M. (2010). *Diretrizes de Hermenêutica Contratual. In M. Reale, Questões de Direito Privado*. Editora Saraiva.

Roppo, E. (1988). *O Contrato* (A. Coimbra, M. Januário & C. Gomes, Trad.). Almedina.

Sacco, R. & De Nova, G. (2004). *Il contratto* (3ª ed., Tomo II). Unione Tipografico-Editrice Torinese.

Salomão Filho, C. (2019). *O novo Direito Societário*. Eficácia e sustentabilidade (5ª ed.). Editora Saraiva.

Schreiber, A. (2018). *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. Editora Saraiva.

Scognamiglio, C. (1992). *Interpretazione del contrato e interessi dei contraenti*. CEDAM.

Spinelli, L. (2020). *Administração das Sociedades Anônimas: Lealdade e Conflito de Interesses (Coleção Teses)*. Almedina Brasil.

Sztajn, R. (1997). Sobre a Natureza Jurídica das Opções Negociadas em Bolsas. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, *105*, 53-69.

Tepedino, G., Bodin De Moraes, M., & Barboza, H. (2011). *Código Civil Interpretado* (3ª ed., Vol. 1). Renovar.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.005

El control del contenido en contratos estandarizados(*)
Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano

The control of content in standardized contracts. Analysis of the prohibition of abusive clauses under article 1399 of the Peruvian Civil Code

Walter Humberto Vásquez Rebaza(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Una de las formas más importantes –y controvertidas– en que el legislador interviene en contratos estandarizados (es decir, contratos con cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión) reside en la posibilidad de que las autoridades jurisdiccionales controlen su contenido negocial con el fin de eliminar o sustituir cláusulas efectivamente incorporadas en aquellos, por ser abusivas o vejatorias. En el presente trabajo, se examina la disciplina de control del contenido dispuesta por el artículo 1399 del Código Civil, norma que, pese a haber sido injustamente relegada por los estudiosos nacionales, cuenta con un enorme potencial para –correctamente entendida– lograr los propósitos de tutela fijados por nuestro Código Sustantivo.

Con ocasión a ello, se analizará, en primer lugar, las diversas normas jurídicas contenidas en el artículo 1399, así como sus respectivas hipótesis y consecuencias. El referido análisis será complementado por una aplicación práctica a casos concretos, lo que permitirá comprender el funcionamiento del dispositivo normativo. En segundo lugar, se reparará en el fundamento e importancia del artículo en mención, así como su potencialidad para convertirse en una noción capaz de erradicar estipulaciones disfuncionales más allá de la escueta nómina consagrada por el legislador peruano de 1984 en el artículo 1398. En tercer y último lugar se desarrollará cuáles son las circunstancias justificadoras capaces de neutralizar, en cada caso concreto, el carácter abstractamente vejatorio de una cláusula presuntamente abusiva bajo el artículo 1399. Este análisis cobra especial relevancia pues su tratamiento por los estudiosos nacionales ha sido casi inexistente.

Palabras clave: Cláusula abusiva - Cláusula vejatoria - Contratos estandarizados - Cláusulas generales de contratación - Contrato de adhesión - Derecho Civil - Perú

Abstract: One of the most important –and controversial– ways in which the legislator intervenes in standardized contracts (i.e., contracts with general contracting clauses and adhesion contracts) lies in the possibility for jurisdictional authorities to control their contractual content. The purpose of this intervention is to eliminate or substitute clauses effectively incorporated in them for being abusive or vexatious. This paper examines the discipline of content control provided by Article 1399 of the Civil Code, a rule that, despite having been unjustly relegated by national scholars, has enormous potential to achieve the protective purposes set by our Substantive Code, when correctly understood.

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 15 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 4 de diciembre de 2023.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magister por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4605-2725. Correo electrónico: walter.vasquez@pucp.pe.

On this occasion, we will first analyze the various legal rules contained in Article 1399, as well as their respective hypotheses and consequences. This analysis will be complemented by a practical application to concrete cases, allowing an understanding of the functioning of the normative provision. Secondly, the basis and importance of the article in question will be discussed, as well as its potential to become a notion capable of eradicating dysfunctional stipulations beyond the brief definition established by the Peruvian legislator in 1984 in Article 1398. Thirdly and lastly, we will develop which are the justifying circumstances capable of neutralizing, in each specific case, the abstractly vexatious nature of an allegedly abusive clause under Article 1399. This analysis takes on special relevance since its treatment by national scholars has been almost nonexistent.

Keywords: Abusive clause - Abusive clause - Standardized contracts - General contracting clauses - Contract of adhesion - Contract of adhesion - Civil law - Peru

1. Introducción

La doctrina contemporánea discute intensamente sobre la conveniencia de que un sistema legal permita a los tribunales jurisdiccionales (y, en ciertos casos, a algunas autoridades administrativas) controlar contenido de contratos estandarizados, en pos de la tutela de los adherentes(1), noción que no necesariamente se identifica con la noción de consumidor(2).

Como decisión de política legislativa, el Código Civil peruano (en adelante, CC o Código Civil, indistintamente) ha optado por acoger este tipo de tutela, mediante la consagración de normas bajo las cuales es factible erradicar (y, en ocasiones, sustituir) pactos incorporados en contratos estandarizados. El primero de estos preceptos se encuentra dado por la prohibición de cláusulas enumeradas en el artículo 1398 CC.

El segundo dispositivo que permite la intervención del contrato estandarizado es el artículo 1399 CC, conforme al cual, "[e]n los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez".

El entendimiento de los alcances del artículo 1399 CC, y –principalmente– la interiorización de su importancia como mecanismo revisor del programa negocial, son todavía limitados en nuestro medio. Ello se debe en buena medida a que los estudios que se han dedicado al particular no resultan abundantes y, salvo excepciones, consisten en abordajes generales elaborados en manuales, tratados o comentarios globales y/o se han limitado a referir que la eficacia del dispositivo en mención consiste en transformar en imperativas a las normas dispositivas típicas.

Esta situación contrasta con la importancia que amerita en un sistema legal una norma como el artículo 1399 CC. Y es que hoy en día la contratación estandarizada no es más un paradigma excepcional de intercambios transaccionales (Patti, 1996, p. 232), sino que se ha transformado en un paradigma tan relevante como el propio modelo tradicional de acuerdos "B2B" –es decir, *business* to *business* o acuerdo

(1) Barnes explica que la protección legal dada mediante el control del contenido solo debe operar para la "letra chica", esto es para las cláusulas sobre las cuales el consumidor haya dado un asentimiento *en blanco* y no así para aquellas estipulaciones conocidas, que contarían con un asentimiento específico (precio deseable, tipo de ítem o servicio comprado y reputación del establecimiento) (2010, pp. 862 y ss.). Lo mencionado en primer lugar se debería a que el consumidor habría dado su voto de confianza a favor del empresario, respecto de aquellas cláusulas sobre las que ha operado un *asentimiento en blanco*. Dicha aprobación justificaría que el consumidor asuma el riesgo de defraudación de sus expectativas, salvo situaciones de grosera disfuncionalidad. Y es que, al igual que ocurre con un votante que empodera al candidato político posteriormente elegido como autoridad, el consumidor –mediante su *asentimiento en blanco*– empoderó al empresario para administrar los términos desconocidos y no leídos por el consumidor en el formato de contrato.

(2) Al respecto, Espinoza señala que "la protección al consumidor y el problema de las cláusulas vejatorias no son, necesariamente, coincidentes, ya que existen otros agentes económicos que no son técnicamente consumidores quienes, al no participar en la negociación de un contrato pre-redactado por la contraparte, pueden ser víctimas del desequilibrio del balance de los derechos y de las obligaciones asumidas por las partes, lo cual tipifica a las cláusulas vejatorias" (1998, p. 146).
En otro lugar de su trabajo (1998, 160), aunque en el mismo sentido, el autor puntualiza lo siguiente: "Si lo que pretendemos regular es la prohibición de fijar cláusulas vejatorias en los contratos predispuestos unilateralmente, no resulta determinante el status de las partes contratantes (consumidor versus empresario), ni que una parte sea más fuerte que la otra: lo que caracteriza esta situación es que una parte predispone unilateralmente un contrato frente a otra que simplemente lo acepta".

paritario con negociación individualizada–. Tanta es la trascendencia del artículo estudiado que todo despacho de abogados debería tenerlo presente al momento de redactar contrato estandarizado (al respecto, *véase* Albiez, 2014, p. 185).

En suma, la presente investigación se justifica en tanto apunta a colmar vacíos de conocimiento existentes sobre la prohibición de cláusulas vejatorias en el Código Civil; y ello mediante el esclarecimiento de los contornos interpretativos y funcionales del artículo 1399 CC.

El orden expositivo que seguiremos será el siguiente. En primer lugar, examinaremos las diversas normas jurídicas contenidas en el artículo 1399 CC, incluyendo sus respectivas hipótesis y consecuencias. El referido análisis será complementado por una aplicación práctica a casos concretos, lo que permitirá comprender el funcionamiento de las diversas normas autónomas contenidas en el artículo en mención. En segundo lugar, se reflexionará sobre el fundamento e importancia del dispositivo legal, así como su potencialidad para dar lugar a una noción de abusividad capaz de erradicar estipulaciones disfuncionales ajenas a la escueta nómina consagrada en el artículo 1398 CC. En tercer y último lugar se desarrollará los justificadores capaces de neutralizar, en cada caso específico, el carácter abstractamente vejatorio de la cláusula presuntamente abusiva *ex* artículo 1399 CC.

2. La intervención legislativa y el paradigma clásico de la contratación

El paradigma clásico, acogido por estatutos tradicionales como en el Código Civil francés de 1804 –que ha influenciado de forma directa o indirecta en numerosas codificaciones del *civil law*, como la nuestra–, concibió al contrato como aquel acuerdo por el cual una parte asumía obligaciones sin restricciones relativas a la formalidad y cuya validez determinaba como regla su carácter vinculante para las partes[3].

Conforme a esta visión, incardinada en valores como la libertad individual (Bullard, 2006, pp. 500-501) y la seguridad jurídica, la tarea del sistema legal residía primordialmente en garantizar la justicia *formal* en el proceso formativo del consenso. La idea subyacente consistía en que si se garantizaba un consentimiento logrado bajo condiciones de justicia *formal*, lo que las partes estipulasen debía ser considerado como justo también en el plano *sustantivo*. Ello en tanto se asumía que los contratantes habían fijado el contenido negocial en un plano de igualdad y libertad (Momberg, 2013, p. 10).

Tal como indica Whittaker, el paradigma descrito sufrió una importante erosión durante el siglo XX, por la ocurrencia de los siguientes agentes de cambio (2019, pp. 407 y ss.):

- La ausencia de una posibilidad real de elección para las partes que se vinculaban bajo “contratos de adhesión”[4] dificultó el encuadramiento de esta clase de intercambios en los principios de la contratación clásica.
- El creciente rechazo de los autores y tribunales a las cláusulas penales ocasionó una reforma del Código Civil francés (en el año 1975) para permitir a las cortes reducir o incrementar la pena acordada cuando era “manifiestamente excesiva o irrisoria”.
- Fueron creados importantes cuerpos normativos que regulaban –a menudo mediante normas imperativas– diversos contratos típicos (seguros, alquileres y contratos de trabajo).
- A partir de los años 80, cobró vigencia en Francia la idea de que la buena fe, tenía implicancias importantes para el desarrollo del derecho sustantivo. En ese sentido, la mencionada institución respaldaba efectos como la responsabilidad por ruptura abrupta de negociaciones, obligaciones precontractuales de

(3) Semejante construcción concibió a las partes del contrato como iguales, lo cual inicialmente llevó a una aproximación restrictiva de la invalidez, a rechazar este remedio por desequilibrio económico (lesión) y al reconocimiento explícito del carácter vinculante de las cláusulas penales (Whittaker, 2019, p. 407). Estas dos últimas características no se presentan en Código Civil peruano, el cual establece remedios jurídicos favorables a la parte perjudicada con lesión (artículos 1447 a 1456) y ante las cláusulas penales manifiestamente excesivas (artículo 1346).
Al momento de su génesis (siglo XIX) la aproximación aludida encontró respaldo en la idea de que los contratos eran la expresión de la “autonomía de la voluntad” de sus autores, y que, en aquel ámbito, lo que aquellas dictaminaban debía ser reputado como justo (Whittaker, 2019, p. 407): *qui dit contractuel, dit juste*.

(4) Se trataba de acuerdos que contenían términos “en bloque”, los cuales en realidad eran impuestos por una de las partes a la otra. Como es conocido, el término “contrato de adhesión” fue introducido por el jurista francés Raymond Saleilles, quien concluyó que los contratos de adhesión se asemejaban más a reglamentos administrativos que a verdaderos actos contractuales.

información, obligaciones contractuales de cooperación y "lealtad", control del ejercicio de algunos derechos legales e incluso la justicia contractual. La buena fe fue entonces vista como un "contraprincipio", que bajo ciertas circunstancias podía llegar a oponerse a los clásicos principios de libertad contractual y fuerza vinculante.

- Fueron creados diversos controles legislativos dedicados exclusivamente a los contratos de consumo y el abuso del derecho a contratar del comerciante.

En vista de este cambio de perspectiva, que repercutió también en los sistemas legales latinoamericanos (como el nuestro), la tendencia moderna viene a ser la morigeración, aplicable a ciertos ámbitos específicos, de los principios asociados al paradigma clásico de los contratos(5). Uno de los ámbitos del derecho contractual en los que la intervención legislativa (entendida en sentido amplio) se ha manifestado más intensamente es el de la contratación estandarizada, al punto de que algunos consideran a esta categoría como un paradigma autónomo de contratación.

Para efectos de este trabajo, existirá "contrato estandarizado" cuando concurran dos elementos. El primero consiste en que las cláusulas –en su totalidad o en una parte esencial(6)– han sido unilateralmente elaboradas por el predisponente. Pero el solo hecho que una parte haya redactado el modelo de estipulaciones puede no ser suficiente para calificar a un acuerdo como estandarizado. Y es que no suelen ser infrecuentes acuerdos paritarios con negociación individualizada (B2B) –fenómeno opuesto a la estandarización– en los que si bien una de las partes propone el formato original de contrato, éste es objeto de significativos cambios conforme al avance de las tratativas(7).

Para la configuración de un contrato estandarizado se precisa un elemento adicional: la imposición al adherente de la totalidad –o por lo menos una parte esencial– de los términos hasta que éstos hayan adquirido fuerza vinculante mediante la adhesión de la contraparte. El contrato estandarizado presenta entonces un contenido conformado (en su totalidad o en una parte sustancial) por cláusulas unilateralmente predispuestas o no negociadas individualmente.

Considerando esta definición, "no se tiene predisposición unilateral cuando el contrato haya sido consecuencia de tratativa, ya sea que éstas se lleven a cabo entre los mismos contratantes o bien entre asociaciones sindicales o de categoría, que han celebrado el contrato" (Sacco & De Nova, 2016, p. 350).

Los contratos estandarizados se clasifican en dos categorías:

a) Contratos de adhesión (en adelante, "CdA"). Se trata de acuerdos en los que el adherente, colocado en una situación de "tómalo o déjalo", decide celebrar el contrato. En efecto, según el artículo 1390 CC, "[e]l contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar".
   En los CdA no se le concede al adherente espacio para negociar el programa negocial, pues la actitud del predisponente(8) excluyó total o esencialmente las posibilidades de una tratativa. Existe, en contraste, un acto de sometimiento del adherente. Ello supone la ausencia de antecedentes que canalicen la tratativa, tales como comunicaciones, correos electrónicos, rondas de negociaciones, minutas, MOUs, cartas de intenciones, contratos

(5) De hecho, hoy en día, incluso en la contratación entre pares con negociación individualizada (B2B), no resulta extraño apreciar que el contenido del contrato sea vea intervenido –en mayor o menor intensidad– por los tribunales en observancia de normas imperativas específicas –generales o sectoriales– o de la propia buena fe. Sobre la aptitud de la buena fe para controlar la contratación estandarizada entre empresarios. Al respecto, *véase* "Cláusulas abusivas y empresario adherente", de Mato (2017).

(6) En todo caso, el carácter de CdA "no se modifica porque algunas de las cláusulas sean negociadas, si es que en lo esencial hay un acto de sometimiento" (Camacho, 2022, p. 42).

(7) Este fue el criterio del Laudo derivado del Caso Arbitral 090-2017-CCL, el cual se refiere la norma en examen. Según nos narra la síntesis elaborada por la CCL, el tribunal concluyó lo siguiente: "no se pudo afirmar que este era el supuesto [contrato de adhesión] entre las partes por el simple hecho de que la demandada redactase el modelo del contrato. Además, la demandante tuvo la oportunidad de revisar el modelo y alcanzar sus comentarios, pero decidió aceptar los términos contractuales sin objeciones. Por estos motivos, el Tribunal Arbitral decidió que la demandada pudo ejecutar el desistimiento, mientras que la demandante únicamente tenía el derecho al pago por los servicios que realmente prestó".

(8) Esta no llega a ser una imposición obligatoria hacia el adherente, pues éste conserva su libertad de decidir no celebrar el contrato, sin asumir consecuencia jurídica negativa alguna. Empero, suele ser frecuente una constricción empírica, basada en las necesidades fácticas del adherente.

preparatorios y otros capaces de probar la tratativa.
El contenido de un CdA puede haber sido construido mediante cláusulas generales de contratación, situación que resulta frecuente en el tráfico comercial. Empero, los CdA podrían abarcar también a acuerdos celebrados *ad hoc* entre empresarios y/o entre partes sofisticadas(9). En general, la relación entre CdA y acuerdo integrado por CGdC es sólo coyuntural. Si bien son dos conceptos distintos, algunos negocios jurídicos pueden reunir ambas calificaciones al mismo tiempo(10).

b) Contratos con cláusulas generales de contratación (en adelante, "CGdC"). Son acuerdos que presentan estipulaciones uniformes, generales y abstractas (artículo 1392 CC), las cuales tienen el propósito de canalizar la producción en masa de bienes y servicios hacia un universo indeterminado de clientes(11). En efecto, se precisa para estar frente a CGdC que las estipulaciones hayan sido "redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos"(12).

Para De Castro (2016, pp. 12 y 13), las CGdC son aquellas que contienen:

> conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta u articulada que se acostumbra en las leyes(13).

Puntualiza Escobar (2011, pp. 150 y ss.) que las CGdC suelen no ser *per se* equilibradas sino *one-sided clauses*. Esta situación resultaría deseable pues no solo reduciría los costos de costos de transacción (lo cual termina beneficiando al consumidor), sino que, además, le permitiría al predisponente mitigar riesgos asociados a la selección adversa de sus clientes(14).

A menudo, los contratos estipulados con CGdC son el instrumento mediante el cual los proveedores de bienes y servicios en el mercado se vinculan uniformemente con sus clientes finales: los consumidores. Pero ello no necesariamente ocurre de esta manera, pues podrían existir acuerdos con CGdC aguas arriba en la cadena de venta. Así, suelen concurrir CGdC en las denominadas "*órdenes de compra*" u "*órdenes de servicios*" que bien podrían vincular, solo como ejemplo, a un fabricante con su distribuidor –no consumidor– o a un contratista principal con su subcontratista –no consumidor–.

Los estudiosos contemporáneos del derecho contractual suelen referir los siguientes fundamentos de la intervención legislativa orientada a la protección a los adherentes (noción que, como se mencionó previamente, es más amplia que la de consumidor) en contratos estandarizados:

a) La restricción a la que los adherentes están sometidos respecto al ejercicio pleno de la autonomía privada (considerando la *quasi*

(9) Ello ocurre, por ejemplo, en los acuerdos celebrados entre contratistas generales y los denominados *subcontratistas nominados*.

(10) La acreditación de ambas circunstancias por el adherente puede ser, en no poca medida, una carga compleja de absolver. En ese sentido, se ha afirmado que la ausencia de negociación en el caso concreto bien podría ameritar la aplicación de la carga dinámica de la prueba, pues, de lo contrario, el adherente se vería gravado con una prueba diabólica (esto es, la carga de probar un hecho negativo –precisamente, que no hubo negociación– para hacer valer sus pretensiones). En cambio, resultaría bastante más factible para el predisponente acreditar que el hecho positivo constituido por la presencia efectiva de negociación. Esta inversión de la carga probatoria se condice con las necesidades tuitivas de protección al adherente. Al respecto, la solución acogida por la Directiva Comunitaria 93/13 dictamina que es el profesional quien asume la carga de probar la negociación del contrato. Este precepto parece lógico si se tiene en cuenta que con tal alegación el profesional persigue la inaplicabilidad de la regla general (que es el control del contenido de toda cláusula no negociada) (Álvarez, 2010, p. 33).
En esta misma línea, Espinoza considera que esta presunción obedece a una simple constatación de lo que sucede en el mercado (1998, p. 161). Corresponderá pues, a la parte que ha redactado unilateralmente el contrato, probar que ha existido negociación con la contraparte.

(11) Como consecuencia, usualmente las CGdC se encuentran en módulos o formularios.

(12) Código Civil peruano. Artículo 1392.

(13) Desarrollando este punto, Cárdenas (1996, p. 21) halla como características de las CGdC a la predisposición, a preformulación, a la generalidad, a la abstracción y a la uniformidad. Mientras que, a criterio del autor, el Código Civil habría omitido considerar a la inmutabilidad.

(14) Según el autor, lo último consiste en conceder a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos o las solicitudes de los consumidores, y ajustar sus comportamientos a las expectativas de estos últimos, cuando ello tenga sentido.

ausencia de libertad de configuración interna) (Sacco & De Nova, 2016, p. 347). En efecto, la ausencia del poder de negociar individualmente los términos y condiciones incrementa el riesgo de inclusión de cláusulas abusivas pues, –por definición– la estandarización elimina la primera "línea de defensa" que le permitiría a una parte rechazar, reemplazar o acotar cláusulas desequilibradas y/o disfuncionales: la negociación.

b) La presencia de una falla del mercado parcial, en virtud de la cual resulta inútil para el adherente gastar tiempo y dinero en renegociar los contratos estandarizados (Whittaker, 2019, 421)[15].

c) La asimetría informativa a la cual se encuentra sometido el adherente, la cual podría también encontrarse presente en el ámbito de la contratación entre empresarios[16].

d) Aunque con menor frecuencia, la exposición al adherente a factores coyunturales como la agresiva publicidad, desigualdad económica, desigualdad en la gestión contractual y otros[17].

3. Mención a los remedios dispuestos por el Código Civil en tutela del adherente

Tal como ocurre en el *Codice* de 1942 (Sacco & De Nova, 2016, p. 347), el Código Civil peruano afronta el fenómeno de las CGdC y CdA en el grupo de reglas dedicadas a la formación del consenso. En efecto, los artículos 1390 y siguientes forman parte del Título II "el Consentimiento" de la Sección Primera "Contratos en General" del Libro VII "Fuentes de las Obligaciones" del CC. Desde esta óptica, nuestra legislación dispone de un conjunto de remedios jurídicos particulares en tutela del adherente, como parte de contratos con CGdC o de un CdA. A continuación, haremos un listado de dichos remedios:

a) La aprobación administrativa *ex ante* de las CGdC por la autoridad administrativa competente, la misma que, en caso de darse[18] ocasiona que las CGdC se incorporen automáticamente a las ofertas que el predisponente formule para contratar con arreglo a ellas (artículos 1393 y 1396 CC). Conforme a la lógica del Código Civil, por discutible que resulte, la aprobación administrativa determina que la CGdC sea inmune al control del contenido *ex post*, por parte de los tribunales.

b) El control de incorporación, conforme al cual solo integrarán el contrato aquellas CGdC no aprobadas administrativamente que han sido conocidas por el adherente o que pudieron haber sido conocidas por aquel mediante la aplicación de la diligencia ordinaria al momento de operar el consentimiento (artículo 1397 CC). Dicho de otra forma, mediante este control, legislador introduce la necesidad de revestir de ciertos requisitos mínimos a las cláusulas que se transmitirán al adherente. Estos requisitos operan como un filtro que busca garantizar que la información transmitida tenga una calidad mínima tal que la haga conocible al menos para un adherente razonable al momento brindar su aceptación[19]. Solo respecto a la información transmitida idóneamente habrá consentimiento y, por ende, contrato. Si el predisponente no cumple con los requisitos (*rectius*: cargas) legales para la transmisión de la cláusula, entonces él mismo se perjudicará, porque ésta no se integrará al contenido negocial y no será exigible a la contraparte. En suma, a través del control de incorporación "se exigen ciertos requisitos para que las cláusulas predispuestas se entiendan integradas al contenido negocial" (Camacho, 2022, p. 69).

(15) O, lo que es similar, el hecho que el adherente no se encuentra en capacidad de obtener la modificación de las cláusulas predispuestas por el otro contratante (Sacco & De Nova, 2016, p. 367).

(16) En ese sentido, Camacho entiende que la creencia conforme a la cual no se puede aplicar el abuso de poder de negociación en las relaciones entre empresarios porque se parte del presupuesto de la igualdad de sus conocimiento parece ser "un rezago que viene de la etapa embrionaria del derecho comercial que actualmente no se puede seguir sosteniendo, pues hay una variedad inexorable de formas, tamaños y clases de empresarios entre los cuales no es posible mantener el dogma de su igualdad" (2022, p. 29).

(17) La situación estructural que explica la utilización de cláusulas estandarizadas –esto es, la masificación de bienes y servicios como respuesta a la necesidad constringente de adquirirlos por el adherente– no llega, sin embargo, a generar en el adherente estados de necesidad tan apremiantes como para dar lugar a un vicio del consentimiento como la lesión.

(18) Dicha competencia se determina en base a las normas de derecho administrativo.

(19) Como se aprecia, el control de incorporación tiene como finalidad el resguardar la cognoscibilidad de los términos que regularán la relación con la contraparte del adherente (Hernández & Campos, 2020, p. 144).

c) La prevalencia de cláusulas agregadas al formulario por sobre aquellas que lo conforman, en caso de incompatibilidad entre ambas (artículo 1400 CC).
d) La aplicación de la interpretación favorable al adherente frente a aquellas cláusulas ambiguas o dudosas (artículo 1401 CC), esto es, la regla del *in dubio contra stipulatorem* o *in dubio contra proferentem*.
e) El control del contenido en CdA y contratos con CGdC no aprobadas administrativamente (artículos 1398 y 1399 CC). Como se mencionó, el control *ex post* queda entonces reservado para aquellas CGdC que no fueron sometidas a aprobación administrativa previa, y sobre las cuales no ha operado un control *ex ante*.

El presente trabajo se ocupará del último de los remedios mencionados, conforme a su regulación en el artículo 1399 CC. El interesante tema de los remedios propios de los contratos de consumo será, en cambio, dejado para otra ocasión.

4. El control del contenido en contratos estandarizados y su regulación en el Código Civil

Una de las formas más importantes –y controvertidas (Bullard, 2006, pp. 595-596; Rodríguez, 2015, pp. 73 y ss.)– de la intervención legislativa en contratos estandarizados reside en la posibilidad de controlar el programa negocial. Este tipo de intervención se encuentra destinada a eliminar o sustituir cláusulas que, "reputándose incorporadas al contrato por cumplir con los requisitos de inclusión" (Ballesteros, 1999, p. 271)[20], deben ser consideradas ilícitas por tener un carácter abusivo[21]. Luego, el control del contenido busca proteger al adherente, mediante la erradicación o sustitución de cláusulas vejatorias.

A diferencia de la regulación del Código de Protección y Defensa al Consumidor (que no será materia del presente trabajo, sin perjuicio de menciones puntuales), el Código Civil carece de una definición legislativa de cláusula vejatoria aplicable a los contratos estandarizados[22].

En nuestro sistema legal, el artículo 1398 CC dispone una nómina de cláusulas vejatorias prohibidas en CdA y en acuerdos con CGdC no aprobadas administrativamente, independientemente de la tipología contractual de que se trate. A mayor detalle, la norma dictamina[23] directamente la invalidez de las (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y, (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

El artículo 1398 CC consagra un proceso de calificación mecánica, según el cual, tras la subsunción del pacto en algún supuesto de nómina anteriormente explicitada, se aplicará automática e inexorablemente la sanción de la nulidad, independientemente de que las circunstancias concurrentes puedan evidenciar la razonabilidad de la estipulación. Nos encontramos entonces ante cláusulas (a) que "en ningún caso pueden admitirse, ni siquiera en relación con el contrato del que forman parte, incluso aunque estemos en el hipotético caso ideal en el que el juego de dicho contrato equilibrase las posiciones de las partes" (Álvarez, 2010, p. 39) y (b) "que tienen una naturaleza *per se* abusiva", sin que el sistema permita explicar su incorporación atendiendo al resto de condiciones contractuales o al contexto (Bullard, 2006, pp. 595-596[24]). El 1398 CC consagra entonces la regla *per se*, rechazando, en cambio, la regla de la razón[25].

(20) Se trata entonces de determinar la irregularidad de cláusulas ya incorporadas al programa negocial, esto es, que ya superaron el control de incorporación.
(21) Independientemente de la definición que cada sistema legal reserve a esta categoría.
(22) Con las consecuencias que analizaremos en el numeral 8 del presente trabajo.
(23) Siempre que de las cláusulas resulten prerrogativas en favor de quien las ha redactado y en contra del adherente.
(24) El autor critica esta decisión legislativa aseverando que "exactamente la misma cláusula en un contrato puede ser más que razonable y en otro crear problemas. No olvidemos que (...) el efecto de dichas prohibiciones puede ser el incremento del precio de los productos en el mercado. Y no olvidemos tampoco que ese precio lo paga finalmente el consumidor" (Bullard, 2006, p. 596).
(25) Esta toma de postura ha sido criticada en sede nacional. En efecto, Benavides considera equivocada la metodología empleada por el Código Civil en tanto "las cláusulas mencionadas en el artículo 1398 no pueden ser calificadas como vejatorias tomándolas en abstracto y prescindiendo del uso concreto y aplicación específica que les dan los particulares ni el papel que juegan en el contexto de un negocio particular. Así, una cláusula de limitación de responsabilidad podría resultar perfectamente razonable teniendo en cuenta el alea del negocio, los riesgos que asume el proveedor, la concesión de un precio especial u otros beneficios al adquirente o el equilibrio de ventajas y sacrificios acordado por las partes. Lo mismo puede decirse en relación a las demás disposiciones" (2002, p. 402).

La nomenclatura de cláusulas abusivas contenida en el artículo 1398 CC cuenta con carácter taxativo o cerrado, pues la nulidad, como efecto jurídico derivado, no puede ser aplicada por analogía a hipótesis que no se subsumen derechamente en una causal prevista por el legislador(26). Luego, la referida norma es incapaz de neutralizar la eficacia de cláusulas groseramente disfuncionales no incluidas en la nómina mencionada.

Prohibir una lista cerrada de cláusulas lleva el peligro de la excesiva rigidez de un sistema legal que podría verse superado por las nuevas circunstancias. Dicho de otra forma, la crítica al 1398 CC se encuentra dada por que "la lista [*contenida en dicho artículo*] debería actualizarse constantemente o se vería superada en breve por la realidad, sin haber conseguido la finalidad pretendida: controlar y eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores" (Álvarez, 2010, p. 39) (Corchetes agregados).

De otro lado, sistema peruano destinado al control del contenido de negocios estandarizados es complementado por el artículo 1399 CC, conforme al cual "[e]n los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez".

El contenido del artículo 1399 CC se diferencia en al menos dos aspectos del artículo 1398 CC. El primero, reside en que el dispositivo inicialmente aludido no prevé una subsunción mecánica del pacto disfuncional (regla *per se*), sino una suerte de vía intermedia: el mero carácter sospechoso de vejatoriedad del pacto (regla de la razón), carácter que puede ser confirmado o desvirtuado posteriormente. Esto le permite a la parte interesada –el predisponente(27)– justificar la razonabilidad de la cláusula sospechosa y lograr, de este modo, salvar la validez del pacto.

En segundo lugar, el artículo 1399 CC, utiliza como insumo el conjunto de normas dispositivas aplicables a los contratos típicos, las cuales pueden ser actualizadas de tiempo en tiempo. Consecuentemente, la norma en comento permite hasta cierto punto escapar a la criticada rigidez del artículo 1398 CC, que arrastraba el riesgo de que la nómina de pactos taxativamente prohibidos sea superada prematuramente por la realidad.

5. Antecedentes comparados y normativos del artículo 1399 del Código Civil

Siguiendo a Cárdenas (1996, p. 20), la regulación peruana de las CGdC tiene como fuentes de inspiración al Proyecto de Código Civil holandés(28) y al Código Civil italiano(29). Empero, el contenido específico del artículo 1399 CC presenta características que la hacen en más de un sentido una norma singular, al punto que algún autor nacional se pregunta sobre si su origen se remite a la regulación alemana de las condiciones generales de la contratación o derechamente a la defensa a las normas de derecho dispositivo efectuada por De Castro y Bravo (Vega, 2001, p. 565). Y es que el referido autor consideraba como parámetro relevante

(26) Código Civil. Título Preliminar. Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

(27) A tales fines, no basta que el tribunal pueda apreciar la posible justificación concreta del pacto sospechoso (como ocurre con las clásicas listas grises), sino que el predisponente deberá acreditar la justificar, asumiendo el riesgo probatorio asociado.

(28) El Código Civil holandés vigente presenta la siguiente redacción en lo que a cláusulas abusivas concierne:
Artículo 6:233 Estipulaciones anulables de las condiciones generales aplicables:
Una estipulación de las condiciones generales aplicables es anulable
a. si resulta irrazonablemente gravosa para la contraparte, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, la forma en que se han redactado estas condiciones generales, los intereses de cada parte, evidentes para la otra, y las demás circunstancias del caso;
b. si el usuario no ha dado a su contraparte una oportunidad razonable de tomar conocimiento del contenido de las condiciones generales aplicables.

(29) Artículo 1341. Condiciones generales del contrato
Las condiciones generales del contrato predispuesta por un uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si al momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o debía haberlas conocido empleando la diligencia ordinaria.
En todo caso, no tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de desistir del contrato o de suspender su ejecución o sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácitas del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de las autoridades judiciales.

para individualizar cláusulas abusivas la "renuncia a la ley" (De Castro, 2016, p. 72).

La filosofía subyacente a nuestro artículo 1399 CC guarda semejanza la prohibición de cláusulas contrarias a la buena fe contenida en la legislación alemana, específicamente, en la Ley de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación del 9 de diciembre de 1976[30] (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en adelante, "AGB-G"). El estatuto de la AGB-G es considerado como el modelo codificador por excelencia de las CGdC (Albiez, 2014, p. 185). La importancia de aquel estatuto fue tal se ha llegado a decir que ningún gran despacho de abogados alemán podía prescindir de su conocimiento ni de su desarrollo práctico jurisprudencial al momento de elaborar contratos estandarizados (Albiez, 2014, p. 185).

Actualmente, el régimen de la AGB-G ha sido absorbido por el Código Civil alemán (BGB), por lo que en lo sucesivo haremos referencia a este cuerpo normativo. En particular, los numerales 1 y 2 del inciso 2 del § 307[31] definen a las cláusulas contrarias a la buena fe del siguiente modo:

> Código Civil alemán. § 307. Control de contenido
>
> (1) Las cláusulas en condiciones generales de contratación son ineficaces si perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente. Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible.
>
> (2) En la duda, debe deducirse un perjuicio no razonable si una cláusula.
>
> 1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de que de que diverge, o
>
> 2. restringe derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.
>
> (3) Los apartados 1 y 2, así como los § 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en las condiciones generales de contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias. Otras cláusulas pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, inciso 2, junto con el apartado 1, inciso 1.

Adicionalmente a la definición explicitada, el BGB contiene dos listas de pactos prohibidos, frecuentemente denominadas como "lista negra" y "lista gris". Si la CGdC forma parte del primer elenco, es *per se* contraria a la buena fe, y, por tanto, ineficaz. En cambio, si el pacto forma parte de la lista gris, aun siendo en principio contrario a la buena fe, puede ser objeto de valoración positiva por el juez, quien podría determinar su eficacia. Ambas listas constituyen una advertencia a los empresarios para que no redacten cláusulas que podrían pertenecer a una u otra nómina (Albiez, 2014, p. 190). Como se verá posteriormente, por disposición legislativa, las dos nóminas incluidas en el BGB son aplicables solo a los contratos con consumidores. Empero, desde el punto de vista jurisprudencial, las listas sido tomadas como lineamientos para hallar la abusividad incluso en acuerdos entre empresarios.

Entre los aspectos más destacables de la legislación alemana se encuentra su ámbito de aplicación subjetivo, el cual desbordó el campo de los consumidores (para el que originalmente había sido concebida), llegando a extenderse a las operaciones entre empresarios (Albiez, 2014, p. 192)[32].

---

(30) Sin embargo, esta norma entró en vigor el 1 de abril de 1977.

(31) Como contrapartida al modelo alemán, el *Code de la Consommation* francés, al definir lo que es una cláusula abusiva, antes que a la buena fe, hace referencia al desequilibrio o desigualdad entre las contraprestaciones. En efecto: el artículo L.132-1 de dicho Cuerpo Normativo dispone que "En los contratos celebrados entre profesionales y consumidores o personas no profesionales, se reputarán abusivas las cláusulas cuyo objeto o efecto consista en producir, en perjuicio del consumidor o persona no profesional en cuestión, una desigualdad significativa entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes".
Por su parte, el Código Civil francés emplea una fórmula semejante a la expuesta:
Artículo 1171.- En un contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada anticipadamente por una de las partes, que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes se reputa no escrita.
La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación del precio de la prestación.

(32) El autor refiere lo siguiente: "El actual § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) extiende la protección a los empresarios. Aunque en un primer momento la AGB-G iba a ser una ley de consumidores, lo que era compartido por el grupo de trabajo constituido en 1972 a instancia del Ministerio de Justicia de la RFA, se produjo un cambio importante cuando se presentó el segundo anteproyecto, el cual extiende el ámbito de aplicación a todo el tráfico comercial. Una de las razones que explican este cambio cualitativo es que el texto legal, en particular el control de contenido, era, en realidad, una codificación de la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones generales que se utilizaban en la contratación comercial y que habían sido objeto de decisiones judiciales importantes. También tuvo una influencia importante en el giro de esta política legislativa el Congreso de Juristas, celebrado en el año 1950, en el que se discutió ampliamente sobre las ventajas y desventajas de extender la AGB-G a los comerciantes (Kaufmänner). Una mayoría exigua de los congresistas votó a favor de extender el control de contenido a las condiciones generales de la contratación comercial".

Además de ello, el modelo legislativo alemán influyó, por un lado, importantes normativas extranjeras como la Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril de 1993; y, por el otro, en diversos cuerpos normativos de uniformización y armonización del derecho contractual, tales como el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), cuyos artículos II-9:403 y II-9:404 se refieren a las cláusulas abusivas como aquellas que ocasionan un "perjuicio significativo en contra de las exigencias de la buena fe"[33].

En lo que a prohibición de cláusulas vejatorias concierne, la legislación alemana contiene estatutos ligeramente distintos en lo que refiere a negocios jurídicos estandarizados con consumidores y negocios estandarizados entre empresarios. Entre las semejanzas de ambos regímenes se encuentra la definición de cláusulas abusivas (§ 307 del BGB) como aquellas que, insertadas en condiciones generales de contratación, "perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente"[34]. Otra semejanza es el remedio aplicable ante la verificación de una cláusula vejatoria: la nulidad parcial.

La diferencia más resaltante entre el régimen reservado para los consumidores y aquel aplicable a los empresarios en Alemania reside en que la lista negra y la lista gris son legislativamente aplicables exclusivamente para contrarrestar CGdC en acuerdos perfeccionados con el consumidor[35]. Luego, su aplicación no se extiende a todos los acuerdos con cláusulas no negociadas individualmente entre empresarios[36].

Sin embargo, la distinción de tratamiento entre contratos no negociados (a) con el consumidor y (b) entre empresarios ha sido relativizada por los tribunales alemanes, los cuales han venido aplicando las listas también fuera del primer supuesto. A tales fines, se ha invocado construcciones conceptuales como la *Indiztheorie* (teoría de los indicios) [37] elaborada por el Senado VII del BGH, teoría según la cual la lista negra y la lista gris contienen meros indicios de ineficacia y, como tales, sirven para interpretar la cláusula normativa general de buena fe; cuya contrariedad es lo que al final del día ocasionaría la ineficacia de las estipulaciones no negociadas entre empresarios.

Mencionaremos una ilustración de la aplicación de la buena fe como regla limitativa de cláusulas aplicable a contratos estandarizados celebrados entre empresarios. Una empresa de carnicería (proveedor) perdió la mercancía –carne de cerdo, perteneciente a un cliente– almacenada en un establecimiento a causa de una falta grave en el cuidado de sus instalaciones, cuyos interiores no mantuvieron la temperatura necesaria para mantener la carne en buenas

---

Whittaker (2019, pp. 405 y ss.), también concluye, aunque desde el punto de vista del derecho de la competencia, cómo algunos el modelo legislativo francés y el inglés contienen normas de protección aplicables a los *standard form contracts*, concepto que excede el ámbito de los consumidores.
En tal sentido, es posible advertir una tendencia conforme que concibe la presencia de cláusula abusivas en contratos entre empresarios. A nuestro juicio, admitir esta posibilidad resulta correcto, ya que, en ocasiones los empresarios en sus relaciones contractuales ostentan poderes considerablemente importantes el uno sobre el otro, lo cual hace que los empresarios puedan imponer su voluntad a su contraparte, "sin que estos últimos, debido a su poder inferior, puedan negociar con el objeto de suprimir los términos que constituyen un desequilibrio significativo" (Morales & Munita, 2021, pp. 116-117). Sin perjuicio de ello, la protección de los consumidores y de los adherentes (en general), suele ser distinta, tal como ocurre en el sistema peruano. Contra esta conclusión, Benavides aconseja descartar la existencia de cláusulas abusivas en un contrato paritario en el que, a su criterio, habría igualdad de condiciones y la cláusula habría sido aceptada libremente y sin ninguna presión por las partes (2002, p. 403).

(33) Los Comentarios del DCFR al artículo II-9:403 dejan en claro que por el término "perjuicio significativo" no se grava al adherente con la necesidad de demostrar un daño. En cambio, de dicha expresión "se debe poder deducir que uno de los elementos clave de la prueba del carácter abusivo consiste en comparar la cláusula contractual en cuestión con las normas por defecto que serían de aplicación si esta no se hubiera acordado".

(34) Renglón seguido, el referido parágrafo introduce dos reglas operativas destinadas a permitir esclarecer la contrariedad a la buena fe y el perjuicio no razonable para el adherente:
i. que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de que de que diverge;
ii. que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

(35) Naturalmente, ello sin perjuicio de que la prohibición contenida en el § 307 del BGB se extienda indudablemente a los CdA.

(36) Véase, para mayor detalle, el actual § 310-1 del BGB establece que no son de aplicación las disposiciones de los §§ 308 y 309 del referido cuerpo normativo a CdA.

(37) Según esta teoría, las prohibiciones de los §§ 10 (actual § 308 del BGB) y 11 (actual § 309 del BGB) de la AGB-G contienen meros indicios de ineficacia en el control de las condiciones generales entre empresarios. La traslación de los §§ 10 y 11 al tráfico empresarial facilita el control de las CGdC entre empresarios, lo simplifica, puesto que las cláusulas prohibidas sirven para interpretar la cláusula general de buena fe (Albiez, 2014, p. 196).

condiciones. En tal caso, no fue derechamente aplicable la prohibición absoluta (lista negra) de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad de los ejecutores auxiliares del proveedor, dado que el contrato con CGdC no era uno de consumo (sino un acuerdo entre empresas). Sin embargo, ello no impidió a los tribunales alemanes hacer una valoración paralela, precisando que, en el ámbito de las relaciones entre empresarios, las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad podrían también ser ineficaces directamente bajo la cláusula general de buena fe (Albiez, 2014, pp. 196-197).

En lo que concierne a nuestro trabajo, el aspecto más relevante de la disciplina alemana de las estipulaciones estandarizadas se encuentra dado por los criterios operativos que ayudan a calificar a una cláusula como vejatoria (§ 307 del BGB). En efecto, la regulación alemana utiliza dos insumos objetivos para individualizar este tipo de pactos. A saber:

a) Que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de que diverge.
b) Que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

Ambos criterios operativos influyeron –de forma directa o, lo que es más probable, indirecta– en el artículo 1399 CC, pues este último coloca a la contravención de la disciplina dispositiva aplicable al tipo negocial –consagrado por ley– como el umbral de equilibrio normativo cuya desviación, en perjuicio del adherente, le permite a este último pretender la nulidad del pacto.

Adicionalmente, el espíritu de regulación alemana influyó en el artículo 1399 CC al menos en los siguientes aspectos:

a) La disciplina legal de protección del BGB y del artículo 1399 CC es aplicable tanto a contratos con consumidores como a contratos entre empresarios, siempre y cuando estemos frente a negocios jurídicos no negociados.
b) Al igual que ocurre con la regulación de las listas grises del BGB, el precepto incluido en nuestro Código Sustantivo le permite al predisponente justificar la razonabilidad de la cláusula aparentemente vejatoria para, de esta forma, lograr que los tribunales la consideren válida.

Pero la regulación alemana y el artículo 1399 CC también presentan importantes diferencias, entre las cuales destacan las siguientes:

a) Nuestro sistema civil carece de un elenco amplio de pactos prohibidos, a diferencia de las listas negra y gris contenidas en los § 308 y 309 del BGB, respectivamente. Lo más cercano que existe son las escasas prohibiciones contempladas en el artículo 1398 CC.
b) Bajo la legislación alemana, la desviación del derecho supletorio no es el único criterio para individualizar la presencia de una estipulación contraria a la buena fe. Y es que un pacto de esta naturaleza concurrirá si, aun sin contravenir norma supletoria alguna, la estipulación perjudica "de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente". Puesto de otro modo, mientras en el Perú el criterio de individualización de la vejatoriedad está dado únicamente por la tergiversación del derecho dispositivo, en el BGB abraza criterios más amplios: el perjuicio al adherente que resulte contrario a la razonabilidad y a la buena fe.
c) El criterio que acude a la derogación de las normas dispositivas para soportar la vejatoridad es de aplicación constante bajo el artículo 1399 CC, mientras que la norma alemana refiere a aquel criterio solo en caso de duda.

Pasando a otro punto, en relación a los antecedentes del artículo 1399 en sede nacional, cabe señalar que este dispositivo no se basó en ninguna norma del Código Civil de 1936.

Según De la Puente (2007, pp. 798-799), el precepto en comento tiene como antecedente al artículo 77 de la primera Ponencia Sustitutoria, el cual presentó la siguiente redacción:

> Artículo 77.-
> En los contratos típicos celebrados en base a estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente, no se considerarán válidas las estipulaciones que sean contrarias a las normas dispositivas establecidas por la ley para ese tipo de contrato, a no ser que las circunstancias particulares de los contratantes justifiquen la validez de tales estipulaciones.

Como se aprecia, los antecedentes normativos del artículo 1399 reservaban su aplicación única y exclusivamente a los acuerdos celebrados con CGdC no aprobadas administrativamente, excluyendo a los CdA. No obstante, la norma vigente extiende expresamente su aplicación a los CdA, es decir, más allá del campo para el que fue originalmente ideado.

La redacción del citado artículo 77 se conservó en el artículo 72 de la Segunda Ponencia Sustitutoria, en el artículo 38 de la Tercera, Cuarta y Quinta Ponencias

Sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1414 del Primer Proyecto. Finalmente, en el artículo 1364 del Segundo Proyecto (Proyecto de la Comisión Revisora) del año 1984 se adoptó el texto del artículo 1399 que fue originalmente incluido en el Código Civil de 1984 (De la Puente, 2007, 798 y 799).

Finalmente, es menester mencionar que la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por la Resolución Ministerial 010-93-JUS (publicada el 22 abril 1993), añadió el siguiente párrafo al artículo analizado en este trabajo:

> Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral.

Sin embargo, este segundo párrafo fue derogado por la Única Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo 1071 (publicado el 28 junio 2008), el mismo que entró en vigencia el 1 de setiembre de 2008.

6. El contenido del artículo 1399 del Código Civil. Disgregación de normas. Sus respectivas hipótesis y efectos jurídicos

La doctrina nacional observa que, por efecto del artículo 1399 CC, las normas dispositivas típicas aplicables a los contratos pasan a adoptar una naturaleza imperativa o pasan a comportarse como si fuesen tales (Arias Schreiber, 2011, p. 143), lo cual a la postre justificaría la sanción de la nulidad. En otras palabras, el efecto buscado por el artículo 1399 CC:

> (...) es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, de los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo, por lo cual no tiene efecto legal alguno el pacto en contrario (De la Puente, 2007, p. 799)[38].

Esta afirmación es solo parcialmente admisible. En primer lugar, el artículo examinado no contiene una sola, sino tres normas jurídicas distintas. De esas tres, solo una de ellas (a la que referiremos como la *Segunda Norma*) es un mandato prohibitivo, que sanciona la nulidad o sustitución de la estipulación patológica. Pero dicha *Segunda Norma* no agota la totalidad del artículo en mención. Por ende, el enunciado normativo analizado no puede explicarse satisfactoriamente acudiendo a una supuesta transformación de una norma supletoria en imperativa. Si así fuera, no quedaría esclarecida ni la presunción relativa de abusividad del pacto (*Primera Norma*) ni tampoco la posibilidad de acreditar la razonabilidad de los pactos que contravienen la norma primigeniamente dispositiva (*Tercera Norma*).

La ramificación de *Normas* del artículo 1399 CC es singular. Veamos un ejemplo de su modo de operar. Las exoneraciones de responsabilidad a favor del predisponente son nulas en contratos estandarizados bajo el artículo 1398 CC. La estructura de esta norma es la siguiente: *si en un contrato típico estandarizado existe una exoneración de responsabilidad favorable al predisponente, entonces ese pacto es nulo*. La prohibición es universal en el campo contractual. No existe una regla permisiva que habilite las exoneraciones de responsabilidad que, permaneciendo como tales, se encuentren justificadas por las circunstancias.

La estructura de las normas que configuran el artículo 1399 CC es distinta, pues se conserva espacio para una permisión del pacto (*Tercera Norma*). El efecto, la estructura de la *Segunda Norma* sería la siguiente: *si en un contrato típico estandarizado existe un pacto contrario a una norma dispositiva favorable al predisponente y, además, no se ha acreditado la razonabilidad del pacto, entonces, el pacto será inválido (o será reemplazado por la norma dispositiva). No obstante, si en un contrato típico estandarizado existe un pacto contrario a una norma dispositiva favorable al predisponente y se ha acreditado una justificación razonable para el pacto, entonces el pacto será válido (Tercera Norma)*.

En conclusión, donde algunos ven una norma imperativa de derecho material, nosotros apreciamos tres normas jurídicas distintas, una presuntiva (*Primera Norma*) una prohibitiva (*Segunda Norma*) y una permisiva (*Tercera Norma*). En efecto, el artículo 1399 del Código Civil es un enunciado legislativo complejo, en tanto contiene tres normas jurídicas[39], las cuales –a su vez– cuentan con sus propias hipótesis y respectivos efectos jurídicos.

(38) En un sentido similar, Muro & Huanco han aseverado lo siguiente: "En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato; es decir, las referidas cláusulas serán ineficaces si contienen disposiciones que contradicen lo establecido por las normas del contrato típico a que se refiera, ya sean imperativas o supletorias" (2003, p. 377).

(39) Entendidas como reglas operativas autónomas, con sentido propio mínimo y autosuficiente.

Pasaremos a identificar los elementos comunes a las hipótesis de las tres normas contenidas en el artículo 1399 del Código Civil para posteriormente explicar su contenido.

a) La celebración de un CdA o, alternativamente, de un contrato con CGdC no aprobadas administrativamente.
b) La calificación del contrato relevante como nominado o típico.
c) Que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento.
d) Que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial.

Estos requisitos combinan elementos normativos de las tres normas contenidas en el artículo 1399 CC para así detonar la aplicación de los efectos de cada una de dichas normas. Desarrollaremos a detalle los mencionados requisitos a continuación.

6.1. Elementos constantes a las tres Normas contenidas en el artículo 1399 del Código Civil

6.1.1. La celebración de un contrato de adhesión (CdA) o de un contrato con cláusulas generales de contratación (CGdC) no aprobadas administrativamente

El remedio de la prohibición de las cláusulas abusivas se encuentra reservado básicamente para los contratos estandarizados, esto es, para CdAs y para acuerdos con CGdC (no aprobadas administrativamente). Ambas categorías -así como los alcances de la aprobación administrativa- ya fueron explicadas *supra*, por lo que nos remitimos a lo ya desarrollado.

6.1.2. La calificación del contrato relevante como nominado o típico

La Sección Segunda del Libro VII del CC se titula *Contratos Nominados*(40). A pesar de esta nomenclatura, el mencionado estatuto en realidad disciplina a lo que la doctrina civilista denomina contratos típicos(41). La tipicidad es una característica compartida por esquemas negociales tales como compraventa, el arrendamiento, el suministro, la donación, entre muchos otros(42).

Un contrato típico es aquel apto para ser calificado dentro de un tipo contractual consagrado por el legislador, sea dentro o fuera del Código Civil. ¿Pero qué exactamente debe entenderse por tipo contractual? La doctrina más asentada ha explicado al citado concepto como aquel "modelo de operación económica, llevada a cabo mediante contrato, conocida y difundida en la vida en relación" (Roppo, 2009, p. 393; Bianca, 2007, p. 494) o como aquel "modelo reglamentario abstracto que encierra en sí la representación de una operación económica frecuente en la práctica comercial" (Gazzoni, 2007, p. 808).

Definiremos entonces al tipo contractual como todo aquel modelo legal, abstracto y orgánico de reglas contractuales que canalizan una operación económica llevada a cabo a través del contrato (o de alguna cláusula) que se repite, extiende y consolida en la praxis, en el marco de un espacio histórico-geográfico específico.

El tipo es abstracto en la medida que se encuentra conformado por normas jurídicas, las cuales describen hechos y consecuencias jurídicas, esto es, previsiones de una realidad y de sus efectos relevantes para el Derecho. Por su parte, la disciplina del tipo negocial se caracteriza por ser orgánica en tanto se encuentra compuesto por reglas que se ocupan de los principales aspectos del desenvolvimiento de las operaciones negociales en él subsumidas, tales como su definición y delimitación, los elementos que conforman su contenido, las obligaciones de las partes, formalidades obligatorias excepcionales, distribución de riesgos, regímenes especiales de responsabilidad, subtipos y cuestiones similares.

(40) La mención de contratos nominados ya se encontraba consagrada en los antecedentes normativos del artículo 1399 CC, en particular, en el artículo 77 de la Primera Ponencia Sustitutoria.

(41) Sacco & De Nova aseveran que la tipicidad de una categoría es una característica que se encuentra en función a la figura con la que se la compare. Así, la compraventa con pacto de retroventa es típica respecto a la categoría genérica de la compraventa, el mandato gratuito es típico respecto al mandato. Según esta misma lógica, el contrato en general también vendría a ser típico si se lo confrontase con el paradigma del negocio jurídico. Sin embargo, con la finalidad de no restarle funcionalidad a la presente indagación, el concepto de tipo tomará como referente exclusivo a la institución del contrato en general. Dicho de otra manera, para efectos del presente trabajo, la tipicidad relevante (tipicidad contractual) es aquella que se presenta "entre la categoría (superior) del contrato y aquella (inferior) de los tipos nominados" (1993, p. 421).

(42) Del mismo modo, existen contratos típicos fuera del Código Civil, tales como el contrato de arrendamiento financiero, regulado por el Decreto Legislativo 299, cuyo artículo 1 dictamina lo siguiente: "Considérese Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado".

Por lo expuesto, la disciplina del artículo 1399 CC es aplicable siempre y cuando nos encontremos frente a un contrato típico. Como se verá más adelante, la norma en examen emplea a las reglas legales que integran el tipo negocial como parámetro o estándar de neutralidad (equilibrio normativo)(43) para la asignación de riesgos, obligaciones y responsabilidades en una operación negocial. Por ende, el legislador presume que las cláusulas que se apartan de dicho estándar, en perjuicio del adherente, son vejatorias.

6.1.3. Que alguna cláusula del contrato relevante contraríe la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento

El tercer requisito para la aplicación de la norma en examen resulta complejo, pues está compuesto por múltiples elementos que es indispensable individualizar y definir. Esclarecer el significado jurídico del artículo estudiado(44) –y de sus elementos– no es precisamente una tarea sencilla, pero sí, necesaria. A tales fines, resulta menester emplear correctamente los métodos de interpretación legislativa, los cuales precisamente tienen la misión de "explicar haciendo explícito y claro el sentido de la ley" (Betti, 1975, p. 239)(45).

Una interpretación idónea de la norma presupone la aplicación del método literal, pero impide detenerse en él, obligando al intérprete a emplear conjuntamente a los otros métodos hermenéuticos estabilizados por doctrina y jurisprudencia. Aplicar un criterio interpretativo aislado es sólo un indicio incompleto de razonabilidad. Esta última es un resultado que solo puede estabilizarse a partir de la aplicación conjunta de todos los métodos interpretativos relevantes.

Ante tales circunstancias, cobra prestigio la interpretación correctiva, la cual busca "(…) corregir el significado literal, sustituyéndolo, total o parcialmente, por su significado genético (y/o teleológico) divergente" (Chiassoni, 2011, p. 149)(46). Así, (…) "es correctora cualquier interpretación que atribuye a un texto normativo no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto". (Guastini, 2016, p. 32; Tarello, 1980, pp. 35 y 38)(47). 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 circunscribe

(43) Las fronteras entre el equilibrio económico –*prima facie* inalterable– y el equilibrio normativo, materia de revisión judicial (Momberg, 2013, pp. 32-33; Di Majo, 2002, s/p) mediante remedios como control del contenido ex artículo 1399, tiene importantes matices. El primer concepto (equilibrio económico), se fija en el objeto principal del contrato y alude a la identificación y cuantificación económica de los dos polos de la relación de cambio. Dicho de otra forma, el equilibrio económico se encuentra relacionado directamente a las magnitudes del intercambio. El equilibrio normativo, en cambio, concierne a las situaciones jurídicas que deben ocupar las partes en el programa negocial según una concepción abstracta de justicia consagrada por el legislador, y que se plasma principalmente en el derecho dispositivo.
Sin perjuicio de ello, la alteración del equilibrio normativo acarrea un costo económico. Los términos y condiciones y los objetos mediante aquellas intercambiados, forman un solo paquete de asignación de riesgos capaz de influir en el valor de la contraprestación (Rodriguez, 2015, pp. 77 y ss.). Por ende, no es posible negar que la erradicación de cláusulas abusivas (control normativo) altera las expectativas económicas del predisponente (equilibrio económico). Con todo, esta alteración parece enmarcada dentro del alea normal, debiendo ser soportada por el predisponente, quien asume el riesgo del conocimiento de la legislación aplicable.

(44) Al respecto*, véase*, Tarello (1980, pp. 39-40), quien 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.

(45) 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".

(46) El autor distingue tres tipos de interpretación correctiva:
a) La interpretación restrictiva, interpretatio restrictiva, que opera bajo el presupuesto que lex magis dixit quam voluit.
b) La interpretación extensiva, interpretatio extensiva, que pertenece todavía al ámbito de la comprehensio legis y opera bajo el presupuesto lex minus dixit quam voluit.
c) 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".

(47) Tarello 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.

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).

A continuación, propondremos una lectura del tercer requisito del artículo 1399 CC (y de sus tres elementos). En ocasiones, esta lectura coincidirá con el significado literal más inmediato derivado de la norma, mientras que en otras optaremos por una interpretación correctiva, atendiendo en todo momento a lo que los métodos de la interpretación legislativa determinen como razonable.

6.1.3.1. Sobre el alcance del término "cláusula"

Según Grasetti[(48)], en primer lugar, podría entenderse a la *cláusula* como cualquier proposición incluida en el negocio jurídico, esto es, como una descripción meramente formal que no supone necesariamente autonomía sustancial respecto a otras proposiciones. Aquella *cláusula-proposición* podría o no tener valor preceptivo. El artículo 1363 del CC italiano (según el cual "[l]as cláusulas del contrato se interpretan unas por medio de las otras, atribuyendo el sentido que resulta de la totalidad del acto") se referiría a la acepción explicitada.

Pero una cláusula podría ser entendida como precepto negocial unitario caracterizado por ser inescindible. Se trata, entonces, de "un precepto negocial autónomo" (al respecto, *véase*. Gentili, 1999, p. 1354)[(49)] –*cláusula-precepto*–, el mismo que puede encontrarse contenido en una única *cláusula-proposición* (*cláusula simple*) o bien en múltiples proposiciones (*cláusula compuesta*). Hace alusión a la idea de *cláusula-precepto* la norma del *Codice* según la cual "[l]a nulidad parcial de un contrato o de cláusulas individuales importa la nulidad de la totalidad del contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que se encuentra afectada por la nulidad (…)"[(50)].

En esta línea, Franzoni entiende a la cláusula en los siguientes términos

> Como primera aproximación, la cláusula debe ser entendida como la unidad elemental de la parte dispositiva del acuerdo contractual. Sin embargo, aquella no se identifica con el articulado del contrato, aun cuando aquel se divida en artículos y en apartados, del mismo modo en que una norma jurídica escrita no necesariamente se identifica con el artículo de una ley o con uno de sus párrafos. Se suele precisar que la cláusula es un precepto completo que presenta aquel mínimo grado de autonomía que permite distinguirlo del resto (1999, p. 39).

Como se advierte, la primera aproximación en el entendimiento de Franzoni se asemeja a la *cláusula-precepto*, en vista de que se trata de una unidad negocial, dispositiva, inescindible y autónoma.

Otro autor distingue entre *cláusulas en sentido formal* y aquellas *en sentido sustancial*. Las primeras se refieren fragmentación en la cual las partes organizan o dividen el contenido negocial[(51)], esto es, a cualquier apartado del contrato. A manera de ejemplo, vendrían a conformar aquella categoría los fragmentos de volición que llevan por título "antecedentes", "domicilio", "objeto", "resolución", "declaraciones de las partes", etc. Esta categoría poco o nada nos dice del genuino valor regulador presente, pues no toma en cuenta el direccionamiento del concepto hacia la obtención de efectos jurídicos.

Por su parte, las *cláusulas en sentido sustancial*, contienen un único precepto indivisible del contrato capaz de producir efectos jurídicos (Sicchiero, 2006, p. 1647). Se trata de una regla que cual constituye la unidad mínima en que puede ser dividida un reglamento negocial sin sacrificar su sentido lógico. Desde esta óptica, una *cláusula en*

(48) El autor elabora su discurso en base a la regulación del Código Civil italiano.

(49) El autor puntualiza, que a partir de fines de los 60, la jurisprudencia italiana definió a la cláusula como "precepto de autonomía privada". Tal precepto sería jurídicamente inescindible, es decir infraccionable.

(50) Grasetti concibe una tercera acepción de cláusula: aquella que la concibe como comando heteronormativo, esto es, como precepto –inderogable o supletorio– que la ley incorpora en el negocio jurídico (1960, p. 1350). Así, vendría a ser una cláusula aquella recogida en el artículo 1340 del CC italiano, en virtud del cual "[l]as cláusulas de uso se entienden incorporadas al contrato si no resulta que no han sido queridas por las partes". Para efectos de la presente investigación, limitaremos el ámbito de investigación a las cláusulas que emanan de la autonomía privada, sin descartar que algunas normas puedan referirse a aquel término empleando similar nomenclatura.

(51) Criscuoli se refiere a negocios objetivamente complejos como aquellos que constan de "una pluralidad de disposiciones o convenciones dirigidas a regular la misma materia bajo el aspecto de una misma causa objetiva" (1959, pp. 140-141). Posteriormente, el autor distingue entre cláusula parte y cláusula según, "según que, respectivamente, ellas se encuadren en la unidad negocial bajo el perfil de la misma causa o representen, individualmente consideradas, caracterizadas por una función propia, específicos negocios autónomos" (p. 185).

sentido formal usualmente contendrá diversas *cláusulas en sentido sustancial*(52).

Estimamos que las posturas expuestas resultan en esencia coincidentes.

En lo que atañe al artículo 1399 CC, consideramos que éste opera a nivel de las *cláusulas-precepto* o *cláusulas en sentido sustancial*, pues solamente verificando las consecuencias producidas por cada regla autónoma se puede comprobar qué cláusulas (...) deben ser eliminadas en cuanto contrarias a la ley y cuáles mantenidas (Sicchiero, 2006, p. 1647).

Dicho de otra manera, la prohibición contenida en el dispositivo examinado no tiene por qué afectar indispensablemente a la totalidad de una *cláusula-proposición* o *cláusula en sentido formal* (por ejemplo, a la totalidad de la Cláusula Sexta: "Exoneración de responsabilidad", cuyo contenido alberga diversos supuestos, algunos vejatorios y los otros perfectamente razonables). Bien podría darse que una *cláusula-proposición* perviva parcialmente tras la declaración de abusividad de una de las *cláusulas-precepto* que conformaban su redacción.

Por ende, de ahora en adelante cuando aludamos al término *cláusula*, nos referiremos a su acepción como *cláusula-precepto* o *cláusula en sentido sustancial*.

6.1.3.2. Sobre el alcance del término "contrariedad"

Para que se contravenga una norma dispositiva no basta que el pacto simplemente aborde o refiera a la materia o aspecto de la realidad regulada por aquella. Cuando la regla legal disciplina a un derecho o un deber de manera genérica –sin individualizar un aspecto temporal, cualitativo, cuantitativo o espacial– no habrá contradicción si la cláusula incorporada:

a) Solo reproduce la norma supletoria, que de todos modos se aplicará en defecto de la cláusula (Sacco & De Nova, 2016, p. 374).
b) Introduce un factor novedoso que, sin embargo, solo concreta o especifica el aspecto genéricamente normado por el legislador.

En ambos casos, el pacto se encuentra alineado a la previsión legal, a la cual repite, desarrolla o especifica. Así, por ejemplo, una cláusula resolutoria está alineada con el derecho a resolver del acreedor, si es que el pacto se ha limitado a esencializar el incumplimiento o si solo repite el artículo 1429 CC.

Para que exista contrariedad al derecho dispositivo se precisa que la estipulación se oponga inconciliablemente al contenido explícito o implícito de la regulación legal. A mayor detalle, existirá oposición en cualquiera de los siguientes dos escenarios:

a) El pacto elimina un derecho u deber normativamente concedido. Por ejemplo, en un contrato estandarizado de construcción se estipula una cláusula de *continued performance* o *keep working*, conforme a la cual el contratista no podrá suspender los trabajos bajo ninguna circunstancia sin autorización de los tribunales. Semejante estipulación elimina el derecho a suspender extrajudicialmente el cumplimiento derecho que, bajo ciertas circunstancias, le otorga al contratista la regulación de la fuerza mayor (artículos 1315 y 1316 CC) o la excepción de incumplimiento (artículo 1426 CC).
b) El pacto modifica o altera alguno de los aspectos relevantes (de una situación fáctica cualitativos, cuantitativos, temporales o espaciales) dictaminados por la regulación legal. En ese sentido, se verificará una contravención al artículo 1553 CC si, en contraste con el aspecto espacial allí determinado (lugar de entrega

(52) Un sector de la doctrina nacional ha definido a la cláusula como "cualquiera de las proposiciones en las cuales consta, o puede constar, el contenido del negocio jurídico, es decir, la determinación relativa a un punto cualquiera de la fattispecie negocial" (Palacios, 2002, p. 186). En ese sentido, semejante categoría se caracterizaría por tener:
a) Carácter aislable: Ya que la cláusula debe poder ser separada del contenido sin que afecte el sentido otorgado a las otras proposiciones ni el suyo propio. Así, este carácter "supone que al extraer hipotéticamente una proposición, sea perfectamente distinguible la particular regulación que ella incorpora" (Palacios, 2002, p. 187).
b) Carácter inescindible: Esto es, una cláusula no debe poder dividirse en partes que, por sí, puedan constituir ulteriores puntos de regulación autónoma. De lo contrario, estaríamos frente a cláusulas compuestas o complejas.
El referido parecer, que parece referirse a las cláusulas-precepto, concluye que la cláusula constituye un "punto de regulación", esto es, "la proposición o determinación independiente que resuelve satisfactoriamente una concreta incertidumbre, exigida o permitida por el ordenamiento, para una reglamentación de intereses destinada a satisfacer las necesidades de los sujetos negociales" (Palacios, 2002, p. 188).

del bien vendido), se acuerda que el bien se entregará en los talleres del vendedor; o si, en contraste con el aspecto cuantitativo dispuesto por el artículo 1323 CC (constituido por el atraso de 3 cuotas), en un mutuo se establece que el atraso gatillador de terminación anticipada o aceleración será un atraso de 10 cuotas.

Otro ejemplo de contrariedad se puede presentar cuando en un contrato estandarizado se establece como regulación contractual una ley extranjera o un cuerpo normativo estándar propio de alguna industria. Esta remisión podría colisionar con el derecho dispositivo, al menos en aquellos extremos en que el pacto elimina y disminuye, en detrimento del adherente, derechos que la legislación nacional le garantiza a éste.

Como contrapartida, no podría existir contrariedad al derecho dispositivo si no existe norma aplicable para una situación de la realidad. Luego, las partes no contravienen ninguna regla supletoria al fijar un precio (alto o bajo) para la venta de una maquinaria, pues simplemente no existe norma típica que discipline con carácter general cuál debe ser el precio congruo en este tipo de operaciones(53). Como se verá posteriormente, el legislador solo de manera muy excepcional dedica normas dispositivas a la cuantificación de la relación de cambio.

6.1.3.3. Sobre el alcance de la frase "normas establecidas para el correspondiente contrato"

Es menester dilucidar la especie de norma jurídica a que se refiere el artículo 1399 CC. La regulación legal de los tipos negociales contiene normas de diversa índole, las cuales pueden ser agrupadas en dispositivas e imperativas. Las primeras, son reglas que los sujetos pueden excluir o modificar mediante el ejercicio de su libertad de configuración interna(54), pues la regulación legal en este ámbito es meramente supletoria. En contraste, las normas imperativas se caracterizan por (a) prohibir conductas disfuncionales y/o proteger intereses de orden público o privado(55) y por (b) ser inderogables y mandatorias, encontrándose fuera del ámbito de la autonomía privada e imponiéndose a ésta, conforme al artículo 1354 CC.

Existe cierta discusión sobre si el artículo 1399 CC toma como insumo solo a las normas dispositivas que integran el régimen particular de cada contrato o si, además de ello, se extiende a las normas imperativas que conforman dicho régimen (como sería, por ejemplo, la prohibición de pacto de mejor comprador, *ex* inciso 1 del artículo 1582 CC). Sobre este punto, cierta opinión propone la aplicación del artículo en examen a ambas clases de preceptos(56). Este parecer podría ser respaldado por la idea de que las normas imperativas de cada tipo contractual –al final del día– también son "normas establecidas para el correspondiente contrato", siendo que donde el legislador no distingue el intérprete tendría vetado distinguir (Tamani, 2022, p. 409).

Dicha posición no es de recibo. El artículo en examen no se refiere a normas que cuentan con fuerza mandatoria para el paradigma general del contrato, independientemente de que se trate de uno estandarizado o de uno B2B. Las normas imperativas comunes o generales ya poseen un efecto limitativo derechamente asignado por el sistema legal, el cual irradia transversalmente al concepto de contrato en todas sus categorías. No sería lógico –ni aportaría ningún factor de novedad– que semejantes preceptos vuelvan a recibir –como *enforcement*, bajo el artículo 1399 CC– el mismo efecto mandatorio que ya poseían. Más aún, semejante técnica legislativa además de ser defectuosa, ocasionaría un irremediable imposible jurídico.

Es claro, al respecto, De la Puente:

> (…) siendo las normas imperativas de observancia inexcusable, resulta ocioso dar a entender que las estipulaciones de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente que son

(53) En contraste con ello, existen normas supletorias que establecen a la tasa de interés legal como tasa supletoriamente aplicable.
(54) Concepto que forma parte de su autonomía privada.
(55) De conformidad con el artículo 1356 "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".
(56) En autor asevera lo siguiente: "(…) surge la duda respecto a si se está haciendo referencia a las normas dispositivas e imperativas o solo a estas últimas. En este punto nos encontramos de acuerdo con la doctrina nacional que coincide en indicar que se está haciendo referencia a ambas. Ello se justifica en la división entre contratos con cláusulas generales aprobadas y con cláusulas generales no aprobadas, en la búsqueda de generar un marco normativo que proteja a los consumidores perjudicados por la no existencia de un control estatal sobre el contenido de los contratos. En el caso de los contratos paritarios a los que podría ser aplicable la justificación estaría dada por la diferencia de poder de mercado que ostentan las partes intervinientes y que permiten la constitución de acuerdos sin negociación previa" (Tamani, 2022, p. 409).

contrarias a estas normas carecen de eficacia, pues ello ya está establecido, con carácter general para todos los contratos, por el artículo 1354 del Código Civil (2007, p. 799).

Consecuentemente, el artículo 1399 CC toma como insumo únicamente a las normas dispositivas que integran el régimen aplicable a los contratos típicos. Este entendimiento era más claro en el artículo 77 de la Primera Ponencia Sustitutoria, el cual aludía a "normas dispositivas establecidas por la ley para este tipo de contrato [énfasis agregado]". Empero, por las razones expuestas en este apartado, creemos que se debería llegar al mismo resultado interpretativo, aun cuando el lenguaje empleado en el actual 1399 CC sea diverso.

El artículo en comento alude a las normas dispositivas aplicables a los diversos tipos negociales, y tiene tantas prohibiciones potenciales como reglas dispositivas existen. Se trata, como podrá advertirse, de una gran cantidad (capaz además de actualizarse con el transcurrir del tiempo) de normas restrictivas de la autonomía privada. Esta realidad hace que, tal como apuntaba Albiez para el sistema alemán, sea indispensable que todo despacho legal que trabaja con contratos estandarizados tenga en cuenta las normas de derecho dispositivo (sea en el Código Civil o en la regulación sectorial pertinente) (2014, p. 185).

El carácter expansivo del artículo 1399 CC contrasta con la prohibición taxativa del artículo 1398 CC, la cual solo abarca como *numerus clausus* a (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Finalmente (sobre este punto), un sector de la doctrina latinoamericana ha criticado la idea según la cual el derecho dispositivo puede configurar un límite a la autonomía privada en contratos estandarizados. Esta posición considera que esto deviene en "un verdadero contrasentido", ya que "no podría, en aras de buscar la justicia y la equidad en los contratos, sacrificarse un principio creador y dinámico" (Camacho, 2022, p. 55). A la opinión de la autora subyace la idea de que el derecho dispositivo, por su propia naturaleza intrínseca, jamás debería dejar de ser derogable por la autonomía privada.

La objeción no puede compartirse, en tanto pierde de vista que nos encontramos en el ámbito de los contratos estandarizados, paradigma distinto al de los acuerdos B2B y en donde el legislador ha consagrado la necesidad de proteger al adherente contra las cláusulas vejatorias, para lo cual existe una norma –en el Perú, el artículo 1399 CC– que limita legítimamente a la autonomía privada tomando como insumo al derecho dispositivo.

6.1.3.4. Sobre el tipo de normas dispositivas reguladas en el artículo 1399 del Código Civil

Es menester esclarecer si la contravención a la totalidad de las normas dispositivas que resulten aplicables a un contrato típico es apta para ocasionar la presunción de abusividad, fijada en la *Primera Norma* del artículo 1399 CC. Y es que podría dudarse de cuál es la jerarquía y proveniencia de las "normas establecidas para el correspondiente contrato" capaces de encajar en el artículo mencionado.

Respecto a la jerarquía de las "normas establecidas para el correspondiente contrato", es claro que, además del Código Civil, un contrato típico también podría hallar su disciplina en normas sectoriales que incluso podrían tener jerarquía infralegal (reglamentos o circulares)(57). Ahora bien, el hecho que una especie de contrato se encuentre gobernado por una norma infralegal, no niega que las partes que acuden a dicho negocio presenten exactamente las mismas necesidades de protección del adherente que celebra alguno de los contratos típicos consagrados en el Código Civil. Por ende, somos de la opinión que el artículo 1399 CC se aplica también para disciplinas típicas infralegales.

Pasando a otro punto, podría dudarse sobre si el artículo 1399 CC incluye a las reglas dispositivas que integran los estatutos generales del Código Civil(58), esto es, estatutos como los del contrato en general, las obligaciones y aquel dedicado al acto jurídico.

(57) Tal es el caso el contrato del que deriva la fianza bancaria, regulado mediante Circular B - 2101 – 2001 SBS.

(58) Respecto a la noción de norma general, Gabrielli ha mencionado autorizadamente lo siguiente:
"(...) la locución «normas generales» puede significar, en primer lugar, normas que preceden a las «normas particulares», las mismas que serían aquellas que constituyen la regulación peculiar de cada tipo de contrato individual; de modo que, bajo tal acepción, la locución «normas generales» denotaría un esquema genérico, de por sí completo, que se contrapone, colocándose sobre un plano normativo superior, a los numerosos esquemas correspondientes a los tipos individuales, y de tal manera no sería pasible de confundirse con estos últimos" (2013, p. 46).

Se trata, como se advierte, de estatutos portadores de reglas que se oponen a las "reglas particulares de cada tipo", a que se refiere el artículo 1353 CC.

La respuesta a esta compleja interrogante pasa por interpretar razonablemente la frase "normas establecidas para el correspondiente contrato", explicitada en el artículo en comento. Dado que estamos frente a una norma que limita la autonomía privada, podría pensarse que la interpretación en este ámbito debe ser restrictiva. Bajo esta óptica, las únicas normas que ingresarían en el ámbito aplicativo del dispositivo en comento serían aquellas consagradas en los estatutos especiales: los denominados *Contratos Nominados*.

Estimamos que la posición aludida no resulta plausible. Ello en atención a las siguientes razones:

a) No existe norma, principio o concepto según el cual la norma imperativa (como la *Segunda Norma* del artículo 1399) deba necesariamente –y en todos los casos– ser interpretada de forma limitativa. Por el contrario, en el caso concreto, se ha vislumbrado la necesidad de interpretar de manera extensiva las normas de control del contenido de acuerdos estandarizados[59] incluso en la misma Exposición de Motivos del Código Civil: "Como puede apreciarse, la enumeración [*del artículo 1398*] es notoriamente incompleta y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva" (Cárdenas, 1996, p. 24) [Corchetes agregados]. Asimismo, una interpretación extensiva podría contribuir a paliar el importante vacío generado por la inexistencia de una definición de cláusula abusiva en el sistema civil peruano.
b) Incluso atendiendo a la literalidad, las normas dispositivas de los estatutos generales también deben ser vistas como "normas establecidas para el correspondiente contrato". Ello se debe a que aquellas normas confluyen con las normas especiales y, junto con éstas, conforman el *corpus* de reglas (supletorias e imperativas) que gobiernan el funcionamiento de los contratos típicos.
c) La *ratio legis* del artículo 1399 CC termina por estabilizar su significado. En efecto, el propósito de la norma reside en proteger al adherente de contratos estandarizados mediante la tachadura de cláusulas altamente disfuncionales cuya presencia no llega a estar justificada por las circunstancias. Esta idea nos aleja de una lectura restrictiva del alcance del artículo 1399 CC, pues resulta indudable que las normas dispositivas de los estatutos generales contienen principios y reglas fundamentales que se corresponden con las expectativas más elementales del adherente. La contravención de estos principios y reglas hace que el pacto tenga elevadas probabilidades de ser vejatorio. Pensemos, por ejemplo, en los derechos (i) a resolver un contrato por incumplimiento esencial de la contraparte (artículos 1428 y 1429 CC); (ii) a quedar exento de responsabilidad como consecuencia de la fuerza mayor (artículos 1315 y 1317 CC); (iii) a oponerse (extrajudicialmente) a cumplir un contrato ineficaz, a considerar no ejecutado un servicio o entregable materialmente defectuoso (artículo 1151, inciso 2 CC), y (iv) a que la eficacia de una declaración recepticia se desencadene con su arribo a la esfera de organización del destinatario (artículo 1374 CC).
Creemos que por razones de coherencia elemental, un sistema legal que ha optado por el control del contenido del contrato no podría dejar de considerar altamente sospechoso de vejatoriedad a los pactos que erradiquen cualquiera de los derechos antes mencionados, en perjuicio de quien se adhirió a un contrato estandarizado[60].
d) La aplicación del derecho dispositivo contenido en los estatutos generales permite reencauzar la protección del artículo 1399 CC hacia vías consideradas como plausibles en modelos jurídicos más asentados (como el alemán y el francés, e incluso bajo la normativa comunitaria europea). Así, solo la lectura propuesta permitirá aplicar la presunción de abusividad a la (i) eliminación de manifestaciones "dispositivas" de la

(59) En ese sentido, se ha concluido lo siguiente: "el Código Civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución. En efecto, si el Estado defiende el interés de los consumidores, estos no podrán quedar desprotegidos en aquellas situaciones no previstas taxativamente por el artículo 1398 del Código Civil, al cual no deberíamos entender como una norma de excepción, por cuanto el artículo 1354 se aplica cuando "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato". En cambio, el artículo 1398 opera cuando una de las partes ha redactado previamente el contrato (sea de adhesión o con cláusulas generales de contratación) unilateralmente. Consecuentemente, lejos de existir una relación de excepcionalidad del artículo 1398 con respecto al artículo 1354, ambas regulan dos situaciones totalmente distintas" [énfasis agregado] (Espinoza, 1998, p.145).

(60) Siendo que en ocasiones se llega a discutir la validez del pacto en contratos paritarios con negociación individualizada (B2B).

buena fe (artículo 1362 CC), tales como ciertos deberes de información[61] y (ii) a las erosiones a algunos aspectos "disponibles" del *pacta sunt servanda* (artículo 1361 CC), como los poderes incausados de acelerar el vencimiento de un financiamiento[62].

e) La ubicación de una regla dispositiva como integrante del estatuto especial o general suele obedecer a meras discreciones legislativas o incluso errores en la técnica de codificación. Existen entonces reglas contractuales fungibles entre la parte general y especial (Momberg, 2013, p. 14). Así, solo como ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en algunos sistemas legales, el Código Civil peruano incluye a las garantías de saneamiento en el Libro correspondiente al "Contrato en General" y no en el libro de los "Contratos Nominados". Pero semejante fungibilidad, debida a una falla o a una discreción del legislador, no tiene por qué disminuir la protección que el derecho objetivo asigna a los adherentes.

Por las razones expuestas, concluimos que cuando nuestro Código Sustantivo refiere a "(...) las normas establecidas para el correspondiente contrato (...)", alude tanto a las normas particulares consagradas en el estatuto de los *contratos nominados* como a las normas de estatutos generales.

Según un orden de cosas distinto, cabe analizar si el artículo 1399 CC adopta como insumo a las reglas contractuales derivadas de los usos y costumbres. De entrada, se podría pensar que la frase "normas establecidas para el correspondiente contrato" refiere únicamente a las normas consagradas expresamente por el derecho positivo, excluyendo de este modo a los usos y costumbres del tráfico jurídico-económicos.

Una toma de postura sobre el punto resulta controvertida. Empero, existen argumentos plausibles que apuntan a que el insumo tomado por el artículo 1399 CC se extiende también a los usos y costumbres con valor normativo, en tanto portadores de reglas contractuales socialmente consolidadas. Se trata de los siguientes argumentos:

a) Tal como lo señalado *infra*, el artículo 1399 CC no debe ser materia de interpretación restrictiva, sino de una lectura que potencie su *ratio legis*.

b) La literalidad del artículo en comento soporta la lectura propuesta. En efecto, los usos y costumbres son verdaderas "normas establecidas para el correspondiente contrato", en tanto son genuinas reglas contractual supletorias que, si bien no han sido consagradas expresamente por el legislador, son indudablemente aplicables a contratos típicos, en clave de integración heterónoma.
En efecto, los usos y costumbres son preceptos heterónomos que se integran a la relación jurídica para disciplinar su devenir, incluso preponderando sobre las normas supletorias de cada contrato[63]. Estas reglas hallan su fuente de validez en el derecho privado, específicamente, en los artículos 1353 del Código Civil y 2 del Código de Comercio, conforme a los cuales las "reglas sociales" son también "reglas" contractuales (concepto que engloba a los estatutos normativos) (Soria, 2014, p. 33)[64].

c) Si el legislador peruano hubiese consagrado el texto derivado de la primera

(61) No nos referimos al contenido nuclear de la buena fe, el cual es claramente irrenunciable por anticipado, al ser un aspecto integrante del orden público.

(62) Estos términos y condiciones serían válidos en contratos B2B.

(63) En tanto se adaptan con mayor especificidad a la operación económica concretamente puesta en marcha.

(64) En particular, Soria señala lo siguiente: "otra norma que reconoce la prioridad de las reglas sociales respecto de las disposiciones legales supletorias es el propio artículo 1353 del Código Civil, el cual dispone que las reglas generales acerca de contratos serán aplicables a cualquier contrato (sea típico o atípico) salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato" (2014, p. 33).
Como es fácil de advertir, este artículo, si bien establece como regla general que a todos los contratos (inclusive a los atípicos) les resultan de aplicación las reglas generales acerca de contratos, dicha norma también precisa que eso será así salvo en cuanto dichas normas generales acerca de contratos.
Es precisamente la salvedad establecida en el artículo 1353 del Código Civil la que admite a las reglas sociales (contenidas en los usos y costumbres), como regla aplicable inmediatamente después de verificar que las partes no han establecido pacto alguno en su respectivo contrato, que solucione una determinada situación.
Efectivamente, si aceptamos que los "contratos atípicos con tipicidad social" contienen "reglas particulares" que vienen dadas por los usos y costumbres, en aplicación del artículo 1353 del Código Civil, no podría admitirse que dichas "reglas particulares" (reglas sociales) puedan ser postergadas para aplicar las reglas generales de contratos. Como consecuencia de lo expresado, los usos y costumbres que son las "reglas particulares" del contrato atípico con tipicidad social, serán las reglas inmediatamente aplicables, en caso de defecto o vacío en el pacto de las partes.
Como resulta evidente, esta interpretación resulta plenamente concordante con lo establecido en el artículo 2 del Código de Comercio.

Ponencia Sustitutoria (que aludía a "normas dispositivas establecidas por ley para ese tipo de contrato") quizás hubiese sido menos probable soportar una interpretación extensiva que abarque a los usos y costumbres. Pero el texto actual del 1399 CC alude a "normas establecidas para el correspondiente contrato", sin precisar a si debe considerarse solo a aquellas consagradas expresamente por el legislador o no. La eliminación de la frase "por ley" otorga mayor flexibilidad al intérprete para estabilizar el significado del artículo en comento. Y en ese sentido, permite comprender a todos los cuerpos normativos que provean reglas heterónomas aplicables a un contrato típico.

d) Como ya se mencionó, la *ratio legis* del artículo 1399 CC reside en proteger al adherente de contratos estandarizados mediante la tachadura de pactos gruesamente disfuncionales e injustificados. Desde el punto de vista teleológico, los usos y costumbres suelen reflejar –incluso mejor que las propias normas jurídicas dispositivas singulares y generales– lo razonable en el mercado relevante (tanto así que son precisamente estas reglas razonables las que llegan a ser consagradas por el legislador para conformar el derecho dispositivo). Por ende, la aplicabilidad de las reglas derivadas de usos y costumbres, bajo el artículo 1399 CC, es plenamente coherente con la *ratio legis* de la referida norma. Dicho de otro modo, el pacto que se desvía esencialmente de los usos y costumbres debería llevar a presumir, al igual que la contrariedad a la regulación legal del tipo, la abusividad de la cláusula.

e) La lectura que incorpora en el ámbito de aplicación del 1399 CC a los usos y costumbres es equilibrada no amplía excesivamente la aplicación del dispositivo que nos ocupa, pues se mantiene sobre el adherente la carga de acreditar la existencia de la regla consuetudinaria invocada, situación que en ocasiones presentará no escasas dificultades[65].

Ilustraremos la aplicación del artículo 1399 a los usos y costumbres valiéndonos de un ejemplo. El propietario-predisponente "A" celebra un contrato de obra con el contratista-adherente "B" para encomendarle la implementación de cierta unidad productiva a cambio de un USD $ 25'000,000.00. En el contrato se incorpora una cláusula según la cual "B" no tendrá derecho a ampliaciones de plazo por eventos no imputables (atrasos excusables) que impacten la ruta crítica del cronograma. En vez de ello, ante tales eventos, el contratista será responsable por incorporar oportunamente todos los recursos que resulten necesarios para cumplir con el hito final en la fecha-fin originalmente convenida.

Pues bien, en estos casos, estimamos que "B" podría considerar impugnar la referida cláusula bajo los alcances del artículo 1399 CC, absolviendo la carga de acreditar lo siguiente:

a) es un uso y costumbre importante de la industria constructiva (nacional e internacional) la regla según la cual si la ruta crítica del proyecto se impacta por eventos no imputables al contratista (atrasos excusables), este tendrá derecho a una ampliación de plazo para la entrega del hito final;
b) la cláusula incorporada deroga "normas establecidas para el correspondiente contrato", pues se desvía de la regla consuetudinaria antes expuesta; y,
c) si "A" no logra probar la justificación que haga equilibrado el pacto en concreto, entonces éste último será nulo bajo el artículo 1399 CC.

En conclusión, para efectos de la aplicación del artículo 1399 CC, las "normas establecidas para el correspondiente contrato" refieren a un *corpus* que engloba (a) a las normas dispositivas consagradas específicamente para cada tipo negocial, (b) a las reglas derivadas de los usos y costumbres con valor normativo, y (c) reglas y principios del derecho dispositivo contenido en los estatutos generales.

Gráficamente, el *corpus* de reglas dispositivas que se integran al contrato y que resultan relevantes ex artículo 1399, puede ser ilustrado de la siguiente manera:

Figura 1

Significado relevante de "normas establecidas para el correspondiente contrato" (artículo 1399 del Código Civil)

(65) Y es que los usos y costumbres no se invocan, como ocurre con las normas legalmente consagradas, sino que deben ser acreditadas por quien las alega, como si fuesen hechos.

Todas estas normas (incluidas en estatutos particulares, generales y aquellas provenientes de usos y costumbres) conforman un modelo reglamentario neutral de repartición de riesgos (equilibrio normativo) cuya contravención injustificada acarrea una estipulación sospechosa de vejatoriedad *ex* artículo 1399. Si la característica que define al carácter abusivo de una cláusula es la subversión esencial de la asignación de riesgos neutral de un acuerdo, no resulta razonable dejar de considerar a la universalidad de normas mencionadas.

6.1.3.5. Que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial

Para calificar como abusiva, la cláusula incorporada en el negocio estandarizado ha de ocasionar un impacto adverso o detrimento en el adherente, el cual ha de ser, además, esencial. Nos ocuparemos de ambos requisitos a continuación.

El impacto adverso puede consistir en (a) la eliminación de un derecho que el sistema le confiere al adherente o (b) en su disminución o modificación en alguno de sus aspectos relevantes: cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial. En ambos casos, el resultado de dicho cambio debe ser un detrimento o disminución de la posición del adherente.

La concurrencia de impacto adverso en el adherente se encuentra incluida en el artículo 1398 CC, el cual predica la invalidez de aquellas estipulaciones que operan "(…) en favor de quien las ha redactado (…)". Si bien no existe una mención similar en la norma objeto de este trabajo, su presencia se hace indispensable en virtud de la *ratio* común a todos los remedios de control del contenido del contrato estandarizado.

En este orden de ideas, si la cláusula incorporada en el acuerdo estandarizado ocasiona un impacto beneficioso o benévolo en el adherente, tomando como punto de referencia a la disciplina del tipo, no será aplicable el artículo 1399 CC (en particular, su *Primera Norma*). Así, no podría ser presuntamente vejatoria ninguna de las siguientes estipulaciones: (a) el pacto otorga al adquirente-adherente de prendas de vestir el derecho de desistimiento *ad nutum* cuando la ley no le concede semejante prerrogativa; o, (b) el pacto que le asigna al adherente 45 días para corregir su incumplimiento, previo al derecho a resolver extrajudicialmente en cabeza de la contraparte[66].

Contra este entendimiento, podría pensarse que lo que impide que las estipulaciones beneficiosas para el adherente califiquen como abusivas es –en realidad– la acreditación de la justificación del pacto por obra del predisponente (*Tercera Norma* del artículo 1399). A nuestro modo de ver, esta lectura no sería correcta en atención a las siguientes razones:

a) No existe ninguna norma, principio o concepto en el derecho contractual que justifique presumir (bajo la *Primera Norma* del artículo 1399 CC) la abusividad de un pacto que ocasiona en el adherente un resultado más beneficioso que aquel que le reserva la disciplina legal (la misma que ha de reputarse como neutral). Simplemente no hay razón para proteger a la parte débil mediante la herramienta tan invasiva como el control del contenido si es que el acuerdo voluntario le concedió un tratamiento más beneficioso que aquel que el legislador consideró como equilibrado.
b) El entendimiento objetado no se condice con las necesidades de protección del adherente ni tampoco con la sistemática empleada por el legislador en el artículo 1398, homóloga funcional del artículo en comento.
c) Presumir la abusividad del pacto más beneficioso para el adherente generaría una consecuencia absurda: quedaría en manos del predisponente el omitir ofrecer prueba contra la cláusula presuntamente vejatoria y, de este modo, aquel controlaría la invalidación el pacto benévolo para su contraparte[67]. Este resultado sería inadmisible pues terminaría por beneficiar al predisponente y por debilitar a la parte a la que la norma busca beneficiar.

Ciertos autores critican la necesidad de concurrencia del detrimento en el adherente en el control del contenido de contratos estandarizados. Según se dice, este requisito colocaría sobre la parte débil de la relación una carga probatoria compleja: la del daño.

Semejante crítica no resulta acertada. Las nociones de impacto adverso o detrimento y daño no son equiparables. La prueba de la concurrencia de ambas, es radicalmente distinta. Tal y como se ha explicado *infra*, el impacto adverso en el adherente puede estar dado por la eliminación de un derecho concedido a aquella parte por el derecho objetivo o en su restricción, respecto a alguno

(66) Este pacto resulta más benévolo para el deudor que el artículo 1429 del Código Civil.
(67) Empero, se necesita que el adherente inicie el proceso sobre la invalidez de la cláusula, aunque cabe la posibilidad que el juez se pronuncie de oficio sobre la invalidez, conforme al artículo 202 CC.

de sus aspectos relevantes (cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial). Por ende, la forma de acreditar esta situación consiste en un simple parangón de la regla contractual y la regla legal, que constituye el punto de referencia. Esta carga probatoria dista mucho del juicio de responsabilidad civil, necesario para acreditar la presencia de daño resarcible.

Pasaremos a referirnos ahora a la necesidad de esencialidad en el impacto adverso en la posición del adherente. Para introducir este punto cabe invitar a la reflexión mediante las siguientes interrogantes: ¿la presunción de abusividad debería afectar al 100% de pactos en contra de preceptos que integran el dispositivo? ¿Si en una compraventa se estipula que el bien no será entregado en el lugar de exhibición –como establece el artículo 1553 CC– sino en los talleres del vendedor (contiguos al primer emplazamiento, pero que suponen un ligeramente mayor costo de transporte), también debería reputarse vejatorio el pacto?

A tono con los modelos comparados, creemos que la respuesta a tales preguntas debería ser negativa. El solo impacto adverso en el adherente –por nimio que sea– no es apto para convertir a una cláusula en vejatoria, pues, a tales fines, debe concurrir un desequilibrio importante, significativo, excesivo, irrazonable, marcado, manifiesto, injustificado o contundente. Lo que queremos decir es que "desequilibrio mínimo no podría dar lugar a una cláusula abusiva" (Camacho, 2022, pp. 84-85)[68], pues el control del contenido se encuentra justificado cuando el pacto sustrae al adherente "la sustancia o naturaleza intrínseca" (De Castro, 2016, p. 72) de la operación contractual, es decir, cuando el pacto genera un impacto de no menor envergadura en la posición de la parte débil.

En realidad, la presunción de vejatoriedad debe quedar reservada para contravenciones al núcleo duro del derecho dispositivo, esto es, para modificaciones capaces de lesionar las expectativas elementales del adherente, conforme a la naturaleza de la operación y a las circunstancias. Se trata de normas supletorias cuya ausencia termine por privar al adherente de aquello que razonablemente tenía derecho a pretender conforme a la tipología negocial a la que se vinculó.

A nuestro juicio, el impacto adverso al adherente es material o esencial en cualquiera de los dos siguientes escenarios:

a) Derogatoria o limitación de los principios elementales de la regulación dispositiva. Luego, sería sospechosa de ser vejatoria una CGdC que elimine el derecho a resolver un contrato por incumplimiento de la contraparte (Mato, 2017, pp. 434-435), que le haga al adherente asumir responsabilidad incluso por fuerza mayor o que determine que la transferencia del riesgo de pérdida y deterioro del bien no se efectúe con la entrega, sino desde la celebración del contrato (aun cuando el bien permanece en custodia del vendedor).

b) Derogatoria o limitación de la asignación de riesgos, deberes y responsabilidades fundamentales de la naturaleza de cada contrato típico, de modo que se coloque en peligro de lesión las expectativas esenciales del adherente. Bajo esta prohibición, será sospechosa la cláusula *pay-if-paid* (Vásquez, 2022, 709 y ss.) insertada en una compraventa en la que se condicione el pago del comprador al cumplimiento de un tercero, pues no solo contraviene el artículo 1529 (el cual califica al precio como un débito puro o incondicional) sino que deroga la naturaleza de intercambio conmutativo de la compraventa, arriesgando la propia existencia de contraprestación para el vendedor, quien por efecto del pacto podría incluso llegar perder el valor del bien transferido[69]. También sería sospechosa la cláusula que elimina el desistimiento *ad nutum* del comitente en un contrato de obra (artículo 1786 CC), pues obligaría al comitente a culminar el proyecto aun cuando haya perdido todo interés en su realización.
Visto de este modo, nuestro sistema engloba una regla semejante a aquella contenida en el artículo 424 del Código Civil brasileño, según la cual "[e]n los contratos de adhesión, son nulas las cláusulas que estipulan renuncia anticipada del adherente al derecho resultante de la naturaleza del negocio"[70].

(68) La autora alude a los siguientes criterios a partir de los cuales se puede desprender el desequilibrio importante: (b) el principio de buena fe objetiva, (b) el derecho dispositivo ("pues en el caso de contratos típicos si una cláusula predispuesta y no negociada se aparta del mismo sin una razón aparente, de manera contundente y desfavoreciendo al contratante adherente, se podrían considerar dados los presupuestos para dar por demostrado un desequilibrio reprochable"), y (c) la naturaleza de los contratos, especialmente en el caso de los contratos atípicos puros (2022, p. 85).

(69) Al ser aleatorio el contrato de compraventa *pay-if-paid*, el vendedor podría no obtener nada a cambio del bien transferido.

(70) Sin embargo, el Código Civil peruano le da la oportunidad al predisponente de acreditar la razonabilidad del pacto y, de este modo, asegurar su validez.

Como fundamento de la necesidad de materialidad del impacto adverso puede apuntarse al principio de conservación del contrato. En efecto, la subsunción de una estipulación negocial en el contenido del artículo 1399 CC ocasiona la eventual aplicación de un remedio jurídico intrusivo en la autonomía privada (la invalidación o la sustitución de la estipulación patológica). La gravedad de la sanción regulada en la norma y el principio de conservación del contrato, indican que no toda contrariedad a la ley supletoria debe suponer una sospecha de vejatoriedad y la consiguiente aplicación del remedio correspondiente, sino solo una contrariedad que perjudique de modo radical la posición del adherente. Si no fuese así, podría terminarse por avalar conductas especulativas de este contratante.

En la misma línea, aunque como una metodología distinta, se ha aseverado que el control del contenido en acuerdo estandarizados debe tener lugar solo cuando se vulnera un umbral elevado de disfuncionalidad. Por debajo de ese umbral, nos encontraríamos ante meras "cláusulas inconvenientes", las cuales no tienen por qué no ser legalmente vinculantes(71) toda vez que el consumidor empoderó –con su elección, realizada mediante la celebración del contrato– al proveedor. A consecuencia de este empoderamiento, el consumidor quedaría en la necesidad de respetar las decisiones de la contraparte. Según este criterio, el deber de respetar "cláusulas inconvenientes" para un consumidor opera de la misma forma en que lo hace la regla según la cual quien votó por un político debe soportar su futura mala gestión como autoridad; y solo puede pedir su vacancia por situaciones extremadamente graves(72). En todo caso, el consumidor que afrontó "cláusulas inconvenientes" contaría siempre con una alternativa empírica para proteger sus intereses: buscar otro establecimiento mejor en su próxima decisión de consumo (Barnes, 2010, 860 y ss.).

De ahora en adelante, cuando la cláusula incorporada en un CdA o acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente, califique como contrato típico (a) contravenga una (b) norma dispositiva, (c) del estatuto típico particular o alguno general (incluyendo usos del tráfico) que se integre al tipo y (d) produciendo un impacto adverso esencial en la posición del adherente, estaremos frente a una contravención cualificada. Será precisamente este tipo de contrariedad al derecho dispositivo la que resulta jurídicamente relevante a efectos del artículo 1399 CC.

6.2. La Primera Norma (Presuntiva): El apartamiento cualificado del derecho dispositivo hace que la cláusula se presuma abusiva

La hipótesis de la *Primera Norma* contenida en artículo 1399 CC cuenta con los siguientes 4 elementos, ya explicados anteriormente:

a) celebración de un CdA o, alternativamente, de un acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente;
b) la calificación del contrato relevante como típico;
c) que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable al tipo contractual; y,
d) que la cláusula incorporada en el contrato relevante ocasione un detrimento esencial en el adherente.

La confluencia de los elementos (a), (b), (c) y (d) genera una primera consecuencia jurídica, la cual posee una naturaleza eminentemente procesal. Se trata de una presunción relativa –*iuris tantum*– del carácter vejatorio de la cláusula. No es, entonces, propiamente la invalidez lo que se presume, en tanto el objeto de presunción no es una calificación jurídica, sino un hecho investigado (en este caso, la abusividad del pacto).

En efecto, según el artículo 277 del Código Procesal Civil una presunción es aquel "razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado". En el caso que nos convoca, los "*hechos indicadores*" están conformados por los elementos (a),

(71) Y es que, de lo contrario (a) se expropiaría el derecho de los consumidores de tomar riesgos a cambio de un menor precio y alojándose imperativamente el riesgo en el proveedor (b) se incrementarían los precios generalizadamente en el mercado y (c) favorecería conductas estratégicas.

(72) Según Barnes: "En ambos actos hay consentimiento, basado en información limitada y habilidad limitada para predecir certeramente el futuro. Ambos pueden derivar en sucesos que no eran esperados al momento de la dación inicial del consentimiento. Sin embargo (…) ambos actos son vinculantes e irreversibles por la duración del compromiso" (2010, p. 842).
Posteriormente, el autor añade lo siguiente: "El consumidor está aceptando el acuerdo y formato genéricamente (aun cuando no lo haya leído ni conocido), y todas las implicancias y resultados que deriven de tal consentimiento inicial –aun cuando sean resultados de los que el consumidor posteriormente se arrepienta (…) o con los que esté feliz (…). Como un votante, el consumidor empoderó al establecimiento para administrar los términos desconocidos y no leídos en el formato de contrato, los cuales posteriormente afectan sus asuntos como consumidor" (p. 865).

(b), (c) y (d) previamente descritos; mientras que el "*hecho investigado*" viene a ser el carácter vejatorio del pacto.

Una presunción es relativa (*iuris tantum*) cuando "la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción"[(73)]. En ese sentido, las presunciones *iuris tantum* permiten hablar de una certeza temporal del hecho investigado, y la certeza tiene semejante carácter pues perdurará siempre que no se destruya por la parte gravada con la carga probatoria (o sea, mientras no se pruebe lo contrario). Como menciona Ledesma, "[l]a presunción legal, implica que por mandato legal se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso" (Ledesma, 2008, p. 976)[(74)].

En el caso que nos ocupa, el beneficiario de la presunción relativa es el adherente del contrato estandarizado, quien se ve favorecido con la certeza provisoria de la abusividad de la estipulación apartada de la ley dispositiva. Decimos que la certeza es provisoria en tanto permanecerá si y solo hasta que el predisponente logre negar el hecho investigado, esto es, acredite ante los tribunales que la cláusula estipulada no es vejatoria, sino que resulta razonable.

Para beneficiarse de la presunción relativa mencionada, el adherente deberá haber absuelto la carga probatoria consistente en acreditar los elementos configurativos de la hipótesis prevista en el artículo 1399 CC. La concurrencia de los elementos (a), (b), (c) y (d), antes mencionados, generan como efecto un quinto elemento fáctico: la presunción relativa –*iuris tantum*– de abusividad (o, si se quiere, la abusividad presunta). Este quinto elemento fungirá como hipótesis común de la *Segunda Norma (Prohibitiva)* y de la *Tercera Norma (Permisiva)* contenidas en el artículo 1399 CC.

En suma, la *Primera Norma* extraída del 1399 CC sólo convierte al pacto en presuntamente abusivo, determinando *prima facie* dicho carácter en base a indicadores abstractos y prescindiendo del análisis circunstancial. Empero, el dispositivo en examen no excluye que el pacto desalineado a la disciplina aplicable al tipo pueda llegar a ser congruo, lo que ocurrirá si el predisponente logra acreditar dicha realidad a partir de la evidencia concurrente en cada caso específico.

La lógica de la *Primera Norma* derivada del artículo 1399 reside en invertir el principio general en materia de carga probatoria, retirar del adherente el peso de acreditar el carácter disfuncional de la cláusula evaluada y trasladarle al predisponente la carga de probar su razonabilidad. Con ello, el adherente es liberado del costo económico asociado a la necesidad legal de demostrar la abusividad del pacto y, más allá de ello, del riesgo de, pese a tener la razón, no poder acreditarlo a ojos de las cortes.

6.3. La Segunda Norma (Prohibitiva): La cláusula abusiva en un contrato estandarizado será nula o será sustituida

La *Segunda Norma* contenida en el artículo 1399 CC también tiene un supuesto de hecho complejo, con dos elementos fácticos. Por un lado, la celebración de un CdA o, alternativamente, de un acuerdo con CGdC no aprobadas administrativamente. Por el otro, la presencia de la cláusula abusiva resultante de la presunción de la *Primera Norma*. La consecuencia de esta hipótesis es (literalmente) la ineficacia de dicho pacto.

6.3.1. Sobre el tipo de "ineficacia" que afecta a la cláusula abusiva

La verificación del supuesto de hecho de la *Segunda Norma* gatilla un remedio jurídico ya no procesal, sino sustantivo: la "ineficacia" de la cláusula abusiva. Un sector de la doctrina entiende que la ineficacia *ex* 1399 CC ocasiona que las cláusulas patológicas "no se incorporan a las ofertas de los respectivos contratos particulares" (De la Puente, 2007, p. 802). La opinión citada parece evocar a la categoría de la inexistencia, por ausencia de integración del pacto en el reglamento negocial.

Esta postura, no obstante, omite considerar que la cláusula, por más vejatoria que sea, ya superó el control de incorporación de estipulaciones impuesto por el legislador[(75)], razón por la cual la cláusula cuenta con las características mínimas (conocimiento o cognoscibilidad razonable del adherente)

(73) Código Procesal Civil. Artículo 280.- Duda sobre el carácter de una presunción legal
En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

(74) A decir de la autora: "En la presunción iuris tantum, o relativa, el juez acepta por cierto el hecho presumido, acreditando que sea el antecedente. La ley admite prueba en contrario". En ese sentido, hay diversos supuestos en el Derecho sustantivo que recogen este tipo de presunciones, por citar, "el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario" (ver el artículo 912 del CC) o el caso que regula el artículo 914 del CC "se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario" (Ledesma, 2008, p. 979).

(75) Como habíamos mencionado previamente, esta tutela se encuentra prevista en el artículo 1397 del Código Civil.

que hacen se considere abarcada por el consentimiento del adherente y, consecuentemente, que forme parte integrante del programa negocial(76).

Según otra posición, "la sanción establecida en el artículo bajo comentario es la ineficacia, es decir que no resulta ejecutable la cláusula que se aleja de las reglas del contrato típico". Por ende, conforme a esta opinión "resulta evidente el error técnico al cerrar el texto del 1399, ya que habla de validez cuando debería hablar de ineficacia, sin embargo, ello no implica una ampliación de la sanción impuesta, que siempre estará referida a dejar sin efectos la parte del contrato que se aleje de la figura típica" (Tamani, 2022, p. 410).

Discrepamos de este parecer. Pese al lenguaje impreciso empleado por el legislador, el remedio-sanción regulado por el artículo 1399 CC (en su *Segunda Norma*) no es la ineficacia *stricto sensu*, sino la invalidez y, en particular, la nulidad. Ello se debe, en primer lugar, a la homogeneidad funcional de los remedios jurídicos contenidos en los artículos 1398 CC (que sanciona indubitablemente la nulidad) y 1399 CC (que refiere literalmente a la ineficacia); y, en segundo lugar, al hecho que el remedio más frecuente(77) e idóneo ante contravenciones de normas imperativas que buscan proteger el interés de la parte débil de una relación jurídica es precisamente la nulidad. A tales fines, debe recordarse que la prohibición legal de estipular cláusulas vejatorias forma parte de los límites de la autonomía privada, lo cual se logra neutralizando la validez del término negocial portador de un disvalor.

Según las posiciones mayoritarias, la nulidad civil(78) tiene un efecto inmediato de tachadura del reglamento negocial o de parte de éste. Asimismo, este tipo de invalidez puede ser alegada por una de las partes e incluso podría declararse de oficio el juez o árbitro cuando resulte manifiesta, conforme al dictado del artículo 220 del Código Civil(79).

La nulidad fijada por *Segunda Norma*, como toda nulidad de negocios jurídicos, no puede ser superada mediante convalidación o confirmación. ¿Cómo se explica entonces la *Tercera Norma*, según la cual el pacto puede eventualmente ser válido y eficaz? En realidad, nos encontramos ante un problema de subsunción en la hipótesis normativa, pues la invalidez dura lo mismo que dura la subsunción del pacto en la *Segunda Norma* del artículo 1399. Si la calificación de la estipulación se desplaza de la hipótesis de la *Segunda Norma* a la hipótesis de la *Tercera Norma*, el remedio-sanción de la nulidad no es más aplicable. Dicho de otra manera, la *validez* del pacto bajo la *Tercera Norma* del artículo 1399 CC no es el resultado de la conversión, convalidación o algún tipo de salvamento de un pacto nulo. En cambio, la validez es consecuencia de la ausencia de subsunción de la cláusula sospechosa en la *Segunda Norma* (y su eficacia neutralizadora) y su ingreso a la *Tercera Norma* (favorable a la conservación del negocio jurídico).

En términos más simples, la calificación de la nulidad solo se gatilla si el pacto encaja en el supuesto en la *Segunda Norma* del artículo 1399 CC. Semejante calificación simplemente no es más aplicable bajo la *Tercera Norma*, quedando descartada nulidad del negocio jurídico.

Finalmente, cabe mencionar la postura de Camacho, quien distingue entre cláusulas ilícitas y abusivas (las cuales –en opinión de la autora– no serían pactos ilícitos). Las primeras serían aquellas estipulaciones que transgreden normas de orden público, mientras los pactos vejatorios, no, pues éstos pueden llegar a quebrantar normas de carácter dispositivo o a aprovechar los vacíos del ordenamiento existentes (2022, 33-34).

Esta posición no sería admisible bajo la legislación peruana, toda vez que la *Segunda Norma* contenida en el artículo 1399 CC cuenta con una naturaleza prohibitiva por

(76) Considerando también que la situación social de necesidad del consumidor en modo alguno puede equipararse a la falta de consentimiento.
(77) Aunque no se trata del único remedio, como se verá posteriormente.
(78) Un sector de la doctrina italiana propugna que el remedio idóneo para las cláusulas abusivas es la denominada nulidad de protección. Al respecto, Mezzasoma señala las características del mencionado remedio, que conforma su régimen con algunas reglas normalmente aplicables al estatuto de la anulabilidad:
- no se encuentra vinculada a una carencia estructural del acto, sino a aspectos de carácter remedial y sancionatorio, relacionados a la tutela del contratante débil;
- su regulación es incompatible con la ineficacia radical del acto;
- es apreciable de oficio en favor del contratante débil, cada vez que la misma sea ejercida en interés del consumidor;
- la legitimidad para accionar es reconocida únicamente al contratante débil;
- no parece que pueda encontrar espacio la lógica que impide la recuperación de las estipulaciones (2016, 194 y ss.).

(79) Cabe, sin embargo, remitir a las consideraciones efectuadas sobre el particular con ocasión al IX Pleno Casatorio Civil.

transgresión de los límites de la autonomía privada, gatillando la nulidad como consecuencia jurídica. Estamos entonces ante un claro supuesto de ilicitud.

6.3.2. Sobre la extensión de la nulidad regulada en el artículo 1399 del Código Civil

Es pertinente revisar si la invalidez de la cláusula abusiva afecta (o puede llegar a afectar) a todo el contenido del contrato estandarizado. Sobre este punto, estimamos que la nulidad bajo el artículo 1399 CC debe manifestarse *prima facie* como una invalidez parcial, es decir, como un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica –apreciada como un módulo–, sin extenderse a la integridad del sistema, esto es, a la totalidad del contenido del acuerdo estandarizado.

Esta afirmación halla respaldo en el artículo 224 CC, el cual, según las interpretaciones de la doctrina nacional que se ha ocupado del tema(80), acoge como regla la preservación del contrato, mediante el aislamiento de la sanción únicamente en el pacto patológico.

Acoger la regla de la nulidad parcial resulta coherente con el fin tuitivo de los remedios dispuestos a favor del adherente en negocios estandarizados. Ello se debe a que usualmente la nulidad total terminará siendo más perjudicial para el adherente que la propia pervivencia del contrato con la cláusula abusiva vigente. En efecto, la nulidad total del acuerdo que contiene el pacto vejatorio ocasionaría las siguientes consecuencias (en el 100% de casos):

a) Que, en virtud del efecto invalidador, el adherente no pueda exigir los bienes y servicios prometidos por el predisponente, los mismos que usualmente serán esenciales para la esfera personal o desenvolvimiento económico de aquel; o,
b) Que, en virtud del efecto restitutorio, si el adherente llegó a obtener aquellos bienes o servicios, se verá obligado a devolverlos inmediatamente.

En cualquiera de estos dos supuestos de invalidez total cobraría vigencia el refrán según el cual "*el remedio* (nulidad total, y sus efectos jurídicos asociados) *es peor que la enfermedad* (cumplimiento del acuerdo con la estipulación abusiva)". Esta misma idea es expresada por Ballesteros, para quien la ineficacia total es una sanción

> (...) claramente perjudicial para el adherente y contradice el espíritu de la normativa sobre condiciones generales de contratación: lo que ésta persigue es evitar los abusos que pueden cometer por medio de su utilización incorrecta pero permitiendo que el adherente pueda alcanzar el fin buscado al contratar; si se evita el abuso al precio de impedirle obtener el bien o servicio inicialmente contratado no se mejora su situación en absoluto, sino todo lo contrario (1999, p. 281).

Ejemplificando los peligros de la nulidad total, Momberg (2013, p. 24) narra el caso de un estudiante universitario (adherente) quien podría ver en peligro la posibilidad de obtener su título profesional de una universidad (predisponente) si es que la nulidad de un pacto abusivo insertado en su contrato de servicios educativos llega a afectar a la integralidad del negocio jurídico.

La nulidad parcial como remedio idóneo frente a cláusulas abusivas se ve confirmada también por la constatación de que los términos y condiciones mediante los que se construye el contenido de los negocios estandarizados (o *boilerplates*) suelen ser *modulares*(81), razón por la cual a menudo aquellos términos son capaces de pervivir sin aquel contaminado por alguna patología. Una estipulación modular opera como una unidad aislada, es decir, se comporta como un compartimento estanco dentro del sistema complejo que la engloba. Como consecuencia, puede prescindirse del pacto modular sin que el resto del sistema sufra cambios considerables en su funcionamiento. Esto explica por qué ordinariamente el contrato estandarizado podría sobrevivir sin impactos operativos significativos aun prescindiendo de la cláusula abusiva(82).

Sin embargo, en casos bastante excepcionales la nulidad de una estipulación

(80) Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que los requisitos para la aplicación de la regla de la nulidad parcial son: (a) la nulidad de algún o algunos puntos específicos del contenido de un negocio de carácter unitario; (b) la prescindibilidad objetiva del punto o aspecto del contenido afectado por la nulidad; (c) la no existencia de una declaración común contraria a la aplicación de la nulidad parcial (Palacios, 2002, p. 178).

(81) Esto también por el hecho que los pactos abusivos difícilmente son aquellos que individualizan el objeto principal del contrato y jamás deberían ser aquellos que configuran el quid y quantum de la relación de cambio. Este tipo de estipulaciones son claramente rizomáticas, esto es, la categoría opuesta a la modularidad-

(82) Siguiendo a Smith (2006), la modularidad en los *boilerplates* se caracteriza por lo siguiente:
- la división o descomposición de una realidad compleja,
- la sustituibilidad, pues "un módulo puede ser sustituido por otro en la medida que lleven a cabo la función especificada",

vejatoria podría descompaginar radicalmente el equilibrio económico del contrato o imposibilitar el desenvolvimiento de la función económica-individual (causa concreta) perseguida por las partes. Exigir el cumplimiento del contrato en estas circunstancias podría resultar excesivamente gravoso para por lo menos una de las partes. Por ende, en estas hipótesis extremas y del todo excepcionales podría ser legalmente admisible predicar la nulidad de todo el negocio jurídico afectado con una cláusula vejatoria.

A mayor abundamiento, la nulidad total podría tener cabida cuando aquel término disfuncional esté indisolublemente ligado al objeto del contrato o, como afirma Momberg "en caso que por la naturaleza del contrato, o la intención original de las partes al celebrarlo, aquel no pueda subsistir sin las cláusulas declaradas nulas (...)" (2013, p. 21).

Un buen ejemplo de la regla (nulidad parcial) y la excepción (nulidad total) antes expuestas puede ser hallado en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo artículo 51 §2 establece lo siguiente:

> la nulidad de una cláusula contractual abusiva no invalida el contrato, excepto cuando de su ausencia, a pesar de los esfuerzos de integración, se genera una carga excesiva para cualquiera de las partes [énfasis agregado].

En resumen, la nulidad regulada en el artículo 1399 CC como regla debería ser una invalidez parcial, es decir, un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica, como un módulo, sin extenderse al contenido global del negocio jurídico estandarizado. La nulidad total del contrato es admisible solo de manera excepcional, y cuando el pacto invalidado se revele como absolutamente esencial para el desenvolvimiento de la operación. Por ende, solo si una de las partes (usualmente, el predisponente) llegase a probar que la cláusula afectada resulta esencial, el contenido negocial no tocado directamente por la nulidad será arrastrado a ésta y el negocio en su integralidad deberá ser declarado nulo por los tribunales.

6.3.3. Sobre la aplicabilidad del remedio de la sustitución forzosa de la cláusula abusiva por una norma con eficacia positiva

En general, una norma imperativa (categoría dentro de la cual incluiremos las normas dispositivas bajo los alcances del artículo 1399 CC) puede presentar una eficacia negativa o positiva, según si precepto se limita a prohibir una estipulación o conducta (como ocurre con las estipulaciones prohibidas bajo el artículo 1398 CC) o si, además de ello, disciplina de cierto modo alguno de los aspectos (cuantitativo, cualitativo, temporal o espacial) de la realidad.

Si lo primero ocurre, el remedio-sanción aplicable será la nulidad del pacto, salvo que la propia norma disponga algo distinto. En cambio, cuando la norma imperativa presenta una eficacia positiva, su transgresión podría estar sancionada con el remedio de la sustitución forzosa, conforme al cual la estipulación patológica será reemplazada por una norma imperativa, pasando ésta a integrar el programa negocial aun en contra de la voluntad de las partes.

La sustitución opera (a) mediante la reincorporación de un derecho u obligación legal eliminado por el acuerdo (b) mediante la reincorporación de alguno de los aspectos relevantes (temporal, cuantitativo, espacial o cualitativo) de dicho derecho u obligación, que había sido alterado por el pacto.

La sustitución forzosa es un remedio favorable a la conservación del negocio jurídico, pues mediante su aplicación se evita su nulidad total.

Veamos una ilustración de la operativa del remedio ahora explicitado, aunque aplicado a contratos B2B. Dos contratantes celebran un arrendamiento inmobiliario con un plazo fijo de 15 años de duración. En esta hipótesis, la cláusula que fija el término quedará automáticamente reemplazada por la norma imperativa (artículo 1688 CC), la cual prescribe positivamente el término máximo (aspecto temporal) de 10 años.

Pese a que el artículo 1399 del Código Civil no sanciona expresamente a la sustitución

- la incrementalidad, dado que un nuevo módulo puede ser incorporado al sistema sin excesiva disrupción de aquel,
- la transferibilidad, en tanto los módulos pueden ser tomados de un sistema e insertados en otro, toda vez que las conexiones entre el módulo y el mundo exterior –el resto del sistema, especialmente el contrato y el contexto económico– son escasas y estandarizadas, razón por la cual el proceso de transferencia no causará disrupciones; y,
- por la potencialidad evolutiva, pues puede configurarse una respuesta a la presión del entorno en uno de los componentes sin causar que el resto del sistema falle. De este modo, la modularidad permite "que el trabajo vaya en paralelo y facilita ciertas clases de innovación y evolución por una simple razón: un ajuste puede ocurrir dentro de los módulos sin causar reacciones en cadena mayores" (p. 1180).

como efecto propio de la cláusula vejatoria, aquel remedio ha sido admitido por la doctrina nacional más asentada (De la Puente, 2007, pp. 801-802), a la cual nos adherimos en este punto.

La acusada omisión podría deberse a que el legislador no reparó en diferencia de las normas imperativas contenidas en el artículo 1398 CC (todas ellas con eficacia negativa, pues el dispositivo se limita a prohibir las (a) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; (b) facultades de suspender la ejecución del contrato; (c) facultades de rescindir o resolver el contrato; (d) facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones; y (e) facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato) y las normas imperativas a las que refiere el artículo 1399 CC (la mayoría de ellas con eficacia positiva, como el derecho a resolver un arrendamiento por el incumplimiento del arrendatario en el pago de la renta mensual por 2 meses y 15 días, *ex* artículo 1697 CC).

El fundamento legal de la sustitución forzosa como remedio de control del contenido es el artículo 224 CC, en el extremo en el cual dispone que "la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas". En todo caso, es menester aclarar que el remedio ahora evaluado solo será predicable frente a una norma imperativa con eficacia positiva, es decir, cuando aquella no dictamina una mera restricción, sino que ofrece una disciplina específica para una situación jurídica.

La sustitución forzosa de la cláusula abusiva repercute en la economía contractual de modo distinto al impacto que generaría la nulidad parcial. Y es que la tutela ahora evaluada no supone la sola tachadura del pacto, sino que dictamina el reemplazo de "la composición unilateral del contrato por el justo equilibrio de prestaciones objetivamente concebido" (Ballesteros, 1999, p. 271(83))[84].

6.4. La Tercera Norma (Permisiva): Si el predisponente demuestra la justificación (razonabilidad en concreto) de la cláusula, ésta ya no será abusiva

El artículo 1399 CC contempla una norma final (la *Tercera Norma*), conforme a la cual el predisponente posee la facultad consistente en, pese a la contravención al derecho dispositivo, desvirtuar la abusividad aparente de la cláusula. Dicha carga es absuelta mediante la justificación de la razonabilidad del pacto en base a las circunstancias concurrentes[85]. Esta *Tercera Norma* contiene una consecuencia jurídica igualmente diversa las consecuencias de la *Primera* y la *Segunda Norma*, respectivamente: la *validez* de la estipulación examinada.

El procedimiento incorporado en el 1399 CC acoge entonces la regla de la razón, pues la desviación del régimen aplicable al tipo negocial no acarrea una automática inoperatividad del pacto (como sí ocurriría con la regla *per se* acogida por el artículo 1398 CC). En cambio, el sistema legal permite que, en cada caso concreto, el predisponente justifique la incorporación de la estipulación sospechosa, con el propósito de que los tribunales no la reputen como desequilibrada.

El artículo 1399 CC alude a "las circunstancias de cada caso particular" como parámetros capaces de individualizar el carácter congruo del pacto. La referencia a semejante criterio no es exclusiva del artículo en comento, sino que también puede ser hallada en otras normas del Código Civil, como los artículos 141, 1148, 1382 y 1383 CC. Sin embargo, en estos dispositivos se acompaña la referencia a las "circunstancias" con la de "naturaleza" del acto o de la prestación. Ante ello surge la interrogante de si la *Tercera Norma* del artículo 1399 CC prescinde –por omitir mencionarla expresamente– de la naturaleza del acto para evaluar la abusividad de la cláusula sospechosa.

Estimamos que no existe ninguna razón para dejar fuera de juego a la naturaleza del acto, como elemento esclarecedor de la

(83) El autor destaca a lo largo de su obra la incoherencia que supone aceptar que existe un núcleo de libertad suficiente para admitir la incorporación de ciertos términos y condiciones en el contenido del contrato para luego, en base a la inexistencia de libertad contractual para una de las partes, nulificar dichos términos mediante la intervención de su contenido (Ballesteros, 1999, pp. 271 y ss.).

(84) En el Perú, podría dudarse sobre si la sustitución de la cláusula vejatoria implica que el juez se limite a reinsertar la regla dispositiva específicamente derogada mediante el pacto abusivo o si, además de ello, es una facultad que le permita, en clave de integración, moderar los derechos y obligaciones remanentes (Ballesteros, 1999, p. 281) con parámetros objetivos no previstos por el derecho objetivo. En caso esta adaptación fuese admisible, podría discutirse también la posibilidad que el juez recurra no solo a la legislación supletoria, sino también al contrato mismo, para suplir el pacto patológico por medio de una interpretación del reglamento contractual y crear una nueva (y válida) estipulación. El incluir la facultad judicial de integrar el contrato como efecto subsidiario o colateral de la nulidad de las cláusulas abusivas parece razonable, aunque no es universalmente admitido.

(85) Pese a que, como repetimos, persistirá la contravención al derecho dispositivo.

razonabilidad de una estipulación presuntamente vejatoria. De hecho, la naturaleza del acto, al igual que las circunstancias particulares, es un componente que contribuye –y en ocasiones decisivamente– a fijar el significado jurídicamente relevante de un negocio jurídico y de sus cláusulas.

En cuanto a su contenido, la naturaleza del acto apela al "polo legal" (D'Angelo, 1992, p. 50). Se trata de una fuente que refiere a parámetros objetivos y abstractos, los cuales tendencialmente se desligan de las peculiaridades de cada operación económica creada por las partes. Son criterios asociados a la naturaleza del acto, las manifestaciones de la buena fe objetiva, la función económica típica o social, los usos y costumbres(86), las reglas del arte, las buenas prácticas profesionales y la razonabilidad comercial imperante en el mercado relevante.

En contraste, las circunstancias del caso acogen un parámetro nos remite a la operación económica(87) específicamente puesta en marcha por las partes en cada situación concreta. De este modo, las *circunstancias* refieren a los términos y condiciones redactados, a las situaciones fácticas (como el contexto, los comportamientos relevantes de las partes, antecedentes, acuerdos preliminares (sean o no vinculantes) comunicaciones cruzadas y reuniones realizadas) previas, coetáneas y/o posteriores al acuerdo y a la función económica individual (o causa concreta(88)).

La *Tercera Norma* contenida en el artículo 1399 CC coloca en el predisponente el riesgo probatorio asociado a la razonabilidad de la estipulación presuntamente vejatoria(89). Luego, aquel contratante tendrá que acreditar la justificación del pacto aparentemente disfuncional para así lograr su validez. La colocación de la referida coyuntura en cabeza del predisponente no subvierte los principios económicos de asignación eficiente del riesgo. Y es que el predisponente suele ser quien se encuentra en mejor posición para probar la justificación de los términos y condiciones que utiliza para colocar sus propios bienes y servicios, en tanto es aquel quien los elabora, estandariza e impone comercialmente a la contraparte, beneficiándose de la estabilidad que le brinda su utilización (al permitirle estabilizar la obtención del retorno deseado) (90).

7. Aplicación a casos concretos del artículo 1399 del Código Civil y de las tres Normas en que se descompone

A continuación, colocaremos algunos ejemplos para ilustrar la dinámica del artículo materia de estudio, la cual hemos desarrollado en el acápite anterior. A tales fines, se asumirá que todas las hipótesis a ser presentadas califican como contratos estandarizados (CdA o con contratos con CGdC no aprobadas administrativamente), típicos y que el predisponente incluyó en aquellos pactos que operan en favor suyo generando un detrimento esencial en el adherente.

Veamos el ejemplo 1. El predisponente-vendedor "V" celebra con el adherente-comprador "C" una venta inmobiliaria con reserva de propiedad, bajo el cual "C" se compromete a pagar un precio fragmentado en un cronograma conformado por 5 cuotas

(86) La relevancia de este criterio en ciertos contratos típicos como el de obra, fluye también del artículo 1774 del Código Civil, conforme al cual: El contratista está obligado: / 1.- A hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre [énfasis agregado].

(87) La operación económica, fenómeno de indiscutible importancia en el derecho moderno de los contratos, ha sido autorizadamente definida como "una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí al reglamento, a todos los comportamientos que con este se vinculan para la consecución de los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y los otros comportamientos se colocan, en la medida que también tal situación concurre a definir la relevancia sustancial del acto de autonomía privada" (Gabrielli, 1999, p. 49).

(88) Según D'Angelo, son teorías jurídicas compatibles con la relevancia de las circunstancias, la teoría de la causa entendida como función económica-individual, la presuposición y la coligación contractual (1999, p. 52).

(89) En este contexto, el riesgo probatorio puede ser definido como aquella coyuntura incierta al tiempo de celebrar el contrato de que el predisponente logre probar frente a los tribunales la razonabilidad de la cláusula, asegurando la validez del pacto. Si no se colma semejante umbral, el predisponente se verá perjudicado, al no ser aplicable la cláusula en cuestión.

(90) Sin embargo, la eventual acreditación del carácter no vejatorio de todo el *set* de cláusulas que utiliza el predisponente para vincularse con su contraparte (o con una universalidad de sujetos en la posición de ésta, en el caso de las CGdC) podría resultar económicamente costosa, y, consecuentemente, generará un incremento del costo de los bienes y servicios. Con todo, esta acreditación no tiene por qué ser específica (cláusula por cláusula), sino que bien podría existir una justificación global.

mensuales. Se incorpora una cláusula resolutoria expresa que le permite a "V" resolver el contrato ante el atraso de "C" en el pago de una sola de las cuotas en que se segmenta el precio. En este caso, la cláusula resolutoria expresa introducida contraviene cuantitativamente la regla dispositiva expresada en el artículo 1561 CC[91], según la cual únicamente el atraso mayor o igual a 3 armadas (continuas o discontinuas) reviste la esencialidad necesaria para permitirle a "V" resolver por incumplimiento.

Como consecuencia de la desviación a la ley supletoria, bajo el artículo 1399 CC, la cláusula resolutoria expresa incorporada en la compraventa descrita se presumirá *iuris tantum* abusiva (*Primera Norma*). Si "V" no desvirtúa semejante presunción en concreto, el pacto será nulo (*Segunda Norma*). Empero, "V" podría llegar a acreditar que, en el caso concreto, la naturaleza de la venta o las circunstancias justifican la incorporación de una cláusula resolutoria tan rigurosa como la estipulada. Así –solo a manera de ejemplo–, "V" podría probar que "C" presentaba antecedentes de insolvencia o incumplimientos en operaciones similares, o que, al ser tan pocas las cuotas del precio, la incidencia de cada una de ellas (ascendente al 20%) afecta considerablemente el interés del acreedor, dando lugar a un desequilibrio económico esencial. Si "V" colma semejante umbral probatorio, se destruirá la apariencia de vejatoriedad y, por ende, la estipulación será válida (*Tercera Norma*).

Veamos ahora el ejemplo 2. El comitente-predisponente "MC" celebra un contrato de construcción con el contratista-adherente "SC" mediante el cual se le encomienda a este último, a cambio de un precio a suma alzada ascendente a USD $ 50 millones, la implementación de una planta desaladora y de un viaducto entre dos puntos de la ciudad bastante lejanos entre sí. En el contrato se incorpora la siguiente cláusula:

> El CONTRATISTA declara no haber encontrado errores, deficiencias o imprecisiones en los Documentos Entregados por el PROPIETARIO. Sin perjuicio de ello, las Partes acuerdan que, habida cuenta del *expertise* con el que cuenta el CONTRATISTA, ningún eventual error, deficiencia o imprecisión en los Documentos Entregados por el PROPIETARIO liberará al CONTRATISTA de su responsabilidad por la correcta y completa ejecución de los Trabajos. En tales casos, el CONTRATISTA asumirá objetivamente el riesgo de corrección de los referidos Documentos Entregados por el PROPIETARIO, sin tener derecho a suplementos de precios ni a una ampliación de plazo.

Entre la información entregada por "MC" a "SC" se encontraban estudios geológicos relativos al sitio, que el primero había previamente encargado a "P". Al realizar las excavaciones en el área en que sería implementado el viaducto, "SC" descubre que el subsuelo presentaba características divergentes a las contempladas en los estudios geológicos proporcionados por "MC". Se trató de condiciones físicas imprevisibles. La superación de estas condiciones le ocasionaría a "SC" un sobrecosto de USD $ 2 millones y un impacto de la ruta crítica ascendente a 60 días. Ante ello, surge la siguiente interrogante: ¿la cláusula de transferencia del riesgo de la información proporcionada por "MC" resulta suficiente para neutralizar las eventuales pretensiones de "SC" (otorgamiento de un suplemento de precio y una ampliación de plazo) ante las condiciones físicas imprevisibles?

Entre las alternativas que "SC" debería considerar en su defensa legal se encuentra la tutela brindada por el artículo 1399 CC. En efecto, la cláusula mediante la cual se transfiere el riesgo de la información se desvía al menos –y en cuanto a las características del subsuelo refiere– de la regla supletoria contenida en el artículo 1784 CC, en el extremo en que señala "(e)l contratista es también responsable (…) por defecto del suelo, si es que hubiera (…) elaborado los estudios (…) para la ejecución de la obra".

Según la norma citada, el contratista asume el riesgo por los defectos del suelo cuando aquel hubiese elaborado los estudios de suelo correspondientes, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, pues "SC" no tenía dentro de su alcance la elaboración de tales estudios. En cambio, toda vez que el comitente ("MC") fue quien delegó en "P" la elaboración dichos estudios y los aportó por cuenta propia a "SC", el derecho dispositivo determina que es precisamente "MC" quien debe quedar expuesto frente a "SC" por las características imprevisibles del suelo. En este orden de ideas, dado que el pacto objeto del ejemplo contraría una regla propia del contrato de obra, aquella se presume *iuris tantum* vejatoria (*Primera Norma*).

(91) Código Civil. Artículo 1561.- Cuando el precio debe pagarse por armadas en diversos plazos, si el comprador deja de pagar tres de ellas, sucesivas o no, el vendedor puede pedir la resolución del contrato o exigir al deudor el inmediato pago del saldo, dándose por vencidas las cuotas que estuvieren pendientes.

En ese sentido, si "MC" no logra evidenciar la razonabilidad de la cláusula en examen –en lo concerniente a la distribución del riesgo de condiciones físicas imprevisibles–, aquel pacto será nulo (*Segunda Norma*). Ahora bien, la naturaleza de la operación constructiva y las circunstancias concretas podrían hacer que "MC" esté en posición de probar la neutralidad del pacto y salvaguarde, así, su validez (*Tercera Norma*). Solo a manera de ejemplo, "MC" podría sostener una o varias de las siguientes razones:

a) el acuerdo celebrado con "SC" es un contrato *llave en mano*, en el cual "SC" asumió como una de sus obligaciones esenciales la carga de contrastar ("hacer suya") la información recibida de su contraparte, siendo que la existencia de imponderables (como las condiciones geológicas imprevisibles) constituyeron un factor de riesgo externo (aleatorio) debieron haber llevado al contratista a asegurarse *ex ante* mediante un incremento en su cotización;
b) el contrato es a precios unitarios o a costos reembolsables, por lo que la mayor cantidad de trabajo para "SC" le será remunerada con tarifas que en el caso específico resultan congruas;
c) las probabilidades de detectar el riesgo del suelo para cualquier ejecutor nacional de viaductos eran muy altas, en base a la data preexistente y a disposición razonable de "SC", situación que debió haberse reflejado en su cotización; o, en fin,
d) el modelo de negocio internacionalmente aplicado por "SC" hacía cotidiano que éste asuma este tipo de coyunturas.

Como ejemplo 3, presentamos los hechos del Caso Arbitral 090-2017-CCL, el cual se refiere, entre otros aspectos legales, a la norma examinada en el presente trabajo. Según nos narra la síntesis elaborada por la CCL, las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios de información meteorológica, que el demandante (prestador) debía realizar a favor del demandado (cliente). En tal coyuntura, una cláusula dispuso, a favor del cliente, la opción unilateral de dar por terminado el contrato sin expresión de causa, mediante aviso escrito al prestado con 30 días calendario de anticipación y sin responsabilidad.

Ocurrió que, en ejercicio de dicha cláusula, el cliente dio por terminado el contrato de servicios. Como consecuencia, el prestador inició un arbitraje solicitando la declaración de la inaplicabilidad de la cláusula de desistimiento "en el extremo que suponía una restricción a la demandante para reclamar el resarcimiento económico". En particular, el prestador sostuvo que dicha estipulación era vejatoria, tras considerar que el contrato de servicios era uno estandarizado. Asimismo, el prestador-demandante reclamó el pago de una indemnización por daños y perjuicios y la declaración de resolución del contrato.

Si bien el Tribunal se refirió a la cláusula de desistimiento(92), no entró a analizar la aplicación del artículo 1399 CC, en tanto el prestador-demandante no logró acreditar que el contrato era estandarizado (ya sea CdA o contrato con CGdC no aprobadas administrativamente(93)).

(92) Ello sin perjuicio de considerar que, si bien "en el Derecho peruano el desistimiento unilateral no está prohibido", "este derecho no tiene una recepción clara, en general porque se confunde con los derechos de la resolución, de rescisión o de la revocación".

(93) En particular, el resumen del caso indica lo siguiente:
"[el]l Tribunal Arbitral explicó la figura del desistimiento como la manifestación de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial de la relación jurídica original del contrato, y no hay nada injusto en ello. Igualmente, es natural que, producido el término de la relación, nada deba indemnizarse, debido a que las partes acordaron esta incertidumbre y no pueden luego esgrimir la protección de una expectativa que no pudieron tener. El Tribunal Arbitral señaló que, en este caso, la figura de desistimiento acordada por las partes creó una incertidumbre, pero las partes eran conscientes de esto al celebrar el contrato. Como se pudo averiguar de los medios probatorios presentados, antes de firmar el contrato, la demandante recibió el modelo de contrato y confirmó que lo remitiría a sus asesores legales para una revisión. Después, la demandante dio su conformidad con el contrato recibido, sin cuestionar los alcances de la cláusula en cuestión. En consecuencia, la demandante no puede alegar estar en desventaja frente a la demandada: no solo no ha acreditado que la demandada le hubiera impuesto un contrato sin posibilidad de cambio alguno, sino tampoco ha acreditado haber cuestionado la cláusula en cuestión".
"El Tribunal Arbitral también señaló que el hecho de que la demandada hubiera redactado un modelo de contrato no significaba que fuera un contrato de adhesión, debido a que no se trataba de un supuesto de contratación en masa. Aunque no cabía duda de que el artículo 1399 del Código Civil protege a los contratantes débiles, los que son claramente identificables en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a las cláusulas generales de contratación, no se pudo afirmar que este era el supuesto entre las partes por el simple hecho de que la demandada redactase el modelo del contrato. Además, la demandante tuvo la oportunidad de revisar el modelo y alcanzar sus comentarios, pero decidió aceptar los términos contractuales sin objeciones. Por estos motivos, el Tribunal Arbitral decidió que la demandada pudo ejecutar el desistimiento, mientras que la demandante únicamente tenía el derecho al pago por los servicios que realmente prestó".

Pese a ello, la hipótesis descrita reviste innegable interés, en tanto el desistimiento *ad nutum* a favor del cliente contraviene un aspecto del *pacta sunt servanda*, principio según el cual, tras haber celebrado un contrato válido, ningún contratante puede arrepentirse unilateralmente de manera incausada. ¿El artículo 1399 CC habría reputado abusivo el pacto de desistimiento *ad nutum* a favor del cliente por ser contrario al principio de fuerza vinculante?

A nuestro criterio, para responder esa pregunta, sería necesario analizar si el ejercicio del desistimiento estaba enmarcado en reglas equilibradas, tales como: (a) la existencia de un preaviso razonable a la contraparte (prestador), (b) mitigadores de la arbitrariedad irrestricta del cliente (tales como la necesidad de que el cliente pague una pena por el ejercicio del referido poder) (c) la prevención de la lesión patrimonial injusta del prestador (tal como sería asegurar el pago a valor contractual de los servicios realmente ejecutados por el prestador mientras la relación jurídica estuvo vigente).

Finalmente, como ejemplo 4, podemos mencionar la estipulación mediante el cual el arrendador-predisponente "A" incluye en un contrato de arrendamiento de vivienda un pacto mediante el cual le asigna al arrendatario-adherente "B" la obligación de efectuar la totalidad de las reparaciones que surjan durante el curso de la relación jurídica.

En virtud de la *Primera Norma* derivada del artículo 1399 CC el pacto se presume vejatorio, al contravenir el inciso 2 del artículo 1680[(94)]. Empero, en el caso concreto, "A" podría convencer a las cortes de que existen razones podrían justificar que "B" asuma semejante responsabilidad. Dichas razones podrían ser, entre otras, la antigüedad del inmueble o su deterioro causado por un evento de fuerza mayor acontecido previo al momento de celebración del arrendamiento.

8. Fundamento e importancia del artículo 1399 del Código Civil

El fundamento que a ojos del legislador justifica el dictado del artículo 1399 CC es la protección del adherente en contratos estandarizados (CdA y acuerdos con CGdC no aprobadas administrativamente), mediante la erradicación o sustitución de pactos altamente disfuncionales (control del contenido)[(95)].

Discutir la plausibilidad del medio de protección al adherente empleado en estos casos por el sistema legal excede los propósitos de este artículo[(96)]. En cambio, sí resulta factible apreciar cómo la protección brindada por el artículo 1399 CC, ha sido confiada a la disciplina del tipo contractual[(97)], considerando la función de equilibrio de los intereses que le es inherente.

---

(94) Código Civil
Artículo 1680.-
También está obligado el arrendador:
1.- A mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento.
2.- A realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

(95) Esta ratio, a su vez, se justifica en las razones mencionadas en el numeral 1 del presente trabajo. Como se dijo en aquella oportunidad, los fundamentos de la intervención legislativa orientada a la protección a los adherentes en contratos estandarizados son los siguientes:
- La restricción a la que los adherentes están sometidos respecto al ejercicio pleno de la autonomía privada (considerando la *quasi* ausencia de libertad de configuración interna). En efecto, la ausencia del poder de negociar individualmente los términos y condiciones incrementa el riesgo de inclusión de cláusulas abusivas pues, –por definición– la estandarización elimina la primera línea de defensa que le permitiría a una parte rechazar, reemplazar o acotar cláusulas gruesamente desequilibradas: la negociación.
- La presencia de una falla del mercado parcial, en virtud de la cual resulta inútil para el adherente gastar tiempo y dinero en renegociar los contratos estandarizados.
- La asimetría informativa a la cual se encuentra sometido el adherente, la cual también podría estar presente en el ámbito de la contratación entre empresarios.
- Aunque con menor importancia, la exposición al adherente a factores coyunturales como la agresiva publicidad, desigualdad económica, desigualdad en la gestión contractual y otros.

(96) Esta tutela legal, no obstante, cuenta con diversos grados de intensidad, siendo el grado más intrusivo el control del contenido preceptivo del contrato.

(97) El sentido fundamental del tipo contractual es "determinar las reglas aplicables a las relaciones contractuales pertenecientes al tipo" (Roppo, 2009, p. 394) (vale decir, una función de integración, con normas supletorias e imperativas).

Desde esta perspectiva, la disciplina supletoria aplicable al tipo es portadora de un equilibrio normativo(98): un *corpus* de reglas abstractas que no favorecen a una u otra parte (en contraste con lo que ocurre con un formulario estandarizado, que con toda probabilidad beneficiará a la parte que lo elaboró) ni tampoco son producto del azar. En cambio, aquel *corpus* debe reputarse como neutral, esto es, que balancea los intereses en juego de los contratantes(99), siendo portador de soluciones que nuestro legislador ha considerado como razonables y justas(100).

Las normas dispositivas del tipo, conforman un

> [c]riterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar, una y por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes, tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual (De la Puente, 2007, p. 800)(101).

Una idea similar es expuesta por Larenz (citado por Mato, 2017, p. 432), quien –refiriéndose a la regulación alemana de prohibición de cláusulas contrarias a la buena fe en contratos estandarizados– consideró que el derecho dispositivo deja de ser una regulación meramente supletoria para representar también un modelo de una reglamentación conforme a los postulados de la justicia contractual compensatoria y de la equidad. Las normas dispositivas representan un límite del contenido contractual admisible que se pone en marcha en el caso de las condiciones generales de la contratación (1985, p. 89).

Para otros, las normas dispositivas vendrían a ser un "ordenamiento de reserva" "que a la vez que cubre el silencio de las partes, exterioriza la idea del legislador respecto de lo que él comprendería como una equivalencia de intereses o justifica particular del contrato" (Esser-Schmidt citado por De la Puente, 2007, p. 798). Entonces, la ley dispositiva canaliza el ideal de equilibrio normativo –entendido como repartición neutral de riesgos y responsabilidades *inter partes*– concebido por el legislador; se trata de la regla justa para el caso medio (Sacco & De Nova, 2016, p. 368).

En síntesis, cuando la ley consagra normas dispositivas aplicables a un contrato típico debe reputarse que estamos frente a reglas equilibradas (a ojos del legislador) y que, por ende, (a) no favorecen a una u otra parte exclusivamente, (b) no son producto del azar y (c) están destinados a permitir la viabilización de la operación negocial de una manera justa, razonable y equitativa.

---

(98) Las cláusulas abusivas no se relacionan al desequilibrio económico. Ante tal coyuntura serían de aplicación remedios como la lesión o, en los cuerpos normativos de uniformización del derecho contractual, la "excesiva desproporción" (artículo 3.2.7 de los Principios de Unidroit), "provecho injusto o ventaja inicua" (artículo 4:109 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y artículo 30.3 del Código Europeo de Contratos) y "explotación excesiva" (artículo II-7:207 del Marco Común Europeo de Referencia). Tal como señala Camacho, evocando las enseñanzas de Perlingieri, "lo que se debe evaluar en el control de contenido por la posible abusividad de una cláusula no es la correspondencia económica entre el valor de las prestaciones, es decir, la relación entre las respectivas ventajas y desventadas a que se obligan las partes, sino la desproporción entre el conjunto de derechos, obligaciones, cargas, responsabilidades y riesgos que se desprenden del negocio" (2022, p. 78).

(99) En cambio, el rol de las normas imperativas es la de contrarrestar disfuncionalidades.

(100) Y es por esto que, al menos en abstracto, la incorporación de estas reglas no ocasionará ilicitud. Se trata de un rol asociado a la determinación genérica de licitud del acto de autonomía privada. En virtud de esta función, 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.
Dicho de otra manera, es menester considerar que los esquemas negociales –contratos y cláusulas– típicos cuentan con una suerte de estatus privilegiado (*lato sensu*) respecto a aquellos atípicos. Y es que los esquemas típicos se ven permeados por las funciones del tipo contractual, entre las cuales se encuentran la presunción de neutralidad de las reglas supletorias. Esta función estabiliza la operatividad de los esquemas negociales, al conferirles una suerte de primera línea de defensa contra la invalidez.

(101) En sentido casi idéntico, Cárdenas señala que "el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual" (1996, p. 25).

Desde un punto de vista económico, una regla dispositiva llega a ser realmente neutral o equilibrada cuando su contenido resulta compatible con los principios económicos de asignación eficiente de riesgos(102), situación que –en un escenario de ausencia de fallas de mercado– habría llevado a que los privados negocien y adopten aquella regla(103). En estos criterios se encuentran aquellos determinan que el riesgo debe ser colocado a la parte que: (a) se encuentra en mejor posición para prever y evitar que aquel se materialice; (b) se encuentra en mejor posición para controlar las consecuencias de su acaecimiento; (c) quien puede asegurarse a menor costo contra su verificación; (d) quien se beneficia si es que el evento de riesgo se materializa, generando una oportunidad en vez de un peligro; entre otros.

El razonamiento hasta aquí expuesto permite entender por qué, bajo el artículo 1399 CC, se presume la vejatoriedad de los pactos que se desvían de la disciplina del tipo. En efecto, si la regulación legal típica le confiere a una parte el derecho "X", semejante prerrogativa debe ser reputada como neutral, y si en un contrato estandarizado el predisponente elimina "X" mediante pacto, generando un impacto adverso para su contraparte, semejante cláusula será sospechosa de no ser equilibrada y, por ende, será sospechosa de ser abusiva.

Según otro orden de cosas, el artículo 1399 CC cumple un rol trascendental en la política legislativa trazada por nuestro Código Sustantivo. Y es que la otra norma de control del programa en acuerdos estandarizados –el artículo 1398 CC– cuenta con un alcance limitado (solo será nula la escueta nómina allí contemplada), al estar desprovisto de una definición normativa de cláusula abusiva. La propia Exposición de Motivos del Código Civil da cuenta de esta situación de carencia al señalar que "la enumeración [del artículo 1398] <u>es notoriamente incompleta</u> y por la redacción del artículo debe ser considerada taxativa, si bien, por supuesto, no está excluida la interpretación extensiva [énfasis y corchetes agregados]".

En el mismo sentido, Benavides ha sostenido que fuera de la estricta relación del 1398 CC,

> han quedado una serie de cláusulas que podrían consagrar situaciones muchísimo más abusivas e injustas, por ejemplo, aquéllas que le permiten al proveedor reajustas unilateralmente el precio y los intereses sin previo aviso. Resulta absurdo que la invalidez se limite únicamente a la escuela lista del artículo 1398 y que no se aplique a muchas otras cláusulas manifiestamente abusivas (2001, p. 402).

La decisión legislativa de prohibir una lista cerrada de cláusulas acarrea el peligro representado por la excesiva rigidez de un sistema legal que se vea incapaz de adaptarse a las nuevas circunstancias, esto es, inidóneo para neutralizar la eficacia de estipulaciones gruesamente disfuncionales y no incluidas en la nómina. Y es que la nomenclatura de cláusulas abusivas contenida en el artículo 1398 CC cuenta con carácter taxativo, en tanto, al dictaminar la nulidad como consecuencia, impide que dicha calificación se aplique por analogía(104). Luego, el problema del artículo 1398 CC radicaría en que "la lista debería actualizarse constantemente o se vería superada en breve por la realidad: sin haber conseguido la finalidad pretendida: controlar y eliminar las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores" (Álvarez, 2010, p. 39).

Naturalmente, las estipulaciones gravemente disfuncionales que van emergiendo de tiempo en tiempo no quedan ni remotamente reducidas al escueto elenco contenido en el artículo 1398 CC. Esta norma difícilmente se adapta a las complejidades de las operaciones negociales actuales y se

(102) El riesgo puede ser definido como todo aquel evento cuyo acaecimiento es incierto pero que, si ocurre, genera un impacto económico –positivo o negativo–en por lo menos una de las partes del contrato. La materialización de los riesgos puede implicar tanto pérdidas como ganancias en los contratantes. Asignar un riesgo supone definir cuál de las partes –y en qué medida, de ser el caso–sufre o se beneficia de dichas pérdidas o ganancias. Por su parte, asumir un riesgo implica soportar cualquier dispersión existente entre un cálculo *ex-ante* y la realidad *ex-post* de cualquier ingreso o egreso que repercuta en la parte contractual en la que se haya colocado el riesgo.

(103) Sólo si una norma dispositiva 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 y controversias de los pactos en el desenvolvimiento de la relación jurídica. 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.

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. Este punto ya había sido mencionado en un trabajo anterior. Al respecto, *véase* "Las cláusulas de formalidad convencional en la contratación contemporánea", de Vásquez (2019).

(104) Al respecto, *véase* el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil peruano.

queda rezagada respecto al advenimiento de nuevas formas transaccionales en base a necesidades emergentes en el tráfico.

Una definición legal de cláusula abusiva brinda elasticidad al sistema legal, evitando su envejecimiento prematuro, puesto que no precisa de actualizaciones normativas constantes cada vez que la creatividad de los predisponentes introduzca una cláusula tan novedosa como leonina, al punto de calificar como vejatoria (Álvarez, 2010, p. 50). Ante esta carencia (que debería ser atendida por una futura modificación normativa), el artículo 1399 CC se muestra como una alternativa coherente con la política tuitiva del adherente adoptada por el Código Civil, pues determina que existan tantas prohibiciones eventuales como normas dispositivas existan en dicho cuerpo normativo y en leyes especiales(105). Se evita de este modo la prematura obsolescencia del control del contenido en negocios estandarizados.

9. La noción de cláusula abusiva subyacente al artículo 1399 del Código Civil

Un sector de la doctrina latinoamericana define la cláusula abusiva como una estipulación contraria a la buena fe y que causa un perjuicio desproporcionado al consumidor (Suescún, 2009, p. 5) o como aquella que crea, en detrimento del consumidor (parte que se encuentra en una posición de desventaja), un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Reviste interés notar cómo, a diferencia de nuestro formante doctrinario y jurisprudencial, en jurisdicciones, como la colombiana, se ha reconstruido una noción de cláusula abusiva para paliar la ausencia de regulación normativa fuera del ámbito del consumidor. Así, Camacho (2022, pp. 25, 27, 37, 39-44) menciona que la mayoría de fallos de las cortes colombianas han entendido que una cláusula abusiva es aquella mediante la cual el predisponente contraviene la prohibición constitucional de abuso del derecho (artículo 95 de la Constitución Política colombiana) a crear la *lex* contractual –o el abuso del derecho a la autonormación– mediante la incorporación de estipulaciones que favorecen al predisponente en forma desmedida o que afectan a la otra parte. La sanción aplicable ante esta hipótesis es la nulidad, por contravenir el referido dispositivo constitucional. La postura anotada por la autora constituye una auténtica forma de control del contenido del contrato estandarizado y no solo limitación del ejercicio abusivo de ciertas estipulaciones. Y dicho control no solo sería aplicable a CdA o con adhesión a CGdC, sino también a contratos paritarios o libremente negociados(106).

En nuestro sistema legal, el Código de Protección y Defensa al Consumidor peruano define a la noción abordada de la siguiente manera:

> Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas
>
> 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.

En contraste con esta realidad, Código Civil peruano carece de definiciones normativas asentadas en alguna norma respecto a la cláusula abusiva. Tampoco existen definiciones lógicas asentadas planteadas por la doctrina nacional. Luego, no existe actualmente una categoría en sí misma capaz de subsumir y neutralizar de manera general la eficacia de cláusulas gruesamente disfuncionales en contratos estandarizados.

La definición de estipulación vejatoria en el sistema peruano no es una cláusula normativa general y, por ende, no es apta para desenvolver las funciones propias de este tipo de normas. No se trata entonces una categoría en sí misma capaz de neutralizar cualquier estipulación que pudiese resultar abusiva para el adherente y que no se haya reflejado en la lista incluida en los artículos 1398 y 1399 CC.

(105) Y éstas última suelen gobernar de forma más congruente operaciones contractuales específicas –y a menudo sofisticadas, siendo a la vez más fáciles de actualizar que el *corpus* del Código Civil.

(106) Aunque aparentemente siempre respecto a los pactos individuales predispuestos sin posibilidad de modificación so pena de no celebrar el contrato. El discurso expuesto, según estimamos, es especialmente útil –y ameritaría un estudio más profundo– para hipótesis que la jurisprudencia italiana denomina como el *terzo contratto*, esto es, paradigmas contractuales que no califican como B2C, pero cuyo consentimiento se verifica en condiciones de desequilibrio procedimental, como ocurre en los contratos celebrados por una minera con un subcontratista que tiene en ella la única salida a su producción.

Lo que queremos decir es que la omisión de una definición de vejatoriedad impide que el sistema legal aplique el control del contenido para pactos distintos a aquellos calificados como abusivos *ex* artículos 1398[107] y 1399 CC, pese a que la realidad de las cosas indica que las cláusulas irrazonablemente gravosas en CdA y acuerdos con CGdC van más allá del campo de aplicación de los citados artículos.

El artículo 1399 CC permite inferir una definición descriptiva antes que mandatoria. Pero esta constatación no ha de desanimarnos, pues la utilidad lógica de aquella definición en términos civiles resulta de todos modos valiosa al permitir, además de paliar las limitaciones del artículo 1398 CC, acusar las falencias del sistema legal de cara a su futura mejora.

Para efectos del artículo 1399 CC, una cláusula abusiva es aquella que, en un contrato típico estandarizado, se desvía de la regulación dispositiva aplicable al tipo negocial de encuadramiento en perjuicio esencial del adherente y sin que el predisponente posea (o, en todo caso, sin que logre acreditar) alguna justificación plausible de razonabilidad concreta para semejante contravención[108]. Se trata así, de estipulaciones que se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, el cual se convierte en el paradigma de la asignación balanceada y equitativa de riesgos y responsabilidades[109][110]. En una frase, la cláusula vejatoria entra en colisión con el equilibrio normativo diseñado por el legislador.

La categoría, así definida, se aleja tanto del abuso de derecho (Soto, 2003, p. 585) como de patologías relacionadas al estado subjetivo (mala fe) del predisponente.

La cláusula vejatoria abordada por el artículo 1399 CC es tal no solo porque se desvía de la ley supletoria (que canaliza una asignación de riesgos neutral o equilibrio normativo) en un contrato estandarizado, sino porque lo contraviene de manera irrazonable, ocasionando un perjuicio esencial en el adherente y sin que el predisponente tenga (o, en todo caso, sin que logre acreditar) una justificación plausible para haber incorporado semejante estipulación en el programa negocial.

Como ya se dijo, el derecho dispositivo canaliza el ideal de equilibrio normativo. Si consideramos esto, hallamos factible aseverar que, en el Perú, las cláusulas abusivas son normativamente desequilibradas por alejarse, en detrimento del adherente, del punto de equidad legislativamente concebido, esto es, por exorbitar el parámetro de valoración de razonabilidad provisto por el derecho dispositivo; siendo que dicho apartamiento no se encuentra justificado por un equilibrio concreto derivado de la lógica de la operación económica.

A mayor abundamiento, a diferencia de los contratos paritarios con negociación individualizada –terreno donde los límites a la autonomía privada son generales y están configurados por las normas de orden público, imperativas y buenas costumbres– en el paradigma de los contratos con CGdC no aprobadas administrativamente o CdA gobierna una lógica distinta. Este paradigma dictamina la necesidad de que el predisponente, a la hora de configurar el programa negocial, respete además el equilibrio normativo o por lo menos un equilibrio en concreto que concierne a las posiciones de las partes. Luego, si una cláusula es desequilibrada en perjuicio del adherente y el predisponente no se encuentra en condiciones para justificar la razonabilidad de semejante estipulación, aquella será nula o será sustituida por el derecho dispositivo.

(107) Como contrapartida, el artículo 1398 del Código Civil dispone una lista de cláusulas necesariamente abusivas, independientemente de las circunstancias y de la operación contractual de la que formen parte.

(108) De ello fluye que, en los contratos típicos estandarizados, las normas dispositivas serían *prima facie* vinculantes para el predisponente, y su desviación generaría la sospecha de que el pacto es irrazonable.

(109) Álvarez (2000) considera que este tipo de pactos se desvían de la buena fe objetiva entendida como equidad contractual. Esta manifestación de la buena fe obligaría a contrastar y valorar los intereses contrapuestos en el sentido de que deben ser tenidas en cuenta las razones de una y otra parte. En ese sentido: "contraria a la equidad no es sólo la determinación que favorece excesivamente a una parte con ventaja sobre la otra, sino, en general, la determinación que sacrifica, de modo no razonable, los intereses de una parte, sea o no tal sacrificio correlativo a la ventaja de la contraparte o de terceros. Al mismo tiempo, esa necesidad de contemperar los intereses de las partes es la causa de considerar como abusivas aquellas cláusulas que se aparten injustificadamente del derecho positivo, que se convierte en la medida del equilibrio contractual" (p. 45).
La autora cita el segundo párrafo del artículo 7.1 del Anteproyecto de Ley de Cláusulas Generales de Contratación, del 11 de diciembre de 1996, según el cual "se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente deroguen las normas aplicables al contrato o que limiten los derechos y las obligaciones inherentes del mismo, de tal forma que ponga en peligro su finalidad económica" (p. 45).

(110) Como se advierte, esta definición se encuentra en línea con la definición operada por cierta doctrina para las cláusulas vejatorias, en el sentido de concebirlas como términos que se desvían del tipo contractual.

El alcance de la prohibición de las cláusulas abusiva *ex* artículo 1399 CC impide neutralizar los pactos vejatorios en contratos atípicos, pues no encajan en la nómina de "Contratos Nominados" y entenderlos como tales conllevaría a una interpretación abrogativa de la letra el artículo en cuestión. Esto deviene en un aspecto perfectible de nuestra legislación, pues, en primer lugar, la subsunción del negocio jurídico en un tipo legal debería ser indiferente para efectos de la protección del adherente. En ambos casos podríamos estar frente a similar necesidad de tutela. En segundo lugar, el contrato atípico también es gobernado por el derecho dispositivo de los estatutos generales y usos del tráfico, siendo que la derogación de estas reglas, debería también detonar la presunción de la vejatoriedad, cuando ocasione un detrimento esencial en el adherente.

Finalmente, debemos mencionar que el Anteproyecto de Reforma de Código Civil elaborado por el Grupo de Trabajo creado por la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS propuso la siguiente definición de cláusula abusiva:

> Artículo 1398.- Nulidad de estipulaciones
>
> 1. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, son nulas aquellas estipulaciones que, en contra de la buena fe, establezcan en detrimento del adherente, un desequilibrio esencial entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
> 2. La nulidad de la cláusula abusiva no perjudica a las otras.

En el acápite correspondiente a la Exposición de Motivos, se señaló lo siguiente:

> Se incluye una norma general que sanciona con nulidad la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, precisando que la nulidad de una cláusula abusiva no afecta a las demás cláusulas que contiene el contrato.

La propuesta del Anteproyecto parece haber sido influenciada por la Directiva 93/13 de la Comunidad Europea, la cual, a su vez, se nutrió de los modelos legislativos alemán y francés. Estos modelos propugnan que el control del contenido parte de definir a las cláusulas abusivas como aquellas que, en perjuicio del adherente, (a) contravienen la buena fe (modelo alemán) y/o (b) generan un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones de las partes, independiente del estado subjetivo del predisponente (modelo francés)[111].

En nuestra opinión, la técnica legislativa más idónea para lidiar con cláusulas vejatorias en contratos estandarizados pasa por una prohibición general de abusividad, complementada por una lista de pactos automáticamente prohibidos (regla *per se*) y otras circunstancialmente prohibidas (regla de la razón). Estas nóminas, que han de ser robustas, razonables y en permanente actualización, deberían fungir como una guía que reduzca la discrecionalidad de los tribunales. La existencia de listas es indispensable, en tanto "resultaría casi imposible poder precaver todas las eventualidades constitutivas de cláusulas abusivas, por lo que un derecho que se limite a consagrar una lista siempre será deficitario" (Camacho, 2022, p. 94).

10. Cómo justificar la razonabilidad del pacto que contraviene la regulación aplicable al tipo contractual

Como se mencionó *infra*, la naturaleza del acto y las circunstancias podrían evidenciar la razonabilidad del pacto que subvierte la disciplina del tipo. Aquellos factores podrían demostrar la existencia de un equilibrio concreto (en las posiciones de las partes) que inviste a la estipulación sospechosa, destruyendo así su apariencia de vejatoriedad. Nos ubicamos en el ámbito de aplicación de la *Tercera Norma*, *ex* artículo 1399 CC.

En adelante, denominaremos "justificadores" a los indicios de la razonabilidad del pacto[112] que pueden ser presentados por el predisponente frente a los tribunales.

(111) Operativamente doctrina mayoritaria ha venido causando el enjuiciamiento de fondo de las condiciones generales se plasmaba en la vertiente objetiva de la buena fe, la cual hallaba su contravención –al menos parcialmente, en este ámbito– en la contravención a la equidad contractual, al derecho dispositivo, a la causa del contrato e incluso, aunque de menos evidente, a las expectativas razonables del adherente derivadas de la interpretación y las circunstancias concretas (Ballesteros, 1999, pp. 274 y ss.).

(112) El Código Civil peruano no establece lineamientos para los indicios que podría aducir predisponente que desea defender el carácter congruo de la cláusula sospechosa. Cierta opinión respalda ciertos pactos que operan en derogación de las reglas típicas, aseverando que éstas –por muchas que puedan ser– son insuficientes para regular las líneas de negocio de los predisponentes que emplean contratos. Esta circunstancia haría natural que exista necesidad de incorporar desviaciones. Luego, conforme a esta opinión, existiría una razón justificada para la desviación cuando las CGdC "efectivamente agilicen el tráfico masivo de bienes y servicios, sin perjudicar los intereses de los consumidores" (De la Puente, 2007, p. 803). Sin embargo, la circunstancia antes descrita difícilmente califica como un justificador, pues, como se ha mencionado previamente, si el pacto que deroga el derecho dispositivo no introduce un perjuicio en los intereses de los consumidores (esto es, un impacto adverso esencial en el adherente), es bastante difícil explicar la propia presunción de abusividad ex artículo 1399 (Primera Norma).

Es menester puntualizar que los justificadores deben ser hallados a partir de un análisis global, que no se limite a examinar aisladamente la cláusula sospechosa de abusividad, sino que considere su dinámica en la interacción con el resto del programa negocial, con sus antecedentes y, en general, con la operación económica en la cual aquel pacto se desenvolverá, la cual podría estar conformada por dos o más contratos coligados.

Esta perspectiva es acogida también por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, al señalar lo siguiente:

> Artículo 49.- Definición de cláusulas abusivas
>
> (...)
>
> 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 [énfasis agregado].

Si bien la citada disposición normativa no es aplicable –ni siquiera analógicamente– a la regulación del Código Civil, sí es portadora de un principio de interpretación, cuyo espectro no se limita al plano puramente sectorial, sino que irradia al ámbito del contrato en general.

Tanto los justificadores sustanciales como los procedimentales cuentan con un valor indiciario, es decir, deberán ser apreciados en conjunto con otros elementos para generar convicción en el tercero dirimente(113).

10.1. Justificadores sustanciales de razonabilidad en concreto de la cláusula sospechosa

Por un lado, evidencian la razonabilidad de la cláusula sospechosa de abusividad los indicios que, en cada caso concreto, contribuyen a demostrar que cláusula es equilibrada considerando las posiciones que las partes asumen en el programa negocial. Denominaremos estos indicios como "justificadores sustanciales". Se trata de elementos que respaldan la congruencia del pacto en apariencia disfuncional, en el marco del programa negocial específico. Son justificadores sustanciales los siguientes:

a) La coherencia del pacto con los principios económicos de asignación neutral o equilibrada de riesgos entre los contratantes. En estos últimos, tenemos directrices que determinan que el riesgo debe ser colocado a la parte que: (a) se encuentra en mejor posición para prever y evitar que aquel se materialice; (b) se encuentra en mejor posición para controlar las consecuencias de su acaecimiento; (c) quien puede asegurarse a menor costo contra su verificación; y, (d) quien se beneficia si es que el evento de riesgo se materializa, generando una oportunidad en vez de un peligro.
b) La posibilidad de que otras cláusulas del acuerdo u otros acuerdos coligados compensen, en favor del adherente, la cláusula abstractamente abusiva, reintroduciendo de este modo el equilibrio (Sacco & De Nova, 2016, p. 377). En efecto, considerando el análisis global que ameritan los justificadores de razonabilidad, debe indispensablemente considerarse en la evaluación del equilibrio / desequilibrio al conjunto de términos y condiciones del contrato que contiene el pacto sospechoso de vejatoriedad así como a los otros contratos coligados aquel. Así, podría ser un justificador sustancial la concesión al adherente de un derecho simétrico al incorporado a favor del predisponente (mediante la cláusula sospechosa). También podría ser razonable asignarle al adherente un impacto económico específico en la contraprestación (de incremento o reducción del precio) a cambio de la renuncia a cierto derecho o a cambio de la asunción de cierto riesgo.
c) La compatibilidad de la cláusula con usos y costumbres, incluyendo las buenas prácticas profesionales. Se trata de prácticas que dan lugar a reglas contractuales y que se caracterizan por ser frecuentes, generalizadas en un mercado relevante, por generar consciencia de obligatoriedad y por no ser contrarias a los límites de la autonomía privada. La relevancia de estas reglas contractuales reside en que obedecen de manera fidedigna a distribuciones de

(113) Código Procesal Civil.
Artículo 276. - Indicio
El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.
El indicio es toda actividad acreditada a través de los medios probatorios los cuales adquiere significación en su conjunto cuando ayudan al juez a tener certeza respecto de un hecho desconocido.

riesgos y responsabilidad tomadas como eficientes por el mercado y que no son otra cosa que el insumo que, una vez consagrado por el legislador, conforma la disciplina del tipo contractual. Un ejemplo de estipulación que contraviene la ley supletoria y que pese a ello no es vejatoria, está dado por los pactos de mora automática en ciertos financieros, como el *underwriting*.

d) La lógica comercial de una estipulación insertada en un programa negocial. La cual se encuentra estrechamente ligada con la operación económica desenvuelta por las partes a partir de los criterios de interpretación del negocio jurídico.

Como ejemplo de justificativos sustanciales podemos citar el caso de aquellas estipulaciones que excluyen remedios del adherente y que, a la par, habilitan una tutela alternativa idónea a favor de aquella parte. Veamos un caso. La sociedad de *leasing* "S" (predisponente) acuerda una exoneración de responsabilidad frente al usuario "U" (adherente) por los vicios y defectos del bien dado en *leasing*. A efectos del artículo 1399 CC, semejante exoneración probablemente no dará lugar a una cláusula abusiva, pues en la operación global de *leasing*(114), la parte que está en mejor posición para asumir el riesgo de vicios y defectos del bien frente a "U" no es la sociedad "SC" (contraparte de "U" que es un mero facilitador financiero), sino el proveedor "P" (un tercero respecto al arrendamiento financiero en sentido estricto pero que participó en la operación de *leasing*). Dicho de otra manera, la naturaleza de la operación global justifica la razonabilidad de la exoneración de responsabilidad incorporada en el contrato de *leasing*.

En otros supuestos, podría no ser desequilibrado que, atendiendo a las características peculiares del bien transferido, se derogue prerrogativas que la ley supletoria le otorga al adherente. Veamos una ilustración. El vendedor "V" (predisponente) trasfiere a título de venta una casona de 90 años de antigüedad a favor del comprador "C" (adherente). En tales circunstancias, una cláusula "*as is*" podría derogar razonablemente la garantía de "V" respecto al saneamiento por vicios ocultos. Y es que, debido al transcurso del tiempo, a los múltiples eslabones que conforman la cadena de transferencias y al vasto uso dado bien por sus múltiples ocupantes, no necesariamente será "V" la parte pueda hacerse cargo de aquellas contingencias más eficientemente.

10.2. Justificadores procedimentales de razonabilidad en concreto de la cláusula sospechosa

Los justificadores procedimentales ya no se enfocan en el equilibrio que las partes asumen en el programa negocial. En cambio, estos justificadores se centran en el *iter* formativo del consenso y, particularmente, en la calidad de información que se encuentra a disposición del adherente, coyuntura que se encuentra en aptitud de garantizar la comprensión de los alcances del pacto aparentemente disfuncional(115) (por ejemplo, colocándolo en un formulario específico y requiriendo la firma manuscrita del adherente(116)).

Vistos desde otra perspectiva, los justificadores procedimentales son una suerte de control de incorporación extraordinario, pues su presencia requiere sobrepasar un estándar más elevado que el de la mera cognoscibilidad (a que refiere el artículo 1397 CC). Aquel umbral especial tiene como propósito asegurar una calidad superior de la información transmitida al adherente(117), para así garantizar su entendimiento efectivo; y, mediante de ello, lograr que aceptación por el adherente sea el genuino correlato conveniencia que éste halló en el acuerdo(118).

Un modelo legal que emplea un justificador procedimental (el denominado *consentimiento específico* del adherente) es el *Codice* de 1942, el cual, en su artículo 1341, supedita la validez de ciertas cláusulas comercialmente agresivas o particularmente peligrosas para

(114) La operación económica de *leasing* presupone la celebración de un contrato de compraventa o provisión, por el cual la sociedad de *leasing* adquiere los derechos (usualmente propiedad) sobre el bien cuyo uso posteriormente cederá al usuario.

(115) Estamos entonces frente a al consentimiento específico del adherente, el cual precisa de considerable transparencia e idoneidad en la información, lo cual la hará particularmente comprensible para cualquier adherente razonable.

(116) En este orden de ideas, el predisponente bien podría acreditar que una cláusula es razonable en tanto, en el caso concreto, ha sido absolutamente visible para el adherente, (por ejemplo, una aceptación de información clara y comprensible "de puño y letra"), por lo que la intervención del contenido no sería necesaria.

(117) No nos es ajena la diferencia entre el control del contenido y el control de incorporación, ya anteriormente referida en el presente trabajo. Sin embargo, creemos que la interpretación amplia del término justificación es la que mejor obedece a una lectura evolutiva del artículo en examen.

(118) En efecto, la información específicamente resaltada, por un lado, neutraliza la eventual expectativa divergente del adherente, quien debió haber estado a la información recibida; y, por el otro, en caso de ser aceptado no podría sino determinar que, a la luz de la globalidad del contrato, ha sido considerado como conveniente para el adherente.

el adherente (Sacco & De Nova, 2016, p. 348) a la aprobación específica y por escrito de éste[119]. Sobre el particular, la jurisprudencia de ese país ha entendido que la carga formal impuesta por el artículo 1341 se cumple cuando

> el adherente suscribe una declaración autónoma de aceptación de las cláusulas vejatorias individualizadas mediante la referencia a su número o contenido; en cambio no sería suficiente una única suscripción global del contrato, independientemente de la colocación o relevancia tipográfica de las cláusulas vejatorias, ni tampoco una suscripción distinta pero indiscriminada de la totalidad de las cláusulas contractuales, algunas de naturaleza no gravosa. (Sacco & De Nova, 2016, p. 30).

A mayor detalle, los justificativos procedimentales pretenden idealmente lograr que el adherente se encuentre en posición de:

a) identificar, analizar y dimensionar (asignar un valor a) los riesgos asociados a la cláusula sospechosa de abusividad;
b) comparar la cláusula sospechosa con los términos y condiciones ofrecidos por otros predisponentes; y,
c) evaluar y aceptar, cuando ello le sea genuinamente conveniente, la relación de cambio, esto es, asegurarse que el precio que está dispuesto a pagar justifique la magnitud de riesgo asumido incluyendo la cláusula sospechosa. Esta circunstancia contribuye indirectamente a equilibrar en concreto el programa negocial que contiene dicha estipulación. En efecto, mediante la visibilización del pacto, el adherente se encuentra en aptitud de decidir si el precio que pagará resulta o no congruente con las ventajas que le reportará el contrato que incorpora la estipulación aparentemente vejatoria. Se privilegia entonces la libertad del adherente para decidir tomar un paquete de contratación comercialmente agresivo, pero conveniente.

Si el adherente –quien además podría ser un empresario– decide aceptar el acuerdo en tales circunstancias, difícilmente existirá una razón para presumir la existencia de significativo desequilibrio en detrimento suyo.

La admisión de los justificadores procedimentales como indicios capaces de eliminar la vejatoriedad del pacto ha afrontado la crítica de quien sostiene que negar la abusividad en base al conocimiento específico de un pacto implicaría abrazar una concepción voluntarista del derecho, concepción que acoge la ecuación consentimiento libre de vicios, igual a impedimento de intervención del ordenamiento jurídico (Camacho, 2022, p. 70).

Discrepamos de esta opinión. En realidad, el justificador procedimental le atribuye a la cláusula presuntamente abusiva, en concreto, la misma visibilidad que poseen las cláusulas esenciales de toda operación contractual –es decir, las estipulaciones que regulan "los bienes o servicios que hayan de ser proporcionados y a la contraprestación que ha de pagarse por ellos" (Soto, 2003, p. 238)–, sobre las cuales el adherente no puede negar razonablemente comprensión y conveniencia. Estos términos esenciales y visibles muy difícilmente calificarán como abusivos, pues los sujetos –que suelen ser los mejores jueces de su propia conveniencia– se han adherido con voluntad y compresión de aquellos[120], determinando que el programa contractual les resulta, al final del día, conveniente.

Sobre el particular, Korobkin señala lo siguiente:

> [c]uando un término contractual es visible para los compradores, se puede confiar en el mercado para que provea una versión eficiente de éste: sin fraude, dolo, o una externalidad significativa creada por un tercero, la intervención judicial no es necesaria. Cuando el término es invisible para la mayoría de los compradores, el control del mercado sobre la posible conducta abusiva del vendedor se encuentra ausente, y los jueces deberían sospechar del término resultante (2006, p. 173).

En similar sentido, Barnes afirma que la protección legal conferida mediante el

(119) Artículo 1341. Condiciones generales del contrato
Las condiciones generales del contrato predispuesta por un uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si al momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o debía haberlas conocido empleando la diligencia ordinaria.
En todo caso, no tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de desistir del contrato o de suspender su ejecución o sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga o renovación tácitas del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de las autoridades judiciales.

(120) En efecto, no deberían ser consideradas vejatorias cláusulas que, a pesar de desviarse de la lógica del tipo, se reputan específicamente conocidas por el adherente. Se trata de pactos como aquellos caracterizadores de los términos comerciales del intercambio que estructuran la transacción, tales como el precio, el modo de pago, la calidad y cantidad, el lugar de cumplimiento, el plazo de cumplimiento y el límite de responsabilidad (Trans-lex Research. Principio IV.2.6).

control del contenido solo debe involucrar a la "letra chica" (es decir, cláusulas sobre las cuales el consumidor haya dado un asentimiento en blanco) y no así a estipulaciones conocidas, que cuentan con un asentimiento específico (precio deseable, tipo de ítem o servicio comprado y reputación del establecimiento) (2010, pp. 862 y ss.). Ello se debe a que el consumidor ha dado su voto de confianza al empresario, respecto de aquellas cláusulas sobre las que ha operado un asentimiento en blanco. Dicha conformidad antelada justificaría que el consumidor asuma el riesgo de defraudación de sus expectativas, salvo situaciones excepcionales de gruesa disfuncionalidad. Y es que, al igual que ocurre con un votante que empodera al candidato político posteriormente elegido como autoridad pública, el consumidor –mediante su asentimiento en blanco– empoderó al empresario para administrar los términos contractuales desconocidos y no leídos por el consumidor.

Estimamos que si la visibilidad que –por su propia naturaleza poseen– los términos y condiciones que conforman el objeto principal del contrato hace que aquellos sean inmunes -o, por lo menos, resistentes- a la vejatoriedad[121], otorgarle similar visibilidad a una cláusula *prima facie* sospechosa de abusividad podría constituir un indicio capaz de reflejar que, pese al aparente desequilibro del pacto, el adherente halló conveniencia en su aceptación, por lo que aquel debe reputarse equilibrado para sus intereses.

Veamos un ejemplo de la operativa de un justificador procedimental. El comitente "MC" le propone al contratista "SC" celebrar un contrato de obra *llave en mano* bajo términos estandarizados –y considerados innegociables– que se apartan del derecho dispositivo. "SC" remite una propuesta económica y técnica a "MC", pero puntualizando que la oferta operará para el caso que "MC" acepte una lista de exclusiones y desviaciones al modelo de contrato. "MC" se niega en todo momento a ajustar sus términos y condiciones, pues los considera inamovibles. En vez de ello, "MC" invita a "SC" a asignarle un valor a sus exclusiones y desviaciones y a ajustar su propuesta económica considerando dicha variable[122], lo cual finalmente ocurre, quedando perfeccionado el contrato.

En tal caso, las cláusulas de "MC", por más agresivas o leoninas que hayan sido, fueron comprendidas, dimensionadas y finalmente consideradas como equilibradas y convenientes por "SC" a la luz del precio finalmente cotizado. Luego, estas cláusulas difícilmente podrán ser calificadas como abusivas.

Otro ejemplo. El concesionario "C" necesita poner en operación una central hidroeléctrica conforme al cronograma de obras acordado con el Estado, para hacerse acreedor de una bonificación. En tal sentido, tras la propuesta económica inicial presentada por el contratista general "B" (quien tuvo a su disposición el modelo de acuerdo en las bases administrativas), "C" coloca a "B" en la posibilidad de llevar a cabo una de las dos siguientes estructuras (sin que "B" pueda modificarlas):

a) un contrato con una utilidad 50% mayor a la usualmente ofrecida en el mercado, pero incluyendo pactos que le transfieren íntegramente a "B" el riesgo geológico y social (casos en los cuales "B" renuncia anticipadamente a obtener ampliaciones de plazo y reconocimiento de sobrecostos); o, alternativamente,
b) un contrato que le permita a "B" obtener la utilidad estándar en el mercado, pero sin incluir el pacto de transferencia de los riesgos geológico y social.

Tras efectuar un análisis, "B" elije aceptar la primera alternativa. En tal caso, la cláusula de traslación de riesgos se desvía del derecho dispositivo (en particular, de los artículos 1315, 1784 y 1316 CC). Empero, tales divergencias podrían resultar justificadas, en tanto, considerando la economía del acuerdo específico, "B" eligió incrementar el monto de su cotización como consecuencia de tomar un paquete altamente riesgoso. En efecto, (a) "B" ha tenido la oportunidad de identificar el riesgo que una estipulación le trasladó, asignarle un valor y compararlo con la oportunidad de obtener una utilidad considerablemente más elevada, para efectos

(121) Empero, el autor omite justificar esta toma de postura en nuestro ordenamiento legal.
(122) En la realidad del tráfico jurídico, el adherente es quien suele realizar las ofertas económicas y técnica de una serie de contratos de transferencia de propiedad y servicios. En nuestra opinión, esta circunstancia no hace que el acuerdo deje de ser de adhesión, tal como correctamente establece el artículo 3 de la Directiva 93/13 CEE, según el cual: "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión **[énfasis agregado]**".

de tomar una decisión; (b) "B" ha aceptado el paquete agresivo propuesto por la contraparte, con el objetivo de lucrar en vista de las circunstancias[123]; y, consecuentemente, (c) si el riesgo geológico o el evento de fuerza mayor se materializa, "B" no podrá decirse defraudado en sus expectativas.

11. Sobre la aplicabilidad del artículo 1399 del Código Civil a cláusulas que determinan el contenido económico de la relación de cambio (equilibrio económico) y el objeto principal del contrato

Es preciso evaluar la aplicabilidad del artículo 1399 CC para controlar cláusulas que refieren, por un lado, al objeto principal del contrato; y, por el otro, a la calidad o cantidad de los componentes principales del objeto (por ejemplo, la cuantificación del precio o la fijación de las especificaciones técnicas de un contrato de servicios).

Una primera opinión podría extender la aplicación de la norma en comento a estipulaciones que versen sobre las materias explicitadas, en vista de que el dictado normativo del artículo 1399 CC no excluye a aquellas cláusulas comerciales esenciales.

Esta opinión parece de recibo en lo que se refiere a las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato. En esta línea:

> Si bien es discutible que el juez pueda evaluar lo justo (abusivo) del precio, en la práctica puede intervenir en las cláusulas principales del contrato a través del análisis de cláusulas relacionadas con aquellas que determinan el objeto principal del mismo, como por ejemplo, aquellas que se refieren a pagos en caso de cumplimiento parcial de la prestación o de no utilización del servicio, las que establecen la forma de determinación del precio definitivo, etc. En otras palabras, que el juez no pueda evaluar la adecuación entre precio y retribución no implica que no pueda determinar el carácter abusivo de aquellas cláusulas que, por ejemplo, establecen el método de cálculo, las modalidades de modificación del precio u otras como las recién mencionada. Ello en definitiva puede significar, en el hecho, una revisión o adaptación del precio final o efectivo que se deba pagar por el consumidor, lo que a su vez puede implicar que el juez se vea en la necesidad de establecer uno diverso al estipulado originalmente en el contrato (Momberg, 2013, pp. 20-21).

Estimamos que un control de pactos que se refieren al objeto esencial del contrato sí es factible bajo legislación peruana, pues no vulnera ningún principio inderogable de la contratación privada.

En contraste, no resulta admisible la injerencia directa del juez en cláusulas que fijan la cuantía y calidad del objeto principal. El fundamento de esta cortapisa se debe hallar en las siguientes razones:

a) Permitir la alteración judicial (o administrativa) de la ecuación económica fundamental acarrearía un indeseable mecanismo de control de calidad y/o control de precios, lo cual atentaría contra las libertades de mercado y de fijación de tarifas en los contratos civiles y mercantiles, dando lugar a una injerencia excesiva de los tribunales (Momberg, 2013, pp. 32-33; Albiez, 2014, p. 189[124]).
b) El adherente tiene visibilidad de (y puede comprender) las cláusulas que configuran las prestaciones principales del contrato incluso en los negocios jurídicos estandarizados. Esto le permite al adherente estimar la conveniencia de la operación, esto es, fijar el precio de forma ajustada a sus intereses[125]. Como

(123) Estamos frente a lo que Ballesteros identificaba como un escenario en el que se ha dado al adherente la oportunidad de celebrar un contrato de "mejor calidad" a un precio elevado u otro de "peor calidad" a un precio inferior (1999, p. 296).

(124) Momberg informa que, según algunos autores, tales cláusulas se encuentran fuera del examen del juez, ya que la intervención del juez supondría atentar contra libertad de mercado, en especial, la libre fijación de precios (2013, pp. 32-33). De esta manera, no cabe examinar la adecuación o equilibrio entre el bien o servicio prestado por el proveedor, y el precio pagado por el consumidor. Al efecto, señala que el desequilibrio sancionado es de tipo jurídico y no económico. Se sostiene además que son justamente estas las cláusulas a las cuales el consumidor ha prestado atención, y eventualmente negociado.
Por otro lado, según Albiez, el sistema alemán jamás se ha descartado que las cláusulas que se refieren al objeto y al precio estén sujetas a los requisitos de incorporación y de transparencia formal como también a las reglas de interpretación. Pero es más cuestionable que esas cláusulas puedan ser controladas materialmente. El control judicial sobre el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores podría suponer una injerencia excesiva en el mercado por parte de los tribunales (2014, p. 189).

(125) Sobre el particular, opina Camacho:
"(...) En primer lugar, porque se supone que estas son cláusulas que por lo general se negocian individualmente, y en caso de no serlo, porque el derecho no podría invadir la esfera de libertad que tienen las partes para elegir lo que más les conviene, aspecto que tiene que ver con las ventajas o desventajas que cada una consigue con el negocio y que, por tanto, aluden a un desequilibrio de carácter económico" (2022, p. 82)

se vio en el acápite anterior, en este tipo de situaciones es desaconsejable que el sistema legal permita que la intervención de un tercero en el contenido económico del contrato. En cambio, la intervención del contenido es un remedio preferible para la "letra chica" (términos respecto a los cuales operó un mero "*asentimiento en blanco*").

c) Los tribunales cuentan con escasa información sobre la estructura de costos y eficiencias planificadas las partes respecto a la ejecución del contrato, por lo que difícilmente su recomposición de la economía negocial sería satisfactoria para ambas.

d) El sistema legal peruano ya contiene remedios específicos contra el desequilibrio económico considerado como irregular por el legislador, tales como la rescisión por lesión, la prohibición de la usura, la prohibición de cláusulas penales manifiestamente excesivas y otros.

e) Implicaría desconocer que el control del contenido en contratos estandarizados refiere a la ruptura del equilibrio normativo y no a la ruptura del equilibrio económico. En esta línea, los modelos comparados más asentados(126), influenciados por la Directiva 93/13, suelen considerar que, si una cláusula que define la contraprestación es suficientemente clara, entonces no podrá ser abusiva.

Veamos un ejemplo sobre cómo no puede dar lugar a abusividad una cláusula que configura la cuantía de la relación de cambio (equilibrio económico). El locador de servicios "L" (adherente) es contratado por el cliente "C" (predisponente) para llevar a cabo cierta actividad profesional por una cantidad de 10 horas a cambio de una retribución por hora ascendente a USD $ 100. Es el caso que las tarifas establecidas por el colegio profesional que controla la actividad a la que se dedica "L" son 100% mayores a las fijadas. En esta hipótesis, por las razones expuestas, "L" no podría invocar exitosamente el artículo 1767 CC(127) para alegar que, por desviarse de las "tarifas profesionales", el pacto que fija el precio contractual es abusivo.

12. Conclusiones

- El artículo 1399 CC está conformado por tres normas jurídicas distintas, una procesal (*Primera Norma*), una prohibitiva (*Segunda Norma*) y una permisiva (*Tercera Norma*). Cada una de estas normas cuenta con sus propias hipótesis y sus respectivos efectos jurídicos. Los elementos comunes a las hipótesis de las tres normas son: (a) la celebración de un CdA o, alternativamente, de un contrato con CGdC no aprobadas administrativamente; (b) la calificación del contrato relevante como nominado o típico; (c) que alguna cláusula del contrato relevante contravenga la regulación dispositiva aplicable a su tipo contractual de encuadramiento; y, (d) que la cláusula incorporada en el contrato relevante opere en perjuicio del adherente y que le genere un detrimento esencial.
- La frase "normas establecidas para el correspondiente contrato" incluida en el artículo 1399 CC refiere a un *corpus* de reglas contractuales que engloba (a) a las normas supletorias consagradas específicamente para cada tipo contractual disciplinado en el Código Civil o en otra norma (independientemente

(126) Código Civil francés
Artículo 1171.-
En un contrato de adhesión, toda cláusula no negociable, determinada anticipadamente por una de las partes, que crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes se reputa no escrita.
La apreciación del desequilibrio significativo no recae ni sobre el objeto principal del contrato ni sobre la adecuación del precio de la prestación.
Cabe relacionar el artículo 1171 del referido Cuerpo Normativo con el artículo 1110 del mismo cuerpo normativo, que indica, en lo pertinente: "El contrato de adhesión es aquel que incluye un conjunto de cláusulas no negociables, determinadas previamente por una de las partes".
Munita & Morales señalan que el núcleo de esta especial forma de contratar "radica tanto en la desproporción en alguna de sus cláusulas, cuanto en el poder de una de las partes de redactarlas e imponerlas a la otra, frente a lo cual esta no tiene más alternativa que someterse a las mismas". Sobre el artículo 1171 precisan que, al igual que la norma respectiva del Code de la Consommation, "esta disposición no exige contravención a la buena fe para que se verifique la abusividad, basta entonces con que se produzca un desequilibrio significativo, al igual que en el ámbito del Derecho del Consumo, pero a diferencia de este, el control [establecido en el Código Civil francés] puede recaer tanto en contratos de consumo como en contratos entre profesionales o empresarios" (2021, p. 121).

(127) Código Civil.
Artículo 1767.-
Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

de su jerarquía), (b) a las reglas sociales derivadas de los usos y costumbres, y (c) al derecho dispositivo contenido en los estatutos generales del Código Civil.

- La regulación del BGB, utiliza -en casos de ambigüedad- dos insumos objetivos para individualizar "pactos contrarios a la buena fe" en negocios estandarizados: (a) que la cláusula no sea compatible con principios fundamentales de la regulación legal, de la que diverge; y (b) que la cláusula restrinja derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato. Ambos criterios operativos influyeron –de forma directa o, lo que es más probable, indirecta– en el artículo 1399 CC.
- El artículo 1399 CC alude a las normas dispositivas que componen las diversas tipologías contractuales, y tiene tantas prohibiciones potenciales como normas dispositivas existen. Se trata de una gran cantidad (y, eventualmente, cambiante) de reglas restrictivas de la autonomía privada en contratos estandarizados. Esta realidad hace que sea indispensable que todo despacho legal que diseña contratos estandarizados tenga en cuenta las normas de derecho dispositivo (sea en el Código Civil o regulación sectorial pertinente) a la hora de elaborarlos.
- La nulidad bajo el artículo 1399 CC *prima facie* debería manifestarse como parcial, es decir, un remedio-sanción que afecta aisladamente a la cláusula patológica, entendida como un módulo, sin extenderse a la totalidad del contrato estandarizado. La nulidad total del contrato es admisible solo excepcionalmente, y cuando el pacto afectado se revele como esencial para el desenvolvimiento de la operación. Ello puede acontecer cuando aquel término se refiera a las prestaciones principales o cuando la naturaleza del contrato, o la intención original de las partes al celebrarlo, determine que aquel no pueda subsistir sin las cláusulas afectadas.
- Cuando la ley concibe normas dispositivas para una tipología contractual, debe entenderse que se trata de reglas equilibradas a ojos del legislador, esto es, se trata de preceptos (a) que no favorecen exclusivamente a una u otra parte, (b) no son producto del azar y (c) plasman el ideal de neutralidad en la asignación de riesgos y responsabilidades de los contratantes a ojos del legislador (equilibrio normativo).
- El artículo 1399 CC cumple un rol trascendental en la política legislativa trazada por el Código Civil. Y es que la otra norma de control del programa en acuerdos estandarizados –el artículo 1398 CC– cuenta con un alcance limitado (solo será nula la cláusula si encaja en la escueta nómina allí contemplada), al estar desprovisto de una definición normativa de cláusula abusiva. Las estipulaciones gravemente irregulares que van emergiendo en la contratación contemporánea no quedan ni remotamente cristalizadas en dicha nómina. El artículo 1398 CC difícilmente se adapta a las complejidades de las operaciones transaccionales actuales y se queda rezagada respecto al advenimiento de nuevas formas transaccionales en base a necesidades emergentes en el tráfico jurídico.
- Para efectos del artículo 1399 CC, una cláusula abusiva es aquella que, en un contrato típico estandarizado, se desvía de la regulación dispositiva aplicable al tipo negocial en perjuicio esencial del adherente y sin que el predisponente posea (o sin que logre acreditar) acredite concretamente la presencia de razonabilidad para semejante desviación. Se trata de estipulaciones que se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, que se convierte en el paradigma de la asignación balanceada de riesgos.
- Por un lado, evidencian la razonabilidad de la cláusula sospechosa de abusividad aquellos indicios capaces de convertirla en equilibrada considerando las posiciones asumidas por las partes asumen en el programa contractual concretamente celebrado: los justificadores sustanciales. Son justificadores sustanciales, entre otros: (a) La coherencia del pacto con los principios económicos de asignación neutral de riesgos entre los contratantes; (b) la posibilidad de que otras cláusulas del acuerdo u otros acuerdos coligados compensen, a favor del adherente, la cláusula abstractamente abusiva, reintroduciendo de este modo el equilibrio; (c) la compatibilidad de la cláusula con usos y costumbres, incluyendo las buenas prácticas profesionales; (d) la razonabilidad comercial de una estipulación insertada en un programa negocial.
- Por otro lado, los justificadores procedimentales se enfocan en el *iter* formativo del consenso y, particularmente, en la calidad de información que se encuentra a disposición del adherente, coyuntura que puede garantizar la comprensión de los alcances de la cláusula aparentemente disfuncional. Los justificativos procedimentales hacen que el adherente se encuentre en posición de:

(a) identificar, analizar y dimensionar (asignar un valor a) el riesgo asociado a la cláusula sospechosa de ser abusiva; (b) comparar la cláusula sospechosa con los términos y condiciones ofrecidos por diversos predisponentes; y, (c) aceptar, cuando ello le sea conveniente, la relación de cambio conformada por los objetos principales del contrato. Estas circunstancia contribuye a equilibrar en concreto el programa negocial que contiene dicha estipulación, en tanto el adherente halló conveniencia en su aceptación.

Referencias bibliográficas

Álvarez, M. (2000). *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*. Edersa.

Arias Schreiber, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano. Contratos - Parte General*. Gaceta Jurídica.

Azzarri, F. (2017). Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, *6*(1), 37-90.

Ballesteros, J. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Bosch.

Barnes, W. (2010). Consumer assent to standard form contracts and the voting analogy. *West Virginia Law Review*, *3*(112), 839-872.

Benavides, E. (2002). La reforma del Código Civil peruano sobre el derecho de los contratos, parte general: ¿en busca de una isla? *Advocatus*, (7), 393-408. https://doi.org/10.26439/advocatus2002.n007.2401

Betti, E. (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (3ª ed.). Revista de Derecho Privado.

Bianca, M. (2007). *Derecho civil 3. El contrato*. Universidad Externado de Colombia.

Bullard, A. (2006). El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección del consumidor. En A. Bullard (Ed.), *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales* (1ª ed, pp. 497-666). Palestra Editores.

Camacho, M. (2022). *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios*. Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas, C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *IUS ET VERITAS*, (13), 19-35.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Caso Arbitral No. 090-2017-CCL. https://www.arbitrajeccl.com.pe/AAO/Content/DownloadFileMK.ashx?file=CASO%20090-2017-CCL%20-%20RESUMEN.txt&f=0

Castronovo, C. (1998). Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive. *Europa e diritto privato*, *1*, 5-44.

Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Società Editrice Il Mulino.

Von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A., & Zoll, F. (Eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Sellier.

Costanza, M. (2000). La novella sulle clausole abusive. *Banca borsa e titoli di credito, 53*(3), 316-368.

Criscuoli, G. (1959). *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*. Giuffrè.

D'Angelo, A. (1992). *Contratto e operazione economica*. Giappichelli.

De Castro, F. (2016). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*. Civitas.

De la Maza, I. (2003). Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista Chilena de Derecho Privado*, (1), 109-148.

De la Puente, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra Editores.

Di Majo, A. (2002). La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. *Premesse di carattere generale, intervención en el Incontro di studio del C.S.M.,* 22-24 de abril de 2002. http://www.judicium.it/

Dohrmann, K. (2014). Das condições gerais dos contratos/cláusulas abusivas: e o enfoque acerca do estado da questão na alemanha. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, *4*(16), 183-210. Recuperado de: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/90949

Escobar, F. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. *Advocatus*, (24),139-158.

Espinoza, J. (1998). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. *THEMIS Revista de Derecho*, (38*)*, 141-162. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10316

Fauceglia, D. (2017). Osservazioni in tema di clausole vessatorie "atipiche" nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato. *I Contratti*, *3*(3), 347-362. http://hdl.handle.net/2108/270689

Franzoni, M. (1999). *Degli effetti del contratto. Integrazione del contrato suoi effetti reali e obbligatori*. Giuffrè.

Gabrielli, E. (1999). Il contratto e le sue classificazioni. En E. Gabrielli (Ed.), *I contratti in generale. Tomo primo. Seconda edizione. InTratatto dei contratti diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli*. (pp. 43-75). UTET.

Gabrielli, E. (2013). El tipo contractual. En R. Morales & W. Vásquez (Eds.), *Estudios sobre teoría general del contrato*. Jurista Editores.

Gentili, A. (1999). Le invalidità. En E. Gabrielli (Ed.), *I contratti in generale* (pp. 1407-1634). UTET.

Guastini, R. (2016) E*studios sobre la interpretación jurídica. Instituto de Investigaciones Jurídicas*. UNAM.

Hernández, G., & Campos, S. (2020). Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno. *Revista de Derecho Privado*, *39*, 143-173.

Kessler, F. (1943). Contracts of adhesion—Some thoughts about freedom of contract. *Columbia Law Review*, *43*(5), 629-642. https://doi.org/10.2307/1117230

Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual. *Revista de Derecho Privado*, (37), 169-266. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185002

Ledesma, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica.

Llanos, T. (2021). El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. *IUS - Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, *10*(2), 1-25. https://doi.org/10.35383/ius-usat.v1i1.415

Mato, M. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Boletín Oficial del Estado.

Mazzamuto, S. (1998). L'inefficacia delle clausole abusive. *Europa e Diritto privato*, *1*, 45-50.

Mendoza, P., & Morales, M. E. (2020). Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán. *Revista chilena de derecho privado*, 34, 207-216. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000100207

Meyerson, M. I. (1993). The reunification of contract law: The objective theory of consumer form contracts. *University of Miami Law Review*, *47*(5), 1263-1333. https://repository.law.miami.edu/umlr/vol47/iss5/3

Mezzasoma, L. (2013). *Derecho del consumidor. El consumidor adquirente de inmuebles por construir.* Ediciones Legales.

Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Reforma de Código Civil elaborado por el Grupo de Trabajo creado por la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS.

Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*, *26*(1), 9-27. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001

Momberg, R. (2021). El control de las cláusulas abusivas en contratos entre profesionales en el derecho chileno. En F. Elorriaga (Ed.), *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Thomson Reuters.

Morales, M. & Munita, R. (2021). Control de cláusulas abusivas entre empresarios en el derecho francés. *Revista Jurídica Derecho*, *10*(14), 111-128. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102021000100006&script=sci_abstract

Muro, M. & Huanco, H. (2003). Ineficacia de estipulaciones en contratos nominados. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Contratos en General* (Tomo VII, pp. 362-365). Gaceta Jurídica.

Morales, M., Mendoza, P., & Munita, R. (2020). Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de derecho comparado. *Vniversitas*, *69*, 1-17. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.caee

Palacios, E. (2002). *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Jurista Editores.

Bergel, S. & Paolantonio, M. (1995). Nulidad parcial y total en el derecho del consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, *8*, 139-153.

Patti, S. (1996). *Le condizioni generali di contratto*. Cedam.

Pizarro, C. (2005). Las cláusulas abusivas. Una crítica al control represivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *26*(2), 391-404. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620162012

Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), 141-182. http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07

Rende, F. (2021). Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale. *Persona e Mercato*, (3), 526-543.

Rodotà, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffre.

Rodríguez, R. (2012). Tutela del consumidor contra cláusulas abusivas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *7*(8/9), 245-289. https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.284

Rodriguez, G. (2015). El equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo. *Derecho PUCP*, (74), 249-267. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.011

Roppo, V. (2009). El contrato (Trad. E. Ariano). Gaceta Jurídica.

Roppo, V. & Napolitano, G. (1994). Voce "Cláusole abusive". *Enc Giur Treccani*.

Sacco, R. & De Nova, G. (1993). Il contratto. En R. Sacco (Ed.), *Trattato di Diritto Civile* (1ª ed). UTET Giuridica.

Sacco, R. & De Nova, G. (2016). Il contratto. En R. Sacco (Ed.), *Trattato di Diritto Civile* (4ª ed). UTET Giuridica.

Serio, M. (1998). Profili comparatistici delle clausole vessatorie. *Europa e diritto privato*, 1, 77-136.

Sicchiero, G. (2006). La cláusula contractual. En *Anuario de Derecho Civil*, *59*(4), 1641-1658. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2327957

Slawson, W. D. (1971). Standard form contracts and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review*, *84*(3), 529-566. https://www.econbiz.de/Record/standard-form-contracts-and-democratic-control-of-lawmaking-power-slawson-david/10002819091

Smith, H. (2006). Modularity in contracts: boilerplate and information flow. *Michigan Law Review*, *104*(5), 1175-1222. https://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss5/11

Soria, A., y Osterling, M. (2014). *Contratos modernos: Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Soto, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 106, 563-609.

Suescún, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17. http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033199002

Tamani, C. (2022). Contrato por adhesión (comentario al artículo 1390 del Código Civil). En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (Vol. 9, pp. 348-359). Instituto Pacífico.

Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Giuffrè.

TRANS-LEX. (15 de noviembre de 2022). Principios TRANS-LEX. www.trans-lex.org/935000

Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual (2018). Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI.

Tutt, A. (2013). On the invalidation of terms in contracts of adhesion. *Yale Journal on Regulation*, *30*, 439-474. http://hdl.handle.net/20.500.13051/8186

Ulmer, P. (1988). Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas. *Anuario de Derecho Civil*, *41*(3), 763-788. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2769281

Vásquez, M. (2019). Las cláusulas abusivas y la autonomía contractual. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, *67*, 129-139.

Vásquez, W. (2011). Los financiamientos trilaterales en el marco de las operaciones de crédito al consumo y la teoría de la coligación contractual. *Revista de Derecho Administrativo*, (10), 183-198. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13688

Vásquez, W. (2022). Las modalidades *pay-if-paid* (pago si obtengo el pago) y *pay-when-paid* (pago cuando obtenga el pago) en los subcontratos de construcción. Funcionamiento, admisibilidad y recepción en el sistema contractual peruano. En L. Barchi, L. León, V. Contreras, H. Campos y E. Buendía (Eds.), *Dogmática y Práctica del Derecho Privado Moderno* (pp. 707-802). Ara Editores.

Vásquez, W. (2019). Las cláusulas de formalidad convencional en la contratación contemporánea. En *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre Disciplinas* (Tomo II, pp. 347-365). Instituto Pacífico.

Vega, Y. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En A. Alterini, J. de los Mozos y C. Soto (Dirs.), *Contratación contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del consumidor* (Vol. 2, pp. 515-635). Palestra.

Venosta, F. (1990). Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto. *Banca borsa e titoli di credito*, 646-664.

Whittaker, S. (2019). Unfair terms in commercial contracts and the two laws of competition: French law and english law contrasted. *Oxford Journal of Legal Studies*, *39*(2), 404-434. https://doi.org/10.1093/ojls/gqz003

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.006

Libertad contractual, libertad religiosa y principio de no discriminación: reflexiones desde la experiencia del common law(*)

Freedom of contract, religious freedom and the principle of non-discrimination: reflections from the common law experience

Francesca Benatti(**)
Università Cattolica del Sacro Cuore (Milano, Italia)

Resumen: El ensayo examina la evolución del principio de no discriminación a la luz de la experiencia estadounidense. Se examinan en particular las decisiones en los asuntos Masterpiece y Creative 303. Se señala cómo una resolución cuidadosa del conflicto entre libertades fundamentales sólo puede partir de una valoración de la persona en un sentido ontológico-relacional, teniendo en cuenta los matices del caso concreto.

Palabras clave: Libertad religiosa - Contrato - Discriminación - Dignidad - Análisis jurisprudencial - Derecho Civil

Abstract: The essay examines the evolution of the principle of nondiscrimination in light of the U.S. experience. The decisions in Masterpiece and Creative 303 are examined in particular. It is noted how a careful resolution of the conflict between fundamental freedoms can only move from an ontological-relational appreciation of the person, taking into account the nuances of the concrete case.

Keywords: Religious freedom - Contract - Discrimination - Dignity - Jurisprudential analysis - Civil Law

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 18 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 2 de diciembre de 2023.

(**) Doctora en Derecho comparado por la Università degli Studi di Milano (Milano, Italia). Profesora de Derecho comparado en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Autora de diversas publicaciones sobre contratos, responsabilidad civil, propiedad y arbitraje. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7594-3199. Correo electrónico: francesca.benatti@unicatt.it.

1. Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos y discriminación: el primer momento

El presente artículo pretende analizar, a través del análisis de la jurisprudencia estadounidense reciente, la relación y el posible choque entre la libertad de pensamiento, la libertad contractual y la libertad religiosa en una sociedad pluralista. Por una parte, esto se refiere a la esencia misma de la democracia y a su capacidad para equilibrar diferentes valores e intereses; por otra, muestra la evolución del Derecho privado. Sin embargo, hoy en día, existe una conciencia de su complejidad, de la pluralidad de sus fuentes y de la diversidad de sus métodos y funciones. En Estados Unidos, el principio de libertad (casi) absoluta de contratación había encontrado afirmación constitucional en la decisión del Tribunal Supremo Federal en el caso Lochner contra Nueva York, uno de los más controvertidos de su historia (Bernstein, 2011). En una opinión mayoritaria escrita por el juez Pechkam, se declaró inconstitucional por violación de la 14 Enmienda a la Ley de Panaderías del Estado de Nueva York (1895), que fijaba la jornada laboral máxima de los panaderos en 60 horas semanales y 10 horas diarias. En la argumentación se aprecia la confianza, aún presente en la época, en el modelo liberal clásico del laissez faire. Sin embargo, ya se percibían signos de una crisis inminente de ese mundo y de su visión, expresados en la opinión disidente del juez Holmes. Famosa es su objeción a un argumento basado "en una teoría económica que una gran parte del país no admite" (Corte Suprema de Estados Unidos, 1905, p. 198).

En Lochner también se percibe el choque entre una corriente judicial favorable al activismo y otra marcada por la autocontención del Tribunal. Menos célebre, pero igualmente y quizá más eficaz, es la opinión disidente del juez Harlan, quien subraya cómo la libertad contractual no debe entenderse en sentido absoluto, sino que puede restringirse legislativamente para promover el bienestar general o proteger la salud, la moral o la seguridad públicas. La idoneidad de las restricciones en una democracia depende de las valoraciones del poder político:

> [Concediendo] que existe una libertad contractual que no puede ser violada ni siquiera bajo la sanción de una promulgación legislativa directa, pero asumiendo, como según el derecho establecido podemos asumir, que dicha libertad contractual está sujeta a las regulaciones que el Estado pueda prescribir razonablemente para el bien común y el bienestar de la sociedad, ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales el poder judicial puede declarar que dichas regulaciones exceden la autoridad legislativa y son nulas? Sobre este punto no hay lugar para la disputa, ya que la regla es universal que una promulgación legislativa, federal o estatal, nunca debe ser ignorada o considerada inválida a menos que, sin lugar a dudas, clara y palpablemente exceda el poder legislativo (Corte Suprema de Estados Unidos 1905, p. 198).

La jurisprudencia posterior superó el principio establecido en Lochner, marcando así definitivamente la transición de la constitución liberal a la constitución democrática. De hecho, con el caso West Coast Hotel contra Parrish en 1937 se confirmó la validez de una ley del Estado de Washington que establecía un salario mínimo para las mujeres que trabajaban en determinadas industrias. El cambio de perspectiva es tan radical que el presidente del Tribunal Supremo Hughes, en la exposición de motivos, llega a preguntarse "¿Qué es esta libertad? La Constitución no habla de libertad contractual (…)" (Corte Suprema de Estados Unidos, 1937, p. 300). En concreto, se señala que la libertad de contratar no puede entenderse en sentido absoluto, sino que opera en el marco del control legislativo. El argumento parte del reconocimiento de la existencia de una clase de trabajadores desprotegidos que se encuentran en una posición de desigualdad y de poder de negociación desigual. La orientación se precisó posteriormente en el asunto Carolene Products, en el que se señaló que las leyes que regulan el comercio ordinario gozan de una presunción de constitucionalidad a menos que carezcan de fundamento racional. En una nota que se hizo célebre, el Juez Stone observa a continuación que las regulaciones dirigidas a las minorías deberían, en cambio, estar sujetas a un escrutinio constitucional más estricto especialmente cuando tienden a restringir seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que normalmente se confía precisamente para protegerlas[1].

Sin embargo, el núcleo del derecho antidiscriminación se encuentra en la legislación estadounidense en la evolución de la regulación de los alojamientos públicos. Este concepto tiene su origen en el deber de servir desarrollado en el *common law* inglés a partir del siglo XIV. Tras la peste negra, que había diezmado la población, se impuso legislativamente a todos los comercios sobrevivientes – que, de hecho, ahora operaban en régimen de monopolio debido a las desastrosas condiciones

(1) United States vs. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

sociales – la obligación de prestar sus servicios a todo aquel que los solicitara. La negativa se sancionaba penalmente. Con el tiempo, se fue consolidando el principio del "deber de servicio" general para quienes se encontraban en situación de monopolio, a fin de evitar que restricciones o condiciones arbitrarias distorsionaran el mercado y restringieran el acceso de la comunidad a bienes o servicios. En efecto, como señalan la doctrina y la jurisprudencia:

> Una persona se presentaba para servir al público en general, haciendo de ello su negocio, y al hacerlo suponía que debía servir a todos los miembros del público, (…) él era responsable en una acción sobre el caso por la negativa a servir (…) un incumplimiento de su *assumpsit* (Burdick, 1911, p. 516).

En la jurisprudencia estadounidense, la teoría del "deber de servir" fue aceptada por Story en el caso Markham, que se refería a la decisión de un posadero de impedir que un solo transportista buscara clientes en las inmediaciones de su posada porque estaba empleado por un negocio de la competencia. Tal conducta no se consideró lícita:

> Un posadero ofrece su casa como lugar público al que pueden acudir los viajeros y, por supuesto, renuncia a algunos de los derechos que de otro modo tendría sobre ella. Al presentarla como un lugar de alojamiento para viajeros, no puede prohibir la entrada a las personas que acudan con ese carácter, en el momento y la forma adecuados, siempre que disponga de los medios para alojarlos (Corte Suprema de Estados Unidos, 1837).

Puesto que el posadero permitía la entrada en su hotel a algunos transportistas, no había razón para prohibírsela a otros.

Contrariamente a lo que parecía sugerir la opinión de Story, la legislación estadounidense limitaba la aplicación del principio a los hoteleros y a los transportistas públicos. Sin embargo, en el caso Uston contra Resorts International, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey (1982) puso de manifiesto la irracionalidad de la directriz:

> Cuando los propietarios abren sus locales al público en general en aras de sus propios intereses de propiedad, no tienen derecho a excluir a la gente de forma irrazonable. Por el contrario, tienen el deber de no actuar de forma arbitraria o discriminatoria con las personas que acuden a sus instalaciones. Esta obligación se aplica no sólo a los transportistas, los hosteleros, los propietarios de gasolineras o los hospitales privados, sino a todos los propietarios que abren sus locales al público. Los propietarios no tienen ningún interés legítimo en excluir injustificadamente a determinados miembros del público cuando abren sus locales al público.

De hecho, como se señala acertadamente, la adopción de una orientación restrictiva, especialmente tras la Reconstrucción y las Enmiendas de 1866, se justificó por el deseo de permitir restricciones basadas en la raza.

Así, la lenta y gradual expansión del principio de no discriminación contractual debe leerse en el contexto de la lucha contra la segregación racial. Por ejemplo, fue fundamental la decisión del Tribunal Supremo en el asunto Shelley contra Kramer sobre la admisibilidad de los pactos restrictivos basados en la raza. Esta institución se caracteriza por una naturaleza híbrida: por una parte, se trata de un acuerdo, entre dos o más propietarios de edificios o terrenos situados en una zona determinada, destinado a impedir la transmisión de la propiedad o el disfrute a terceros, debido a características particulares de estos últimos; por otra parte, se aproxima a un pacto restrictivo de contenido negativo. En 1945, la familia Shelley, afroamericana, adquirió una casa en San Luis (Missouri) sobre la que existía un "pacto restrictivo" suscrito en 1911. El pacto entre los anteriores propietarios prohibía a afroamericanos y asiáticos disfrutar de la vivienda. Aunque no constaba en la escritura de compraventa, estaba debidamente registrado. Por ello, un vecino emprendió acciones legales para hacer cumplir el pacto e impedir que los nuevos compradores tomaran posesión de la propiedad. En su razonamiento, el Tribunal Supremo Federal declaró que tales acuerdos, como meros pactos privados, son válidos: "los acuerdos restrictivos, por sí solos, no pueden considerarse violatorios de ningún derecho garantizado (...) por la Decimocuarta Enmienda" (Corte Suprema de Estados Unidos, 1948, p. 334). Sin embargo, si se violan, el tribunal no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones acordadas, ya que ello constituiría una conducta discriminatoria contraria a la Decimocuarta Enmienda.

Cabe destacar que, a pesar de algunas intervenciones legislativas y jurisprudenciales significativas, la plena introducción de un principio de no discriminación contractual se produjo con la promulgación de la Ley de Derechos Civiles de 1964. En efecto, el Título II prohíbe la discriminación "por motivos de raza, color, religión u origen nacional" y las empresas alcanzadas por la prohibición se limitan esencialmente a las identificadas por la legislación estatal en el momento de su promulgación. Sin embargo, cabe señalar que la disposición no ha influido en las leyes estatales posteriores.

Así pues, el panorama normativo parece fragmentado en la actualidad, pero pueden identificarse tres tendencias (Sepper, 2016).

Algunos estados proporcionan una lista generalmente amplia de actividades que se incluyen en la definición. Otros, como Michigan, Dakota del Norte y Connecticut, han adoptado una definición genérica de establecimiento de servicio público que hace referencia a "cualquier lugar, tienda u otro establecimiento, con o sin licencia, que proporcione alojamiento, bienes o servicios al público, o que solicite o acepte el patrocinio o el comercio del público en general". La legislación californiana se refiere a "cualquier negocio de cualquier tipo". Por último, una tercera categoría de legislación estatal enumera las actividades que entran en la categoría de "alojamientos públicos", pero añade una fórmula general de cierre para permitir la inclusión de actividades nuevas o no identificadas expresamente que cumplan los mismos requisitos. Por ejemplo, Maine (1995) incluye en el § 4553(8), subcapítulo 1, capítulo 337, parte 12 del título 5 de su estatuto los lugares que:

> Se encuentran dentro de las categorías de alojamiento, lugares para comer, lugares de ocio y reunión pública, establecimientos de venta y alquiler, servicios personales desde abogados a lavanderías, instalaciones sanitarias, transporte, lugares culturales, instalaciones recreativas y deportivas, instituciones educativas, servicios sociales y edificios gubernamentales" y "cualquier establecimiento que atienda u ofrezca sus bienes, instalaciones o servicios al público en general, o solicite o acepte su patrocinio.

2. Las nuevas *discriminaciones*

El sistema estadounidense parecía, por tanto, haber encontrado un equilibrio en el Derecho contractual, caracterizado por una adhesión al formalismo y al textualismo con algunos límites importantes impuestos a las empresas que ofrecen servicios al público, obligadas a servir a todo aquel que lo solicite. De hecho, se deseaba evitar la repetición de la segregación *de hecho*.

Sin embargo, en los últimos años, la cuestión de la discriminación contractual ha vuelto a surgir en relación con casos de posible conflicto entre la libertad religiosa y la orientación sexual, especialmente a raíz de la sentencia Obergefell, que estableció la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Emblemático es el caso Masterpiece Cakeshop contra la Comisión de Derechos Civiles de Colorado[(2)]. El caso se refería a la negativa de un pastelero cristiano a hacer un pastel para una boda de dos hombres, mientras que se había declarado dispuesto a vender una ya hecha o para otra ocasión.

A pesar de la relativa sencillez del caso, la cuestión era delicada. Por un lado, existía el riesgo de que, si el Tribunal hubiera reconocido la libertad del pastelero, habría anulado con ello los principios establecidos en Obergefell; por otro, el sacrificio de la libertad religiosa no podría haberse impuesto sin un elevado coste social. Además, deberían haberse establecido cuidadosamente los límites dentro de los cuales puede ejercerse cada libertad: hasta qué punto la debida protección de las minorías puede justificar la usurpación de la identidad y las convicciones arraigadas de otros, y a la inversa, hasta qué punto pueden emplearse argumentos religiosos sin ser discriminatorios.

Sin embargo, el juez Kennedy no aborda estas cuestiones en la opinión mayoritaria, sino que se limita a constatar una violación de la Primera Enmienda porque la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, ante la que se celebró la audiencia administrativa, había mostrado una abierta hostilidad al argumento religioso al no permitir que Philips presentara sus justificaciones. Incluso, durante la vista, uno de los comisionados declaró que:

> La libertad de religión se ha utilizado para justificar todo tipo de discriminaciones a lo largo de la historia, desde la esclavitud hasta el holocausto (...). En mi opinión, es uno de los ejercicios retóricos más despreciables que la gente pueda utilizar la religión para perjudicar a los demás (Corte Suprema de Estados Unidos, 2015).

Más eficaces, por tanto, son los argumentos de Thomas y Gorsuch, que destacan cómo se trataba de un caso de libre expresión del pensamiento garantizado por la Primera Enmienda. En su negocio, Phillips se ve a sí mismo como un artista que crea pasteles según los gustos, personalidades y deseos de sus clientes.

Es, pues, decisivo destacar, desde esta perspectiva, cómo la negativa se refería únicamente a la creación de un pastel nupcial debido a una concepción diferente del matrimonio, mientras que el pastelero había estado dispuesto a proporcionar una preenvasada o a preparar tartas para la pareja para cumpleaños u otras ocasiones. Esta diferencia se basaba en las creencias religiosas de Philips, descrita como cristiana devota y practicante.

En la opinión concurrente, la juez Kagan advierte, sin embargo, que habría sido

(2) Epic Systems Corp. v. Lewis, 584 U.S. (2018)

preferible calificar la conducta del pastelero como discriminatoria porque se había negado a vender un tipo de pastel que habría vendido a cualquier pareja heterosexual. Esta diferencia constituye una conducta discriminatoria. Por ello, considera preferible adoptar una lectura restrictiva del razonamiento mayoritario, según la cual un Estado puede actuar contra acciones discriminatorias siempre que sus propias decisiones no se basen en la hostilidad o los prejuicios.

Por otra parte, la objeción de la juez Ginsburg no parece dar en el blanco, cuando observa que ello parecería reintroducir dos tipos diferentes de matrimonio, aunque pueda compartirse la preocupación implícita por la necesidad de consolidar la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados Unidos. De hecho, la opinión mayoritaria de Obergefell ya había subrayado que:

> Debe destacarse que las religiones, y quienes se adhieren a doctrinas religiosas, pueden seguir defendiendo con la mayor y más sincera convicción que, por preceptos divinos, no debe aprobarse el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Primera Enmienda garantiza que las organizaciones y las personas religiosas reciban la protección adecuada cuando intentan enseñar los principios que son tan satisfactorios y tan fundamentales para sus vidas y sus creencias, y para sus propias aspiraciones profundas de continuar con la estructura familiar que han venerado durante tanto tiempo. Lo mismo cabe decir de quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo por otros motivos (Corte Suprema de Estados Unidos, 2015).

Sobre la base de este principio, parece posible afirmar que debe garantizarse a todos el derecho a contraer matrimonio, mientras que un particular puede, basándose en profundas convicciones religiosas, diferenciar entre ambos casos y dirigir su actividad profesional sólo a uno de ellos.

El razonamiento de Masterpiece fue criticado tanto por la doctrina que abogaba por una mayor protección de la libertad religiosa, como por quienes consideraban fundamental proteger la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo que acababa de ser reconocida. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal de EE.UU. hizo uso en su decisión de esas virtudes pasivas celebradas por Bickel, limitándose a resolver el caso concreto sobre la base de la conducta discriminatoria de la Comisión de Colorado, sin establecer el principio de derecho a adoptar en casos similares. La exposición de motivos redactada por el juez Kennedy representa hoy su testamento: el reconocimiento de una sociedad pluralista en la que el valor fundamental es la dignidad humana. Sin embargo, la incapacidad o falta de voluntad del Tribunal para resolver el conflicto entre identidad sexual e identidad religiosa muestra el carácter trágico de ciertas elecciones en un mundo caracterizado por una polifonía cada vez más disonante. En el fondo parece permanecer el angustioso temor de una composición imposible entre valores e ideales diferentes.

Sin embargo, la incertidumbre provocada por Masterpiece y la necesidad de establecer un principio claro llevaron al Tribunal Supremo, ahora con mayoría conservadora, a conceder el certiorari en un caso similar relativo a Lorie Smith, una diseñadora de páginas web cristianas que deseaba ampliar su negocio incluyendo entre sus servicios la creación de páginas web para bodas. Temiendo que el Estado de Colorado, en virtud de la Ley Antidiscriminación de Colorado, le obligara a incluir las de uniones del mismo sexo, emprendió acciones legales, solicitando una medida cautelar que impidiera al Estado obligarla[3].

El Tribunal falló por mayoría con un argumento del juez Gorsuch, autor de la opinión concurrente más eficaz en Masterpiece. De hecho, retomando el mismo argumento, destaca cómo el Estado de Colorado no puede obligar a Lorie Smith a realizar una actividad creativa contraria a sus principios y valores. Tal elección está protegida por la Primera Enmienda. Así, la postura de Colorado, de ser aceptada, tendría como consecuencia que la diseñadora expresara que:

> Como exige el Estado o enfrentarse a sanciones por expresar sus creencias, sanciones que pueden incluir la participación obligatoria en "formación correctiva (…)", la presentación de los informes periódicos de cumplimiento que los funcionarios consideren necesarios y el pago de multas monetarias (Corte Suprema de Estados Unidos, 2023).

La paradoja surge cuando se considera que, con este argumento, se podría obligar a un diseñador de páginas web homosexual a crear una página en contra de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

La opinión disidente de la jueza Sotomayor, a la que se unen las juezas Kagan y Brown, reconstruye, en cambio, la historia de la legislación antidiscriminatoria estadounidense a partir de la evolución de la noción de alojamientos públicos. Con 303 Creative, la mayoría habría repudiado la larga

(3) Al respecto, *véase* 303 Creative LLC vs. Elenis, 600 U.S. 570 (2023)

y ardua lucha por afirmar el principio de igualdad sustantiva. Por lo tanto, según la jueza Sotomayor:

> Hoy es un día triste para el derecho constitucional estadounidense y para la vida de las personas LGBT. El Tribunal Supremo de EE.UU. declara que un determinado tipo de negocio, abierto al público, tiene el derecho constitucional a negarse a servir a miembros de una clase protegida. El Tribunal lo hace por primera vez en su historia. Al emitir esta nueva licencia de discriminación en una demanda interpuesta por una empresa que pretendía negar a las parejas del mismo sexo el disfrute pleno y en igualdad de condiciones de sus servicios, el efecto inmediato y simbólico de la decisión es marcar a gays y lesbianas con un estatus de segunda clase. De este modo, la propia decisión inflige una especie de daño estigmatizado adicional al causado por la denegación del servicio. La opinión del Tribunal es, literalmente, una advertencia que dice: "algunos servicios pueden ser denegados a parejas del mismo sexo" (Corte Suprema de Estados Unidos, 2023).

De hecho, como señaló acertadamente Gorsuch, no se trata tanto de un caso de discriminación como de la respuesta a una simple pregunta: "¿Puede un Estado obligar a una persona que presta sus servicios expresivos a abandonar su conciencia y a pronunciar en su lugar el mensaje que (el Estado) prefiere?" (Corte Suprema de Estados Unidos, 2023). Es difícil, sin embargo, predecir las consecuencias de 303 Creative. Mucho dependerá de la interpretación que se dé en estas hipótesis a la noción de actividad expresiva, cuyos límites son inciertos. En el caso prevalezca una lectura restrictiva, su impacto en la práctica será mínimo.

Cabe señalar que el Tribunal Supremo del Reino Unido adoptó por unanimidad una directriz similar (Krichkova, 2022) en relación con Ashers Bakery(4), una pastelería que ofrecía pasteles personalizados (Hornby, 2020). Lee, un cliente habitual, solicitó que le prepararan una tarta para un evento con la imagen de los personajes Bert y Ernie, el logotipo de una organización de voluntarios de la comunidad LGBT de Irlanda del Norte y el mensaje "Support Gay Marriage" (Apoya el matrimonio homosexual). Aunque el pedido fue aceptado y pagado, a los pocos días la propietaria llamó a Lee disculpándose porque no podía atenderlo, pues tal mensaje era contrario a sus valores cristianos.

La justificación de Lady Hale se centra en la libertad de pensamiento al señalar que:

> No hubo un trato menos favorable por este motivo porque cualquier otra persona habría sido tratada de la misma manera. La objeción no se refería al Sr. Lee porque (…) tuviera una opinión política favorable al matrimonio homosexual. Se refería a la obligación de promover el mensaje del pastel. Se dio un trato menos favorable al mensaje, no al hombre (Tribunal Supremo del Reino Unido, 2018).

Según esta perspectiva, por lo tanto, un servicio concreto sólo puede denegarse debido a su contenido específico, mientras que una denegación debida a la identidad del cliente no sería admisible. Así lo confirma la diferente decisión en el asunto Ashers and Bull, que trataba de la admisibilidad de la decisión de los propietarios de un hotel de Cornualles de restringir la clientela a personas heterosexuales casadas por motivos religiosos. El Tribunal Supremo del Reino Unido, al fallar a favor de una pareja del mismo sexo vinculada por una unión civil a la que se había denegado una habitación, reconoció la existencia de discriminación directa.

Sin embargo, parte de la doctrina ha señalado que la distinción realizada en Ashers no es convincente: en tales casos, el mensaje y el mensajero estarían tan estrechamente relacionados que no podrían distinguirse. También se ha objetado que la preparación de un pastel con un mensaje específico no significaría que se compartiera. El ejemplo utilizado por el Tribunal de Apelación y recogido posteriormente por algunos autores es el de un pastelero aficionado a un equipo de fútbol que tiene que crear un pastel para festejar al equipo contrario: aunque decida hacerlo, su pastel no podría equipararse a animar (Perriello, 2018). Sin embargo, la comparación es desconcertante debido a la imposibilidad de comparar la fe religiosa y la deportiva. De hecho, se acoge con especial satisfacción la elaboración por parte del Tribunal de un amplio principio de libertad de conciencia, que parece ir más allá de las orientaciones anteriores y abrirse a una mayor consideración del elemento religioso (Gould, 2019).

3. La aplicación del principio de no discriminación

Cabe señalar que la decisión del Tribunal Supremo Federal de EE.UU. plantea dos cuestiones diferentes. La primera se refiere a la conveniencia y los límites de restringir la libertad contractual para evitar conductas discriminatorias. Según una perspectiva liberal, las intervenciones legislativas o jurisprudenciales producirían efectos distorsionadores negativos. En una economía

(4) Al respecto, *véase* Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others, UKSC 49 (2018).

de mercado, las personas pueden elegir entre varias ofertas diferentes: todo lo que necesitan hacer es "encender su ordenador para obtener pleno acceso a una rica gama de servicios de comerciantes dispuestos que buscan activamente su negocio" (Esptein, 2018).

Basándose en los principios de la economía liberal neoclásica, Richard Epstein (2018) advierte que el sistema acoge la toma de decisiones privada en mercados competitivos precisamente porque reconoce que los gustos generalmente difieren, la previsión es a menudo limitada y las capacidades individuales de cálculo y elección son generalmente imperfectas. En este contexto, las minorías o los desfavorecidos pueden aprovechar la amplitud del mercado para hacer negocios con las empresas que les sean más favorables. De este modo, sólo sobrevivirán las empresas que mejor se adapten a las preferencias generales. Incluso podría argumentarse que, en una sociedad cada vez más tolerante, la decisión de una empresa de no atender a determinados tipos de clientes podría ser perjudicial y obligarla a cerrar.

El argumento no es del todo convincente. La historia enseña cómo los fenómenos de discriminación, aunque sean aislados en un momento dado, pueden conducir a largo plazo a la exclusión de ciertas categorías de personas de la vida social. Sobre todo, la libertad absoluta de mercado no conduce necesariamente a los mejores resultados. Hay que compartir las reflexiones de Guido Alpa cuando señala que basta con reivindicar más libertad para todos, hay que poner a todos en condiciones de elegir libremente en la vida (Alpa, 2021).

Una parte de la doctrina ha insistido en que la prohibición de discriminación contractual debe limitarse a los casos de ofertas públicas, esgrimiendo diferentes argumentos. En primer lugar, sólo en estos casos se produciría una violación del principio de dignidad de la persona con efectos distorsionadores en el mercado. Sin embargo, cabe señalar que los contratos negociados también pueden ser igualmente perjudiciales y distorsionadores (Carapezza Figlia, 2018).

Según otra opinión, el legislador sólo podría restringir el principio de libertad contractual en el caso de las ofertas al público a la luz del equilibrio entre la libertad individual y la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado para un gran número de personas. No obstante, como ya se ha subrayado, puede haber casos de contratos negociados que no representen incidentes aislados, sino que constituyan una tendencia que provoque dificultades para determinados grupos de personas a la hora de obtener determinados bienes o servicios. Además, no parece posible evaluar los efectos de un contrato sin tener en cuenta el mercado de referencia específico. En Estados Unidos, por ejemplo, la extensión de los pactos restrictivos impidió durante décadas que los afroamericanos pudieran vivir en determinadas zonas. Resulta, por tanto, que la prohibición de discriminación no depende del carácter negociado o no negociado del contrato, sino que debe impregnar siempre toda la disciplina contractual en todas sus fases.

La segunda cuestión se refiere a la necesidad de determinar su operatividad cuando entran en conflicto dos derechos o libertades diferentes, pero igualmente importantes. Este perfil es especialmente delicado en una sociedad pluralista. Se ha señalado, por ejemplo, cómo los propietarios de bares y restaurantes que se niegan a aceptar como huéspedes a parejas del mismo sexo o no casadas podrían ser acusados de discriminación. Del mismo modo, habría que considerar si los clientes ateos podrían pedir legítimamente que se retiraran todos los símbolos religiosos de un B&B o decidir en el último momento cambiar de destino sin incurrir en responsabilidad (Collins, 2013).

En el Derecho europeo, debido a la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier limitación de la libertad de elegir una parte contractual debe tener una finalidad legítima y solo se permite en la medida necesaria y adecuada para perseguir dicha finalidad. Además, cualquier interferencia con el derecho a la igualdad de trato debe estar justificada por la misma prueba de proporcionalidad. Sin embargo, esto no ha dado lugar a una ponderación equilibrada de intereses y valores, sino que a menudo ha llevado a subestimar el argumento religioso.

Un análisis del panorama jurisprudencial articulado revela, de hecho, cómo la labor de los Tribunales adopta casi siempre la forma de una jerarquización subjetiva y resulta difícil encontrar ese equilibrio propugnado por el Tribunal Supremo de Canadá cuando espera que:

> Debe evitarse un enfoque jerárquico de los derechos, que anteponga unos derechos a otros, tanto en la interpretación de la Carta como en el desarrollo del common law. Cuando los derechos protegidos de dos individuos entran en conflicto (...) los principios de la Carta exigen un equilibrio que respete plenamente la importancia de ambos conjuntos de derechos (Corte Suprema de Canadá, 1994).

Esto se debe tanto a la propia naturaleza de la adjudicación, que no permite la misma gradualidad y equilibrio que el proceso legislativo, como a la aparición de nuevos derechos que tienen cada vez más el carácter de "sí/no" (Possenti, 2017). Aunque, de hecho, existe un acuerdo general sobre la idea de igualdad, hay profundas divisiones sobre cómo aplicarla en la práctica en función de los diferentes valores, ideologías, percepciones y culturas. Así pues, ni el principio de la dignidad humana ni la doctrina de los derechos fundamentales parecen haber ayudado hasta ahora a el intérprete.

La adopción de los primeros en las cartas constitucionales ha sido a menudo un reflejo de visiones diferentes (Pin, 2017). En la Constitución alemana se percibe la influencia del derecho natural cristiano, la filosofía moral kantiana y el individualismo. Esto da lugar a una multiplicidad de interpretaciones diferentes, lo que hace que su aplicación judicial sea especialmente incierta. Se trata de un principio invocado en numerosos litigios de diversa naturaleza e importancia, y su significado se encuentra a menudo tan diluido que hace dudar de su utilidad: de hecho, no existe un consenso general sobre su fundamento, su contenido esencial y los objetivos a los que tiende (Huten, 2020, p. 173). En la jurisprudencia italiana, por ejemplo, se señala que su uso obedece a la necesidad de ampliar y sacralizar nuevos derechos.

Estudiosos han señalado que, no obstante, es posible distinguir tres definiciones adoptadas por los tribunales (Rao, 2007):

a) Valor intrínseco de cada individuo que existe en virtud de la humanidad de la persona y no depende de la inteligencia, la moralidad o el estatus social. La dignidad intrínseca se concibe como expresión de la igualdad humana: toda persona nace con el mismo grado de dignidad.

b) Un instrumento para afirmar otros valores.

c) Reconocimiento y respeto. Esta idea de dignidad está arraigada en una concepción del yo como constituido por la comunidad en general: la identidad y el valor de una persona dependen de su relación con la sociedad. Por consiguiente, el respeto de la dignidad de una persona exige el reconocimiento y la validación de los individuos en su particularidad y sus elecciones. Tal visión lleva a menudo a equiparar dignidad con autodeterminación a pesar de que, como se ha señalado agudamente, los textos constitucionales que la distinguen de la libertad exigen que se busque su propio significado (Rao, 2011).

Sin embargo, estas diferentes concepciones del principio de dignidad operan en el plano constitucional de maneras completamente distintas, como demuestran las opiniones opuestas del juez Kennedy y del juez Thomas. El primero, en efecto, afirma que la dignidad protegida por la Constitución es un concepto más rico basado en la autonomía. Las elecciones íntimas que definen la identidad personal y las creencias son "fundamentales para la dignidad y la autonomía individuales". En cambio, Thomas señala que "los esclavos no perdieron su dignidad (como tampoco perdieron su humanidad) porque el gobierno permitiera que fueran esclavizados. Las personas retenidas en campos de internamiento no perdieron su dignidad porque el gobierno las confinara" (Corte Suprema de Estados Unidos, 2023). Para el juez Thomas, la dignidad significa la nobleza del ser humano, creado a imagen de Dios y, por tanto, de valor intrínseco.

Sin embargo, la cuestión de su fundamento sigue abierta: está claro, en efecto, que no puede ser ni autofundacional ni autorreferencial. Por otra parte, incluso en la Constitución alemana, la referencia a Dios introducida en la introducción del preámbulo podría, según una doctrina autorizada (Nicolussi, Rusconi, 2019), constituir un criterio de lectura del artículo uno para superar las incertidumbres interpretativas. El hombre está connotado por una dimensión metafísica que lo hace inviolable.

Perfiles similares surgen en el intento de identificar y definir los derechos fundamentales. Incluso en esta hipótesis se pueden encontrar dos orientaciones diferentes: la primera influenciada por el pensamiento de la Ilustración, la segunda de origen cristiana. Estas perspectivas se diferencian profundamente en cuanto a su fundamento y, en consecuencia, a su determinación. En efecto, no parece posible limitarse, como cree Bobbio, a protegerlas, sin cuestionar su fundamento. De hecho, este perfil es pertinente en un momento en que los derechos fundamentales han pasado de ser una limitación al poder del Estado a una reivindicación frente a él. Además, el rápido desarrollo de las nuevas tecnologías ha llevado a que lo posible se considere un derecho, sin ninguna limitación. Es evidente cómo, incluso en presencia de un núcleo ontológico estable, pueden surgir nuevos derechos. Sin embargo, a falta de consenso sobre su fundamento, no puede haber acuerdo sobre su identificación.

Por tanto, como se ha puesto de manifiesto también en el ámbito jurídico, cualquier reflexión sobre el principio de dignidad y los derechos fundamentales sólo puede partir de una filosofía de la persona y no puede caer en el relativismo histórico (Possenti, 2018). Solo así podrían ser realmente útiles para el intérprete.

4. Posible evolución

En un intento de resolver los choques entre libertad religiosa y orientación sexual, la jurisprudencia recoge diversos criterios. Sin embargo, parece criticable el automatismo que suele llevar a los tribunales a hacer prevalecer la segunda sobre la primera. En efecto:

> La neutralidad exige un enfoque pluralista por parte del Estado, no laico. Fomenta el respeto de todas las visiones del mundo en lugar de la preferencia por una Optar por el laicismo frente a otras visiones del mundo, religiosas, filosóficas o de otro tipo, no es una opción neutral (Corte Europea de Derechos Humanos, 2011).

Tradicionalmente, este planteamiento se debía a la aplicación de la teoría de la inmutabilidad, según la cual la discriminación por motivos de raza, sexo, edad y discapacidad era más grave que la discriminación religiosa porque afectaba a características inmutables de la persona. Esta tesis ha sido aceptada en numerosas decisiones jurisprudenciales. En el asunto Eweida contra British Airways, Lord Sedley subraya cómo "no se puede dejar de observar que todas ellas, salvo la religión o las creencias, son características objetivas de las personas: sólo la religión y las creencias son una cuestión de elección" (Corte Europea de Derechos Humanos, 2010).

Sin embargo, como señala Balkin:

> La teoría confunde la existencia física de un rasgo con su significado en un sistema social (…). La cuestión no es si un rasgo es inmutable, sino si ha habido una historia de uso de ese rasgo para crear un sistema de significados sociales o definir una jerarquía social, lo que ayuda a dominar y oprimir a la gente. Cualquier conclusión sobre la importancia de la inmutabilidad presupone ya una opinión sobre la estructura social subyacente (Balkin,1997, pp. 2365-2366).

Esta tesis, de hecho, parece negar o restar importancia al papel de la religión no sólo en la definición de la identidad de una persona, sino también en la configuración de su pertenencia a un grupo. Consideremos, por ejemplo, su relevancia entre los Hamish. Las numerosas críticas que ha recibido este punto de vista han provocado su declive, aunque no ha surgido una alternativa compartida (McCrudden, 2018). En la actualidad, parece prevalecer el punto de vista minoritario, según el cual la discriminación por motivos de identidad es un ataque a un aspecto central de la personalidad. No todas las identidades deben protegerse por igual, sino solo aquellas que se asocian particularmente a un grupo minoritario. Es evidente, sin embargo, que este criterio no es concluyente (McCrudden, 2018). Consideremos, por ejemplo, el caso en el que se comparan dos minorías: ¿Cómo deben equilibrarse ambas posiciones? ¿Qué parámetro debe adoptarse?

Para superar estas cuestiones, se suele emplear en estos casos el criterio creencia/conducta, que distingue entre la libertad de creencia, que es absoluta, y la conducta, que está sujeta a limitaciones. Esta orientación no parece aceptable, ya que la creencia religiosa, por su propia naturaleza, no puede ser un mero hecho interno, sino que debe exteriorizarse en la conducta. Los límites deben imponerse con cautela y sólo cuando sean realmente necesarios. Mientras a la religión sólo se le permite un papel en la esfera privada, su protección se sacrifica a otros valores y principios y el debate se impregna de un laicismo con rasgos antiliberales. Se ha advertido que "el liberalismo moderno tiende a proteger la libertad religiosa sólo cuando no importa, cuando es privada e irrelevante". Ésta es quizá nuestra *primera libertad*, pero también es nuestra *libertad más combatida* (McConnell, 1999).

Una postura opuesta es la de quienes, rechazando la distinción creencia/conducta, consideran una intromisión más profunda también en la esfera privada: "Las acciones en la esfera privada pueden tener efectos en el ámbito público. Toda persona debe asumir las consecuencias jurídicas de sus creencias privadas, siempre que dichas consecuencias no vulneren derechos fundamentales" (Corte Suprema de Canadá, 2001).

Sin embargo, tal punto de vista conduciría a una reducción excesiva e ilegítima de la libertad religiosa. Sobre todo, hay que subrayar cómo las perspectivas que infravaloran o reducen la religión a un asunto puramente privado violan la idea misma de neutralidad del Estado: "¿Qué significa que el Estado respeta mi dignidad si no reconoce lo que es muy importante para mí, quizá lo más importante? ¿En qué reconoce mi humanidad si no reconoce el contenido de esta humanidad?" (Manent, 2001). Por lo tanto, hay que identificar criterios que puedan conducir a resultados equilibrados y atentos a las distintas posiciones, sin llevar a una infravaloración sistemática de los derechos y

libertades de la persona, que son, en cambio, de importancia primordial.

Una posible solución parece ser la prevista por el Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos, que limita la posibilidad de rechazar determinados servicios a los casos de la actividad de expresión. Esta orientación es coherente con la opinión estadounidense que atribuye un valor casi absoluto a la libertad de expresión del pensamiento. Sin embargo, incluso en el apreciable intento de establecer un parámetro de referencia claro, subsiste un perfil de incertidumbre puntualmente subrayado por el Tribunal Supremo de Nuevo México (2013) en el caso Elane:

> No queremos trazar una línea divisoria entre las profesiones creativas o expresivas y todas las demás (…) El sector de las bodas, en particular, emplea a diversos profesionales que ofrecen sus servicios al público y cuyo trabajo implica destreza y creatividad. Por ejemplo, una florería no es intuitivamente expresiva, pero los floristas utilizan habilidades artísticas y formación para diseñar y realizar arreglos florales. Las panaderías también ofrecen servicios de alquiler, y los pasteles de boda son notoriamente intrincados y artísticos. Los tribunales no pueden decidir qué actividades comerciales son suficientemente artísticas para justificar una exención de las leyes antidiscriminatorias.

Además, puede haber casos merecedores de protección que no correspondan a una profesión creativa.

Por tanto, parece más convincente el planteamiento desarrollado por el Tribunal Constitucional polaco en el asunto Fiscalía Nacional contra A.J (Mirocha, 2018). El foro LGBT, una organización no gubernamental celebró un contrato para imprimir un cartel con el nombre y los datos de contacto de la fundación para publicitar sus actividades. El impresor se negó a preparar la impresión, ya que no quería contribuir a la promoción de una fundación LGBT. Más tarde reiteró que se había comportado de acuerdo con la Biblia, la moral y la conciencia. Se inició un procedimiento penal contra el propietario de la imprenta en virtud del artículo 138 del Código Penal (CO), que establece que “el que, ejerciendo profesionalmente una prestación de servicios, (…) voluntariamente y sin causa justificada, denegare un servicio al que estuviere obligado, será castigado con la pena de multa” (Corte Europea de Derechos Humanos, 2022).

En la exposición de motivos se reconstruye el origen y la función del artículo 138, adoptado en el contexto de una economía social para combatir la escasez de bienes y servicios debida a la planificación centralizada. Con la posterior apertura al mercado, la norma no se modificó y se interpretó de forma evolutiva y dinámica para la introducción de principios no discriminatorios en el Derecho contractual. El Tribunal recuerda cómo en la jurisprudencia se ha aplicado el artículo 138 en el caso de una zapatería que no quiso atender a un cliente en silla de ruedas; el propietario de una tienda de ropa de segunda mano que prohibió la entrada a personas con silla de ruedas; el propietario de un club que denegó la entrada a un concierto de una persona en silla de ruedas. En estos casos, no se encontró ninguna justificación racional para la denegación. Es interesante superar la orientación anterior que identificaba un motivo legítimo únicamente en cuestiones objetivas o técnicas.

Hay que señalar que la determinación concreta de una justificación razonable y proporcional no es fácil. De hecho, hay algunas hipótesis claras que pueden remontarse a prejuicios, racismo o preferencias arbitrarias. Por ejemplo, sería inadmisible negarse a alquilar una vivienda a personas de nacionalidad asiática por considerarlas desaliñadas o inexactas. Más complejas de evaluar son, en cambio, las razones que tienen un fundamento en la vida de esa persona concreta. De hecho, cabe preguntarse si quienes han sufrido el asesinato de uno de sus familiares a manos de un grupo por motivos ideológicos, religiosos, raciales o políticos pueden negarse legítimamente a celebrar contratos con miembros de ese grupo. Aunque sería preferible superar las divisiones que han dado lugar a crímenes para evitar que las fracturas cristalicen y se perpetúen, tampoco parece posible pasar por alto las heridas y el sufrimiento individuales.

La razonabilidad del motivo debe medirse entonces en relación con el tipo de contrato. En Masterpiece, la negativa se refería exclusivamente a la creación de un pastel nupcial para otro concepto de boda, mientras que la negativa a preparar uno para un cumpleaños no habría sido legítima. Además, no debe ser una justificación engañosa. El pastelero había demostrado que seguía estrictamente los dictados cristianos: la religión no era un argumento ficticio para ocultar una supuesta discriminación, sino el punto de referencia de sus vidas.

La orientación polaca, aunque con márgenes de incertidumbre, puede garantizar esa necesaria flexibilidad y atención a los matices del caso concreto que son fundamentales en las decisiones relativas a la vida y los valores del individuo. Está claro, sin embargo, que también dependerá de la

voluntad de la jurisprudencia de considerar con equilibrio los distintos valores y derechos, entre los que la libertad religiosa asume un papel primordial.

5. Conclusiones

El análisis del sistema estadounidense muestra la tensión entre diferentes valores, libertades y derechos. Las incertidumbres jurisprudenciales y los varios enfoques desarrollados en un intento de conciliarlos no permiten soluciones claras y quizás ni siquiera serían deseables. En efecto, al abordar los conflictos en materia de discriminación, incluidos los contractuales, se siente la profunda verdad de la afirmación rosminiana de que el derecho es una persona subsistente. Y no sólo la persona tiene derechos, sino que sobre todo debe descubrirse en ella la naturaleza del derecho (Possenti, 2017). Y es por tanto en esta perspectiva donde puede y debe encontrarse la composición entre las diferentes visiones.

Partiendo de una concepción de la dignidad y de los derechos fundamentales como consagración de la primacía originaria de la persona en su verdad ontológico-relacional (Possenti, 2017), es posible buscar ese nada fácil acto de equilibrio que lleva a proteger a la persona con respeto a sus diferentes valores, necesidades, intereses sin caer en fáciles automatismos. Esto impone al intérprete sensibilidad y atención al caso concreto en la conciencia de los límites del derecho. De hecho, como se ha observado, la "moral de la caridad es la única capaz de superar la moral de la justicia de la que está impregnado el derecho. Y es precisamente la apelación a la caridad -incluso cuando se ha olvidado su sentido religioso auténticamente cristiano- la que hace sentir los límites del derecho-justicia" (Cotta, 2023, p.151).

Referencias bibliograficas

Alpa, G. (2021). *Il diritto di essere se stessi*. La Nave di Teseo Editore spa.

Lautsi and others v. Italy (2011). European Court of Human Rights.

Bernstein, D. (2011) *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights against Progressive Reform*. Cambridge University Press.

Balkin, J. (1997). The Constitution of Status. *The Yale Law Journal, 106*(8), 2313-2374. https://doi.org/10.2307/797222

Burdick, C. K. (1911). The origin of the peculiar duties of public service companies. Part I. *Columbia Law Review*, *11*(6), 514-531. https://doi.org/10.2307/1110590

Carapezza Figlia, G. (2018). The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy. *Italian Law Journal*, *4*(1), 91.

Collins, H. (2013). The vanishing freedom to choose contractual partner. Law and *Contemporary Problems*, *76*(2), 71-88. http://www.jstor.org/stable/24244721.

Cotta, S. (2023). *Perché il diritto.* SEI.

303 Creative LLC v. Elenis, 600 U.S. 570 (2023). Supreme Court of the United States.

Elane Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (2013). Supreme Court of New Mexico.

Epstein, R. (4 de junio de 2018) *The worst form of judicial minimalism - Masterpiece Cakeshop deserved a full vindication for its claims of religious liberty and free speech*. SCOTUSBlog. https://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-the-worst-form-of-judicial-minimalism-masterpiece-cakeshop-deserved-a-full-vindication-for-its-claims-of-religious-liberty-and-free-speech/

Ettore Perriello, L. (2018). Discrimination based on sexual orientation and religious freedom in European contract law. *Italian Law Journal, 4*(2), 639-664.

Eweida and Others v. the United Kingdom, ECHR 37 (2013). European Court of Human Rights.

Gould, J. (2019). A Supreme Matter of Conscience: Lady Hale's Engagement with Article 9 ECHR. The *Plymouth Law & Criminal Justice Review, 11*, 46-57. http://hdl.handle.net/10026.1/14483

Hornby, G. A. (2020). Let Them Eat Cake: A Comparative Analysis of Recent British and American Law on Religious Liberty. *Duquesne Law Review*, *58*, 377-407. https://dsc.duq.edu/dlr/vol58/iss2/7

Huten, N. (2020). Dénonce l'instrumentalisation de la dignitè humaine dans le droit contemporain. En B. Dumont, M. Ayuso, & D. Castellano (Directs.), *La Dignitè Humaine, Heurs et malheurs d'un concept maltraité*. Pierre Guillame de Roux Editions.

Krickova, L. (2022). Business owners' religious objections to same-sex marriage: the american versus european perspective. *ConLawNOW, 13*(2), 62-73.

Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others, UKSC 49 (2018). Supreme Court of the United Kingdom.

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). Supreme Court of the United States.

Maine Legislature [EE.UU.] (1995). Maine Revised Statutes.

Manent, P. (2001). *Cours philosophie politique*. Gallimard.

Markham v. Brown, 8 N.H. 523, 528 (1837). Supreme Court of the United States.

McConnell, M. (1999). Why is religious liberty the first freedom. *Cardozo Law Review, 21*(4), 1243-1266.

McCrudden, C. (2018). *Litigating Religions*. Oxford University Press.

Mirocha, L. (2018). *A recent polish case law in the masterpiece cakeshop case perspective*. *Forum Prawnicze, 2*, 65-77.

Nicolussi, A., & Rusconi, C. (2019). Volti e risvolti della dignità umana: a settant'anni dall'art. 1 della costituzione tedesca. *Jus*, *66*(3), 3-61.

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015). Supreme Court of the United States.

Pin, A. (2017). Balancing Dignity, Equality and Religious Freedom: A Transnational Topic. *Ecclesiastical Law Journal*, *19*(3), 292-306.

Possenti, V. (2017). *Diritti umani. L'età delle pretese*. Rubettino.

Rao, N. (2007). On the use and abuse of dignity in constitutional law. *Columbia Journal of European Law*, *14*(2), 201-256. http://ssrn.com/abstract_id=1144856

Rao, N. (2011). Three concepts of dignity in constitutional law. *Notre Dame Law Review, 86*(1), 183-271. https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=ndlr

Sepper, E. (2016). The role of religion in state public accommodations laws. *Louis ULJ*, *60*(4), 631-670. https://scholarship.law.slu.edu/lj/vol60/iss4/6/

Shelley vs. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948). Supreme Court of the United States.

Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers, 1 SCR 772 (2001). Supreme Court of Canada.

Uston v. Resorts International Hotel Inc., 89 N.J. 163, 445 A.2d 370 (1982). Supreme Court of New Jersey.

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). Supreme Court of the United States.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.007

O desenvolvimento da disciplina da transação no direito privado brasileiro e seu papel como instrumento de autoregulação dos conflitos entre particulares(*)

The development of the discipline of settlement in brazilian private law and its role as an instrument for self-regulation of conflicts between private parties

Fábio Siebeneichler De Andrade(**)
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil)

Resumo: O trabalho pretende examinar as particularidades da transação como contrato, a partir do reconhecimento dessa natureza jurídica, pelo Código civil de 2002. Sendo a transação instrumento jurídico de grande importância prática e teórica, cuja finalidade precípua reside em servir para a regulação de conflitos entre particulares, mediante as concessões recíprocas, reputa-se necessário destacar e examinar suas particularidades, no quadro dos contratos e verificar o desenvolvimento dado a ela pela jurisprudência nos vinte anos de vigência do Código civil de 2002. Além disso, cumpre destacar a nova posição atribuída à transação pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, de 2015.

Palavras-chave: Transação - Autoregulação de conflitos - Código Civil - Direito Comparado - Direito Civil - Brasil

Abstract: The work intends to examine the particularities of the settlement as a contract, based on the recognition of this legal nature, by the Civil Code of 2002. Since settlement is a legal instrument of great practical and theoretical importance, whose main purpose lies in serving to regulate conflicts between individuals, through reciprocal concessions, it is considered necessary to highlight and examine its particularities, within the framework of contracts and verify the development given to it by jurisprudence in the twenty years of validity of the 2002 Civil Code. Furthermore, it is worth highlighting the new position attributed to settlement by the new Brazilian Civil Procedure Code of 2015.

Keywords: Settelment agreement - Selfregulation of conflicts - Civil Code - Comparative Law - Civil Law - Brazil

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 30 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 8 de diciembre de 2023.

(**) Advogado (Porto Alegre, Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg - Alemanha. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Brasil. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS. Professor Visitante da Universidade de Roma 1 e Sapienza em 2022. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5562-349X. Correio electrónico: fabiosiebenandrade@gmail.com.

1. Introdução

Dentre as novidades introduzidas no Direito brasileiro pelo Código civil de 2002, pode-se apontar, precipuamente, a sistematização da transação como contrato. Com efeito, no primeiro código civil brasileiro, de 1916, a transação foi regulada como um modo de extinção das obrigações, solução decorrente da concepção até então vigente.

A atual sistematização dada à transação, no direito civil brasileiro, propicia a oportunidade de resgatar as questões centrais da transação, tendo em vista que ela se posiciona, agora, como uma das espécies de contrato, em uma localização mais relevante no quadro dos institutos de direito privado.

Sendo a transação um contrato, cumpre verificar como se elaboram as principais questões relacionadas aos planos do negócio jurídico, que necessariamente se irradiam para as figuras contratuais.

Acrescente-se que a figura da transação merece realce igualmente pela circunstância de estabelecer a regulação de situações conflitivas pelas próprias partes, tema de flagrante atualidade no âmbito das relações jurídicas contratuais e dos negócios privados.

Nesse contexto, o atual Código de processo civil brasileiro, de 2015, trata da transação como uma das modalidades de autocomposição das partes, enfatizando essa função para essa figura. Sintomaticamente, quase não há uma referência à transação no Código de processo civil, enquanto é enfatizada a referência à autocomposição da lide[1]. Desse modo, há que se analisar igualmente os efeitos da transação: saber como se operacionaliza o seu conteúdo relativamente às partes e, eventualmente frente aos terceiros.

Assim, dentro desta ótica, estruturou-se o artigo em duas partes: na primeira, será examinado o enquadramento da transação como negócio jurídico; na segunda, os efeitos da transação.

2. O Enquadramento da transaçäo como negócio jurídico

2.1. A transação como contrato

Em primeiro lugar, cumpre recordar que o Código Civil brasileiro de 1916 situava a transação entre os modos extintivos das obrigações. Ao incluir a transação entre os contratos, o Código Civil de 2002, do ponto de vista do direito positivo, altera em definitivo a orientação doutrinária para a matéria, em comparação com a que era estabelecida na primeira codificação nacional.

Em especial na doutrina européia, debateu-se a questão do lugar da transação no sistema de Direito civil[2]. Em essência, o tema evoca uma discussão ainda em voga no século XIX, quando ainda estava em aberto a sistematização das figuras do Direito Civil e que também foi acolhida em outros ordenamentos latino-americanos, como serve de exemplo o direito civil peruano (art. 1302)[3].

A opção adotada pelo Código Civil de 1916 possuía sustentação na doutrina alemã do século XIX (Oertmann, 1895, p. 37). De modo que a opção adotada na primeira codificação brasileira tinha por fundamento a noção de que, na transação, sobressaía o objetivo de extinção das obrigações e não a concepção de instituir deveres e obrigações recíprocas entre as partes (Beviláqua, 1977, p.134).

Pondere-se, porém, que a orientação doutrinária predominante, já no século XIX, foi a de considerar a transação como sendo um contrato bilateral[4]. A circunstância de ela conduzir à extinção das obrigações constitui-se em apenas um dos efeitos possíveis da transação e não em seu traço essencial. A partir disso, sobressai a tese de que a transação é um negócio jurídico bilateral, com causa própria, *a causa transactionis*, pelo qual as partes podem estabelecer relações jurídicas com o propósito de autocomposição de um litígio (Franzoni, 2001, p. 5; Pontes de Miranda, 2003, p. 150).

A orientação do Código Civil de 2002 harmoniza-se, assim, com a solução de vários

(1) Exemplo nesse sentido encontra-se no artigo 139, V, do Código de Processo Civil, que dispõe ser dever do juiz promover a qualquer tempo a autocomposição.

(2) A esse respeito, veja "Der Vergleich im gemeinen Civilrecht" de Oertmann (1895); "La natura giuridica della transazione" de Gropallo (1931). Na doutrina brasileira, veja "Da Transação ante o Código Civil Brasileiro" de Fraga (1928).

(3) A esse respeito, veja "La Transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos" de Walter Vásquez (2016).

(4) A esse respeito, veja "Der Vergleich im gemeinen Civilrecht" de Oertmann (1895); "Da Transação ante o Código Civil Brasileiro" de Fraga (1928).

países, como é o caso do Direito português (art. 1248)[5], alemão (§ 779)[6], francês (art. 2044)[7], italiano (art. 1965)[8]. Nesse sentido, a redação do artigo 840, do Código Civil brasileiro de 2002, explicita ainda a idéia de que a transação é um contrato sinalagmático, na medida em que as partes devem realizar concessões mútuas, reciprocamente, a fim de alcançar o seu objetivo, de pôr fim ao litígio.

No quadro da classificação contratual, a transação consiste em um contrato consensual. Ou seja, perfectibiliza-se com o acordo de vontade entre as partes. Além disso, a exigência das concessões recíprocas implica que ambas as partes sofrem encargos econômicos, em face do que estabeleceram, o que a coloca como um contrato oneroso. Portanto, trata-se, em essência, de um contrato típico, na medida em que engloba um modelo específico, com regime determinado, acerca de uma operação econômica própria e consolidada na vida jurídico-negocial[9].

Os pressupostos da figura induzem que as partes possuam capacidade, como também poder de disposição. Não se pode transigir sobre aquilo de que não se pode dispor[10]. Um primeiro exemplo acerca desse ponto consiste na transação celebrada pelos pais, relativamente a direitos de seus filhos menores. Será necessária, neste caso, a autorização judicial[11]. Uma outra situação frequente consiste na transação em que as partes acordam sobre o valor de honorários de advogados: nos termos do art. 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado), pertencem aos advogados. Por essa razão, tem sido considerado ineficaz essa hipótese de transação quanto à verba sucumbencial[12]. Além disso, recorde-se que o tutor e os curadores somente poderão transigir, relativamente aos bens do tutelado e curatelado, mediante autorização do juiz (artigo 1748, III e 1774).

Ainda sobre o tema da categorização jurídica da transação, impõe-se referir o debate existente na doutrina se a transação seria a espécie de um determinado gênero negocial, o negócio jurídico de acertamento[13], pelo qual as partes teriam como objetivo precípuo ajustar determinadas situações jurídicas pendentes entre si, o que implicaria a eliminação de uma situação de determinada incerteza jurídica, com a possibilidade de haver efeitos retroativos. Esta tese, presente na doutrina italiana, não prevalece, porém, tendo em vista, em essência, a circunstância de ser controvertida a efetiva existência de uma função específica do denominado 'acertamento' para as partes, e, como conseqüência, se esta finalidade se configuraria efetivamente como negócio jurídico atípico (D'Andrea, 2000, p. 37). Além disso, faz-se menção à especificidade da transação, no sentido de que ela se destina precipuamente à prevenção de litígios, o que não seria necessariamente a razão de ser do acertamento (Nanni, 2012, p. 79).

Relativamente aos elementos do contrato de transação, frise-se que sua noção exige que ambas as partes façam concessões, ou, em linguagem singela: elas abrem mão de direitos que julgam possuir, a fim de prevenir ou encerrar litígio. Ocorrendo, portanto, a renúncia de direitos por apenas uma das

(5) Artigo 1248. "Transação é o contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante concessões recíprocas".
(6) § 779. "Ein Vertrag, durch den Streit oder die Ungewissheit der Partein über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichtkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde".
(7) Artigo 2044: "La transaction est um contrat, par lequel les parties terminent une contestation née, ou previennent une contestation à naître".
(8) Por exemplo, veja artigo 1965 do Código Civil italiano: "La transazione è il contratto col la quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a uma lite già incominciata o prevengono uma lite che può sorgere fra loro".
(9) Por exemplo, veja "La Transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos" de Walter Vásquez (2016).
(10) No Código Civil português, há regra expressa a respeito, no artigo 1249: "as partes não podem transigir sobre direitos de que lhes não é permitido dispor, nem sobre questões respeitantes a negócios jurídicos ilícitos".
(11) Por exemplo, veja a seguinte decisão: "O Código Civil outorga aos pais amplos poderes de administração sobre os bens dos filhos, mas estes não abrangem os atos que extrapolem a simples gerência e conservação do patrimônio do menor. Não podem, assim, praticar atos de disposição, a não ser nos casos especiais mencionados no art. 386 do CC. A transação por ser ato bilateral, que implica concessões recíprocas, não constitui ato de mera administração a autorizar o pai a praticá-la em nome dos filhos menores independentemente de autorização judicial. Realizada nestes moldes, não pode a transação ser considerada válida, nem eficaz a quitação geral oferecida, ainda que pelo recebimento de direitos indenizatórios oriundos de atos ilícitos" (Superior Tribunal de Justiça, 2001).
(12) Veja por exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp. 437.185-SP (2003).
(13) A esse respeito, veja "Sul Problema del Negozio Atipico di Accertamento" de D'Andrea (2000); "Negócio de Acertamento" de Chateaubriand (2005); "O negócio de acertamento como espécie de negócio jurídico" de Nanni (2012).

partes, não se apresenta a transação, e sim ato de renúncia, unilateral.

Dúvida pode surgir sobre a necessidade de as concessões recíprocas serem equivalentes. Ao tempo do Código civil brasileiro de 1916, a doutrina dispensava essa exigência[14], tendo sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a equivalência das prestações ou mesmo a igualdade das concessões feitas partes não se constitui em requisito para a validade da transação[15].

Consoante afirmado, há que se diferenciar a análise quanto à existência de concessão em si, da verificação quanto ao grau de concessão feita. Se for insubsistente a concessão, ou praticamente inexistente, é certo que se poderá considerar inexistente o contrato de transação[16]. Não se deve favorecer, porém, a busca de uma simetria ideal entre as concessões, tendo em vista que pertence à autonomia das partes plasmar em que consistirá a equivalência entre os seus pleitos originários e que o for estabelecido no negócio transacional (Franzoni, 2001, p. 28).

O objetivo da transação é o de encerrar ou prevenir um litígio. A redação dada pelo Código civil brasileiro não faz menção ao conflito clássico na doutrina, sobre a necessidade de haver um direito efetivamente contestado entre as partes, ou se é suficiente a dúvida sobre o direito[17]. Mas, diante da formulação estabelecida pelo legislador, há que se dispensar a exigência de uma dúvida objetiva, aceitando-se o critério subjetivo, no sentido de considerar suficiente para a transação o fato de as partes considerarem existente a possibilidade de um conflito. O ponto essencial da transação reside, como costumeiramente é afirmado na praxe forense, em que nenhuma das partes estará totalmente satisfeita com o acordo por elas estabelecido, mas o julgará preferível à situação de incerteza quanto ao direito em debate entre elas.

Reitere-se que em decorrência dessa finalidade da transação, a figura tem sido associada pela disciplina processual civil como uma das modalidades de autocomposição da lide, objetivo a ser perseguido pelo Estado brasileiro e pelos juízes em geral, conforme é preconizado no Código de processo civil[18]. Relativamente ao âmbito da transação, discute-se ela pode envolver direitos diversos daqueles controversos pelas partes – o que configura a transação complexa. Em alguns ordenamentos, como é o caso dos direitos português[19] e italiano[20], admite-se expressamente esta possibilidade.

No Código Civil brasileiro, não há solução expressa a respeito. Ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, no artigo 584, III, considerava-se a sentença homologatória de transação como título executivo judicial, ainda que versasse matéria não discutida em juízo, o que implicava uma orientação favorável a esta possibilidade. Esta orientação consta do § 2º do artigo 515, do atual Código de processo civil: considera-se que a autocomposição judicial pode tanto envolver sujeito estranho ao processo, quanto ter por objeto relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo.

Não foi, porém, reproduzida no artigo relativo à transação extrajudicial (784, IV, do atual Código processual civil). Quanto a esse ponto, a ausência de solução expressa, não implica uma leitura restritiva sobre o âmbito da transação, na medida em que deve prevalecer o princípio da autonomia privada a regrar a presente questão[21]. Nada impede que as partes, ao transacionarem, resolvam incluir no acordo celebrado concessões distintas das que decorriam da relação substancial controvertida (Prato, 1992, p. 28), pois a

(14) A esse respeito, veja "A Transação no Direito Civil e no Processo Civil" de Maluf (1999, p. 53). Veja também "Transação" de Miguel Reale (s/f).
(15) A esse respeito, veja R. Ext. 72.675/GB. In RTJ 59/923.
(16) A esse respeito, veja Jurisclasseur Periodique, 2001, IV, 1178; Civ. 1re, 4.05.1976.
(17) Sobre o tema, veja "Der Vergleich im gemeinen Civilrecht" de Oertmann (1895, p. 52); "A Transação no Direito Civil e no Processo Civil" de Maluf (1999, p. 55).
(18) Artigo 3. § 2. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
(19) Artigo 1.248, alínea 2: "As concessões podem envolver a constituição, modificação ou extinção de direitos diversos do direito controvertido".
(20) Artigo 1965, alínea 2: "Com le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che há formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti".
(21) Por exemplo, veja "La Transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos" de Walter Vásquez (2016).

tipicidade da transação permite esta abrangência. Será caso de interpretação, porém, a questão de diferenciar a transação envolvendo concessões diversas das que decorrem do negócio primitivo, de um caso em que se depara com uma transação mista, como por exemplo pode ocorrer quando as partes combinam situações como um contrato de doação e concessões de uma à outra (Prato, 1992, p. 31).

Da mesma forma, há que se atentar para os casos em que ocorra a vinculação da transação a outros contratos: surge, portanto, um negócio jurídico misto ou coligado. Incide aqui a regra geral existente no artigo 425 do Código Civil, em que se permite às partes estipular contratos atípicos. Em alguns casos, mais complexos, pode surgir, porém, a indagação sobre qual a disciplina prevalente, se a relativa à transação, ou se a que porventura regular um outro tipo negocial presente na estrutura contratual formada pelas partes (Andrade, 2005, p. 115).

Em relação aos elementos acidentais do negócio de transação, cumpre referir a admissibilidade da cláusula resolutiva, de modo que, se não for atendido o disposto no contrato por uma da partes, retornariam elas ao estado anterior[22].

Como ao tempo do primeiro Código civil brasileiro (artigo 1.034), a transação era considerada um modo extintivo das obrigações, considerava-se necessário explicitar a possibilidade de que fosse incorporado ao instrumento transitivo a cláusula penal). Com efeito, ao comentar o Código civil de 1916, explicitava-se na doutrina que a cláusula penal poderia ser prevista para o caso de inexecução ou de mora (Beviláqua, 1977, p. 152).

Tendo em vista que, no Código atual, a transação é considerada como sendo um contrato, perde relevância o disposto no artigo 847, na medida em que não se vislumbra, *prima facie*, qualquer incompatibilidade entre a figura da transação e a da cláusula penal.

No que concerne à validade, a transação recebe uma especificação: estão delimitados os casos de anulabilidade da transação, indicando como hipóteses o dolo, a coação e o erro essencial quanto à pessoa ou a coisa controversa. Exclui-se expressamente o erro de direito como situação de anulabilidade.

O caráter restritivo desse dispositivo suscita inicialmente a questão de saber se estas seriam efetivamente as únicas causas de anulabilidade, o que poderia conduzir à errônea conclusão de que a transação não seria anulável por incapacidade relativa do agente. Cumpre pontuar que o propósito do legislador brasileiro foi o de limitar as hipóteses de vício de vontade, na medida em que estas se constituem em uma situação técnica distinta da de incapacidade relativa (Pontes de Miranda, 2003, p. 192). Na doutrina, no entanto, tem sido defendida a possibilidade de que a transação possa ser anulada também por outras hipóteses, como seria o caso de fraude a credores[23].

Em relação a esse ponto, impõe-se considerar inicialmente que a matéria de simulação não está abrangida pelo enunciado restritivo do artigo 849, na medida em que ela não é mais considerada pelo Código Civil brasileiro como hipótese de anulabilidade e sim de nulidade.

Na doutrina, tendo em vista a disciplina do Código Civil de 1916, a interpretação mais adequada consistia na noção de que o artigo 849 se referia, *prima facie*, aos casos de anulabilidade passíveis de invocação pelas partes (Pontes de Miranda, 2003, p. 192).

Trata-se de orientação que se concilia com a necessidade de permitir a anulabilidade também por fraude a credores, a fim de permitir a invocação de invalidade por terceiros, nos casos em que a transação for celebrada com o intuito de prejudicar credores. Em relação a esse tópico, porém, há que se ter presente que a transação se considera como um contrato oneroso, em que se prevê a existência de concessões recíprocas: como o patrimônio do devedor não seria necessariamente esvaziado em decorrência do acordo celebrado, não haveria necessariamente a presunção de fraude ao credor.

Em relação ao tema regulado pelo artigo 849, ocorre ainda a dificuldade de que, na parte dos vícios de vontade do Código de 2002, foram inseridas as figura da lesão e

(22) Nesse sentido, veja a seguinte decisão: Agravo de Instrumento 599075025 (1999): “Na transação existe cláusula resolutiva expressa de prosseguimento pelo débito confessado. Suspensa a execução original, não cumpridos os termos da transação pelo devedor, deverá prosseguir no mesmo ou ser apensada a execução do acordo”.

(23) Por exemplo, veja “Direito Civil” de Venosa (2013, p. 313); “Código Civil Comentado. Doutrina e jurisprudência” de Godoy et. al. (2011, p. 868).

do estado de perito como causa de anulabilidade do negócio jurídico.

Quanto à lesão, houve uma dúplice inovação, pois não somente o Código Civil de 1916 não dispôs sobre ela, como também a figura não se enquadrava como vício de vontade[24]. Depara-se assim o intérprete com a barreira estabelecida pelo legislador no artigo 849, pois este não as referiu nas hipóteses de anulabilidade a serem invocadas no caso de transação.

Nesse ponto, aproxima-se o nosso ordenamento do Direito francês[25] e do Direito italiano[26], que excluem expressamente a possibilidade de invocação da lesão[27]. Já no Direito alemão, a ocorrência de extrema desproporção entre as concessões pode configurar a nulidade do contrato de transação, mas sob o fundamento da violação dos bons costumes (*Sittenwidrigtkeit),* prevista no § 138, do BGB[28].

Nesse contexto, muito embora se reconheça que existam precedentes, ao tempo do Código Civil de 1916, admitindo a possibilidade de anular a transação, em casos de lesão enorme[29], cumpre favorecer a solução restritiva adotada pelo Código atual.

Muito embora a invocação da figura da lesão no campo das transações possa ter a função precípua de assegurar o controle do grau de reciprocidade das concessões, a hipótese deva ser vista com extrema reserva, a fim de evitar a desconfiguração da causa da transação, que é o de propiciar o fim do litígio e da insegurança jurídica entre as partes. Afinal, haveria extrema dificuldade para o intérprete em mensurar o grau de concessões e a sua eventual equivalência, tendo em vista a eventual relação com os direitos controvertidos e com a proporção de incerteza jurídica envolvido no caso sub judice.

A par disso, não se mostra necessário ao juiz adotar posição diretamente contrária à letra da lei, a fim de evitar situações de extrema iniquidade entre as partes. Não se pode excluir o recurso a figuras como o dolo e o erro – previstos pelo artigo 849 -, ou a solução que considera inexistente a transação, tendo em vista seja a extrema desigualdade entre as concessões – em especial se a controvérsia versar sobre objeto determinado -, seja a ausência de consistência jurídica ou econômica do que foi ofertado (D'Onofrio, 1974, p.263), conforme foi aludido no comentário ao artigo 840[30].

No Direito alemão, por exemplo, admitiu-se a configuração de abuso de direito de uma das partes da transação, quando esta insiste em manter o acordo frente à outra, tendo sido verificado a ocorrência de prejuízos posteriores não previsíveis e uma extrema desproporção entre os danos e a indenização[31].

Em relação ao estado de perigo, cumpre responder expressamente pela negativa em admitir a invocação dessa figura como causa de invalidade da transação, na medida em que ela seria estruturalmente inaplicável com o contrato em exame. Não se poderia admitir a possibilidade de invocação, em todos os acordos, do exame de situações peculiares ao contraente – premência da necessidade de salvar-se em face de grave dano -, bem como seria inviável pretender que a outra parte conhecesse essas circunstâncias (Franzoni, 2001, p. 413).

Quanto às figuras expressamente previstas no artigo 849, recorde-se, quanto ao erro, inicialmente, que ele é espontâneo, não podendo ser grosseiro. O erro se configura

(24) Recorde-se que, segundo as Ordenações Filipinas, a lesão enorme poderia ser causa de rescisão, sendo que ela poderia ser invocada não somente na compra e venda, como também em outros contratos, entre eles a transação. (Livro 4, Tit. 13, § 6).

(25) O Código Civil francês exclui a anulabilidade da transação por lesão no artigo 2.052: "Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée em dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion".

(26) Veja artigo 1970 do Código civil italiano: "La transazione non può essere impugnata per causa di lesione".

(27) Sobre a evolução desse debate na doutrina, veja "Der Vergleich im gemeinen Civilrecht" Oertmann (1895, p. 269).

(28) Veja decisão do BGH, in NJW 99, 3113, citada por Jauernig en "BGB Kommentar. Beck Verlag" (2003, p. 964).

(29) "Ação de anulação. Prova. Lesão enorme. Demonstrada a presença de lesão enorme, a partir de vício de consentimento maculando a transação, tem condições de vingar a pretensão anulatória. Benefício exageradamente superior ao razoável. Diferença abissal entre o valor das ações e o preço pago" (Embargos Inf. n. 598173706, 4o Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Breno Mussi, j. 11.09.1998).

(30) Veja o seguinte exemplo: Ap. Civ. 196031454 (1996): "Transação. Direito litigioso. Termo nos autos. Ausência de advogado. Nulidade. Enriquecimento sem causa. Nulidade também caracterizada por desconhecimento da parte do valor econômico da condenação. Se a parte que transação por termo nos autos recebe apenas 1/3 do valor do seu crédito fica caracterizada, para si, a lesão e para a parte contrária o enriquecimento ilícito. Dupla nulidade da transação (1) por ausência de advogado, indispensável nos termos do art. 133 da CF e (2) por desconhecimento da parte lesada do valor do débito cujo cálculo já se determinara mas não viera para os autos quando da realização da transação".

(31) Veja decisão do BGH, NJW 84, 115f, citada por Jauernig (2003) en BGB Kommentar.

quando a parte incide em equívoco sobre situação de fato, impondo-se à ela o ônus de provar a sua alegação[32].

No Direito brasileiro, no caso de transação, nos termos do artigo em análise, somente o erro quanto à pessoa ou à coisa controversa conduziria à anulabilidade. Na doutrina, traça-se a distinção entre o erro sobre o *caput controversum* e o sobre o *caput non controversum* (Oertmann, 1895, p. 234). A primeira situação abrange as circunstâncias que envolvem precisamente os pontos objetos de controvérsia pelas partes. No segundo caso, tem-se os fundamentos para as concessões recíprocas[33]. Em relação ao *caput controversum*, considera-se não invocável o erro, salvo nas hipóteses referidas expressamente no artigo 849.

Existindo erro, porém, sobre o *caput non controversum*, pode não subsistir a transação. Pense-se no caso em que A transaciona com B sobre a moeda do pagamento (dólares ou moeda nacional), sendo posteriormente verificada a nulidade do contrato[34]. Ou, se, por exemplo, versar a transação sobre uma obra de arte disputada e, posteriormente, verificar-se que ela é falsa, será anulável a transação. Na jurisprudência francesa, por exemplo, reputou-se anulável a transação celebrada pela vítima de um acidente de trânsito, antes de seu exame por um médico especialista, sob o fundamento de que ela desconhecia a extensão e a gravidade de suas lesões[35].

Além disso, o artigo 849 exclui, no parágrafo único, expressamente a possibilidade de invocar-se o erro de direito como causa de anulação, relativamente às questões que foram objeto de controvérsia.

Em relação ao dolo, há que se ter presente que ele pode não somente ser provocado pela outra parte, como também por terceiro. Também aqui incidem as disposições da parte geral, na medida em que se deve diferenciar o dolo principal do acidental, que somente conduz à indenização.

Também a coação pode ser provocada tanto pela parte quanto por terceiro. Caracterizando-se como uma violência quanto a uma das partes, não precisa ser necessariamente física, podendo ser de ordem moral. Em especial, cumpre salientar que o ônus da prova pertence a quem alega o vício da vontade, que deverá preencher os requisitos gerais do artigo 151 do Código Civil: fundado temor de dano atual e considerável[36]. Registre-se, também, a circunstância disciplinada na parte geral de que o simples anúncio do exercício normal do direito não caracteriza coação pela parte (art. 153) e que ela deve ser analisada consoante as circunstâncias do caso[37]. Contudo, haverá a coação se a parte ameaça a prática de conduta abusiva, caso a transação não se configure.

Por fim, cumpre ressaltar que o artigo 849 disciplina apenas a hipótese de anulação. Não se exclui, aqui, a possibilidade de resolução, seja pelo inadimplemento no que foi acordado, seja por uma eventual onerosidade excessiva (Prato, 1992, p. 27).

Em linha com o direito italiano, o inadimplemento a que se faz menção não concerne a relação jurídica preexistente, quando esta houver sido extinta pelo acordo formulado pelas partes (transação novativa). Nesse caso, apenas se houver expressa menção pelas partes, poder-se-á pretender a resolução da transação por este fundamento.

---

(32) Veja Ap. Civ. 76.151 (s/f): “Documento que importa em transação. Argüição de vício de consentimento. Matéria restrita. Falta de prova de erro de fato na manifestação do consentimento”.

(33) A esse respeito, veja Pontes de Miranda, F. (1954). Tratado de Direito Privado (Vol. XXV). Borsoi. § 3.036.

(34) O exemplo é “Tratado de Direito Privado” de Pontes de Miranda (1954); no mesmo sentido, “Schuldrecht, Besonderer Teil” de Looschelders (2019, p. 314).

(35) Veja 1.68 de Gazette du Palais (1977).

(36) Por exemplo, Embarg. Inf. 58800497: “Coação. Não a caracteriza, sequer sob a modalidade de abuso de direito, o simples fato de haverem sócios minoritários de uma empresa falida condicionado sua anuência a venda de bens da massa a uma distribuição do respectivo produto que desatendesse em detrimento do majoritário, ao critério de proporcionalidade com a participação de cada um no capital social. Tendo se passado tudo sob a forma de transação, a possível lesão aos interesses do sócio majoritário, por si mesma, não faz presumir coação, até porque explicável a vista de vantagens concretas e importantes, que ele terá considerado suficientes para compensar a perda. De resto, consumado o acordo em dependência do forum, em presença e com participação ativa do Ministério Público, a tudo seguindo-se homologação judicial, a prova do alegado vício de vontade teria de ser particulamente sólida. Embargos sem provimento. Votos vencidos” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1988).

(37) Veja Ap. Civ. 246599, 1a C. Civ. do Tribunal de Justiça de São Paulo in RT 486/63: “Transação. Acordo celebrado entre concubinos. Separação destes. Ação posterior da concubina alegando nulidade do ajuste. Coação não provada. Acordo cumprido parcialmente. Ação improcedente. Apelação provida”.

Situação distinta, no entanto, ocorre quando as obrigações nascentes da transação não são cumpridas e a obrigação originária eventualmente ainda permanece. Nesse caso, as partes retornam ao *status quo ante*[38].

Em relação à onerosidade excessiva, não há razão para excluir-se essa possibilidade, em casos em que a concessão devida por uma das partes for atingida por essa causa de resolução (D'Onofrio, 1974, p. 264). Observe-se que a hipótese não é excluída pela redação do artigo 478, do Código civil brasileiro.

2.2. O objeto da transação

Um debate importante concerne a matéria do objeto do contrato de transação. A lei exclui do âmbito da transação tanto os direitos de caráter não patrimonial, quanto os direitos patrimoniais de natureza pública, tendo em vista os limites estritos que o Poder público possui para transigir.

Atente-se, inicialmente, para a existência de regras específicas sobre determinados direitos indisponíveis, como a que se encontra no próprio Código Civil no artigo 795, ao determinar a nulidade da transação para pagamento reduzido do capital segurado, no seguro de pessoa.

Quanto aos direitos de caráter não patrimonial, pode-se elencar os direitos de personalidade, os direitos pessoais de família, bem como aqueles que interessam à ordem pública[39].

Em relação aos direitos de personalidade, há que distinguir a transação quanto a seus interesses patrimoniais, daquela envolvendo o próprio conteúdo do direito. Nesta hipótese não seria possível a transação, enquanto no primeiro caso ela seria admissível.

No âmbito do Direito de família, não se admite a transação no campo de seus direitos pessoais. De modo que não cabe, por exemplo, a transação em ação de investigação de paternidade, tendo em vista o caráter de ordem pública da matéria de filiação[40]. Na mesma linha, é inadmissível a transação sobre o poder familiar ou sobre a validade do matrimônio.

No Direito brasileiro, discute-se sobre a possibilidade de transação quanto aos alimentos, pois esta figura tem natureza patrimonial no Direito de Família. Sobre esta matéria, o Código Civil contém regra expressa, no artigo 1.707, no sentido de ser vedado ao credor renunciar ao direito de alimentos, sendo lhe permitido, porém, deixar de exercer esse direito. O referido artigo reproduz o disposto no artigo 404 do Código Civil de 1916[41].

Em contrapartida, não disciplina expressamente o Código Civil a possibilidade de transação sobre ato inválido. Na doutrina, houve quem defendesse a posição afirmativa, no sentido de admitir a transação, seja quanto ao ato nulo, seja quanto ao ato anulável (Pontes de Miranda, 2003).

Em relação à anulabilidade, efetivamente o problema não se põe, na medida em que as partes podem dispor sobre a matéria (art. 172, C. Civil). Quanto à nulidade, porém, há regra expressa no artigo 169, estabelecendo que o ato nulo não se convalida, nem é suscetível de confirmação. Nesse contexto, há dificuldade em considerar passível de transação o litígio envolvendo discussão sobre a nulidade, na medida em que ela pode envolver matéria de ordem pública.

Uma solução a ser adotada encontra-se no artigo 1972 do Código italiano, que prevê a

(38) Esta é a orientação do direito italiano, expressa no artigo 1976 do Código de 1942: admite-se a transação de que ela não tenha tido por objetivo a novação da relação preexistente. Excetua-se esta hipótese se o direito à resolução constar expressamente da transação. Veja, por exemplo, "Comentario del Codice Civile" de D'Onofrio (1974, p. 282).

(39) Um exemplo neste sentido encontra-se na seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Embargos de terceiro. Prazo. Transação. Ato processual. Impossibilidade de homologação. Prazo para a interposição dos embargos de terceiro. Art. 1.048, CPC. Limitação pela assinatura de carta de arrematação. Transação acerca da validade da arrematação. Impossibilidade. Ato processual fora do âmbito de disposição das partes. Interesse público e do terceiro arrematante. Negaram provimento" (Ap. Civ. 70017885468, 2007).

(40) Na jurisprudência, veja REsp 138366/PR (2000): "Transação efetivada pela mãe da menor impúbere com o indigitado pai ineficaz em relação à autora incapaz. É inadmissível acordo acerca do direito relativo a estado das pessoas (AgRg no Ag. N. 28.080-3/MG). Veja também a seguinte ementa: "Não existe óbice algum quanto à investigação de paternidade estando o menor registrado pelo apelante. Entretanto, não basta apenas a prova testemunhal para apurar a veracidade da paternidade alegada, devendo então ser reaberta a instrução para a realização de perícia genética, eis que inexiste a transação neste feito, pois seu objeto são os direitos relativos ao estado das pessoas, os quais são irrenunciáveis e insuscetíveis de transigência. Deram provimento à apelação e desconstituíram a sentença" (Ap. Civ. 70010705804, 2005).

(41) Ressalve-se que se pretende manter a distinção traçada na jurisprudência, ao tempo do Código Civil de 1916, entre alimentos na relação entre cônjuges, em que se admitiria a renunciabilidade, daqueles devidos na relação entre parentes, em que não caberia a renúncia.

nulidade de transação apenas a um contrato ilícito, sendo que, nos demais casos em que a transação envolver o título nulo, a nulidade da transação somente pode ser alegada pela parte que ignorava a causa da nulidade do título (D'Andrea, 2000).

Essa fórmula do Direito italiano pode servir de orientação para nosso ordenamento, pois diferencia o ilícito como causa de nulidade, de outras situações de nulo, em que a transação pelas partes eventualmente não afronte a ordem pública. Pense-se, por exemplo, em uma controvérsia entre as partes sobre a indeterminabilidade do objeto de um negócio jurídico, ou mesmo sobre a presença do número de testemunhas em um testamento. Nesse caso, o grau de interesse da discussão permite a realização de acordo entre as partes, o que não se admitiria quando ela versasse sobre uma situação de ilicitude.

Cumpre, igualmente, salientar que, estando presente o interesse público, em hipóteses como na hipótese da tutela de direitos difusos, admite-se apenas excepcionalmente a transação. Esse tem sido o caso em ajustamentos de conduta promovidos pelo Ministério Público em matéria ambiental, que foram autorizados pelo Superior Tribunal de Justiça(42). Com efeito, tendo em vista a relevância da tutela ambiental no direito brasileiro, merecedor de disposição constitucional, não tem sido homologadas as transações sobre matéria ambiental em que se renuncia sobre disposições de fundo da defesa do meio ambiente(43). Nesse ponto, há que se pontuar a necessidade de uma melhor regulação da matéria no Direito privado brasileiro, na medida em que se poderia ter uma melhor utilização da figura da transação caso houvesse maior flexibilidade regulatória nesse âmbito.

O artigo 850, do Código civil, por sua vez, contempla duas ordens de problemas relativos à transação: de um lado, estabelece que haverá nulidade do negócio jurídico celebrado pelas partes, na hipótese de um deles ignorar a existência de sentença transitada em julgado tendo por objeto o litígio controvertido.

Observe, inicialmente, que não se impede que as partes transacionem após a prolação de sentença, faculdade reconhecida na jurisprudência(44), consoante foi indicado em comentário precedente. O objetivo do Código Civil é o de resguardar que as partes expressem o devido conhecimento da sentença, a fim de evitar uma situação de concessão de direito pela parte favorecida pela sentença, em que o vencedor transaciona sem a plena ciência desta circunstância.

Por outro lado, expressa o mesmo artigo 850 a regra de que as partes somente podem transacionar sobre direitos próprios. Caso seja estabelecido, mediante um título, que o direito transacionado pertence a terceiro, sendo esta circunstância desconhecida pelos partícipes da transação, haverá a nulidade do negócio celebrado. Afinal, nessa hipótese haveria uma situação de prejuízo a terceiro, que não poderia ser confirmada pelo ordenamento jurídico. Em essência, em ambas as situações pode-se considerar que falta ao negócio jurídico transação um de seus requisitos de validade, razão pela qual justifica-se a opção do legislador em considerá-la nula.

2.3. A formada da transação

Em relação à forma, o Código civil brasileiro regula em um mesmo dispositivo, art. 842, as situações versadas pelo Código civil de 1916 nos artigos 1.028 e 1.029: de um lado, a transação extrajudicial; de outro, a transação judicial. Na primeira hipótese, dispõe que deverá adotar necessariamente a forma escrita, pois faz a lei menção ao instrumento particular, não se fazendo necessário a homologação judicial nesse caso. Relativamente a questão de saber se a forma escrita é *ad substantiam* ou *ad probationem*, cumpre admitir a segunda possibilidade relativamente ao instrumento particular (Fraga, 1928, p. 127). Pode-se aceitar a viabilidade de a parte, por exemplo, confessar a existência de transação, dentro dos limites previstos no artigo 392 do Código de Processo Civil(45).

---

(42) REsp. 299400/RJ (2006), cuja ementa foi a seguinte: "Ação Cível Pública por dano ambiental. Ajustamento de conduta. Transação do Ministério Público. Possibilidade. 1. A regra geral é a de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra".

(43) Veja, por exemplo, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.260.078-SC (2016).

(44) Nesse sentido, ver: "Homologação de acordo extrajudicial após a sentença de mérito. Possibilidade. Mesmo após a sentença de mérito, ainda não recebida e processada a apelação no segundo grau de jurisdição, é o juiz da causa competente para homologar a transação, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis. Precedentes da corte. Agravo provido. Decisão monocrática. Ag. Inst. n. 70019955129, TJRGS, j. 01.06.2007.

(45) Artigo 392. "Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis".

Há casos, porém, em que a lei exige expressamente o instrumento público, de modo que as partes deverão adotá-la necessariamente a fim de transacionar. Uma previsão nesse sentido encontra-se no artigo 108 do Código Civil, que dispõe sobre a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis. Na jurisprudência, encontra-se decisão do Supremo Tribunal Federal, que exigiu a escritura pública para transação sobre cancelamento de pacto comissório expresso constante de escritura pública de compra e venda de imóvel(46).

Em se tratando de transação judicial, muito embora a lei contenha referência à escritura pública (somente exigível para os casos que a lei a exigir), a modo mais comum para a sua realização será o acordo no termo dos autos, seguindo-se a homologação pelo juiz.

O acordo por termo nos autos, seguido da homologação judicial, ocorre, costumeiramente, quando as partes transigem em audiência. Na prática forense, ocorre igualmente o procedimento de as partes apresentarem a transação ao juízo, pleiteando a homologação e conseqüente extinção do processo.

Há que se ter presente aqui que a transação possui um duplo caráter: a par da sua natureza contratual, em que regula interesses dos particulares, possui também efeitos processuais (Looschelders, 2009, p. 313). Desse modo, cumpre observar as consequências no âmbito processual, de modo específico sobre a sorte do processo.

A este respeito, debateu-se a questão se seria passível de homologação a transação celebrada sobre questão objeto de litígio judicial, após a prolação da sentença ou acórdão que decide a lide. A orientação predominante direciona-se para a resposta afirmativa: a circunstância de o juiz haver decidido uma questão não impede que as partes possam transacionar sobre ela, não existindo igualmente obstáculo a que o mesmo juiz possa homologar a transação. Reputa-se que o objetivo da conciliação dos interesses em conflito é a finalidade primordial que deve prevalecer(47).

Pondere-se que a homologação judicial não é requisito indispensável para a perfectibilização da transação, pois as partes podem optar em celebrá-la e limitar-se a requerer ao juízo a extinção do processo, informando-o do acordo celebrado entre elas (Reale, s/f). Em essência, a inexistência de homologação da transação não implica a perda de validade do negócio celebrado pelas partes, tendo em vista que a transação é contrato. Sob essa premissa, o fato de ainda não haver sido homologada o acordo não concede a uma das partes o direito de, pura e simplesmente, arrepender-se do que pactuou, com a conseqüência de pretender resilir o que foi transacionado. Trata-se de orientação, que tem sido reiteradamente confirmada(48).

Ocorrendo a homologação, agrega-se ao acordo um componente processual, na

(46) Veja R. Ext. 91.628/RS. In Revista Trimestral de Jurisprudência (Vol. 95, p. 1322).

(47) Neste sentido, REsp. 50.669-7/SP (1995), com a seguinte ementa: “Acordo homologado pelo juiz, para pagamento parcelado da dívida, após sentença de mérito que julgara procedente a ação. Possibilidade, sem que isso implique afronta ao art. 471 do CPC”. A orientação mais recente encontra-se, por exemplo, consubstanciada no REsp 1267525/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Tuma, j. 20.10.2015, em que consta na ementa o seguinte: “Cinge-se a controvérsia a definir se é passível de homologação judicial acordo celebrado entre as partes após ser publicado o acórdão de apelação, mas antes do seu trânsito em julgado. 2. A tentativa de conciliação dos interesses em conflito é obrigação de todos os cooperadores do direito desde a fase pré-processual até a fase de cumprimento da sentença. 3. Ao magistrado foi atribuída expressamente, pela reforma processual de 1994 (Lei n. 8,952), a incumbência de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes, com a inclusão do inciso IV ao artigo 125 do Código de Processo Civil. Logo, não há marco final para essa tarefa. 4. Mesmo após a prolação da sentença ou do acórdão que decide a lide, podem as partes transacionar o objeto do litígio e submetê-lo à homologação judicial. 5. Na transação acerca de direitos contestados em juízo, a homologação é indispensável, pois ela completa o ato, tornando-o perfeito e acabado e passível de produzir efeitos de natureza processual, dentre eles o de extinguir a relação jurídico-processual, pondo fim à demanda judicial. 6. Recurso especial provido”.

(48) Essa orientação encontra-se em precedente do Supremo Tribunal Federal: “A transação, uma vez assinada por ambos os litigantes e entregue ao juiz, não pode ser desfeita pela só vontade de um deles. Isso iria de encontro ao seu incontestado caráter convencional, reconhecido mesmo por aqueles juristas, que não a considerem propriamente um contrato. Certo é que a transação tem de ser homologada. Mas o juiz terá de a homologar, salvo se ambas as partes a desfizerem, ou se houver motivo legal (jus cogens) em contrário à homologação, ou se a esta se opuser um dos litigantes, argüindo algum daqueles casos em que os atos jurídos podem ser rescindidos ou anulados. Distinção entre a transação e o chamado contrato judicial. Mesmo quanto a este, não se admite que possa ser desfeito pela vontade de uma só das partes, apenas se reconhecendo ao juiz um certo direito de controle sobre ele” (Rext 22882, 1954). O Superior Tribunal Justiça mantém essa linha em diversas decisões, servindo de exemplo as seguintes: “se o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, ainda que não tenha sido homologado o acordo em juízo” (RSTJ 134/333, STJRJTJESRG 208/35 e, mais recentemente, o RESp 1.172.929-RS). No mesmo sentido posicionam-se os tribunais estaduais: “A transação firmada entre as partes, ainda que não

medida em que ele terá sido confirmado pelo juiz e será passível de execução, pois se constitui em título executivo judicial (art. 784, IV, do CPC). Ademais, nesse caso, não poderá o juiz rever o que chancelou, impondo-se às partes a propositura de nova ação, caso pretendam alterar o que pactuaram.

Ainda relacionada à temática da transação em juízo, pode-se indagar o que prevalece quando, após a celebração da transação, devidamente homologada em juízo, sobrevém julgamento de recurso especial, que decide de forma distinta daquela objeto da transação. Nessa hipótese, tendo em vista o caráter contratual da transação, há que considerar o pacto celebrado pela parte como dominante em relação à decisão judicial, impondo-se a sua observância em relação ao que foi decidido pelo Judiciário[49].

Pode-se também indagar se é indispensável a assistência de advogado para a validade de transação. A resposta deve ser negativa, tendo em vista que, tendo a transação caráter contratual, está ela, portanto, vinculada ao direito material, sendo assim desnecessária a presença de advogado para a prática do ato[50].

3. Os efeitos de transação

3.1 Efeitos entre as partes

O Código civil expressa, no artigo 843, a idéia de que a transação possui efeito declaratório; está excluído, portanto, o efeito constitutivo. Trata-se de concepção clássica a este respeito, com origem no Direito Romano e desenvolvimento no Direito Francês anterior, presumindo-se que seu objetivo teria sido o de liberar as partes da transação de encargos tributários (Fraga, 1928, p. 188; Beviláqua, 1977, p. 146; Gropallo, 1931, p. 349).

No mesmo dispositivo, o Código estabelece igualmente a regra de que os dispositivos contidos no instrumento de transação não devem ser ampliados, a fim de manter em limites estreitos o que as partes dispuseram.

A razão para essa regra é dúplice: de um lado, a transação contempla uma renúncia de direitos, de sorte que não é conveniente aumentar o âmbito dos direitos objeto de transação ou do que foi nela abrangido ou do que nela se pactuou ou acerca de quem está a ela vinculado[51]. De outro lado, é preciso ter presente que a transação contém efeito extintivo – tanto é assim que esta era seu enquadramento no Código anterior. De modo que se, por exemplo, a parte somente fez menção na transação sobre determinados direitos, como danos materiais, não se poderá considerar que ela quis dispor sobre danos morais. Em conseqüência, este item, que não foi versado na transação, não será considerado coberto, razão pela qual será passível de questionamento pela parte[52].

O Código civil brasileiro de 1916 previa que a transação produzia entre as partes o efeito de coisa julgada. Não sucede o mesmo no atual Código. Trata-se de uma alteração positiva: não há sentido em pretender estabelecer uma comparação entre os efeitos da coisa julgada e os da transação. Enquanto esta figura se enquadra entre os contratos, e por esta razão suas disposições não podem ser alteradas pelas partes, a coisa julgada tem fundamento de ordem pública, na medida em que tem por finalidade resguardar a autoridade da sentença, que correspondem em essência a um ato estatal.

---

homologada judicialmente, por desídia da justiça, produz efeito de coisa julgada, somente rescindível por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa" (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás in RT 790/358), bem como Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, in AG. Inst. 70004452181.

(49) No caso, tratou-se situação em que um fiador transigiu, assumindo obrigações que, no âmbito do recurso esapecial, foi considerado que não seria de sua responsabilidade. Veja Rcl. 3904/RJ (2005).

(50) Por exemplo o REsp 666400/SC (2004): "FGTS. Correção Monetária. Transaçao Extrajudicial. Presença do Advogado. Desnecessidade. Anulabilidade da transação por outro vício. Necessidade de Dilação Probatória. Reconhecimento em ação própria".

(51) Seguinte exemplo, contido no REsp 475080 (2004): Processo Civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Contrato de prestação de serviços (empreitada). Objeto do contrato. Extensão. Limpeza de áreas de tamanho superior ao descrito no Edital. Indenização. Cabimento. Existência de transação. Exegese ampliativa conferida pelo Tribunal de origem. Revisão em sede de recurso especial. Possibilidade. Adotada pelo Tribunal de origem exegese ampliativa do contrato de transação, com o fito de estender a uma das partes do acordo o direito à indenização que expressamente renunciou, é de conferir provimento ao recurso especial interposto, porque a interpretação ampliativa da transação se insere no âmbito de controle do STJ. Precedentes".

(52) Veja por exemplo o REsp 326971/Al (2002) "Responsabilidade civil. Recibo. Quitação. Interpretação Restritiva. Agravamento do dano. Erro no tratamento. 1. O recibo fornecido pelo lesado deve ser interpretado restritivamente, significando apenas a quitação dos valores que refere, sem obstar a propositura de ação para alcançar a integral reparação dos danos sofridos com o acidente".

Pretende-se afirmar claramente a idéia de que não haverá transmissão de direitos de uma parte a outra, na medida em que a finalidade do negócio jurídico é o de pôr fim a um conflito, o que ocorre mediante o reconhecimento de que o direito debatido, objeto da transação, já se encontra na titularidade da outra parte.

Esta presunção do Código Civil atual conduz a algumas consequências, devidamente apontadas pela doutrina(53): a) os efeitos da transação retroagem, pois ela apenas declara o que já existia e não constitui direito novo; b) as partes não seriam obrigadas a garantir os direitos que reconhecem, na medida em que não os transferem; c) no usucapião, não se poderia unir a posse entre as partes transigentes, não servindo a transação como justo título.

Pondere-se que a doutrina atual tem preponderantemente apontado a necessidade de atenuar essa presunção legal, sob o argumento correto de que as partes, ao negociar, podem dispor de tal modo que o contrato contenha disposições de caráter constitutivo(54). De fato, nada impede que as partes, com o propósito de extinguir o litígio, estabeleçam previsões pelas quais sejam constituídos direitos – ainda mais quando se tem presente, como acima afirmado, que o contrato de transação pode estar vinculado a outros contratos, configurando, portanto, um negócio jurídico misto ou coligado, em que preponderem os efeitos constitutivos. Em essência, cumpre ter presente que se a transação estabelecer uma relação coincidente com a originária, seu efeito será preponderantemente declaratório; contudo, se a nova relação divergir da anterior, o efeito poderá ser considerado constitutivo.

Na hipótese de evicção, dispõe o artigo 845 do Código civil brasileiro que "a obrigação extinta não revive". A solução decorre da noção anteriormente indicada de ser declaratória a natureza da transação. Desse modo, a presunção legal é a de que os direitos objeto de acordo entre as partes já se encontravam em sua esfera jurídica. Não se poderia, portanto, considerar existente uma transferência de direitos entre os celebrantes da transação. Do mesmo modo, inexistente o efeito translatício, não há que se falar em garantia de uma parte em relação à outra em decorrência dos bens objeto da transação.

Nesse contexto, se uma das partes da transação perder a posse ou propriedade de um bem para terceiro, por sentença judicial, situação caracterizadora de evicção, o legislador adota uma solução mista. De um lado, determina que a obrigação antiga não ressurge, mantendo-se o efeito extintivo da transação. Verifica-se, portanto, que está expressamente ratificada a concepção de que, em face da transação, não ressurge a obrigação anterior (Looschelders, 2009, p. 315).

De outro, abranda o rigorismo lógico do efeito declarativo, possibilitando que a parte prejudicada com a perda do bem pretenda indenização da outra, a fim de evitar um eventual enriquecimento injustificado.

Em relação ao disposto no parágrafo único, trata-se por sua vez de conseqüência do caráter restritivo da transação. Na eventualidade de surgir um direito novo para a parte transatora, sobre a coisa renunciada, ela não estará impossibilitada de exercê-lo, na medida em que o acordo disser respeito apenas a uma situação específica e determinada.

O ato ilícito pode acarretar sanções na esfera penal e obrigações na esfera cível. Cumpre aqui, inicialmente, recordar que a transação somente pode ter por objeto interesses privados de caráter patrimonial. Logo, a circunstância de haver sido celebrada transação entre a vítima do delito e o causador do dano não acarreta efeitos na esfera penal, quando se tratar de ilícitos de caráter público. Assim, o Ministério Público não estará inibido de propor ação penal pública contra o ofensor, mesmo que este tenha firmado transação com a vítima. Há, neste particular, interesse público, que não é atingido pelos efeitos do acordo firmado entre as partes.

Ademais, é necessário ter presente que o presente dispositivo se vincula à noção de que a ordem civil e a ordem penal são independentes. Assim, a transação realizada entre as partes não impedirá a ação penal privada, mediante uma queixa crime (Delgado, 2004, p. 342), a menos que essa circunstância esteja expressamente prevista no acordo. Trata-se de artigo que reproduz quase que integralmente a redação

(53) Veja "La natura giuridica della transazione" de Gropallo (1931, p. 355); "Direito das Obrigações" de Beviláqua (1977, p. 146).

(54) A esse respeito, veja "Transazione (dir. priv.)" de Del Prato (1992, p. 828); "Da Transação ante o Código Civil Brasileiro" de Fraga (1928, p. 190); "Tratado de Direito Privado" de Pontes de Miranda (1954); "Tratado de Direito Privado" de Pontes de Miranda (2003, p. 159); "A Transação no Direito Civil e no Processo Civil" de Maluf (1999, p. 103); "Código Civil Comentado. Doutrina e jurisprudência" de Godoy, C. et. al. (2011, p. 863).

do artigo 1.033 do Código civil brasileiro de 1916 e que possui correspondência no Direito Comparado - como por exemplo no art. 2.046 do Código Civil francês[55].

Em matéria de nulidade, a transação foge à regra geral, acolhida em nosso ordenamento no artigo 184 do Código Civil: as disposições úteis não se deixam contaminar pelas inúteis (*utile per inutile non vitiatur*). Ou seja, configurada, em um contrato, a nulidade de uma cláusula contratual, a regra geral é a de preservação das demais disposições contratuais, se elas sobreviverem sem a parte viciada.

Contudo, a transação não segue esta disposição, na medida em que é caracterizada pela indivisibilidade, isto é, um negócio uno, integrado, de modo que se uma das cláusulas relativas à transação for nula, esta circunstância atinge todo o contrato (Maluf, 1999, p. 83).

Há que se ponderar, apenas, que o dispositivo tem presente a nulidade das cláusulas diretamente vinculadas à transação, e não aquelas acidentais ou secundárias, que não estejam diretamente a ela relacionadas. O exame do parágrafo único poderia suscitar a idéia de contradição, na medida em que se autoriza a preservação de direitos transacionados, quando houver vício de nulidade em relação a outros dispostos na transação. No entanto, quanto a este preceito, cumpre considerar que o Código civil brasileiro se preocupa com a possibilidade de as partes, em um mesmo instrumento, dispor sobre direitos distintos, autônomos entre si, de modo que nesse caso se autoriza a subsistência da transação em relação a um determinado núcleo de direitos, desde que se possa verificar a efetiva desvinculação com o grupo de direitos afetado pela nulidade[56].

3.2. Efeitos quanto à terceiros

Em princípio, a transação somente gera efeitos para as partes que a celebrarem, não podendo atingir terceiros. Cuida-se de corolário lógico da orientação de que a transação é um contrato: aplica-se à figura o princípio de relatividade contratual.

No entanto, é reconhecido que a transação tem efeito extintivo. Por força de sua conclusão, em geral configura-se a extinção da incerteza quanto ao débito ou a uma determinada situação jurídica.

Desse modo, a par dos efeitos entre os celebrantes, cumpre verificar se, eventualmente, não podem decorrer efeitos quanto a terceiros, que podem estar vinculados ou interessados na relação estabelecida entre os transatores.

Nesse contexto, encontra-se no artigo 844, do Código civil, a disposição expressa de que, concluída a transação entre o devedor e o credor, estará desobrigado o fiador, não anuente, na medida em que a fiança é uma obrigação acessória em relação ao vínculo principal. Tendo esta sido extinta por força do que o credor e o devedor acertam em decorrência da transação, não subsiste a fiança.

O § 2 do mesmo dispositivo regula a situação envolvendo acordo entre o devedor e o credor solidário, em face do qual aquele estará também liberado relativamente aos demais credores, mesmo que estes não tenham participado da transação. Trata-se aqui de aplicação dos princípios da solidariedade disciplinados na parte geral das obrigações, pelo qual o devedor pode pagar a qualquer dos credores solidários.

Na hipótese de solidariedade passiva, segue-se a mesma noção: dispõe o § 3º que, celebrada a transação entre o credor e um dos devedores solidários, estão liberados os demais devedores, na medida em que estes se encontram em igualdade de posição com o que firmou acordo com o credor[57].

O Código civil não previu a ocorrência de transação na situação simultânea de solidariedades ativa e passiva. Mas há que se considerar, nesse caso, em que foi celebrada a transação entre um dos credores e um dos devedores, que se deve configurar a liberação dos demais integrantes do vínculo obrigacional, tendo em vista que esta situação se constitui em circunstância específica para a qual deve incidir a previsão geral acima indicada.

---

(55) Art. 2046: “On peut transiger sur l’intérêt civil qui résulte d’un délit. La transaction n’empêche pas la poursuite du ministère public”.
(56) A esse respeito, veja “Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações”, de Washington de Barros Monteiro (2003, p. 396)
(57) Ilustrativa dessa situação é a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Ap. Civ. 70013210109 (2006): “Processual Civil. Transação Judicial. Solidariedade. Efeitos. Extinção da Ação. Ação de indenização por danos decorrentes da exploração de garrafas de cerveja no momento em que era colocada no carrinho de compras. Correta a decisão que extinguiu a ação em relação ao supermercado demandado, em virtude da transação, entabulada pela autora e a fabricante da cerveja. Efeitos decorrentes da solidariedade, nos termos do art. 844, § 3o do CC/03”. Apelo improvido.

Por fim, recorde-se que se a obrigação não contemplar a solidariedade, e existir pluralidade de credores ou devedores, adotar-se-á a solução geral do Direito obrigacional, em que a transação terá efeito apenas às partes, *pro rata*, em relação ao todo, não atingindo os demais integrantes da relação obrigacional.

4. Conclusão

A análise realizada sobre o tema da transação permite vislumbrar, inicialmente, que a sua inserção no quadro dos contratos configura-se como um acerto do Código brasileiro de 2002.

Trata-se da superação de uma visão oitocentista de contrato – que se limitava a considerar apenas determinadas figuras como passíveis de enquadramento nesta categoria -, a fim de aceitar que também a transação, instrumento de elaboração de interesses legítimos dos particulares, no caso a solução de conflitos, se insere nesta noção.

Em segundo lugar, muito embora não seja o objetivo central do trabalho, pretendeu-se destacar a função precípua da transação: resolver conflitos e o papel que ela pode exercer como figura precípua nesse sentido no âmbito dos instrumentos disponíveis para o juiz como condutor do processo cível contemporâneo. Por essa razão, ela está enquadrada como uma das modalidades de autocomposição da lide no Código de processo civil brasileiro, de 2015.

O enquadramento da transação como contrato exige, porém, a reflexão sobre seus elementos de existência, a fim de ter presente quais são as suas características fundamentais, e a fim de ter presente como o codificador brasileiro tratou destas questões.

Na análise feita, sobressai que o regime estabelecido pelo Código civil de 2002 seguiu a disciplina clássica adotada para a transação, em especial no que concerne aos seus pontos peculiares, que foram indicados acima: singularidade quanto ao objeto, bem como em relação à casuística dos vícios da vontade.

A este respeito, reputa-se acertada a orientação legislativa de não considerar passível de invalidade a transação por lesão: solução contrária implicaria excessiva judicialização da transação, precisamente o contrário do que se busca por este instrumento.

Sobressai, porém, a escassa importância dada pelo Código civil à hipótese em que a transação envolve a concessão pelas partes de direitos diversos, a par dos que decorrem da relação originária. Verifica-se que não se concebeu a possibilidade de a transação existir vinculada à contratos conexos, em uma escola mais complexa da que se denomina de transação simples.

Talvez pudesse ser indicada uma melhor coordenação entre os planos materiais e processuais da transação, na medida em que esta figura possui um duplo caráter quando realizado no âmbito judicial. O Código civil é, porém, avaro em disposições a este respeito.

Essas lacunas não tolhem o acerto geral da disciplina clássica estabelecida pelo Código civil de 2002 à matéria e induzem – como já se verifica dos exemplos acima indicados – que a jurisprudência e a doutrina devem contribuir para o constante desenvolvimento do tema no ordenamento civil brasileiro.

Pontue-se, por fim, que também está aberta, no direito brasileiro, a questão acerca da utilização da transação quando se tratar de direitos indisponíveis, especialmente em matéria ambiental, objeto de tutela pelo Ministério Público: também aqui haveria a necessidade de uma melhor e mais ampla elaboração legislativa, a fim de que a transação pudesse servir de instrumento para a solução de litígios.

Referências bibliográficas

Agravo de Instrumento 599075025. (1999). Superior Tribunal de Justiça.

Andrade, F (2005). Considerações sobre os Contratos Atípicos à Luz do Novo Código Civil. En H, Torres (Coord.), *Tributação nos mercados financeiros e de capitais e na previdência privada* (1ª ed., pp. 113-154). Quartier Latin.

Apelação Cível 196031454. (1996). Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível 70010705804. (2005). Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível 70013210109. (2006). Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível 70017885468. (2007). Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Cível 76.151. (s/f). Superior Tribunal de Justiça.

Beviláqua, C. (1977). *Direito das Obrigações* (Tomo IV). Ediciones Rio.

Chateaubriand, H. (2005). *Negócio de Acertamento*. Del Rey

D'Andrea, S. (2000). Sul Problema del Negozio Atipico di Accertamento. *Rivista di Diritto Civile*, *1*, 31-62.

Delgado, J. (2004). *Comentários ao Novo Código Civil* (Vol. XI, Tomo II). Forense.

Del Prato, E. (1992). *La Transazione*. Giuffré.

Del Prato, E (1992). La Transazione (dir. priv.). En *Enciclopedia del Diritto* (Volumen 44, XLIV). Giuffrè.

D'Onofrio, P. (1974). *Comentario del Codice Civile*. Zanichelli.

Fraga, A. (1928). *Da Transação ante o Código Civil Brasileiro*. Editora Saraiva.

Franzoni, M. (2001). *La Transazione.* Cedam.

Godoy, C., Loureiro, F., Bdine, H., Neves, J., Barbosa, M., Antonini, M., Carvalho, M., Rosenvald, N., & Duarte, N. (2011). *Código Civil Comentado. Doutrina e jurisprudência* (5ª ed.). Manole.

Gropallo, E. (1931). La natura giuridica della transazione. *Rivista di Diritto Civile*, *23*, 321-384.

Jauernig, O. (2003). *BGB Kommentar*. Beck Verlag.

Looschelders, D. (2009). BGB - *Schuldrecht Besonderer Teil* (3ª ed.). Carl Heymanns Verlag Kg.

Maluf, C. (1999). *A Transação no Direito Civil e no Processo Civil* (2ª ed). Editora Saraiva.

Monteiro, W. (2003). *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Editora Saraiva.

Nanni, G. (2012). O negócio de acertamento como espécie de negócio jurídico. *Letrado, 100*, 78-79.

Oertmann, P. (1895). *Der Vergleich im gemeinen Civilrecht* (Tomo VII). Carl Heymann's Verlagpg.

Pontes de Miranda, F. (1954). *Tratado de Direito Privado* (Vol. XXV). Borsoi.

Pontes de Miranda, F. (2003). *Tratado de Direito Privado* (Tomo 25). Borsoi.

Reale, M. (s/f) Transação. *Revista dos Tribunais*, *508*, 41-50.

Reclamação 3904/RJ. (2005). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 50.669-7/SP. (1995). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 138366/PR. (2000). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 292.974-SP. (2001). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 326971/AL. (2002). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 475080. (2004). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 666400/SC. (2004). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 299400/RJ. (2006). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial 1.260.078-SC. (2016). Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Extraordinário 22882. (1954). Supremo Tribunal Federal.

Superior Tribunal de Justiça. (1980). R. Ext. 91.628/RS. In *Revista Trimestral de Jurisprudência* (Vol. 95, pp. 1322 y ss.).

Vásquez, W. (2016). *La Transacción. Precisiones conceptuales en torno a su definición y principales aspectos fisiológicos.* Em A. Soria (Coord.), Derecho de Obligaciones. Editorial UPC.

Venosa, S. (2013). *Direito Civil* (Vol. II). Atlas.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.008

La distinción entre la estafa y el incumplimiento contractual(*)

Sobre la relevancia penal del engaño en los contratos

The distinction between swindle crime and the breach of contract
About the criminal relevance of deceit in contracts

Raúl Pariona Arana(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: Los contratos son un elemento clave en el sostenimiento del sistema económico actual. No obstante, las partes obran en ocasiones con la intención de defraudar y perjudicar la relación contractual. Una de las conductas más frecuentes en donde se manifiesta la voluntad defraudatoria es en la utilización de medios fraudulentos, orientados a engañar a la contraparte, para celebrar el contrato y luego incumplir la prestación pactada. Esto ha generado la previsión de mecanismos de tutela y sanción de carácter civil y penal. En ese sentido las figuras que se han venido aplicando en la praxis son la estafa contractual, el dolo como vicio de la voluntad y el incumplimiento contractual. Pese a la similitud entre estas figuras, resulta de suma relevancia su distinción atendiendo a que la consecuencia del delito de estafa es una pena privativa de la libertad. En ese contexto, el trabajo presenta las figuras legales que tutelan las relaciones contractuales frente a comportamientos donde media el engaño y aborda el análisis de los criterios de delimitación entre el delito de estafa y las instituciones civiles.

Palabras clave: Contratos - Delito de estafa - Estafa contractual - Incumplimiento de contrato - Engaño - Dolo - Vicio de la voluntad - Perjuicio económico

Abstract: Contracts are a fundamental element in our current economic system. However, parties sometimes act in bad faith, thereby affecting the contractual relationship. One of the most frequent bad faith conducts is the deceit between the parties to conclude the contract, which then materializes in a breach of contract. This situation has led to the regulation of civil and criminal protection mechanisms. The mechanisms applied in practice include contractual fraud, deceit as a defect of consent and contractual breach. Despite the similarities between these legal institutions, their distinction is extremely important, particularly because the consequence of fraud entails criminal punishment. In that context, this paper features the legal institutions that protect contractual relationships against behaviors where the deceit takes place and analyzes the criteria of delimitation between the swindle crime and the civil institutions.

Keywords: Contracts - Swindle crime - Contract fraud - Breach of contract - Deceit - Willful intent - Defect of consent - Patrimonial detriment

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 24 de septiembre de 2023 y su publicación fue aprobada el 3 de noviembre de 2023.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich (Múnich, Alemania). Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8273-3627. Correo electrónico: rpariona@pucp.edu.pe.

1. Introducción

La relevancia de las relaciones contractuales de personas naturales y jurídicas se explica debido a su rol esencial para el tráfico económico de las sociedades modernas. Pero dada la extensión de su uso, la celebración de contratos también puede albergar prácticas ilícitas y conductas defraudatorias que afectan a sus intervinientes. Por ello, y con el objetivo de lograr una tutela integral, en los ordenamientos jurídicos se encuentran previstos diversos mecanismos de protección de carácter civil y penal.

Una frecuente conducta que perjudica las relaciones contractuales es el recurso al engaño para lograr la celebración de un contrato. La utilización de medios fraudulentos por una de las partes perjudica notablemente el tráfico económico, pues impide la satisfacción de los intereses de la contraparte. En el marco de las relaciones contractuales, en nuestro ordenamiento jurídico, el engaño puede configurar un ilícito civil ('dolo' de carácter civil como incumplimiento y vicio contractual) y un ilícito penal (como una modalidad de la estafa en el contexto de los contratos). Justamente, debido a la correspondencia y similitud entre determinados presupuestos de estas instituciones jurídicas, se requiere la formulación de criterios que contribuyan a la distinción y delimitación entre la estafa y el incumplimiento contractual. La necesidad de esta distinción resulta relevante si se repara en las distintas consecuencias jurídicas de cada uno de esos ilícitos. Así, mientras que la consecuencia más grave de ese engaño en el Derecho Civil es una indemnización; el delito de estafa, dada su naturaleza penal, conlleva a una pena privativa de libertad.

El presente trabajo tiene como objetivo presentar consideraciones jurídicas que contribuyan a la delimitación de la estafa contractual respecto del incumplimiento contractual y, posteriormente, verificar la relevancia del engaño previo a la celebración del contrato para la configuración de un ilícito civil o penal. Para ello, en primer lugar, se presentarán los mecanismos de protección de los contratos en el tráfico económico moderno que prevé el ordenamiento jurídico en los supuestos de engaño e incumplimiento contractual. Seguidamente, se realizará un acercamiento a la estructura típica del delito de estafa donde se tratará la relevancia del engaño para perjudicar las relaciones contractuales. Luego, como tema central, abordaremos la discusión que busca dar una respuesta al problema de la distinción de la estafa contractual respecto de los casos de incumplimiento contractual y, posteriormente, para los casos de engaño previo a la celebración contractual (dolo como vicio de la voluntad), para la distinción del ilícito civil de la estafa contractual. Finalmente, se analizará los criterios que viene asumiendo la Corte Suprema de Justicia en los últimos años para la solución de este problema.

2. La necesidad de protección de los contratos en el tráfico económico

El contrato es el instrumento jurídico por excelencia para que las personas realicen sus transacciones económicas. Nuestro sistema económico actual funciona en gran medida debido a que el acto de contratar da origen a relaciones jurídicas entre las personas. En efecto, tanto las personas como las empresas se sirven del contrato como instrumento para satisfacer sus necesidades mediante el intercambio de bienes y servicios. Esto resulta de utilidad no solo en el ámbito del derecho privado, sino que también la Administración Pública se sirve de la contratación para adquirir los bienes y servicios que le permitan el cumplimiento de sus fines constitucionales. Esta relevancia de las relaciones contractuales legitima la intervención del Estado y su sistema jurídico para su protección.

Por un lado, la protección de los contratos tiene como uno de sus fundamentos la protección de los intereses individuales de las partes. El artículo 1351 de nuestro Código Civil define al contrato como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". A partir de esta definición legal, De la Puente y Lavalle advierte que el perfeccionamiento de un contrato da origen a origen a una relación jurídica conformada por obligaciones que exige el cumplimiento de prestaciones entre las partes (2017, p. 34). Desde esta perspectiva, el contrato es el medio por el cual las personas buscan satisfacer sus necesidades, siendo por ello necesario velar por la validez y eficacia de los contratos para lograr esa finalidad.

Por otro lado, el contrato no tiene únicamente la finalidad satisfacer las necesidades de las partes que lo celebran, sino que existe también un interés de los Estados por salvaguardar las relaciones contractuales que subyace a los contratos en general. Como afirma Roppo, en los sistemas económicos modernos la riqueza económica y los recursos de producción lo conforman fundamentalmente las relaciones obligacionales que nacen de los contratos

(2009, p. 75). La protección de los contratos no solo es relevante por los intereses de las partes, sino además por su función socioeconómica, dado que este instrumento jurídico contribuye a la cooperación y colaboración entre los miembros de una sociedad (Torres Vásquez, 2012, p. 36) y con ello a su progreso.

En consecuencia, el normal desarrollo de las relaciones contractuales se constituye como un eje de especial relevancia para el Estado, debido a lo cual son previstos mecanismos de protección tanto de carácter civil, como penal.

3. La protección desde el Derecho civil

El Código Civil prevé el 'dolo' como una figura jurídica que aborda el tratamiento de los conflictos que pueden suscitarse en el marco de las relaciones contractuales. Específicamente, son dos las clases de 'dolo' pertinentes para el tratamiento de nuestra problemática: (i) el dolo como vicio de la voluntad (artículo 210 del Código Civil), el cual puede surgir antes o durante la celebración del contrato; y, (ii) el dolo como causa de inejecución de obligaciones (artículo 1318 del Código Civil), el cual se presenta durante la ejecución de las prestaciones de las partes.

3.1 El dolo como vicio de la voluntad

El dolo como vicio de la voluntad se entiende como el *engaño* realizado por una de las partes con el objetivo de lograr la celebración de un acto jurídico, por ejemplo, un contrato. Este engaño puede manifestarse mediante una acción u omisión (cuando exista un deber de informar para las partes). Estos supuestos son sancionados por el Código Civil con la anulabilidad del acto jurídico, cuando el engaño haya sido de carácter determinante, y, con una indemnización, en caso de que el engaño no tenga esa magnitud.

En la doctrina nacional, Vidal Ramírez afirma que existe un consenso respecto a considerar al dolo-vicio como "toda maniobra encaminada a provocar un engaño e inducir a error" (1999, p. 440). Al configurarse como un 'error provocado', según León Barandiarán, el dolo tiene que ser necesariamente intencional. Es decir, el sujeto que lo provoca debe ser consciente de que su contraparte se está formando una interpretación errónea en la celebración del contrato (1999, p. 115).

La característica central del engaño del dolo-vicio es su capacidad para determinar la formación de la voluntad de celebrar el contrato en la contraparte afectada. Con la realización de este engaño, una de las partes busca "obtener como resultado que otra emita el consentimiento necesario para la formación del contrato" (Díez Picazo, 2012, p. 199). En efecto, el engaño requerido debe tener un carácter determinante para la celebración del contrato. Por ese motivo, nuestro Código Civil sanciona la utilización de este engaño con la anulabilidad del acto jurídico (artículo 210 del Código Civil). En caso contrario, es decir, si el engaño existió, pero no tuvo una influencia fundamental en la decisión de la contraparte, el contrato es válido y el autor solamente deberá indemnizar al engañado por los daños y perjuicios ocasionados (artículo 211 del Código Civil) (León Hilario, 2019, p. 103).

Un aspecto importante a tener en cuenta en torno al dolo como vicio de la voluntad es que no requiere un perjuicio o daño en el patrimonio de la contraparte. El Código Civil no exige para la anulabilidad del contrato que se presente un daño como consecuencia del engaño. No obstante, en caso de que dicho daño se produzca, se puede solicitar adicionalmente una indemnización. Por otro lado, tampoco resulta exigible el propósito de causar un perjuicio a la contraparte (Lohmann Luca de Tena, 2020, p. 772). Entonces, aunque el dolo-vicio pueda ocasionar finalmente un perjuicio a la víctima, este no constituye uno de sus presupuestos.

En síntesis, el Derecho Civil regula el 'engaño' en la celebración de los contratos bajo la figura del dolo-vicio y establece como sanción la anulabilidad del contrato. Entre sus características principales destacan la intencionalidad y el carácter determinante del engaño. En ese sentido, el engaño exigido en el contexto del dolo-vicio no puede ser de cualquier clase, sino que tiene que influir de forma decisiva en el perfeccionamiento del contrato. Asimismo, en nuestra regulación, la producción de un perjuicio a consecuencia del engaño no forma parte de los presupuestos exigibles para la afirmación del dolo-vicio.

3.2 El dolo como causal de incumplimiento

El dolo también está previsto en nuestra normativa como un elemento del incumplimiento de la inejecución de las obligaciones. El *dolo-incumplimiento* se entiende como la intención del sujeto de no cumplir con su obligación ya sea mediante la falta de realización de la prestación debida, o su prestación incompleta, defectuosa o tardía. A diferencia del dolo-vicio, el dolo-incumplimiento no se entiende como un 'engaño' sino como la intención de faltar a la obligación pactada. Además de ello, su

presencia no es posible antes o durante la celebración del contrato, sino que surge siempre con posterioridad a ella. Para estos casos, nuestro Código Civil faculta a la parte acreedora a exigir el cumplimiento de la obligación u optar por la resolución del contrato.

En la doctrina nacional, Castillo Freyre precisa que este concepto del dolo "es la intención y voluntad de no cumplir con la prestación que se debe" (2017, p. 145) y "aparece cuando el incumplimiento del deudor le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto" (2017, p. 145). Este incumplimiento puede manifestarse mediante una acción frente a obligaciones de no hacer así como mediante una omisión en el caso de las obligaciones de dar y hacer (Osterling Parodi, 2007, pp. 239-240).

Un aspecto importante identificado por la doctrina en torno al dolo-incumplimiento es la restricción de su alcance a la intención de no cumplir con la obligación, excluyendo así la voluntad de causar un daño o perjuicio al acreedor. Desde esa perspectiva, Osterling Parodi señala que el dolo es "la intención de no cumplir, aunque al proceder así el deudor no desee causar un daño" (2007, p. 239). En esa misma línea, Torres Vásquez afirma que "el dolo coincide con la mala fe, para cuya existencia no se precisa la intención de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor" (2018, pp. 1141-1160). Por tanto, la intención de perjudicar a la contraparte con el incumplimiento de la obligación no forma parte de los elementos del dolo-incumplimiento, sino únicamente la intención de no cumplir lo pactado.

En el marco del presente trabajo, y dada la correspondencia terminológica que existe, es necesario destacar las claras diferencias existentes entre el dolo-vicio y el dolo-incumplimiento. Por un lado, el dolo-vicio implica la realización de un 'engaño', debido a lo cual cierto sector de la doctrina considera incluso la posibilidad de no denominarlo dolo (Espinoza Espinoza, 2010, p. 411), mientras que el dolo-incumplimiento se refleja en la intención del deudor de no cumplir con la obligación pactada. Por otro lado, el dolo-vicio surge antes o al momento de la celebración del contrato, mientras que el dolo-incumplimiento se presenta luego del perfeccionamiento del contrato, es decir, cuando la relación obligacional entre las partes ya se ha establecido.

4. La protección penal de las relaciones contractuales

4.1 El delito de estafa

El delito de estafa consiste en la acción de procurarse para sí o para otro un provecho ilícito, induciendo o manteniendo en error a la víctima mediante un engaño y generándole un perjuicio económico. Nuestro Código Penal sanciona al agente que realiza esta conducta con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años. Entre los elementos típicos, poseen una relevancia especial el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio de la víctima, los cuales deben desplegar una relación sucesiva y de causalidad entre sí. En ese sentido, el engaño desplegado por el agente (primer elemento) debe ser idóneo para generar un error en el agraviado (segundo elemento) y, como consecuencia de esto, llevar a la víctima a disponer de su patrimonio en favor del agente o de un tercero (tercer elemento), ocasionándole finalmente un perjuicio económico (cuarto elemento).

El elemento típico del 'engaño' es interpretado por la doctrina como toda maniobra fraudulenta que provoca un error en la víctima y altera su representación de la realidad. Bacigalupo Zapater precisa que dicho elemento típico constituye el elemento inicial del delito, el cual determina la disposición patrimonial que produce el perjuicio patrimonial al sujeto engañado (2008, p. 165). Dicho engaño puede materializarse mediante una acción, cuando el agente induce a error a la víctima, o una omisión, cuando la víctima es, por así decirlo, mantenida en una situación de error.

La configuración del elemento típico 'engaño' precisa la verificación de su idoneidad para generar la disposición patrimonial de la víctima. En la doctrina nacional, Bramont-Arias Torres y García Cantizano explican el criterio objetivo-subjetivo aplicado para analizar la idoneidad del engaño. En cuanto al criterio objetivo, debe analizarse "si el engaño reviste apariencia de seriedad y realidad para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia" (2013, pp. 353-354). En cuanto al criterio subjetivo, tendrá que evaluarse "la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo" (p. 354). En virtud de ello, se asume que no cualquier clase de engaño satisface el tipo penal, sino únicamente aquél que conforme a la diligencia y circunstancias del sujeto promedio podrían ser suficientes para hacerlo incurrir en error.

El siguiente elemento típico, dentro de la relación de causalidad, es el error de la víctima, causado por el engaño. El error es la falsa percepción de la realidad. Dicho de otro modo, la falta de correspondencia entre aquello que se asume como cierto y los hechos de la realidad. Esta percepción distorsionada de la realidad es la que precisamente lleva a que la víctima realice una disposición voluntaria de su patrimonio. Este acto de disposición patrimonial, según Gálvez Villegas y Delgado Tovar, puede realizarse "a través de un desplazamiento patrimonial (hacer entrega del bien o gravarlo) o, la prestación de un servicio" (2011, pp. 1009-1010). Adicionalmente, existe una disposición patrimonial "cuando la víctima deja de percibir o renuncia al cobro de una acreencia, o por error asume una deuda" (Gálvez Villegas y Delgado Tovar, 2011, p. 1010). En el contexto de los delitos patrimoniales, el carácter distintivo de la estafa es el acto voluntario de disposición patrimonial de la víctima. A diferencia del hurto y robo, en los cuales se produce la sustracción del bien, en la estafa se percibe aún la voluntad de la víctima, aunque viciada, de entregar su patrimonio al estafador ocasionada por el uso de medios fraudulentos (Prado Saldarriaga, 2021, p. 182). Esta disposición que realiza la víctima debe ocasionar una disminución patrimonial, en el sentido de un perjuicio cierto, real y de carácter económico.

Respecto a la tipicidad subjetiva, el delito de estafa es un tipo penal doloso. Consecuentemente, se exige que el agente tenga conocimiento y la intención de que mediante su conducta se induzca o mantenga en error a la víctima para que ésta realice un acto de disposición patrimonial. La estafa, al igual que otros delitos patrimoniales, exige que además del dolo exista un ánimo o finalidad lucrativa por parte del agente (Prado Saldarriaga, 2021, p. 183; Salinas Siccha, 2023, p. 349). Es decir, la conducta de quien engaña debe estar encaminada a obtener un beneficio ilícito de carácter económico para sí mismo o para un tercero.

4.2 La estafa contractual

La estafa contractual constituye una modalidad del tipo penal de estafa subsumible principalmente en el artículo 196 del Código Penal peruano; no obstante, si el objeto del contrato se refiere a la compraventa de un bien inmueble o vehículo motorizado se aplicará la agravante del inciso 4 del artículo 197. Esta modalidad delictiva se caracteriza por el medio que utiliza el agente para provocar el error en la víctima y lograr el acto de disposición patrimonial: la celebración de un contrato. En la praxis, resultan comunes los casos en los que estafadores celebran contratos civiles con el objetivo de obtener una prestación de las víctimas, bajo la promesa de una contraprestación falsa o que no tienen intención de cumplir. En la doctrina y la jurisprudencia, estos casos son denominados contratos criminalizados, negocios jurídicos criminalizados o simplemente estafa contractual.

El aspecto central de la estafa contractual es que el engaño debe producirse necesariamente antes o al momento de la celebración del contrato. En efecto, no podríamos referirnos a una estafa contractual o contrato criminalizado cuando un contrato es celebrado válidamente (es decir, sin engaño), pero luego se produce su incumplimiento. En ese sentido, según Gálvez Villegas y Delgado Tovar, "debe verificarse necesariamente la presencia de un engaño […] inicial a la contratación" (2011, p. 998), siendo distinto el caso en que "después de contratar con un tercero, decida no cumplir con su contraprestación" (2011, p. 999).

Bajo esta premisa, la sola decisión de incumplir con la prestación, luego de la celebración de un contrato no es suficiente para afirmar el delito de estafa, sino que será necesaria la configuración de un engaño previo. En ese sentido, Dopico Gómez-Aller indica que la estafa contractual se refiere únicamente a los supuestos en los que se defrauda a la víctima induciéndola a celebrar un contrato (2012, p. 9). En esos casos de contratos criminalizados, el agente no tiene una voluntad real de contratar, sino solo de beneficiarse con las prestaciones que realiza su contraparte.

En la doctrina española, Conde-Pumpido Ferreiro precisa correctamente que en la celebración de esos contratos criminalizados el autor interactúa con la contraparte simulando un propósito contractual; no obstante, la finalidad es solamente beneficiarse de la contraprestación a la que la víctima se ha obligado mediante el contrato, sin que el estafador tenga la intención de cumplir su prestación (1997, p. 62). Por ese motivo, Magro Servet enfatiza que con la celebración de estos contratos criminalizados se instrumentalizan los esquemas contractuales con el objetivo de obtener un beneficio ilícito (2014, p. 13), pues ya desde su planificación y celebración se carece de una voluntad real para cumplir la prestación prometida en el contrato.

La figura de la estafa contractual como una modalidad delictiva del tipo penal de estafa también ha sido reconocida por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema.

Así, por ejemplo, en la Casación 2970-2021/Lambayeque, el Tribunal Supremo señaló que la estafa contractual es "una figura de estafa en virtud al cual como medio engañoso se utiliza la supuesta fingida celebración de un contrato o negocio jurídico para de esta forma hacer incurrir en error a la víctima y conseguir su disposición patrimonial en su perjuicio" (Corte Suprema de Justicia, 2023, fundamento 5).

5. Consideraciones sobre la relevancia penal del engaño en los contratos civiles - Distinciones necesarias

En el marco de la contratación privada, la presencia del engaño ha motivado una discusión sobre sus alcances y consecuencias, vinculados a si sólo son de competencia del derecho civil o su configuración involucra ya la configuración de un delito: la estafa. Concretamente, son dos los supuestos problemáticos identificados por la doctrina y la jurisprudencia: (i) cuando se celebra un contrato válido, pero una de las partes incumple con su prestación, generando un perjuicio; (ii) cuando antes o durante el momento de la celebración existe un engaño que determina al afectado a celebrar el contrato, debido a lo cual se discute si se presenta un dolo-vicio o una estafa contractual. En ese contexto, la formulación de criterios que permitan definir la aplicación del tipo penal de estafa resulta importante dada la similitud de ciertos conceptos del ámbito penal y civil. Además de ello, porque el Derecho Civil sanciona el incumplimiento contractual y el dolo-vicio con la indemnización y la anulabilidad del contrato, mientras que el delito de estafa conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad.

5.1 Primera distinción: Estafa e incumplimiento contractual

El mero incumplimiento de la prestación pactada en el marco de una relación contractual que causa un perjuicio no configura el delito de estafa. El grupo de casos en el que la intención de no realizar la prestación surge con posterioridad a la celebración del contrato no se subsume en la modalidad de estafa contractual. En estos casos, no existe un conflicto alguno con el delito de estafa dado que nos encontramos únicamente ante un dolo-incumplimiento que surge con posterioridad a la celebración del contrato, es decir, sin que haya existido un engaño inicial.

En la doctrina, Sánchez Oviedo sostiene que en estos casos "no se verificaría un delito de estafa porque el engaño de una de las partes ha sido posterior al acto de disposición patrimonial", por lo cual "nos encontramos [más bien] en un incumplimiento doloso de contrato" (2021, p. 128). En efecto, en caso de incumplimiento del contrato, el punto central del análisis debe girar en torno a si hubo o no un engaño al momento de la celebración del contrato.

La determinación del engaño inicial será indispensable para poder delimitar entre los meros incumplimientos contractuales y el delito de estafa. En ese sentido, si surge con posterioridad a la celebración del contrato será un ilícito civil. En cambio, se configurará un delito de estafa, cuando el agente haya inducido al agraviado a celebrar el contrato para obtener algún provecho de ello, pero sin tener la intención de cumplir con sus obligaciones contractuales desde un inicio. Como afirma Guevara Vásquez y Figari, "el ilícito penal de estafa puede distinguirse del incumplimiento contractual por un propósito de origen de perjudicar el patrimonio de la víctima mediante engaño" (2018, pp. 55 y 56).

En la doctrina nacional, Rojas Vargas también asume este criterio de distinción, afirmando que la estafa requiere "un dolo previo, una intencionalidad puesta de manifiesto antes de la consumación de la relación contractual" (2012, pp. 66-67), el cual se manifiesta mediante la utilización de un engaño suficiente para que el agente logre el acto de disposición de la víctima. Desde esa perspectiva, el caso del incumplimiento contractual es claramente distinto, pues aquí el "deudor evasivo" realiza ciertas maniobras y comportamientos para evadir o diferir el cumplimiento de las obligaciones surgidas tras la celebración del contrato. En otros términos, en estos casos quien evita cumplir con su prestación de forma evasiva, no pretende obtener un beneficio futuro, dado que la disposición patrimonial ya se ha realizado (Rojas Vargas, 2021, pp. 63-64), por lo que sus conductas evasivas no constituyen el engaño requerido por el delito de estafa.

En efecto, en la doctrina existe un consenso respecto a que la diferencia entre el delito de estafa y el incumplimiento contractual radica en el momento en que surge la intención de incumplir con la obligación contractual. Si es que esa intención surge con motivo de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, estaremos frente a un incumplimiento contractual, pues el 'engaño' al que recurre la contraparte para incumplir con su prestación se realiza con posterioridad al acto de disposición patrimonial. Estos casos deberán ser resueltos en la vía civil, siendo irrelevantes para el Derecho Penal. En

cambio, si el agente tiene la intención de incumplir su obligación desde un inicio, y utiliza el engaño para lograr la disposición patrimonial, estaremos frente a una estafa contractual. Esta distinción se sustenta en que el delito de estafa exige una relación de causalidad entre sus elementos de tipicidad objetiva: se debe utilizar un engaño suficiente para inducir a error a la víctima. Por tanto, dado que en el delito de estafa el engaño es necesariamente anterior a la disposición patrimonial, debe excluirse la relevancia penal de los casos donde solo exista un incumplimiento contractual.

5.2 Segunda distinción: Delimitación en los casos de engaño anterior a la celebración del contrato

La estafa contractual se configura cuando el engaño se presenta con anterioridad o al momento de la celebración del contrato. Sin embargo, en el Derecho Civil, también existe una figura que regula y prevé una consecuencia jurídica para estos supuestos que es el dolo como vicio de la voluntad. El dolo-vicio implica la utilización de un engaño que determina la voluntad de celebrar el acto jurídico de la contraparte, lo cual se corresponde precisamente con el elemento del engaño inicial exigido para la estafa contractual. A diferencia de la distinción con el mero incumplimiento contractual, la distinción con el dolo como vicio de la voluntad es más compleja, pues en ambos casos existe un engaño anterior a la celebración del contrato. Esta coincidencia respecto al momento en el que se presenta el engaño ha llevado a la doctrina y jurisprudencia a formular criterios de distinción.

5.2.1 La intensidad del engaño

Un primer criterio que se ha formulado para distinguir entre el dolo civil-vicio y la estafa contractual atiende a la intensidad del engaño utilizado para lograr el acto de disposición patrimonial. Según esta teoría, existe una diferencia de grado entre el engaño en sede civil y penal, por lo que tendrá que evaluarse la gravedad e intensidad del engaño utilizado por el agente y la posibilidad de imputación a la víctima. Para este criterio, no basta con que exista una relación de causalidad entre los elementos típicos del delito de estafa, sino que la intervención del Derecho Penal solo se justifica cuando exista un engaño idóneo y suficiente.

En la doctrina comparada, Choclán Montalvo sostiene que "cualitativamente el engaño [en la estafa] no difiere del que caracteriza el dolo vicio del consentimiento" (2000, p. 95). Por esta razón, él plantea que la distinción entre los engaños radica en su intensidad, afirmando que no cualquier engaño que tenga un nexo causal con el perjuicio producido implicará la subsunción en el tipo de estafa, sino solo "el engaño penalmente relevante es un *engaño cualificado*" (Choclán Montalvo, 2000, p. 96). Adicionalmente, agrega que también debe considerarse "la gravedad del hecho en función de la diligencia que quepa exigir a la víctima en cada caso" (Choclán Montalvo, 2000, p. 95), pues la calidad del engaño debe ser tal que la víctima no hubiese podido evitar el error con la diligencia debida.

Esta distinción basada en la intensidad del engaño entre el dolo-vicio y el delito de estafa ha sido adoptada por el Tribunal Supremo español. En la Sentencia 832/2007, se ha señalado que "[t]radicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado criterios cuantitativos para delimitar el dolo penal y distinguirlo del dolo civil. En consecuencia, es necesario reservar la aplicación del derecho penal a los casos verdaderamente graves que supongan ataques suficientemente fraudulentos, al patrimonio ajeno. En términos generales se ha simplificado el debate exigiendo que el engaño sea 'bastante' (…)" (Tribunal Supremo Español, 2007, p. 4).

Sin embargo, este criterio ha sido intensamente criticado, toda vez que para el caso del dolo como vicio voluntad también es exigible un engaño suficiente que determine la voluntad de la contraparte. De forma crítica, Balmaceda Hoyos señala que en esta discusión para formar criterios de distinción entre el dolo-vicio y la estafa "al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, puesto que no existe un engaño civil y otro penal" (2016, p. 37). Sobre el particular, Conde-Pumpido Ferreiro advierte la imposibilidad de distinguir entre un engaño bastante que genera un acto de disposición (estafa) y el dolo-vicio que determina la celebración de un contrato, debido a que "el dolo civil causante utilizado por el sujeto activo […] no es otra cosa que el penal engaño bastante que induce a realizar un acto de disposición" (1997, p. 63). Por ese motivo, Rebollo Vargas agrega que este argumento en torno a la gravedad del engaño se vuelve circular, dado que, si el engaño no ha sido idóneo "para producir el error en la víctima, no habría ni fraude civil ni tampoco estafa" (2011, p. 633). En esa misma línea, Dopico Gómez-Aller sostiene que el dolo-vicio no solamente debe ser idóneo, sino además eficaz, al no existir un "dolo vicio intentado", por lo que "[s]i el error de la víctima no es imputable al engaño del fraudulento, no cabe hablar de estafa ni de dolo civil" (2012, pp. 16-17).

En efecto, como sostiene este sector crítico de la doctrina, tanto el dolo-vicio

como el engaño idóneo en la estafa se caracterizan por su capacidad de inducir a error a la víctima para lograr una posterior disposición patrimonial. En nuestro ordenamiento jurídico, tampoco sería posible adoptar este criterio de distinción sobre la base de la intensidad del engaño, toda vez la característica del engaño del dolo-vicio regulado en el Código Civil es que sea determinante para la celebración del contrato y, en el caso de la estafa, el engaño debe ser idóneo para lograr el acto de disposición patrimonial. Por ende, pretender realizar una distinción entre el dolo-vicio y la estafa con base en la gravedad del engaño no conduce realmente a ningún resultado positivo.

5.2.2 La presencia del perjuicio

Un segundo criterio que se ha formulado para distinguir al dolo-vicio del delito de estafa recae en la presencia del perjuicio en la víctima. Según esta postura, el criterio distintivo entre ambos supuestos debe centrarse en el eventual perjuicio patrimonial para la víctima generado por el engaño. Este criterio se sustenta en que el dolo-vicio no exige un perjuicio para su configuración; es decir, un contrato donde ha mediado engaño para lograr su celebración será anulable, aunque no haya perjuicio; en cambio si existe un perjuicio económico entonces estaríamos frente a un delito de estafa.

En la doctrina española, Vives Antón y Gónzalez Cussac postulan que “la línea divisoria entre la estafa y el ilícito civil, determinante de la nulidad del contrato, radicará en la existencia o inexistencia del perjuicio logrado o intentado” (2010, p. 440). Aquí, el criterio se adopta según los presupuestos de cada figura jurídica: dado que el dolo-vicio no exige un perjuicio y la estafa sí, la presencia de ese perjuicio será determinante para decidir qué institución y vía de tutela deberá adoptarse. En similares términos, Rebollo Vargas menciona que “el Código Civil –a diferencia de su exigencia en la tipificación del delito de estafa–, no requiere tal requisito [el perjuicio económico]” (2011, p. 635).

Si bien este criterio es acertado, toda vez que se distingue a partir de los elementos normativos que requiere cada institución jurídica, no resulta completamente satisfactorio para su aplicación en la práctica. Cuando surge una denuncia por estafa, es usual que ya haya mediado un acto de disposición patrimonial de la víctima; es decir, ya existe un perjuicio, y aunque el dolo-vicio no lo requiere para su configuración, los códigos civiles autorizan al afectado a demandar por daños frente a ese perjuicio derivado del engaño. Por lo tanto, el criterio únicamente sería útil cuando no exista un acto de disposición del afectado. Por ese motivo Dopico Gómez-Aller (2012) afirma que “tampoco puede hallarse en la existencia o inexistencia de daño patrimonial logrado o intentando […]. Y ello, porque el Código Civil, en su regulación de las consecuencias del dolo vicio, prevé expresamente el caso de que produzca daños patrimoniales y regula su indemnización” (pp. 12-13).

5.2.3 El dolo referido al perjuicio patrimonial

Un tercer criterio propuesto para solventar la problemática entre el delito de estafa y el dolo-vicio atiende a un criterio subjetivo, concretamente a la intención de ocasionar un perjuicio a la víctima del engaño. A diferencia del criterio anteriormente presentado, el cual reparaba en un perjuicio objetivo para la víctima, la postura que aquí se presenta gira en torno a la intención de ocasionar dicho perjuicio por parte de quien recurre al engaño para lograr la celebración del contrato. Precisamente, en la doctrina, se ha formulado este criterio debido a los inconvenientes generados por el criterio del perjuicio objetivo. Pues como hemos visto, también la vía civil habilita al engañado mediante un dolo-vicio a demandar a su contraparte cuando ello ha generado un daño patrimonial.

En la doctrina comparada, Dopico Gómez-Aller plantea que dada la coincidencia entre el delito de estafa y el dolo-vicio la respuesta al momento de distinguirlos no radicará en el Derecho Civil, sino más bien en el Derecho Penal y su legitimación para intervenir punitivamente cuando se trate de un contrato criminalizado. Siendo así, “si alguien engaña a otro para contratar con él, pero sin que su dolo abarque la posibilidad de perjuicio patrimonial para éste, cabrá hablar de dolo civil, pero no de estafa” (Dopico Gómez-Aller, 2012, p. 21). Según este autor, será un delito de estafa cuando el agente haya engañado a la víctima para que celebre un contrato de una manera tal que también haya tenido el conocimiento e intención de perjudicarla económica.

Por otro lado, un criterio similar es propuesto por Rebollo Vargas, quien no pone el acento en el dolo de ocasionar un perjuicio a la víctima, sino en el ánimo o finalidad lucrativa del autor. Sobre esa base, señala que para distinguir al delito de estafa del dolo-vicio “hay que poner de manifiesto que el único elemento que no se puede identificar como común en ambos preceptos […] es el ánimo de lucro que se requiere expresamente en el primero y que no se precisa en el segundo” (2011, p. 641).

5.3. La discusión en la jurisprudencia de la Corte Suprema

La discusión sobre la intervención del Derecho Penal en las relaciones contractuales por medio del delito de estafa ha sido un problema de amplio tratamiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El Tribunal Supremo se ha pronunciamiento en más de una oportunidad para establecer criterios que permitan delimitar al delito de estafa de los ilícitos civiles. El problema que ha ocupado la mayor atención sido la diferencia entre el delito de estafa y el incumplimiento contractual (dolo-incumplimiento), respecto al cual se ha adoptado el criterio que atiende al momento en que se configura la intención de incumplir la prestación pactada. En cambio, la jurisprudencia ha reparado menos en el conflicto entre el dolo-vicio y la estafa, pues existe un precedente vinculante que recurre a la imputación objetiva para solucionar la concurrencia entre ambas instituciones con base en la idoneidad del engaño.

En ese pronunciamiento vinculante, para determinar los casos de relevancia penal del dolo-vicio del ámbito civil, nuestro Tribunal Supremo planteaba una solución basada en la competencia de la víctima. En el Recurso de Nulidad 2504-2015/Lima se asumió el criterio en virtud del cual el "engaño" será subsumible en el tipo de estafa solo cuando el agraviado no haya tenido acceso o no tenga los conocimientos para comprender aquella información necesaria que determinará si celebra el contrato.

En el caso que motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema, la procesada se presentó como una persona solvente y confiable para que dos empresas (agraviados-otorgantes) le entregaran 55 vehículos con la finalidad de que fuesen alquilados o alquilados-vendidos a empresas mineras. Pese a ello, la recurrente solo abonó parte del dinero pactado y celebró contratos de compraventa con reserva de dominio por precios bajos respecto de esos vehículos con terceras personas (agraviados-adquirentes), sin ser propietaria ni tener las facultades jurídicas para ello y justificando que dichos bienes procedían de remates judiciales. En primera instancia, se absolvió a la procesada por el delito de estafa respecto a los agraviados-otorgantes, pero se le condenó respecto a los hechos en contra de los agraviados-adquirentes.

En su decisión, la Corte Suprema parte de un rechazo de las posturas que definen al delito de estafa como uno de relación causal, pues considera que lo que realmente define la tipicidad del engaño es la imputación objetiva. Por eso, frente a un caso de estafa uno no debe limitarse a analizar si se cumple con la cadena causal de los elementos del tipo (engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio), sino que será necesario constatar si dicho engaño constituye un riesgo típicamente relevante. Por ello, "al analizar la tipicidad en los procesos por estafa, el juez penal no debe preguntarse '¿quién causó el error en la víctima?', sino '¿quién es competente por el déficit de conocimientos –error– en la víctima?" (Corte Suprema de Justicia, 2017, fundamento 13). Con base en esta premisa, la Corte Suprema de Justicia (2017) propone el "criterio de la accesibilidad normativa" (fundamento 15) para "delimitar los ámbitos de competencia respecto de la superación del déficit de información que permita interactuar de forma libre en el mercado" (fundamento 15). Es decir, para determinar si es el ofertante quien tiene el deber de informar las condiciones, características e implicancias del bien o servicio que ofrece para que el disponente pueda formar libremente su voluntad, o si compete a este último acceder a la información por sus propios medios.

Según este criterio asumido por la Corte Suprema, la accesibilidad normativa se configurará cuando concurran dos características en el disponente, a saber, que tenga "acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición" (Corte Suprema de Justicia, 2017, fundamento 15) y también "los conocimientos necesarios para descifrarla" (Corte Suprema de Justicia, 2017, fundamento 15). Entonces, el engaño no tendrá relevancia penal cuando el agraviado haya estado en la posibilidad y capacidad de informarse por sí mismo de aquello que lo indujo a error; en caso contrario, se configurará el delito de estafa. Sobre la base de este criterio, se determinó que en el caso materia de pronunciamiento los agraviados tenían la accesibilidad normativa para conocer y comprender que la procesada realmente no era propietaria de los vehículos que presumía como suyos. O más precisamente, que se trataba de bienes registrables y que con base en el principio de publicidad registral, regulado en el artículo 2012 del Código Civil, rige la presunción *iure et de iure* respecto al conocimiento de las inscripciones. Por ese motivo, el colegiado declaró la nulidad de la sentencia condenatoria y la reformó absolviendo a la procesada por el delito de estafa en contra de los agraviados-adquirentes.

Posteriormente, en un segundo pronunciamiento la Corte Suprema decidió sobre un caso donde se debatía si los hechos configuraban un delito de estafa o si constituían un mero incumplimiento contractual. En el Recurso de Nulidad No.

1073-2019-Lima, la Corte asumió como determinantes la evaluación de las "condiciones precedentes" a la celebración de un contrato para distinguir la estafa de un caso de incumplimiento contractual.

En el caso materia de pronunciamiento, se trataba de una organización se dedicaba a la venta ficticia de vehículos automotores de importación. El *modus operandi* de esa organización consistía en la exhibición de modelos que eran ofrecidos en venta o entrega inmediata a precios relativamente bajos. De esa forma, los agraviados depositaban el monto total o parcial del dinero a cuentas bancarias de la propia empresa o vinculadas a ella. Sin embargo, se informaba posteriormente a los compradores sobre la postergación de la entrega del vehículo bajo diversas excusas (trámites administrativos, demoras en su importación, etc.). Pero tras varias reprogramaciones nunca se realizaba la entrega, e, incluso, en algunos casos se giraban cheques sin fondos con el supuesto objetivo de devolver el dinero entregado. Por esos hechos, en primera instancia, se condenó a los procesados por los delitos de asociación ilícita para delinquir, libramiento indebido y estafa.

La Corte Suprema de Justicia (2019), luego de definir los alcances de los elementos típicos de la estafa, consideró que los hechos no podrían constituir un mero incumplimiento contractual pues "las condiciones precedentes en que se celebraron los compromisos y contratos con las víctimas no fueron claras e, incluso, aparentaban, circunstancias ajenas a la realidad" (fundamento 12), lo cual finalmente generó "el desprendimiento voluntario de dinero de los agraviados se encontraba viciado" (fundamento 12). Aquí, el Tribunal Supremo advierte lo planteado *supra* para los casos de estafa e incumplimiento contractual, es decir, que lo determinante para definir si medió o no un engaño consiste en evaluar las condiciones y circunstancias al momento de la celebración del contrato. Por lo tanto, si hay una intención previa de engañar, entonces no será un caso de incumplimiento contractual, pues el dolo-incumplimiento se presenta con posterioridad a la celebración del contrato. Si bien la Corte no menciona expresamente la diferencia entre el dolo-incumplimiento y la estafa según el momento en que el estafador decide no cumplir con su prestación, en los hechos sí utiliza dicho criterio.

En un tercer pronunciamiento, la Corte Suprema asume una postura más clara respecto a la distinción entre el incumplimiento contractual y la estafa basada en el momento en que aparece la intención de no cumplir la prestación pactada y la presencia del engaño. Así, en el Recurso de Nulidad No. 937-2021-Lima, se menciona que será un caso de estafa solo cuando el dolo de incumplir se encuentre presente con anterioridad a la celebración del contrato.

En el caso que motivó el pronunciamiento se incumplió con el pago del crédito solicitado a una empresa estadounidense con filial en Lima mediante la figura del engaño implícito o pragmático (Corte Suprema de Justicia, 2021, fundamento 5). Lo relevante es que para obtener la línea de crédito el representante de la sociedad anónima resaltó su solvencia y que su empresa tenía otras líneas de crédito por diversos bancos y empresas del sector. Con esta información, se firmaron cuatro letras de cambio para obtener toneladas de papel bond. Sin embargo, la sociedad cortó posteriormente toda comunicación con la empresa extranjera, desapareció sus bienes y al momento de cursar la carta notarial de exigencia de pago, resultó que el domicilio social era de otra persona jurídica. En primera instancia, se absolvió a la procesada por el delito de estafa.

La Corte Suprema de Justicia (2012) señaló que en el presente caso existió "engaño bastante (conducta falaz)" (fundamento 5) al momento de convenir la transferencia del papel bond, lo cual indujo a error a la empresa extranjera. En otras palabras, la sociedad anónima logró generar una falsa imagen de buen cliente para que la agraviada se desprenda de su patrimonio y le otorgue un crédito a su favor, a sabiendas de que en realidad no sería pagado. En ese sentido, aunque la Corte Suprema (2021) hace referencia a la figura del "engaño bastante", concluye expresamente que la línea divisoria entre un caso de estafa y uno de incumplimiento contractual es el momento en que surge la voluntad de incumplir con la prestación pactada, por ello, "si el ánimo de incumplir existía *ab initio* habrá estafa; si surge con posterioridad, no" (fundamento 5).

Por último, este criterio del momento de la configuración del engaño y el incumplimiento contractual es reiterado en la Casación 795-2021-Ayacucho. En ese pronunciamiento, la Corte Suprema recurre al ánimo de incumplir con la prestación pactada previa a la celebración del contrato para engañar a la víctima como elemento clave para la definición del delito de estafa.

Los hechos materia de ese pronunciamiento versaron sobre un caso en el que las procesadas incumplieron con la devolución del dinero prestado mediante el contrato de mutuo celebrado con la agraviada.

Sin embargo, para lograr dicha transacción engañaron a la prestamista exhibiendo un supuesto contrato de adquisición de combustible con una municipalidad distrital, del cual se podía inferir la necesidad del dinero para cumplir con ese servicio. Sin embargo, posteriormente se constató que ese contrato nunca existió, por lo que las procesadas en realidad indujeron a error a la víctima para que se desprendiera de su patrimonio. Además, la mantuvieron bajo ese error, pues al vencimiento del contrato de mutuo le mencionaron que aún no tenían dinero para saldar su deuda, debido a que la municipalidad aún debía cumplir con pagarles, a pesar de que debido a la inexistencia del contrato con esa entidad estatal sabían que ello no sucedería. En primera instancia, las procesadas fueron condenadas por el delito de estafa, una decisión que fue confirmada por la Sala de Apelaciones.

Al respecto, la Corte Suprema también resolvió que las procesadas engañaron a la víctima con la finalidad de que se desprendiera de su patrimonio haciéndole creer que cumplirían con la devolución del dinero prestado, a pesar de saber que ello no sucedería. Por ese motivo, el tribunal concluyó que este caso "no se trata de un incumplimiento contractual por causa sobrevenida, razón por la cual ambas recurrentes resultan responsables penalmente aun cuando coexiste con la responsabilidad penal el incumplimiento del contrato" (Corte Suprema de Justicia, 2023, fundamento 16).

5.4 Nuestra postura

Los criterios planteados por la doctrina para resolver la concurrencia del dolo-vicio propio del ámbito civil y el delito de estafa son diversos y han sido abordados principalmente por la doctrina. Sin embargo, dichos criterios, por sí mismos no son convincentes. De hecho, la adopción de un único criterio que permita solventar una distinción clara y tajante entre el dolo-vicio y la estafa no es posible. Una distinción más acertada podría lograrse con un criterio que atienda al caso concreto, aunque tomando como punto de partida la subsunción típica del delito de estafa.

Un comportamiento solo es penalmente relevante si el supuesto de hecho satisface todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Como hemos visto, el delito de estafa tiene determinados elementos típicos: el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial, el dolo típico y la finalidad de enriquecimiento. En ese sentido, la verificación de todos estos elementos en una conducta debe hacer prevalecer su calificación como estafa.

El elemento de la estafa que genera controversia frente al dolo-vicio es el engaño, pues en ambas figuras se requiere un falseamiento de la realidad que sea lo suficientemente idóneo como para lograr que la víctima incurra en error y celebre el contrato. No obstante, como lo ha destacado la doctrina, resulta inútil buscar un criterio de distinción en el elemento del engaño. Todo lo contrario, como refiere Bacigalupo Zapater (2008), el concepto del delito de estafa –ccomo un delito patrimonial y contra la libertad– es perfectamente compatible con el Derecho Civil, es más, encuentra su antecedente en este ámbito, dado que el requisito del consentimiento solo se ve satisfecho si ha sido emitido de forma libre (p. 158). Por ese motivo, no existe como tal un engaño civil y uno penal, sino que es la mera presencia de un engaño idóneo, la que implica que el dolo-vicio del Derecho Civil puede ser criminalizado "con tal de que concurran los demás elementos estructurales del delito de estafa pues, a fin de cuentas, estamos ante un problema de tipicidad" (Gónzalez Cussac y Cuerda Arnau, 2019, p. 642). Esta imposibilidad de distinguir los tipos de engaño civil y penal no implica que todo dolo-civil se corresponda con la estafa, pues este delito tiene otros elementos requeridos por el tipo penal.

En ese sentido, cuando se equiparan el engaño del dolo-vicio y el engaño que exige el tipo penal de estafa, entonces la cuestión de la delimitación se (re)dirige hacia los demás elementos del tipo penal. En realidad, como afirma Balmaceda Hoyos, el debate de la distinción finalmente se define como "un problema de tipicidad que tendría que solucionarse conforme a los elementos hermenéuticos tradicionales" (2016, p. 37). Por ese motivo, un sector de la doctrina española se ha decantado por realizar la distinción entre la estafa contractual y el dolo-vicio sobre la base de otros elementos de la estafa como ocurre en el caso del perjuicio y los elementos subjetivos (dolo respecto al perjuicio y el ánimo de lucro).

Desde esa perspectiva, en primer lugar, el criterio del perjuicio resulta útil, pues a diferencia del dolo-vicio, la estafa exige que la víctima haya realizado un acto de disposición patrimonial y un subsecuente perjuicio patrimonial. No obstante, este criterio no podría solventar la concurrencia paralela de un dolo-vicio y un daño con una posible estafa contractual. Precisamente, frente a este grupo de casos, se podría recurrir a otros criterios relacionados con el resto de los elementos típicos, como el criterio del dolo en el perjuicio y la finalidad lucrativa, los cuales permitirían delimitar a la estafa contractual del dolo-vicio

y los daños del ámbito civil. Finalmente, como sostiene Bajo Fernández, "[s]i un hecho es susceptible de subsumirse en los preceptos de nulidad civil del contrato y en los que regulan la estafa, se producirá un concurso de leyes cuya solución ha de obedecer al principio de especialidad, siendo norma especial el Código Penal, más rica en requisitos" (2004, pp. 70-71).

En síntesis, la postura propuesta no atiende a un único criterio omnicomprensivo que permita establecer una diferencia tajante entre la estafa contractual y el dolo-vicio del ámbito civil, sino más bien a la concurrencia de los diversos elementos que componen el tipo penal de estafa (criterio de subsunción típica). El carácter de *prima ratio* del Derecho Civil obliga a que frente a determinadas conductas ilícitas se prevean figuras jurídicas que den respuesta al conflicto. Los presupuestos de estas figuras pueden poseer similares características a los elementos típicos de los delitos; no obstante, el Derecho Penal debe reservar su intervención como *ultima ratio* frente a los supuestos de mayor gravedad de afectación patrimonial. Por ese motivo, el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo penal de estafa (criterio de subsunción típica) representa el baremo delimitador del ilícito civil y la estafa contractual, en escenarios donde concurre el engaño en una relación contractual.

6. Conclusiones

El recurso al engaño y el perjuicio ocasionado por el incumplimiento en el marco de la celebración de los contratos son sancionados por el Derecho Civil y el Derecho Penal. Los casos de engaño posteriores a la celebración del contrato generan incumplimiento contractual, y no tienen relevancia penal como delito de estafa. Si el engaño acontece previamente a la celebración del contrato, surge el problema de determinar si contiene dolo como vicio de la voluntad que se limita al ámbito civil, o también materializa un ilícito penal como estafa contractual. Sobre la base del análisis realizado, se concluye que la delimitación no puede realizarse acudiendo únicamente a una distinción entre un engaño civil y penal, dado que en torno a este elemento se advierte la correspondencia conceptual. Por ello, la distinción entre estafa contractual y el ilícito civil en cuestión debe realizarse acudiendo al análisis de tipicidad penal que importa la corroboración y subsunción de todos los demás elementos del tipo penal como el perjuicio, la intención de perjudicar y la finalidad lucrativa. En consecuencia, si se verifica la subsunción, deberá aplicarse la estafa contractual que termina absorbiendo al dolo-vicio, pero no lo excluye.

Referencias bibliográficas

Bacigalupo Zapater, E. (2008). *Falsedad documental, estafa y administración desleal*. Marcial Pons.

Bajo Fernández, M. (2004). *Los delitos de estafa en el Código Penal*. Editorial universitaria Ramón Areces.

Balmaceda Hoyos, G. (2016). *El delito de estafa*. Grupo Editorial Ibañez.

Bramont-Arias Torres, L., y García Cantizano, M. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial San Marcos.

Casación 2970-2021-Lambayeque (2023, 20 de febrero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación 795-2021-Ayacucho (2023, 23 de febrero). Corte Suprema de Justicia de la República.

Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Choclán Montalvo, J. (2000). *El delito de estafa*. Editorial Bosch.

Conde-Pumpido Ferreiro, C. (1997). *Estafas*. Tirant lo Blanch.

De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra.

Díez-Picazo, L. (2012). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato* (Vol. 1). Thomson Civitas.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). Estafa y dolo civil: Criterios para su delimitación. *Dereito*, *21*(1), 7-35. http://hdl.handle.net/10347/8010

Espinoza Espinoza, J. (2010). *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica.

Figari, I. y Guevara Vásquez, I. (2018). *El delito de estafa. Con especial énfasis en la legislación doctrina peruana y argentina*. Idemsa.

Gálvez Villegas, T., y Delgado Tovar, W. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial* (Tomo II). Jurista Editores.

González Cussac, J. y Cuerda Arnau, M. (2019). Estafas. En A. Camacho Vizcaíno (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico* (pp. 634-686). Tirant lo Blanch.

León Barandiarán, J. (1999). *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica.

León Hilario, L. (2019). *Derecho Privado. Parte General. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lohmann Luca De Tena, G. (2020). Dolo causante. En W. Gutiérrez Camacho (Dir.), *Código Civil Comentado* (pp. 772-777). Gaceta Jurídica.

Magro Servet, V. (2014). ¿Cuándo puede determinarse que un incumplimiento contractual es un ilícito penal y cuando una cuestión civil? ¿En qué casos nos encontramos ante los contratos civiles criminalizados? *Revista de Jurisprudencia*, (1), 13-17.

Osterling Parodi, F. (2007). *Las obligaciones*. Editora Jurídica Grijley.

Prado Saldarriaga, V. (2012). *Derecho Penal. Parte Especial. Una introducción en sus conceptos fundamentales*. Instituto Pacífico.

Rebollo Vargas, R. (2011). Propuestas para la Controversia en la Delimitación Típica del Delito de Estafa. En J. Urquizo, M. Abanto y N. Salazar (Coords.), *Dogmática Penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann* (Volumen I, pp. 617-660). Universidad de San Martín de Porres.

Recurso de Nulidad 2504-2015-Lima (2017, 7 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Recurso de Nulidad 1073-2019-Lima (2019, 30 de octubre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Recurso de Nulidad 937-2021-Lima (2021, 21 de setiembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Rojas Vargas, F. (2012). *Derecho Penal Práctico, Procesal y Disciplinario*. Gaceta Jurídica.

Roppo, V. (2009). *El contrato*. Gaceta Jurídica.

Salinas Siccha, R. (2023). *Delitos contra el patrimonio*. Instituto Pacífico.

Sánchez Oviedo, D. (2021). El dolo civil contractual frente al delito de estafa. *Revista Sociedad & Tecnología*, *4* (1), 120-132. https://doi.org/10.51247/st.v4iS1.118

Sentencia 832/2007 (2007, 2 de febrero). Tribunal Supremo Español.

Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Tomo I). Instituto Pacífico.

Torres Vásquez, A. (2018). *Acto jurídico* (Volumen II). Juristas Editores.

Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.

Vives Antón, T., Orts Berenger, E., Carbonell Mateu, J., González Cussac, J., y Martínez-Buján Pérez, C. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.009

La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el Derecho peruano(*)

The remoteness rule as a distinctive element of liability for breach of contract in Peruvian Law

Daniel Ugarte Mostajo(**)
Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perú)

Resumen: La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite del *quantum respondeatur* que no ha sido bien comprendido por la doctrina nacional, la cual –desde una aproximación unificadora a la responsabilidad civil– ha llegado a cuestionar su utilidad y su coherencia con el principio de reparación integral. En este trabajo se cuestiona dicha aproximación y se plantea, a partir de una revisión de Derecho comparado, una concepción renovadora de la regla que permita entenderla como el elemento distintivo de la responsabilidad por incumplimiento contractual en el Derecho peruano y como el criterio por excelencia de "imputación objetiva" de los daños en dicha sede.

Palabras clave: Previsibilidad de los daños - Responsabilidad contractual - Imputación objetiva de los daños - Extensión de la indemnización - Quantum respondeatur - Derecho civil - Perú

Abstract: The remoteness rule constitutes a limit on *quantum respondeatur* that has not been well understood by national doctrine, which –from a unifying approach to different systems of civil liability– has come to question its usefulness and coherence with the full compensation principle. In this paper, this approach is debated and, based on a review of Comparative Law, a renewing conception of the rule is proposed that allows it to be understood as the distinctive element of liability for breach of contract and the fundamental criteria of objective attribution of damage in the Peruvian contract Law.

Keywords: Foreseeability of damages - Liability for breach of contract - Objective attribution of damages - Scope of Liability - Quantum respondeatur - Civil law - Peru

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 24 de septiembre de 2023 y su publicación fue aprobada el 16 de octubre de 2023.

(**) Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, España). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4571-4061. Correo electrónico: dugarte@ucsp.edu.pe.

1. Introducción

Como es sabido, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite de la extensión del daño indemnizable (límite del *quantum respondeatur*) que tiene sus orígenes en la doctrina de Pothier (Corral, 2009, pp. 141-142), la cual fue recogida en los artículos 1150 y 1151 del Código Civil francés de 1804, a partir del cual se expandió a todos los ordenamientos en los que el *Code* tuvo influencia directa o indirecta.

En el Perú esta regla está recogida en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil[1]; sin embargo, se trata de un límite que, en términos generales, no ha sido del todo comprendido por la doctrina nacional. En efecto, desde una aproximación unificadora a la responsabilidad civil, se ha llegado a cuestionar la utilidad de la regla o, en todo caso, su coherencia con el principio de reparación integral de los daños.

Solo últimamente un sector de la doctrina ha empezado a dar muestras de un cambio de postura para asumir una aproximación más acorde con la realidad contractual subyacente a este tipo de responsabilidad, afirmando que el límite de la previsibilidad es probablemente el verdadero –o en todo caso el más importante– elemento diferenciador entre los dos regímenes de responsabilidad civil –por inejecución de obligaciones y extracontractual– existentes en el ordenamiento peruano.

No obstante, y a pesar de este giro doctrinal, que aunque minoritario es sin duda relevante, es posible sostener que la regla del último párrafo del artículo 1321 merece una mayor atención y desarrollo. Como se sostendrá en este trabajo, el límite de la previsibilidad constituye nada menos que el criterio determinante de la singularidad de la responsabilidad por inejecución de obligaciones de fuente contractual, afirmación esta que obliga a profundizar en su verdadero alcance y función para poner de relieve la importancia de la regla. Al mismo tiempo, es necesario rescatarla del olvido en el que ha caído tanto en sede doctrinal como jurisprudencial.

Con esta finalidad, en las páginas que siguen mostraré, en primer lugar, la evolución que la doctrina nacional ha mostrado en torno a la comprensión de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. En segundo lugar, mostraré brevemente la comprensión que la regla ha tenido en el Derecho comparado, para sobre esa base plantear una comprensión renovadora de la regla en el Derecho peruano, todo lo cual me permitirá, finalmente, arribar a algunas conclusiones.

2. La regla de la previsibilidad de los daños en la doctrina nacional

2.1. Sobre el supuesto "dogma" de la previsibilidad y otras desviaciones en torno a la comprensión de la regla contenida en el artículo 1321, *in fine,* del Código Civil

La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar recogida en el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano, ha sido calificada –a fines del siglo pasado– por una importante e influyente doctrina nacional[2] como uno de los "dogmas" de la responsabilidad contractual (Fernández, 1997, p. 258). Esto permitiría "demostrar que, la regulación de este sistema en el Código Civil peruano, está sustentado en sofismas y supuestos dogmáticos que lo transforman en un reino mitológico" (Fernández, 1997, p. 257).

Esta doctrina partía de reconocer que el límite de la previsibilidad se sustenta en la naturaleza contractual que subyace a este tipo de daño, pero cuestionaba tal justificación porque consideraba que no existían razones de peso para distinguir entre dos sistemas o regímenes de responsabilidad civil, abogando en consecuencia por la unificación de ambas órbitas. En este sentido, la división de regímenes sería nada menos que otro "dogma" en crisis que no tendría razón de ser en la actualidad, pues no habría sustento alguno que permita explicar por qué de un mismo evento dañoso, por ejemplo, un accidente de tránsito, podrían aplicarse dos regímenes de responsabilidad con una extensión indemnizatoria tan distinta, dependiendo únicamente de la existencia o no de un vínculo contractual previo entre el causante y la víctima del daño. En efecto, si la víctima era un pasajero que salió despedido

(1) Artículo 1321. (…) Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

(2) Cabe precisar que esta misma doctrina, 25 años después, tuvo un cambio importante de opinión sobre el valor e importancia de la regla, tal como se indica más adelante (Fernández, 2022, pp. 295-326). Sin embargo, como también se tendrá oportunidad de precisar, la noción de previsibilidad que postula difiere de la que propongo en este trabajo.

del vehículo por el impacto, se le aplicaría el régimen de la responsabilidad por inejecución de obligaciones resultando indemnizables únicamente los daños directos, inmediatos y previsibles. No obstante, si la víctima era un transeúnte que resultó atropellado por el mismo vehículo, se le aplicaría un régimen más ventajoso, es decir, el de la responsabilidad extracontractual, en el que serían indemnizables no solo los daños directos, inmediatos y previsibles, sino también los daños mediatos e imprevisibles (Fernández, 1997, pp. 261-263).

Ciertamente el autor no llega a explicitar qué daños –indirectos, mediatos e imprevisibles– sufridos por el pasajero que sale despedido del vehículo como consecuencia del accidente, no serían indemnizables aplicando la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar y en cambio sí lo serían bajo el régimen de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, parece que el problema de la aproximación de esta doctrina respecto del límite de la previsibilidad, tendría que ver, al menos en parte, con vincular dicho límite con la idea de "inmediatez" entre el incumplimiento y los daños, o, más propiamente, con una cuestionable interpretación de la fórmula –también recogida en el artículo 1321 del Código Civil– según la cual sólo son indemnizables los daños que sean "consecuencia inmediata y directa" del incumplimiento, fórmula que estaría siendo interpretada –equivocadamente desde mi punto de vista– como una remisión a la teoría de la "causalidad próxima", lo que llevaría a la doctrina en cuestión a proponer, siempre bajo una óptica unificadora de la responsabilidad civil, que tanto en sede contractual como extracontractual sea de aplicación la teoría de la "causalidad adecuada" (Fernández, 1997, pp. 278-279), con lo cual el supuesto "dogma" de la previsibilidad quedaría no sólo superado, sino también abolido. En este sentido, la doctrina que vengo comentando afirmará que la determinación de la extensión del *quantum* indemnizatorio "debe depender únicamente de la causalidad de los daños" (Fernández, 1997, p. 289); para concluir sentenciando que "la previsibilidad contractual […] no puede seguir más existiendo como límite infranqueable de la extensión del resarcimiento" (Fernández, 1997, p. 293).

Sin embargo, después de todo, esta doctrina parecía pasar por alto que los problemas que advertía y le preocupaban podrían ser resueltos, de manera satisfactoria además, sin necesidad de negar las diferencias sustanciales entre uno y otro régimen de la responsabilidad civil adoptando para ello una correcta interpretación de la fórmula de las "consecuencias inmediatas y directas" que permita entenderla como una referencia a la causalidad material o fáctica entre incumplimiento contractual y daño, así como una correcta comprensión de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, la cual debe ser entendida como un "criterio de imputación objetiva" de los daños que limita los alcances de la causalidad material; criterio de imputación objetiva que, por lo que diré más adelante, y bien entendido, resulta ser en materia contractual mucho más pertinente e idóneo que el criterio de la "adecuación" (causalidad adecuada) que rige en sede extracontractual (artículo 1985), y que, dicho sea de paso –como ocurre con todos los criterios normativos de imputación objetiva, es también un límite de la causalidad material (Pantaleón, 1990, pp. 1561-1591). En todo caso, esta doctrina que se refería al límite de la previsibilidad como un "dogma" de la responsabilidad contractual, no es la única que abogará por su superación.

En efecto, otro sector de la doctrina nacional ha calificado al modelo resarcitorio recogido en el artículo 1321 como "antiguo" y "desfasado". Lo primero, porque sus orígenes se remontarían a Molineo (Espinoza, 2016, p. 392) y, lo segundo, porque el principio que debería primar es el de reparación integral de la víctima (Espinoza, 2022, pp. 186-192), al que, al parecer, se le concibe como único límite de la indemnización y sin posibilidad de matices en su aplicación, ni siquiera en función del tipo de responsabilidad civil de la que se trate. De ello se advierte, nuevamente, una clara aproximación unificadora a la institución de la responsabilidad civil que termina acabando con cualquier distinción, por más razonable y sustentada en la realidad de las cosas que pueda plantearse, y que llevaría a sugerir –equivocadamente, por cierto– una interpretación nada menos que abrogatoria del límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (Espinoza, 2016, p. 397).

Esta aproximación unificadora incurre en el error de pretender explicar la responsabilidad civil toda (incluida la derivada del incumplimiento de un contrato) a partir de la lógica exclusiva de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, no es baladí que, para cuestionar el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, esta doctrina no aluda a la indemnización del interés positivo o de cumplimiento, sino más bien al interés negativo –cuando expresamente señala que la finalidad de la función satisfactiva de la responsabilidad civil es nada menos que "volver las cosas al estado anterior a la ocurrencia del daño" (Espinoza, 2016, p. 396)–, interés indemnizable que, como bien se sabe, es propio y típico de la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, no deja de llamar la atención que se pase por alto –o se le explique como un mero tributo a la tradición (Espinoza, 2016, p. 395)–, el hecho de que, por ejemplo, la reciente reforma del *Code Civil* francés, llevada a cabo mediante Ordenanza 2016-131 de 2016, haya mantenido en su nuevo artículo 1231-3 el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo contratar; y que, en la misma línea, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina (vigente desde 2015), no obstante recoger expresamente en su artículo 1740 el principio de reparación integral o plena del daño, haya sin embargo mantenido también el citado límite en su artículo 1728; o que, por último, similar disposición se encuentre presente en los distintos instrumentos –algunos vinculantes y otros no– de lo que se ha venido a denominar como el "moderno derecho de obligaciones y contratos" (Art. 74 CISG[3]; Artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT[4]; Artículo 9:503 PECL[5]; Artículo III.–3:703 DCFR[6]; Artículo 161 CESL[7]; Artículo 107 PLDC[8]), muchos de ellos ciertamente desprovistos de *potestas* (por su carácter de instrumentos de *soft law*), pero premunidos, en cambio, de una indiscutible *auctoritas* (D´Ors, 1996, p. 509 y 521) que deriva de su origen fundamentalmente académico y científico. Estos instrumentos, en la mayoría de los casos, reflejan una aproximación comparada y armonizadora al Derecho de contratos, lo que permitiría demostrar –o al menos intuir– que el límite en cuestión constituye una regla cuya vigencia y actualidad no están circunscritos a un sistema o familia jurídica en particular (Zimmermann, 2019, p. 98).

Lo cierto es que a pesar de que el límite de la previsibilidad es una constante incluso en el moderno Derecho de contratos, la falta de un cabal entendimiento de la regla parece imponerse en nuestro medio, lo cual queda en evidencia cuando otra doctrina no duda en sostener que "[e]l hecho de que el daño no haya podido ser previsto no es, de ninguna manera, justificante para que el costo del mismo permanezca en su esfera jurídica" (Pazos, 2010, pp. 681-682), asumiendo que la existencia del límite de la previsibilidad "[e]s una muestra más de los errores a los que nos puede llevar un vetusto sistema que basa sus normas en el *favor debitoris*" (Pazos, 2010, p. 682).

Bajo una interpretación de este tipo, el principio de reparación integral se presenta en términos casi absolutos y, en la práctica, queda sin sentido cualquier distinción que pretenda hacerse entre el régimen de la responsabilidad contractual (o por inejecución de obligaciones) y el régimen de la responsabilidad extracontractual, pues en ambos regímenes la extensión del resarcimiento debería ser siempre la misma, teniendo como horizonte la reparación "plena", sin límites, de todo el daño sufrido, independientemente de su causa.

Nótese, sin embargo, que dicha aproximación unificadora de la responsabilidad civil trae consigo la consecuente eliminación de cualquier límite del *quantum respondeatur* por más soporte normativo y justificación razonable que este pueda tener, lo cual podría explicar, al menos en parte, la poca atención que en doctrina nacional ha recibido la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar.

2.2. Un reciente y tímido giro en la interpretación de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar

En suma, lo que se ha visto hasta ahora es la aproximación que prevalece al momento de abordar la interpretación doctrinal del último párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano. Sin embargo, es posible advertir un reciente y tímido giro que parece dirigirse hacia

(3) Artículo 74. (…). Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

(4) Artículo 7.4.4. Previsibilidad del daño. La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

(5) Artículo 9:503. Previsibilidad. La parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente.

(6) Artículo III. 3:703. Previsibilidad. En una obligación derivada de un contrato u otro acto jurídico, el deudor es responsable únicamente de los daños que previó, o cabe razonablemente esperar que previó, en el momento en que contrajo la obligación como resultado probable de un incumplimiento, salvo que este fuese deliberado, imprudente o gravemente negligente.

(7) Artículo 161. Previsibilidad de las pérdidas. El deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato, como resultado de un incumplimiento.

(8) Artículo 107. De la previsibilidad del perjuicio indemnizable. (1) El deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento. (2) En caso de dolo o culpa grave, el deudor responde de todos los perjuicios que sean consecuencia del incumplimiento.

una mejor comprensión del límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar.

En efecto, la doctrina a la que me refiero, que antes concebía a la previsibilidad del artículo 1321 como un "dogma" de la responsabilidad contractual que convendría dejar atrás, corrige esa aproximación inicial para afirmar, en esta reciente postura, que "el criterio para diferenciar la responsabilidad extracontractual de la responsabilidad por inejecución de obligaciones es [nada menos que] la previsibilidad" (Fernández, 2019, p. 42), la que entiende como "la posibilidad de anticipar eventos y consecuencias futuras, internalizando el coste del riesgo" (Fernández, 2019, p. 45).

Esta forma de concebir la regla que nos ocupa permitiría a su vez una comprensión más clara del artículo 1321 del Código Civil, el cual acogería, por un lado, la causalidad material o fáctica (en la fórmula de las "consecuencias inmediatas y directas"), y, de otro lado, el criterio de la previsibilidad, el cual operaría limitando la extensión de la causalidad (Fernández, 2019, p. 45). Asimismo, la previsibilidad se vincula "al carácter específico y concreto del interés, evaluado en función a la economía global del contrato", permitiendo afirmar que:

> Si los sujetos vinculados por la relación de obligación son los que están en mejor posición de prever todo aquello que pueda impedir el cumplimiento de esta, entonces cualquier daño debe limitarse a aquel que pudo preverse al tiempo de concertarse la obligación (Fernández, 2019, p. 47).

El giro que presenta esta doctrina es sumamente valioso, porque, aunque no termina de evidenciar toda la riqueza que se esconde tras la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, rescata al último párrafo del artículo 1321 de una incorrecta interpretación que en la práctica lo ha conducido al desuso; e invita también –aunque sea de manera implícita– a gran parte de la doctrina, pero sobre todo a la judicatura nacional, a cuestionarse sobre la corrección de seguir asumiendo –muchas veces de manera acrítica– una aproximación totalmente unificadora de la responsabilidad civil que lleva a desconocer las particularidades de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, con consecuencias negativas en la justa solución de los casos concretos y en la dinámica contractual. Sin embargo, parte de un concepto de previsibilidad (Fernández, 2022, pp. 323-326) que, en mi opinión, todavía puede ser corregido.

3. De la previsibilidad unilateral a los intereses tutelados por el contrato. Breve aproximación a la regla de la previsibilidad de los daños desde el Derecho comparado

A pesar del giro advertido a nivel de doctrina nacional, me parece que queda algo por decir respecto de la cabal comprensión de la regla que se viene comentando, pues como intentaré demostrar a continuación, una cosa es rescatarla del olvido planteando la previsibilidad en términos de anticipación de los posibles eventos dañosos o de los que pueden impedir el cumplimiento, y otra, ciertamente distinta, reconducir la regla a la necesaria determinación de los intereses tutelados por el contrato.

3.1. Una regla de remisión al "fin de protección del contrato" como criterio de imputación objetiva de los daños materialmente causados

En efecto, entender la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar como la posibilidad de anticipación de futuros eventos dañosos, equivale, en el fondo, a plantearla en términos de previsibilidad unilateral por parte de alguno de los sujetos contratantes. Específicamente, los daños que, al tiempo de contratar, el deudor conocía o pudo conocer que sufriría el acreedor en caso de incumplimiento del contrato.

Conforme a este significado, lo que el deudor unilateralmente previó o pudo prever determina el riesgo del incumplimiento (daño) que le es atribuido. Esta es, en efecto, la forma "ortodoxa" de entender la regla o, para ser más precisos, la que ha alcanzado mayor difusión.

Sin embargo, la doctrina más moderna –y no solo la perteneciente al derecho europeo continental sino también la del *common law*– ha planteado desde hace algún tiempo una interpretación renovada de la regla, que en un sentido resulta más acorde con el significado inicial que le atribuyó Pothier en los numerales 160 al 165 de su "Tratado de las Obligaciones" (Pothier, 2007, pp. 87-93). Conforme a esta renovada –o mejor, "recuperada"– comprensión, la imputación del daño al deudor no se basa en lo que este último previó o pudo unilateralmente prever, sino en lo previsto por las partes en el contrato (lo que los alemanes llamarán "fin de protección del contrato"), exigiendo, por ende, una interpretación de su contenido. En definitiva, conforme a este significado de la regla, es el propio contrato, y no el conocimiento unilateral del deudor, el que

fundamenta la obligación de indemnizar los daños derivados del incumplimiento.

En esta línea, mostraré brevemente cómo ha evolucionado, en el sentido antes indicado, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar en el Derecho comparado, para luego recoger dicha renovada concepción e interpretar, a la luz de esta, el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.

3.2. La evolución de la regla de la previsibilidad en el Derecho comparado

Abordando la razón de ser y correcta comprensión del límite que nos ocupa, Reinhard Zimmermann ha recordado que "[s]e suele indicar como justificación de la regla de la previsibilidad, que la parte que incumple, en el momento de decidir si concluye el contrato y, en tal caso, en qué términos (…), no pudo tomar en consideración las consecuencias no razonablemente previsibles del incumplimiento" (2019, pp. 99-100). Sin embargo, con evidente talante crítico, él mismo se encarga de precisar que, en realidad, "centrar el foco de atención en la noción de previsibilidad [unilateral del deudor] puede que no sea el mejor modo de comprender la naturaleza normativa de la investigación que es necesario llevar a cabo para limitar la responsabilidad del deudor"; afirmando a continuación que "[l]a cuestión de fondo es la asunción del riesgo de la responsabilidad". En otras palabras –sentenciará el profesor alemán– la cuestión de "[c]ómo se distribuye el riesgo entre las partes no depende necesariamente de lo que una de ellas [el deudor] pudiera razonablemente prever, sino de lo que las partes han acordado o puede entenderse que han acordado. Es, pues, una cuestión de interpretación del contrato y de determinar [a] qué interés servía el deber contractual que ha sido infringido" (Zimmermann, 2019, p. 100)[9].

Esta vinculación entre interés contractual y asunción –o distribución– de riesgos del incumplimiento, es abordada en Alemania a través de la doctrina del "fin de protección del contrato", la cual constituye el resultado de una interesante evolución del sistema alemán que, a partir de los planteamientos de Ernst Rabel, ha permitido subsanar la exclusión –por los redactores del BGB– de la regla histórica de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (Morales, 2010, p. 94).

Bien entendida, esta doctrina permite afrontar el problema de la delimitación de la responsabilidad como lo que verdaderamente es, es decir, como un problema teleológico –establecer el fin de protección del contrato, definir el interés protegido cuya lesión es fuente de responsabilidad– que hace innecesaria, al menos en sede contractual, la aplicación de la teoría de la adecuación (casualidad adecuada), pues "la doctrina alemana reconoce […] que el agente del daño debe indemnizar los daños extremadamente improbables, si la norma de protección contempla ese riesgo. Y, a la inversa, que no tiene que indemnizar los daños probables (desde el punto de vista de la teoría de la adecuación) si no contempla ese riesgo la norma de protección" (Morales, 2010, p.152).

Por lo demás, esta doctrina del fin de protección del contrato, de origen alemán, ha sido recogida no solo por un sector importante de la doctrina española (Pantaleón, 1991, p. 1026; Carrasco, 2010, pp. 1248-1249), sino también por alguna jurisprudencia de ese país, que la ha vinculado a la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. Así, mediante STS de 17 marzo 2011 (RJ 2011, 288), el Tribunal Supremo denegó la indemnización por la pérdida de la ganancia (lucro cesante) que el vendedor pensaba obtener con la inversión del precio de venta en valores mobiliarios, la cual se vio frustrada porque dicho precio no le fue pagado oportunamente por el comprador. El razonamiento del TS se habría basado en que la adquisición de valores mobiliarios con el producto de la venta constituía un destino que no podía considerarse inherente al contrato incumplido y, por ende, no era posible calificarlo como un daño previsible (Ruiz, 2016, p. 421).

De igual modo, en la STS de 10 febrero de 2014 (RJ 2014, 2502), el Tribunal Supremo desestimó la pretensión indemnizatoria planteada por el vendedor de unos terrenos como consecuencia de la resolución por incumplimiento del correspondiente contrato de compraventa. El vendedor solicitó la restitución de los inmuebles y, como indemnización, la diferencia entre el precio pactado y el valor actual de los inmuebles en el mercado, el cual era considerablemente inferior debido a la crisis por la que atravesaba

(9) El autor ejemplifica esta idea con el caso propuesto en el siglo XVI por Molineo, referido al carpintero que vende una caja de madera para transportar fruta, en el que el vendedor no responde del daño que sufre el comprador por haber usado la caja para colocar vino que luego se derramó, señalando que, en este caso, no podía razonablemente entenderse que el carpintero había asumido el riesgo de que la caja no fuera apropiada para ser usada como barrica, ello en atención a la finalidad para la cual había sido vendida.

el sector inmobiliario en España. El TS denegó la indemnización bajo el argumento de que la crisis en el sector inmobiliario era una circunstancia ajena al contrato sobre la cual el deudor incumplidor no tenía ningún control y que, por esa razón, la indemnización pretendida no respondía al interés protegido por el contrato, ergo, no era un daño que las partes previeron al tiempo de contratar (Ruiz, 2016, p. 422).

Fuera del ámbito del derecho europeo continental, en un interesante trabajo (Gregoraci, 2011) sobre la evolución de la *remoteness rule* en el Derecho inglés, se ha señalado que la mencionada regla se encuentra en la actualidad sometida a un importante proceso de revisión, en el que la interpretación tradicional (*orthodox approach*) –según la cual la determinación de si un daño es o no demasiado remoto (*too remote*) y, en consecuencia, si es o no indemnizable (los daños demasiado remotos no lo son) depende de lo que al momento de la celebración del contrato pudo ser contemplado o conocido como una consecuencia previsible del incumplimiento– ha cedido espacio a una nueva y moderna aproximación (*broader aproacch*), que si bien, inicialmente fue solo un planteamiento doctrinal, logró luego reconocimiento jurisprudencial en la sentencia pronunciada en el caso *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc*(10) (más conocido como *The Achilleas*), al señalar que no basta con preguntarse si el daño pudo o no conocerse como una consecuencia previsible del incumplimiento, debiendo en todo caso preguntarse si el demandado, al celebrar el contrato, asumió la responsabilidad por ese tipo de daño; es decir, si el deudor asumió o no ese riesgo del incumplimiento. Para un sector de la aproximación moderna, la respuesta a esta pregunta exigirá una labor de interpretación objetiva del contrato para encontrar la distribución de riesgos implícita en el mismo, mientras que otro sector planteará la necesidad de una labor de integración contractual para arribar a una distribución "justa" de los riesgos.

En efecto, la formulación tradicional de la *remoteness rule*, que tiene su origen en *Hadley v. Baxendale*(11), *Victoria Laundry* (*Windsor*) *v. Newman Industries*(12) y *Koufos v. C. Czarnikow Ltd* (*The Heron II*)(13), planteará que "es indemnizable lo que es previsible; y lo que es previsible depende del conocimiento ["real" o "imputado" de las circunstancias por el deudor] existente en el momento de la celebración del contrato" permitiendo afirmar que "el daño no es demasiado remoto si, en el momento de la celebración del contrato y conforme al conocimiento real o imputado de las circunstancias su acaecimiento no es inverosímil (*not unlikely*)" (Gregoraci, 2011, pp. 132-133).

Los hechos de *Hadley v. Baxendale* permiten explicar esta formulación:

> El demandante, propietario de un molino, celebró un contrato de transporte con el demandado, en virtud del cual este último acordó llevar un cigüeñal roto del molino del demandante a un ingeniero externo para su reparación y luego devolver el cigüeñal al demandante una vez completadas las reparaciones. Incumpliendo el contrato, el demandado retrasó la entrega del cigüeñal al ingeniero externo y esto resultó en una pérdida total de producción en el molino por cinco días adicionales. El demandante reclamó daños y perjuicios por el lucro cesante de los cinco días en que el molino estuvo cerrado como consecuencia del incumplimiento del demandado, pero se sostuvo que el lucro cesante era una consecuencia demasiado remota del incumplimiento y, por lo tanto, no era indemnizable (McKendrick, 2016, p. 863).

Para ser precisos, la demanda fue desestimada porque:

> [E]n la gran multitud de casos de dueños de molinos que envían piezas rotas a terceras personas por un transportista en circunstancias ordinarias, tales consecuencias [lucro cesante] con toda probabilidad no habrían ocurrido; y estas circunstancias especiales [que el molino quedaba paralizado porque el propietario del mismo no tenía una pieza de repuesto] nunca fueron comunicadas en este caso por el demandante al demandado. De ello se deduce, por tanto, que el lucro cesante en este caso no puede considerarse razonablemente una consecuencia del incumplimiento del contrato que podría haber sido justa y razonablemente contemplada por las partes al celebrar ese contrato (McKendrick, 2016, p. 864).

Como se puede apreciar, un aspecto fundamental en la interpretación tradicional de la regla en el *common law*, tiene que ver con el conocimiento que al momento de la conclusión del contrato tiene el deudor de las circunstancias que rodean su celebración. En ese sentido, es importante distinguir entre circunstancias ordinarias y circunstancias especiales, porque de dicha distinción resultará el tratamiento que corresponda

(10) Al respecto, véase Sentencia Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc, de United Kingdom House of Lords (2008).
(11) Al respecto, véase Sentencia Hadley v. Baxendale, de Exchequer Cour (1854).
(12) Al respecto, véase Sentencia Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd, de Court of Appeal (1949).
(13) Al respecto, véase Sentencia C Czarnikow Ltd v. Koufos or The Heron II, de United Kingdom House of Lords (1969).

dar al conocimiento que pueda tener el deudor de unas y otras. Como consecuencia de ello, se determinará qué daños, dentro de todos los materialmente causados por el incumplimiento, pueden serle imputados. Así, el conocimiento de las circunstancias ordinarias es un conocimiento "imputado" porque siempre se presume, mientras que el conocimiento de las circunstancias especiales debe ser un conocimiento necesariamente "real" que no cabe presumir (Gregoraci, 2011, p. 132).

En otras palabras, se imputa directamente al deudor el conocimiento –y el daño– que se refiere a las circunstancias ordinarias del caso. Sin embargo, el conocimiento relativo a las circunstancias especiales debe ser siempre real y probado para que los daños vinculados a esas circunstancias puedan serle imputados. Adicionalmente, no basta que el deudor haya adquirido un conocimiento meramente casual de las circunstancias especiales, pues es fundamental que haya sido el propio acreedor quien se las haya comunicado, no existiendo sin embargo uniformidad de criterios sobre si es suficiente la mencionada comunicación para imputar al deudor la responsabilidad por los daños vinculados a dichas circunstancias (*Koufos v. C. Czarnikow Ltd* (*The Heron II*)) o si además es necesario que el deudor haya aceptado el riesgo vinculado a las mismas (*British Columbia Saw Mill Co v. Nettleship*[14]; *Mulvenna v. Royal Bank of Scotland plc*[15]) (Gregoraci, 2011, pp. 139-140).

En cualquier caso, se puede afirmar que conforme a la interpretación tradicional de la *remoteness rule*, el deudor responde –a falta de conocimiento real y probado de las circunstancias especiales del caso– solo de aquellos daños que conforme a las circunstancias ordinarias se deriven del incumplimiento, pues se presume que dichas circunstancias ordinarias son conocidas por el deudor al momento de celebrar el contrato, lo que hace que los daños que se deriven de las mismas sean previsibles.

Frente a esta aproximación que está basada en el conocimiento unilateral por el deudor (imputado o real) de las circunstancias que rodean al contrato al momento de su celebración, la interpretación moderna de la *remoteness rule* cuestiona que la idea de previsibilidad del daño sirva realmente para resolver todos los casos de incumplimiento contractual, especialmente aquellos en los que parezca razonable que un daño, aunque previsible, no deba ser indemnizado, o aquellos en los que el daño, aunque imprevisible, deba indemnizarse; no todo lo que llega a conocimiento del deudor puede ser siempre interpretado como parte de los riesgos asumidos por este último, pero también habrá casos en los que la finalidad contractual y los intereses tutelados por el contrato justifiquen incorporar en la indemnización algún daño vinculado con una particular circunstancia que el deudor afirme desconocer. Como dirá Lord Hoffmann justificando su posición en *The Achilleas*: "en la vida real, la regla de la previsibilidad [entiéndase bajo la concepción tradicional de la *remoteness rule*] es un instrumento no adecuado para explicar todos los casos" (Lord Hoffmann, 2010, p. 53).

Para resolver este problema, la doctrina inglesa moderna propone una interpretación alternativa de la previsibilidad que permita entenderla ya no como lo conocido por las partes o por una de ellas, sino como lo "previsto" por ambas, es decir, como lo pactado por las partes en el contrato. De este modo, la *remoteness rule* se convertirá nada menos que en una regla de remisión al propio contrato, donde la determinación de si un daño es o no demasiado remoto (*too remote*) dependerá de la interpretación o integración contractual que en el caso concreto se haga.

Así, para el sector de la doctrina inglesa que planteará que la determinación de los daños "no remotos" es una cuestión de interpretación contractual, esta última deberá partir de una averiguación acerca de la finalidad de la obligación asumida e incumplida por el deudor, debiendo considerar según la tesis de la *assumption of responsibility* de Lord Hoffmann, que el daño es "no remoto" si se logra determinar que el deudor asumió el riesgo de dicho daño al celebrar el contrato, para lo cual se deberá interpretar los términos y condiciones del acuerdo (Gregoraci, 2011, pp. 144-145).

Esta especie de test, relativo a la finalidad de la obligación o deber incumplido, propuesto por Lord Hoffmann, va a coincidir con la tesis de la *instrumental promises theory* de Tettenborn, según la cual los daños y perjuicios se justifican en la medida que compensan la pérdida de los beneficios que se esperaba obtener con la celebración del contrato, los que solo podrán ser identificados a partir del contenido y finalidad del mismo (Tettenborn, 2007, p. 135). En efecto, para Tettenborn, la celebración del contrato le concede al acreedor no solo el derecho de cumplir las prestaciones a su cargo, sino también el

(14) Al respecto, véase Sentencia British Columbia Saw Mill Co Ltd v. Nettleshi, de Court Of Common Pleas (1868).

derecho de exigir a la otra parte los beneficios asociados a dicho cumplimiento, de modo que la indemnización deberá cubrir los daños relativos a la frustración de los beneficios esperados como consecuencia del propio cumplimiento (Gregoraci, 2011, pp. 145-146).

Estas tesis que proponen acudir a la interpretación objetiva del contrato para determinar los daños indemnizables a partir del descubrimiento de la finalidad del deber asumido e incumplido, encuentran al frente otra tesis que, si bien igualmente parte de criticar la aproximación tradicional a la *remoteness rule*, plantea ya no una indagación de lo acordado o previsto por las partes en el contrato, sino más bien una labor de integración del mismo en manos del juez, quien será el encargado de arribar a una distribución "justa" de los riesgos entre las partes, considerando para ello una serie de criterios de distinta naturaleza (Gregoraci, 2011, p. 147). No obstante, como se puede fácilmente advertir, esta tesis lleva latente el riesgo de discrecionalidad del juzgador, quien lejos de indagar en el propio contrato podría verse tentado a reescribirlo en nombre de la justicia y la equidad, razón por la cual las tesis que abogan por una labor de interpretación del acuerdo –antes que por una integración (creación judicial) de su contenido– parecen tener mayor aceptación.

Justamente, en el famoso caso *The Achilleas* se hará presente la aproximación moderna a la *remotenees rule* desde la tesis de la interpretación contractual sostenida por Lord Hoffmann. Los hechos del caso fueron los siguientes: El fletador *(Transfield Shipping Inc)* de un barco (el *Achilleas*), lo devolvió a su propietario *(Mercator Shipping Inc)* después del plazo acordado. Como consecuencia de esta demora, el propietario, ante la imposibilidad de entregar a tiempo el barco a un siguiente fletador con quien tenía celebrado otro contrato, tuvo que renegociar los términos de este acordando una tarifa reducida de alquiler. *Mercator* afirmó que la diferencia entre la nueva tarifa y el precio inicialmente acordado con el nuevo fletador ascendía a $ 8,000.00 por día durante toda la duración del contrato (que fue de 191 días); por lo tanto, reclamó US$ 1'364,584.00 en daños (lucro cesante). Por su parte, *Transfield,* si bien reconoció el incumplimiento, alegó que su responsabilidad por la demora (extensión del daño indemnizable) se limitaba a la diferencia entre el precio de mercado y la tarifa resultante de la renegociación, y sólo por los nueve días durante los cuales el propietario se vio privado del uso del barco, de modo que, en su posición, los daños ascendían tan solo a US$ 158,301.17. Finalmente, la *House of Lords* acogió la defensa de la demandada, considerando que su responsabilidad debía limitarse conforme al último planteamiento (McKendrick, 2016, p. 878).

Para McKendrick, este caso parece indicar un nuevo enfoque para la determinación de los daños recuperables, conforme al cual ya no bastaría con demostrar que el perjuicio sufrido es una consecuencia razonablemente previsible del incumplimiento, pues para decidir si el daño es recuperable o no, puede ser importante preguntarse si el demandado aceptó la responsabilidad –asumió el riesgo– precisamente por ese daño respecto del cual se presentó la demanda. Además, la expectativa del mercado también parecería ser un factor importante para tener en cuenta a la hora de decidir si el demandado debe ser considerado responsable de la pérdida sufrida:

Lord Hoffmann y Lord Hope dieron importancia a la cuestión de si el demandado, objetivamente, asumió la responsabilidad por la pérdida en cuestión. Lord Hoffmann, en particular, trató de trasplantar el enfoque adoptado en *South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd* (Court of Appeal, 1997) al derecho de contratos de manera general. Por lo tanto, para él, era importante decidir si la pérdida por la que se solicita la indemnización es de la "clase" o del "tipo" por el que se debe considerar justamente que el infractor del contrato asumió responsabilidad (Court of Appeal, 2003). Debe notarse su analogía con el derecho relativo a los *implied terms* (Exchequer Court, 1854), un punto que desarrolló en su sentencia en *Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd* (Privy Council of the United Kingdom, 2009). Sobre los hechos del presente caso, sostuvo, teniendo en cuenta las expectativas del mercado según lo señalado por los árbitros que conocieron inicialmente el caso, que las partes contratantes no habrían considerado los daños derivados de una eventual pérdida del siguiente contrato de alquiler, como un tipo o clase de daño que el fletador estaba asumiendo como parte de su responsabilidad (McKendrick, 2016, p. 885).

En definitiva, al menos en este caso, la idea de previsibilidad entendida como conocimiento, cedió paso a la idea de previsibilidad como lo pactado por las partes, como la finalidad de los deberes comprometidos y, por tanto, como los riesgos razonablemente asumidos en el contrato.

4. Hacia una interpretación renovada de la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar en el Derecho peruano

Pues bien, conforme a esta moderna aproximación que se abre paso en el Derecho comparado, se puede afirmar que la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar implica una remisión a los fines protegidos por el contrato, más específicamente, a los intereses tutelados por el mismo; y, por ende, a los riesgos asumidos por las partes, en especial por el deudor; y es esa la aproximación que, en mi opinión, debe primar al momento de interpretar el tercer párrafo del artículo 1321 del Código Civil peruano.

En otras palabras, si el incumplimiento obedece a culpa leve (porque según la propia norma este límite del *quantum* no se aplica para incumplimientos dolosos o por culpa inexcusable, ni en casos de responsabilidad extracontractual), sólo serán resarcibles aquellos daños –dentro de todos los materialmente causados por el incumplimiento– que impliquen una lesión a los intereses tutelados por el contrato, ya sea que esos intereses hayan sido expresamente recogidos en su texto, o que, encontrándose implícitos, puedan extraerse a partir de la interpretación e integración contractual.

Como se ha expresado en otro lugar (Ugarte, 2019, p. 128), la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, como límite de la extensión del resarcimiento, es una exigencia que emana de la propia naturaleza de la responsabilidad por incumplimiento contractual, en la que preguntarse por los daños previstos o que pudieron prever las partes al momento de la celebración del contrato, no es otra cosa que preguntarse acerca de los intereses tutelados por el mismo, intereses que, en caso de lesión por el incumplimiento de la contraparte, son los que determinan los daños susceptibles de resarcimiento, pues marcan los riesgos asumidos por el deudor (Lacruz et al., 2001, p. 207).

En este sentido, conviene precisar que la previsibilidad a la que se refiere el artículo 1321 del Código Civil, lejos de ser entendida como lo que pudo anticipar o conocer unilateralmente el deudor al momento de contratar, es en realidad una remisión al propio contrato. En otras palabras –siguiendo la línea de argumentación propuesta por Morales Moreno para el artículo 1107 del Código Civil español– se puede sostener que el artículo 1321 es una norma, en lo que a la previsibilidad se refiere, puramente enunciativa, que nos remite a "lo previsto o pactado en el contrato", el cual debe ser adecuadamente interpretado para identificar los intereses contractuales y, consiguientemente, determinar los daños indemnizables en caso de incumplimiento (Morales, 2010, pp. 158-169).

De esta manera, la función que cumple la regla de la previsibilidad de los daños no es otra que la de establecer que el "fin de protección del contrato" –expresión utilizada en Alemania como equivalente a "los intereses tutelados por el contrato"– se determina fundamentalmente sobre la base de lo acordado por las partes en ejercicio de su autonomía privada. Sin embargo, como no es frecuente que los contratantes pacten sobre todos los daños indemnizables (no hay contratos completos o perfectos), es muy probable que, una vez ocurrido el incumplimiento y producido el daño, las partes no estén de acuerdo sobre qué daños deberán ser indemnizados. Por esta razón, será necesario acudir a la interpretación –y excepcionalmente a la integración– del contrato para determinar qué intereses están tutelados (fin de protección) y, consecuentemente, qué daños deben ser indemnizados. Asimismo, toda vez que conforme a esta interpretación el criterio de imputación de los daños se basa en el contrato y no en la previsibilidad (conocimiento) unilateral del deudor, habrá daños que al contratar sean previsibles unilateralmente pero que no sean indemnizables por hallarse fuera del fin de protección del contrato, y daños no previsibles unilateralmente pero que sí sean indemnizables, por estar comprendidos dentro de él (Morales, 2010, pp. 164-168).

De esto último se desprende una diferencia muy importante –pero que suele pasar desapercibida– entre el régimen de la responsabilidad por inejecución de obligaciones (con mayor razón cuando estas tienen fuente contractual) y el régimen de la responsabilidad aquiliana. En efecto, mientras que en la responsabilidad extracontractual el criterio de imputación objetiva de los daños materialmente causados por la infracción del *neminem laedere* es principalmente –aunque no el único– el criterio de la "adecuación" (artículo 1985 del Código Civil) que opera sobre la base de parámetros de normalidad, posibilidad, probabilidad y razonabilidad (Díez-Picazo & Gullón, 2005, p. 549); en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento contractual el criterio de la "adecuación", entendido en los términos recién indicados,

podría resultar hasta cierto punto irrelevante, pues lo que realmente importa no es si los daños invocados por el acreedor son consecuencia posible o probable –considerando el curso ordinario de las cosas– del incumplimiento de su deudor, sino más bien si dichos daños constituyen lesión a alguno de los intereses del acreedor tutelados por el contrato y, por ende, si constituyen un riesgo asumido por el deudor al tiempo de la celebración. En otras palabras, lo que importa es determinar si fue un daño que se pueda calificar dentro de lo "previsto" por las partes en el contrato, siendo perfectamente posible, como ya se dijo, que lo "ordinario" haya sido excluido por ellas y que lo extraordinario e imprevisible, en términos de anticipación unilateral, haya sido elevado, en ejercicio de su autonomía privada, a la categoría de fin de protección del contrato.

En ese sentido, por ejemplo, el eventual interés del comprador en obtener una ganancia con la reventa de los bienes adquiridos de su vendedor, no siempre será un interés tutelado por el contrato de compraventa y, en consecuencia, el lucro cesante (frustración de la ganancia esperada con la operación de reventa) que pudiera ser materialmente causado por la falta de entrega oportuna de los bienes por el vendedor, no siempre será un daño que este último deba resarcir al comprador, por la sencilla razón de que, a pesar de existir causalidad material o fáctica, no siempre será un daño previsto (pactado) por las partes al momento de la celebración del contrato, y que el deudor asumió como riesgo del incumplimiento. Dependerá de si el comprador es o no un comerciante y de si el vendedor conocía o no dicha actividad o al menos estaba en condiciones de no ignorarla. Según la respuesta que se dé a estas interrogantes podrá determinarse si la ganancia esperada por el comprador con la operación reventa era un interés tutelado (previsto) por el contrato y, en consecuencia, si el vendedor debe o no asumir los riesgos relativos a dicha operación (Ugarte, 2022a, p. 359).

Por lo mismo, se entenderá fácilmente que, por ejemplo, para el análisis del carácter resarcible del daño moral, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar resultará fundamental. Al tratarse de un daño no patrimonial, habrá primero que determinar sobre qué intereses de esa naturaleza recae la lesión, para luego afirmar si pueden o no ser considerados como tutelados por el contrato en particular. Así, volviendo al ejemplo de la compraventa con fines de reventa, es posible que el comprador alegue una lesión a su buen nombre y reputación en el mercado como consecuencia de no poder cumplir con los compromisos asumidos con sus clientes. Sin embargo, para incluir ese daño en el monto indemnizatorio, habrá primero que determinar si dicho interés puede ser considerado, o no, como uno tutelado por ese contrato de compraventa en particular –o lo que es lo mismo, si el vendedor asumió el riesgo por la lesión a dicho interés–, más aún cuando no parece ser un interés típico de los contratos de compraventa.

En la misma línea, la controvertida cuestión sobre la indemnización de los daños al interés contractual de integridad o conservación, cuya satisfacción dice relación con el cumplimiento o no de los denominados "deberes de protección", dependerá en última instancia de que dichos daños puedan ser considerados dentro de los riesgos asumidos en el contrato por las partes, es decir, dentro de los daños previstos por las partes al tiempo de contratar. En efecto, ya que la figura de los "deberes de protección" no es más que una categoría jurídica (situación jurídica subjetiva) creada para brindar cobertura a la tutela del interés de integridad –o conservación– de las partes en un contrato, lo que corresponde es verificar, vía interpretación e integración contractual, si dichos intereses han sido previstos por los contratantes como parte del fin de protección de su contrato y, por ende, si la lesión que eventualmente podrían sufrir forma parte de los riesgos asumidos por el deudor. De esto se desprende que más allá de la importancia innegable que tiene el principio de buena fe como fundamento para la integración contractual de los deberes de protección (Ugarte, 2022b, pp. 511-522), es finalmente la regla de la previsibilidad la que permitirá establecer si la infracción a dichos deberes –en caso de culpa leve– forma parte, o no, de la extensión del resarcimiento (*quantum respondeatur*) en el caso concreto.

Es importante precisar que, según el tenor literal del artículo 1321 del Código Civil, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar constituye un límite del *quantum respondeatur* que se aplica única y exclusivamente a los incumplimientos por culpa leve (la cual se presume[16]), de modo que si el acreedor lograra probar que el incumplimiento obedeció a dolo o culpa

(15) Al respecto, véase Sentencia Mulvenna v. Royal Bank of Scotland PLC, de Court of Appeal (2003).
(16) Artículo 1329. Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

inexcusable[17], el límite de la previsibilidad no será aplicable y podrán ser indemnizados también los daños imprevisibles, siempre y cuando exista una relación de causalidad (fáctica o material) entre el incumplimiento y esos daños.

Como se puede apreciar, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable determinan que el criterio de imputación objetiva por excelencia en sede contractual (criterio de la "previsibilidad"), ceda paso a otros criterios delimitadores del *quantum respondeatur* (como podría ser el de la "adecuación"), generándose así un notable acercamiento –en lo relativo a la extensión del daño indemnizable– entre los dos regímenes de la responsabilidad civil recogidos en el Código Civil. Pero nótese que esta situación es excepcional en el Derecho peruano, pues lo cierto es que si el acreedor perjudicado no logra acreditar que el incumplimiento de su deudor obedeció a dolo o culpa inexcusable, el límite de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar (fin de protección del contrato) se impondrá como criterio de imputación objetiva y como elemento distintivo del régimen de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones de fuente contractual.

5. Conclusiones

Por lo antes dicho, se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar recogida en el último párrafo del artículo 1321 del C*ódigo* Civil peruano, implica que es el propio contrato el que fija los intereses tutelados y, por ende, los daños que, en caso de incumplimiento, deberán serán resarcidos por el deudor. En otras palabras, sólo ingresarán en el monto resarcitorio aquellos daños que, para empezar, tengan como causa material el incumplimiento por culpa leve del deudor y que constituyan una lesión a los intereses tutelados por el contrato (intereses en la prestación por supuesto, pero también otro tipo de interés contractual, como el de integridad o conservación, de ser el caso), que son aquellos que las partes previeron como tutelables al momento de su celebración.
- Cuando se alude a lo previsto por las partes o a lo que ellas pudieron prever en el contrato, no se está haciendo referencia a lo conocido o anticipado por las partes o por una de ellas, sino a lo "previsto" por ambas, es decir, a lo pactado por las partes en el contrato. De este modo, la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar, recogida en el artículo 1321, es una regla de remisión al propio contrato, donde la determinación de si un daño es o no previsible y, junto con ello, indemnizable, dependerá de la interpretación o integración contractual que se haga.
- Producido un incumplimiento contractual, es posible encontrarse con daños que podrían considerarse como una consecuencia normal y ordinaria del incumplimiento (y, en esa medida, cumplirían con el criterio de la "adecuación" recogido expresamente en sede extracontractual), pero que las partes hayan decidido excluirlos del fin de protección del contrato, de tal forma que queden excluidos de la indemnización por aplicación del criterio normativo de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. En la misma línea, podría ocurrir también que las partes hayan "previsto" en el contrato, como plenamente indemnizables, ciertos daños que bajo la aplicación del criterio de la "adecuación" quedarían totalmente fuera del *quantum respondeatur* por ser poco probable, o muy extraño, que puedan derivarse del incumplimiento.
- No se debe confundir la "previsibilidad" que suele predicarse del criterio de la "adecuación", con la "regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar". Mientras que en el primer caso el término tiene que ver con la posibilidad de esperar o anticipar un resultado según el curso ordinario de las cosas, en el segundo se trata de lo pactado –explícita o implícitamente– por las partes en el contrato. Con lo dicho queda suficientemente claro porqué en el ámbito contractual el primer criterio limitativo del alcance de la responsabilidad (*quantum respondeatur*) no es la "adecuación", sino el criterio del "fin de protección del contrato", recogido en el artículo 1321 del Código Civil bajo la regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar. Además, queda claro también por qué en este trabajo se postula –contrariamente a lo que

(17) Artículo 1330. La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

sostienen las corrientes unificadoras– que la regla de la previsibilidad cumple un papel fundamental en el régimen de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones de fuente contractual, constituyéndose nada menos que en el criterio distintivo de dicho régimen frente al de la responsabilidad aquiliana.

- La regla de la previsibilidad de los daños al tiempo de contratar es el primer criterio normativo establecido por el legislador peruano para delimitar el alcance de la responsabilidad cuando el incumplimiento del deudor ha sido por culpa leve. Sin embargo, a partir de una interpretación *contrario sensu* de lo establecido en el propio artículo 1321, cabe concluir que la situación cambia cuando el incumplimiento es imputado al deudor a título de dolo o culpa inexcusable. En estos casos, la regla de la previsibilidad cede paso a otros criterios normativos de posible aplicación, como podría ser el de "adecuación" (o algún otro pertinente en el caso concreto), para dar cabida a la indemnización de los daños imprevisibles o no "previstos" por las partes al momento de contratar.

Referencias bibliográficas

Carrasco Perera, A. (2010). *Derecho de contratos.* Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

Corral Talciani, H. (2009). La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho civil continental y de *Common law. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 16*(2), 141-142. https://doi.org/10.22199/S07189753.2009.0002.00005

Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil* (9ª ed., Vol. 3). Tecnos.

D'Ors, A. (1996). Claves conceptuales. *Verbo*, (345-346), 505-526.

Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil* (8ª ed.). Instituto Pacífico.

Espinoza Espinoza, J. (2022). Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable. En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (Tomo VIII, pp. 176-205). Instituto Pacífico.

Fernández Cruz, G. (1997). Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad. En G. Fernández & A. Bullard (Dirs.), *Derecho Civil Patrimonial* (pp. 255-293). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fernández Cruz, G. (2022). Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad. En E. Buendía y R. Mayor (Comp.), *Escritos reunidos de derecho civil patrimonial* (pp. 295-326). Instituto Pacífico.

Gregoraci Fernández, B. (2011). Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule. *Anuario de Derecho Civil,* fasc. 1, 125-156.

Lacruz Berdejo, J., Sancho, F., Luna, A., Delgado, J., Rivero, F. y Rams, J.(2011). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. (5ª ed., Vol. 1). Dykinson.

Lord Hoffmann (2010). The Achilleas: custom and practice or foreseeability?. *Edinburgh Law Review*, *14*(1), 47-61.

McKendrick, E. (2016). *Contract Law. Text, Cases and Materials* (7th ed.). Oxford University Press.

Morales Moreno, A. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante.* Editorial Thomson Reuters.

Pantaleón Prieto, F. (1990). Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. En Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)* (Tomo II, pp. 1561-1591). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Pantaleón Prieto, F. (1991). El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil,* fasc. 3, 1019-1091.

Pazos Hayashida, J. (2010). Artículo 1321. Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio. En M. Muro (Dir.), *Código Civil Comentado. Derecho de Obligaciones* (3ª ed., Tomo VI, pp. 676-683). Gaceta Jurídica.

Pothier, R. (2007). *Tratado de las obligaciones* (2ª ed., G. Cabanellas de Torres, Trad.). Heliasta.

Ruiz Arranz, A. (2016). La doctrina del fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado. *RJUAM*, (34), pp. 409-440.

Sentencia Attorney-General of Belize v. Belize Telecom Ltd (2009, 18 de marzo). Privy Council of the United Kingdom.

Sentencia British Columbia Saw Mill Co Ltd v. Nettleship (1868). Court Of Common Pleas.

Sentencia C Czarnikow Ltd v. Koufos or The Heron II (1969, 17 de octubre). United Kingdom House of Lords.

Sentencia Hadley v. Baxendale (1854, 23 de febrero). Exchequer Court.

Sentencia Mulvenna v. Royal Bank of Scotland PLC (2003). Court of Appeal.

Sentencia South Australia Asset Management Corp v. York Montague Ltd (1997). Court of Appeal.

Sentencia Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc (2008, 9 de julio). United Kingdom House of Lords.

Sentencia Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd (1949, 12 de abril). Court of Appeal.

Tettenborn, A. (2007). Hadley v Baxendale foreseeability: a principle beyond its sell-by date? *Journal of Contract Law, 23*(1-2), 120-147.

Ugarte Mostajo, D. (2019). La participación del acreedor en la generación del daño. A propósito de una reciente casación en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual. *Diálogo con la Jurisprudencia,* (246), 113-137.

Ugarte Mostajo, Daniel. (2022a). Artículo 1326. Reducción del resarcimiento por actos del acreedor. En J. Espinoza (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil peruano.* (Tomo VIII, pp. 351-371). Instituto Pacífico.

Ugarte Mostajo, Daniel. (2022b). El interés de integridad o conservación: Razones para su tutela resarcitoria en sede contractual. En L. Barchi, L. León, V. Contreras, H. Campos y E. Buendía (Eds.), *Dogmática y práctica del Derecho privado moderno* (pp. 495-524). Ara Editores.

Zimmermann, R. (2019). *La indemnización de los daños contractuales* (A. Vaquer, Trad.). Ediciones Olejnik.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.010

La Protección al Consumidor en las Estructuras Negociales Contemporáneas: a Propósito de la Conexidad Contractual en los Contratos de Consumo(*)

Consumer Protection in Contemporary Business Structures: About Contractual Connectedness in Consumer Contracts

Sandra A. Frustagli(**)
Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe, Argentina)

Resumen: El trabajo analiza las consecuencias jurídicas de la conexidad contractual en los contratos de consumo desde la perspectiva del ordenamiento jurídico argentino. Se toma en consideración que el Código Civil y Comercial dispone un régimen normativo propio para el contrato de consumo como categoría negocial diferente del contrato paritario. Sin embargo, dado que las normas que rigen la conexidad contractual se ubican metodológicamente dentro de la teoría general del contrato, la aplicación de ese régimen a los contratos de consumo conexos debe hacerse a la luz del principio pro consumidor, de jerarquía constitucional (artículo 42 de la Constitución Nacional), a fin de garantizar el derecho fundamental a la protección de sus intereses económicos. Esto conduce a reconocer un régimen de acciones en favor del consumidor que resulta más amplio que el emergente de los artículos 1073 a 1075 del Código Civil y Comercial para los contratos conexos en general.

Palabras Claves: Contrato de consumo - Principio protectorio - Contratos conexos - Eficacia relativa - Acciones directas - Propagación de ineficacias

Abstract: This paper analyzes the legal consequences of the contractual connection in consumer contracts from the perspective of the Argentine legal system. It takes into consideration that the Civil and Commercial Code provides its own normative regime for the consumer contract as a business category different from the parity contract. However, since the rules governing the contractual connection are methodologically located within the general theory of contract, the application of that regime to related consumer contracts must be made in the light of the pro-consumer principle, of constitutional hierarchy (article 42 of the National Constitution CN), in order to guarantee the fundamental right to the protection of its economic interests. This leads to the recognition of a regime of actions in favor of the consumer that is broader than that which emerges from articles 1073 to 1075 of the Civil Code for related contracts in general.

Keywords: Consumer contract - Protective principle - Related contracts - Relative effectiveness - Direct actions - Propagation of ineffectiveness

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 14 de octubre de 2023 y su publicación fue aprobada el 14 de noviembre de 2023.

(**) Investigadora de la Carrera del Investigador Científico de la Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe, Argentina). Profesora Asociada de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7894-6299. Correo electrónico: sandraanalia.f@hotmail.com.

1. Introducción

En el mercado de bienes y servicios destinados a consumidores los modelos de negocios que recurren a la vinculación contractual para canalizar operaciones económicas globales se han convertido en una constante.

Servicios de diversa naturaleza se organizan en base a sistemas cuyo funcionamiento, sostenibilidad y rentabilidad requieren de pluralidad de contratos individuales (vg.: tarjetas de crédito, medicina prepaga o privada, círculos de ahorro previo, servicios turísticos, entre otros supuestos); de igual modo la comercialización de productos se estructura a través de redes de distribución que vehiculizan su llegada a los consumidores, muchas veces conectadas también con operatorias crediticias que financian el acceso al consumo. El comercio electrónico con consumidores implica también un entramado de relaciones contractuales que vinculan a los distintos actores con la plataforma digital.

La construcción y comercialización de inmuebles destinados a vivienda tampoco queda al margen de esta realidad; la praxis revela que las inversiones requeridas para tales emprendimientos se concretan a menudo por vía de fideicomisos inmobiliarios, operación económica que implica un importante número de negocios vinculados (Weingarten, 2007, p. 194; Papa, 2016). La situación es descrita con precisión por Mosset Iturraspe (1999, p. 197) cuando señala que:

> El fiduciante o fideicomitente celebra un primer contrato con el fiduciario o fideicomitido. Luego, desde su posición como titular de una propiedad fiduciaria, el fiduciario celebra contratos, uno o más destinados a la administración del bien, a cumplir con el objetivo perseguido. Concluida la administración celebrará otro u otros, para dar al bien o bienes su destino final, la transmisión al fideicomisario.

Por ende, no es casual que haya sido el Derecho del Consumidor uno de los primeros ámbitos normativos donde se consagraron reglas destinadas a dar respuestas a problemáticas propias de los contratos conexos, evidencia de ello es el tratamiento dado a las operaciones de crédito para el consumo, sector donde las tensiones se manifestaron con especial agudeza(1).

Si bien el fenómeno de la vinculación negocial no es nuevo, ni se limita tampoco al segmento de los contratos con consumidores(2), adquiere en este ámbito especial significación porque la consideración aislada de los negocios vinculados podría derivar en la desprotección de los intereses económicos de la persona consumidora.

Las estructuras o esquemas negociales delineados por los agentes económicos para la comercialización de productos o servicios muestran crecientes índices de complejidad, conformando entramados contractuales que se orientan a canalizar el logro de una operación económica; lo cual es demostrativo de que la idea de negocio es más amplia que la de contrato, siendo estos últimos considerados instrumentos para la realización de aquél (Lorenzetti, 1995, p. 1015).

La expansión del fenómeno, unida a la subsiguiente preocupación por sus efectos, dio lugar en la ciencia jurídica al desenvolvimiento de la idea de la conexidad contractual. La aparición de estudios dedicados a los contratos conexos, vinculados o interdependientes se revelan como un intento de construir respuestas jurídicas adecuadas a esas nuevas estructuras de negocios. Así, se ha renovado el interés por

(1) En el ámbito europeo, las primeras regulaciones en reconocer ciertos efectos jurídicos a contratos vinculados surge en materia de crédito al consumo, ejemplo de lo dicho son las leyes francesas números 78-22 y 79-596, que reconocieron el ligamen entre el contrato de compraventa o de servicios y el contrato de financiamiento; la primera conectó la formación y la ejecución del crédito a la del contrato de provisión del bien o servicio cuya adquisición se financia, mientras que la segunda reguló el crédito de consumo dirigido a financiar la adquisición o refacción de inmuebles. Hoy esas reglas, con adaptaciones, han pasado al Código del Consumo (disposiciones L. 311-1 a L. 315-23).
Lo propio hizo la Unión Europea por medio la Directiva 87/102/CEE, luego derogada y sustituida por la Directiva 2008/48, del 23 de julio de 2008, que buscó incrementar los márgenes de protección.

(2) La dogmática se había ocupado ya de los negocios vinculados. En la doctrina italiana se hizo desde la óptica de los negocios coligados, figura que explica la dependencia entre contrato principal y subcontrato o la relación de accesoriedad de los negocios de garantía. La coligación negocial presupone la existencia de dos o más contratos autónomos entre los cuales existe un nexo de interdependencia, cuya vinculación puede ser funcional, cuando los negocios se encuentran objetivamente en una relación de dependencia recíproca; o bien, voluntaria cuando las propias partes contratantes establecen un nexo teleológico de subordinación entre los contratos a fin de alcanzar un determinado resultado económico. La principal consecuencia jurídica que deriva de tal ligamen es la propagación de la ineficacia de uno de los negocios hacia los restantes. Al respecto, véase Gasperoni, N. (1955). Collegamento e connessione tra negozi. Rivista di Diritto Commerciale, 1, 357 y ss.; Bianca, M. (1987). Diritto Civile. Il contratto, T. 3. Giuffrè. p. 454; Sacco, R., & De Nova, G. (1993). Trattato di Diritto Civile. Il contratto, T. 2. UTET. p. 465 y ss.

analizar la intensidad y matices con que la conexión negocial se manifiesta, sus repercusiones y sus efectos entre las partes de las diversas relaciones que componen el entramado contractual.

Se recuerda que, entre quienes identificaron de manera precursora los contornos modernos del fenómeno (Teyssie, 1975), fue preocupación central dar alguna trascendencia jurídica a la vinculación trabada entre los diversos contratos autónomos ordenados hacia el logro de una operación económica unitaria (propagación de las ineficacias, acciones de responsabilidad entre quienes no eran partes del mismo contrato, etc.). Aunque la intensidad de esos efectos siempre se mostró supeditada a la heterogeneidad de las situaciones fácticas en las cuales la vinculación negocial se expresa[3].

Una cuestión de sistematicidad obliga a dejar en claro que los contratos conexos o vinculados resultan ser manifestación de un fenómeno mayor: la conexidad negocial. Problemática propia de la teoría general del negocio jurídico, de perfiles vastos y diversos. En ese sentido amplio, la conexidad aparece como un concepto jurídico general, difuso y flexible; una noción no reducible a la unidad ni en su definición ni en sus consecuencias (Gabet-Sabatier, 1980, p. 39); opinión compartida por un amplio sector de la doctrina argentina (Nicolau, 1995, p. 9; De Lorenzo et. al, 1996, p. 1387; Sozzo, 2007, p. 312).

A partir de esa realidad, este trabajo tiene por propósito analizar las consecuencias jurídicas de la conexidad contractual en los contratos de consumo desde la perspectiva del ordenamiento jurídico argentino. A tal fin se tomará en consideración que el Código Civil y Comercial regula al contrato de consumo como categoría negocial diferenciada del contrato paritario, regida por principios propios. Y, en paralelo, dentro del régimen general de contratos destina un conjunto de normas a reglar los contratos conexos y algunos de sus efectos generales. Esos marcos regulatorios deben articularse al tiempo de su aplicación e interpretación con las soluciones específicas contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor (u otras normas especiales), a la luz del principio constitucional de protección del consumidor (art. 42 Constitución Nacional).

2. El Desarrollo de la Conexidad Contractual en el Derecho Argentino

2.1. Antecedentes del Tema en la Doctrina Argentina

El estudio de los contratos conexos se inicia en la doctrina nacional en la década del noventa. En parte, impulsado por reglas contenidas en el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998, cuyo artículo 1030 prevé una pauta hermenéutica específica para la figura, al disponer que: “Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndole el sentido apropiado al conjunto de la operación”.

Aunque con anterioridad el interés de la doctrina nacional por el tema se exteriorizaba en encuentros científicos. En oportunidad de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), la Comisión N° 3, dedicada a debatir acerca de “La protección del consumidor en el ámbito contractual”, aprobó un despacho donde se afirmaba que:

> En los supuestos de conexidad contractual, la responsabilidad puede extenderse más allá de los límites de un único contrato, otorgando al consumidor una acción directa contra el que formalmente no ha participado con él, pero ha participado en el acuerdo conexo, a fin de reclamar la prestación debida o la responsabilidad por incumplimiento[4].

(3) Desde los estudios iniciales se han identificado distintas formas de vinculación, apuntándose diferencias entre cadenas y redes de contratos. Según Teyssie (1975), las primeras se ordenan en torno a un mismo objeto o prestación esencial; se caracterizan por ser lineales dado que ningún participante del grupo está vinculado contractualmente con todos los restantes, existe antes bien una sucesión de contratos, donde cada participante interviene al menos en dos contratos de la cadena. Se distingue entre cadenas por adición (implican una sucesión temporal de contratos tanto en su celebración como ejecución, vg.: compraventas sucesivas de un bien) y cadenas por difracción o desviación cuando la sucesión de contratos opera en la fase de ejecución, pero sin que la aparición del nuevo contrato marque la extinción del primero, es el caso del subcontrato. En contraste, las redes de contratos están constituidas por acuerdos unidos por una causa o finalidad común, se concluyen en miras de una operación económica global. Son circulares en su estructura, pues se organizan -en general- en torno a un personaje central que tiene vínculos contractuales con los distintos participantes del grupo. Son contratos que coexisten temporalmente; en Les groupes de contrats (Teyssie, 1975, pp. 63 y ss.).

(4) Para acceder al texto, véase https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-19-XV-Jornadas-1995.pdf

Por la misma época, Lorenzetti publicaba uno de los primeros trabajos nacionales sobre el tema (1995). Los estudios subsiguientes de nuestra doctrina relativos a la conexidad contractual reafirmaron la actualidad y significación de la temática. Prueba irrefutable del interés que concitaba fue el hecho de que las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe) incluyeran en su temario a los contratos conexos. Las conclusiones aprobadas en ese encuentro expresan los consensos alcanzados sobre diversos aspectos de la figura. Además, resultan de significación porque han servido de fuente a la actual regulación de la materia en el Código Civil y Comercial.

Un punto de convergencia sobresaliente fue el relativo a la conceptualización del fenómeno, sobre el cual se concluyó que:

> Habrá contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio". Es más, de *lege ferenda* la doctrina participante se pronunció por el acierto del proyectado artículo 1030 y propusieron "una regulación más completa del fenómeno en orden a los efectos y consecuencias de los contratos conexos[5].

En paralelo, y como correlato con los desarrollos teóricos alcanzados por el tema, distintos precedentes jurisprudenciales fueron atribuyendo relevancia jurídica a la conexidad contractual y, según las circunstancias fácticas concretas, adoptaron soluciones que implicaban la extensión de efectos entre contratos conexos cuando la vinculación subyacente lo justificaba[6].

2.2. El Ingreso de los Contratos Conexos en el Código Civil y Comercial

La irrupción de los contratos conexos en la vida negocial hizo nacer la necesidad de brindar atención normativa al fenómeno. Al respecto, los autores del Código Civil y Comercial argentino, vigente desde 2015, adoptaron la plausible decisión de proporcionar un marco normativo mínimo, entre las distintas opciones metodológicas que en los trabajos de comisión se debatieron[7].

La decisión de adoptar dispositivos jurídicos que permitan afrontar los problemas derivados de estructuras contractuales conexas supone flexibilizar la regla de la eficacia relativa de los contratos. No se trata de desconocer su función en la teoría general del contrato, sino admitir, como desde hace tiempo se señala, que en diversas situaciones el acuerdo proyecta su eficacia con respecto a terceros (Savatier, 1934, p. 525; Diez Picazo, 1996, p. 426).

Se ha sostenido que la regulación de la teoría contractual desde la exclusiva lógica del relativismo de los efectos negociales importa un fraccionamiento que ignora las complejas relaciones económicas propuestas por el capitalismo y arriesga derivar en inequidades; por ende, la eficacia relativa entendida como regla que pretendiese no admitir excepciones resulta en el presente poco viable e insostenible (Ciuro Caldani, 1999, p. 25).

De modo tal que la teoría de la conexidad contractual se erige como un dispositivo técnico capaz de conjugar con equilibrio la eficacia relativa y la relevancia jurídica de la vinculación entre contratos convergentes hacia una operación única, justificada por las prácticas socioeconómicas imperantes. Su regulación modula la eficacia relativa al interior del grupo de contratos conexos para afrontar las consecuencias disvaliosas que la relatividad a ultranza puede entrañar para los contratantes, en especial los más vulnerables, como es el caso de las personas consumidoras.

En el derecho nacional esa técnica jurídica encuentra recepción en el Código Civil y Comercial, que ha modernizado la teoría

(5) Para acceder al texto, véase http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-20-XVI-Jornadas-1997.pdf

(6) Entre otros precedentes, véase CCC de Trenque Lauquen, "Lobato, José L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires", 07/03/2002, La Ley cita on line TR LALEY 70017052 (precedente confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires); CCC Tucumán, sala 3ª, "Aguaisol, Enrique c/ Oscar Barbieri S.A.", 20/08/2003, La Ley cita on line TR LALEY 35000528; CNCom., sala B, "Frigorífico Riosma S.A. c/ Argencard S.A. y otro", 02/12/2003, JA 2005 I,138; CNCom., sala B, "González, Ignacia c. Intervac S.R.L.", 30/06/2004, LA LEY 2004-E, p. 998; CCC Tucumán, sala III, "Rodríguez Vaquero, Norberto Jorge c. Banco Hipotecario S.A.", 29/07/2009, La Ley cita TR LALEY AR/JUR/33808/2009; C4a Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, "Nebot, Daniel S. v. "Cooperativa de Vivienda General Mosconi Ltda.", 22/04/2008, La Ley cita TR LALEY 35022071; C1a Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. de Mendoza, "Castro, Eva Liliana c. Tecnosuel S.A. y ots"., 11/02/2010, La Ley on line cita TR LALEY AR/JUR/1752/2010.

(7) Sobre las opciones ponderadas metodológicamente al tiempo de redactarse el proyecto de Código, a raíz de la heterogeneidad y complejidad de la temática a regular, véase "Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para la reforma del Código Civil en materia de contratos", de C. A. Hernández & S. Picasso (2010, pp. 86 y ss).

general del contrato con normas orientadas a dar respuestas a las problemáticas contractuales contemporáneas. Así, mientras los artículos 1021 y 1022 mantienen el principio de la eficacia relativa como regla liminar en materia de efectos del contrato -sin pretensiones de absolutez-, los artículos 1073 a 1075 la morigeran al establecer la disciplina jurídica de los contratos conexos.

Las últimas disposiciones citadas contienen reglas generales suficientes para responder a los problemas centrales que se suscitan en la praxis, sin desconocer el carácter proteiforme de la conexidad. Así, se delimita el concepto legal de contratos conexos y establecen reglas en materia de interpretación, propagación de ciertos efectos entre los partícipes de los distintos contratos y de las ineficacias, en ciertas circunstancias. En su conjunto, las soluciones consagradas dan cuenta del grado de consenso del que goza la teoría de la conexidad contractual en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

La metodología seguida por el legislador proporciona un marco regulatorio suficientemente elástico para enmarcar un fenómeno difícil de reducir a una visión unitaria. Adopta también posicionamientos claros sobre diversos aspectos de la figura, como a continuación se analiza.

2.3. Delimitación Conceptual de la Conexidad Contractual

El artículo 1073 del Código Civil y Comercial dispone que:

> Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074.

El concepto legal recurre a una fórmula flexible para captar la heterogeneidad del fenómeno e identificar aquellos elementos o presupuestos que permiten establecer la existencia de un nexo de conexidad o interdependencia frente a la pluralidad de vínculos contractuales. Esos elementos o presupuestos legales son los siguientes:

a) *Pluralidad de contratos autónomos:* la pluralidad de acuerdos, cada uno estructuralmente suficiente, es presupuesto fáctico ineludible de la conexidad contractual. Como bien se ha observado, esta exigencia permite diferenciarlos de los contratos plurilaterales asociativos (art. 1442), sean de colaboración, organización o participación, con comunidad de fin pues en estos la multiplicidad de vínculos se inserta en el marco de un mismo contrato (Nicolau, 2021).
La idea de autonomía de esos acuerdos refiere a que cada contrato conexo ha de ser en sí mismo completo en términos estructurales[8], sin perjuicio de la interdependencia que guarde con los restantes.
Es irrelevante si se trata de negocios entre las mismas partes o partes diferentes; aunque como sostiene Hernández (2016), en este último supuesto es donde la conexidad adquiere verdadera intensidad y posibilita la expansión de efectos (p. 332).

b) *Existencia de ligamen o conexidad relevante:* En la caracterización resultante del artículo 1073, el ligamen o conexidad entre los contratos adquiere relevancia jurídica cuando media una finalidad económica global o común entre todos los contratos. De esta manera cada contrato es determinante de los demás, pues solo de manera conjunta es posible el logro del resultado perseguido en el plano global. Cabe destacar que en ausencia de dicho ligamen funcional se estaría ante una mera yuxtaposición de contratos o unión externa de negocios.

El precepto legal adopta un criterio consolidado en el sector mayoritario de nuestra doctrina que emplaza el nexo entre contratos vinculados en la causa fin subjetiva (Márquez, 2007, p. 162). Sobre la cuestión se sostiene (De Lorenzo et. al, 1999) que, ante una pluralidad negocial existe nexo contractual cuando al menos uno de los negocios, además de cumplir con su fin objetivo e inmediato (típico), se integra con una finalidad (subjetiva) concreta y específica, consistente en el carácter determinante que otro contrato adquiere para su celebración (p. 153). Los consensos existentes en nuestra doctrina y jurisprudencia en torno al concepto de causa fin han contribuido a la adopción de este criterio, concepto este que se ha

(8) Se ha sostenido en la jurisprudencia que "la conexidad mantiene unidos a los contratos, pero estos conservan su autonomía. En ese marco, lo importante en derecho, es establecer que la misma, aunque muchas veces es inasible, se solidifica, erigiéndose en fundamento basal para establecer obligaciones concretas entre los integrantes del sistema y hacia terceros", véase CNCom., sala A, 29/12/2008, Poggi, Raúl Alberto y otra c. Laprida S.A.C.I. y otro. TR LALEY AR/JUR/24663/2008.

consolidado en la regulación que el propio Código Civil y Comercial contiene en materia de causa fin del negocio jurídico en los artículos 281, 1012 y concordantes.

Se trata de una causa supracontractual, común a los contratos del conjunto y diferente de la causa fin -entendida como fin inmediato- de cada uno de ellos. Debe reconocerse que la noción de causa actúa en estos supuestos de manera internegocial, exorbitando las fronteras del negocio jurídico individual.

Es requisito legal que la finalidad económica común haya sido establecida previamente. Esto significa que debe responder a un programa o diseño preconcebido para que una operación económica única se materialice a través de varios contratos (Lorenzetti, 2020, p. 594). La verificación de este recaudo podrá inferirse de las circunstancias fácticas que rodearon a la conclusión de los diversos contratos, sobre la base del principio de realidad económica. Pareciera que esta exigencia cobra relevancia si la conexidad es de fuente convencional o si deriva de la interpretación del negocio. Corresponde entender que cuando la conexidad reconoce fuente legal, el legislador ya ha identificado la existencia de la finalidad económica común o global al momento de delimitar el supuesto de hecho al que liga determinada consecuencia jurídica, producto de la vinculación negocial.

c) *La fuente de la conexidad puede ser convencional, legal o derivarse de la interpretación*. En el primer caso, resulta del ejercicio de la autonomía privada de los propios contratantes que por vía de pactos convencionales entrelazan los contratos haciéndolos interdependientes. En tal caso, se ha sostenido con acierto (Hernández, 2016) que tiene especial significación la hermenéutica de las cláusulas de coligación; corresponderá al intérprete establecer el sentido y alcance de aquellas en el contexto que proporciona la operación global concertada, aunque también corresponderá atender a las peculiaridades del caso según se trate de un contrato negociado, por adhesión o de consumo (p. 332).

La fuente será legal cuando el ligamen entre contratos resulta establecido por la ley. En estos supuestos, el legislador -dentro de los complejos modelos de comercialización que muestra la vida económica- capta aquellas situaciones que considera merecedoras de especial protección. Diversas soluciones de la Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240) sirven de ejemplificación. Así, en materia de garantías por adecuación del bien (arts. 13 y ss.) nomina como responsables al fabricante, importador, distribuidor, vendedor, con independencia de que hayan o no contratado con el consumidor; de igual modo se verifica en el régimen de daños causados al consumidor por vicio o riesgo del producto, donde -tratándose de daños extrínsecos- se establecen legitimaciones pasivas amplias entre todos los participantes de la cadena de comercialización (art. 40); también el artículo 36, cuarto párrafo, deriva efectos de la conexidad contractual en las operaciones financieras de consumo al supeditar la eficacia del contrato de provisión de un bien o servicio financiado, al efectivo otorgamiento del crédito.

Por último, la conexidad podrá derivarse de la interpretación cuando los contratos se encuentren efectivamente vinculados en el plano fáctico, aunque no exista previsión contractual expresa o legal que así lo reconozca. En tal caso, la determinación de la vinculación negocial exigirá una atenta mirada de la realidad subyacente al conjunto de negocios –y a su funcionamiento- para establecer los alcances de la operación económica perseguida.

3. Contratos de Consumo, Conexidad Contractual y Construcción del Régimen Normativo Aplicable

Uno de los aciertos metodológicos del **Código Civil y Comercial** ha sido establecer principios y reglas destinados a disciplinar el contrato de consumo como categoría jurídica diferenciada de los contratos paritarios (Título III, Libro Tercero). Aunque ese reconocimiento fragmenta la categoría general del contrato, no significa que el contrato de consumo no continue referenciándose –en cierta medida- en la teoría general del contrato (Hernández, 2016b), dado que no cabe desconocer su naturaleza como acto jurídico regulador de derechos patrimoniales (art. 957). Ese punto en común permite articular el régimen protectorio de los contratos de consumo con los institutos de la teoría general del contrato, cuando fuere necesario.

Por ende, no se duda que el marco regulatorio establecido en el Código Civil y Comercial para los contratos conexos resulta de aplicación a los contratos de consumo. No obstante, las soluciones contenidas en los artículos 1074 y 1075 no aplican sin más, sino que resultan matizadas por la actuación del principio de protección al consumidor (art. 1094) y por los despliegues de los derechos fundamentales del consumidor que se puedan estar implicados en el caso concreto, como se explica a continuación.

Esto es consecuencia de la metodología del diálogo de fuentes que deriva de los artículos 1º y 2º del Código Civil y Comercial (Sozzo, 2016). Lo dicho no significa tampoco negar operatividad a las soluciones específicas de la ley 24.240, que, aunque carezca de una disciplina general para las consecuencias de la conexidad contractual en el ámbito de los negocios de consumo, consagra reglas que importan la admisión implícita de la figura en situaciones puntuales (vg: art. 36, párr. tercero, para las operaciones financieras de consumo).

Es decir, que el régimen jurídico aplicable a la conexidad contractual en el contrato de consumo debe precisarse en cada caso tomando en consideración esos dos aspectos principialistas.

La proyección del principio proconsumidor (artículo 1094) sobre las reglas generales que se establecen en los artículos 1073 a 1075 del Código Civil y Comercial resulta indubitable desde que constituye la pauta liminar que preside la interpretación e integración del contrato de consumo. En las hipótesis donde convergen pluralidad de normas que demandan aplicación a una relación de consumo, el principio protectorio rige el diálogo de fuentes y exige al intérprete aplicar de modo prevalente la norma o solución más beneficiosa a los intereses del consumidor (Frustagli, 2016a, p. 444). Por tal razón, el régimen de la conexidad contractual en el contrato de consumo podrá conducir a soluciones con matices diferenciales, como se verá al analizar el contenido de las disposiciones citadas.

Por otro lado, al elaborar respuestas a los problemas jurídicos emergentes de la conexidad en el campo de los contratos de consumo no podrá prescindirse del carácter iusfundamental del que goza la tutela del consumidor en el ordenamiento argentino (art. 42 constitución Nacional), pues el propio Código Civil y Comercial asigna especial relevancia a la normativa constitucional en sus artículos 1 y 2 (Frustagli, 2016a, p.431 y ss.). En primer término, establece que los casos regidos por el Código "deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte" (art. 1). Luego, manda interpretar la ley teniendo en cuenta -entre otros elementos- "las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos" (art. 2). Ese esquema de fuentes conduce a entender que en la operatividad de las normas de derecho privado no sólo han de respetarse los límites de la Constitución, sino que debe además deben desarrollarse en forma positiva las exigencias normativas derivadas de los derechos con jerarquía constitucional. Esto otorga a los derechos fundamentales una fuerza expansiva primordial en la determinación del contenido del orden jurídico (Aguiló Regla, 2001) y abre cauce a su exigibilidad en las relaciones entre particulares.

Este señalamiento obedece a que el régimen normativo aplicable a los contratos de consumo conexos involucra y compromete el derecho fundamental del consumidor a la protección de sus intereses económicos (art. 42 CN), cuyo contenido se asocia a las distintas fases de la relación contractual, la justicia contractual, la calidad de los productos y la efectiva compensación en materia de reparación de daños (Stiglitz, 2015). Cuestiones todas ellas que pueden verse comprometidas y frustrar la efectiva protección de tales intereses en el marco de los sistemas de comercialización o prestación de servicios que se sirven de la vinculación contractual como modelo de negocio. De ahí que, la adecuada elaboración de las reglas aplicables a los contratos de consumo conexos resulta indispensable para garantizar la protección de los intereses económicos del consumidor.

Por otra parte, debe considerarse que el contrato de consumo satisface a menudo intereses que involucran otros derechos fundamentales tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, a la alimentación, por citar algunos ejemplos. De modo tal que una integración normativa del régimen aplicable a los contratos conexos de consumo que desconociera o afectara sustancialmente el ejercicio o disfrute de aquellos podría ser tachada de inconstitucional.

En línea con el mandato constitucional, en los proyectos legislativos de Código de Defensa del Consumidor que han tenido estado parlamentario -aunque a la fecha ninguno ha sido sancionado- la protección al consumidor en los contratos conexos es objeto de tratamiento más profundo y minucioso, en especial en orden a las acciones que se reconocen. Un ejemplo de lo dicho lo proporciona el artículo 65 del proyecto ingresado por Expte. N° 3143-D-2020[9], cuyo texto expresa:

> Conexidad. Acción preventiva, acción directa y tutela resarcitoria. La conexidad descripta en el artículo 1073 del Código Civil y Comercial y la tutela de la confianza, podrán habilitar al

(9) Si bien ese proyecto perdió estado parlamentario, fue ingresado nuevamente en 2023 a la Cámara de Diputados.

consumidor según las circunstancias, a ejercer en relación de quien sea parte en alguno de los contratos coligados los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él:
1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad;
2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, sin perjuicio de los casos especiales expresamente previstos;
3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones.

4. Los Efectos de los Contratos de Consumo Conexos

En el plano teórico la doctrina discurre sobre diferentes niveles de consecuencias que pueden derivar de la conexidad contractual entre negocios que conforman una red o un sistema; desde reconocer que la ineficacia de un contrato se pueda propagar a otro negocio del grupo hasta admitir el ejercicio de acciones directas de cumplimiento o de reparación de daños entre los participantes del negocio global, como así también sobre la repercusión que el reconocimiento de tales efectos proyectan sobre el principio de la eficacia relativa del contrato.

Hay un punto de coincidencia entre los autores: la diversidad y heterogeneidad de situaciones bajo las cuales la conexidad contractual se manifiesta, así como la variedad de efectos que, según los casos, se derivan de ella. Esa particularidad dificulta predicar efectos con pretensión de generalidad. Esto explica la prudencia con que se han conducido los autores del Código Civil y Comercial para disciplinar los efectos más usuales del fenómeno.

A continuación, se analizan las consecuencias jurídicas de la conexidad en el circunscripto ámbito de los contratos de consumo. Dentro de ese segmento, se abordan los principales efectos disciplinados en el derecho positivo argentino y se explora la factibilidad de añadir por vía interpretativa otros efectos no reglados, tomándose en consideración precedentes jurisprudenciales que han ingresado en la problemática.

4.1. La Interpretación Contextual de los Contratos de Consumo Conexos

El Código Civil y Comercial adopta un criterio específico para la interpretación de los contratos conexos. Al respecto, el artículo 1074 preceptúa que “Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica, y el resultado perseguido”.

La regla hermenéutica alude de modo indudable al elemento sistemático o contextual, dado en este supuesto por el entramado de contratos involucrados en el programa negocial subyacente en el sistema o red contractual. Se trata de una solución que moderniza o resignifica la tradicional regla de la interpretación contextual (Sozzo, 2007, p.330; Hernández, 2016a, p. 333) para expandirla de las cláusulas del acuerdo al conjunto de contratos. A tenor de esta pauta legal, el intérprete no puede omitir el entramado de relaciones y la unidad de la operación económica que ellas canalizan.

Cabe destacar que la regla también involucra el elemento teleológico, referenciado en este caso en la idea de función económica y resultado perseguido por la operación global. Poniendo así de relieve un elemento de especial trascendencia en materia de contratos conexos dado el rol que la causa supracontractual o programa común reviste para determinar la existencia de la conexidad.

Es importante resaltar que, en los supuestos de contratos de consumo conexos, la regla del artículo 1074 converge con las reglas hermenéuticas propias de la categoría contenidas en los artículos 1095 del Código Civil y Comercial y 37 de la Ley 24.240. Se trata de la interpretación a favor del consumidor, derivación del principio protectorio y reformulación del clásico *favor debilis*. Este criterio no impide al intérprete utilizar los elementos lógico, gramatical, sistemático, etc.) ni el empleo de otras reglas, pero dada su matriz protectoria sí lo obliga a elegir -entre los diversos resultados posibles que arroje la interpretación de la cláusula- el sentido que resulte más beneficioso para la situación jurídica del consumidor. Además, una segunda regla complementa la primera: cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación asumida por el consumidor, debe entenderse que está obligado a lo menos gravoso (Frustagli, 2016a, p. 482).

4.2. La Suspensión del Cumplimiento en los Contratos de Consumo Conexos

El Código Civil y Comercial, entre las novedades que incorpora dentro de la teoría general del contrato, regula en sus artículos 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial a la suspensión del cumplimiento. Es un remedio genérico dentro del cual quedan comprendidas las figuras tradicionales de la excepción de incumplimiento contractual, la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso y la excepción de caducidad. La mayor innovación que introducen esas

normas reside en la admisión de la acción de suspensión y la suspensión preventiva o anticipada ante el peligro de incumplimiento. Se trata de un remedio cuyo fundamento se halla en el principio de la buena fe y pretende atender a la necesidad de preservar el nexo de reciprocidad e interdependencia que liga a las obligaciones en los contratos bilaterales, categoría que constituye el ámbito de aplicación de la figura (Frustagli, 2016b, p. 377 y ss.).

Tratándose de contratos conexos, la facultad un contratante de articular la suspensión de su cumplimiento fundada en la inejecución de obligaciones que pesan en cabeza de quien es parte de otro contrato de los que integran la operación global reconoce fundamento en la buena fe, principio que también rige en este ámbito. En tal sentido, cabe afirmar que las obligaciones principales que conforman cada contrato vinculado ven subordinada su exigibilidad al cumplimiento del programa global de prestaciones. En cierta medida, se resignifica la reciprocidad obligacional, pues sus alcances y subsistencia se analiza al interior del grupo de contratos; por ende, no resulta un comportamiento conforme a la buena fe lealtad que una parte requiera la ejecución del contrato con indiferencia de las contingencias que resulten de los restantes negocios con los que se vincula (Hernández, 2015, p. 179).

En este ámbito negocial la reciprocidad adquiere también un perfil sistémico, es decir que la correspectividad se establece también entre la prestación de cada uno de los integrantes y lo que el sistema puede satisfacer económicamente (Lorenzetti, 2020, p. 590). Un tratamiento diferente no se correspondería con la operación económico-jurídica que a través del grupo de contratos se articula.

A partir de esos fundamentos, el artículo 1075, primer párrafo, del Código Civil y Comercial establece, con alcances generales, que "según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato".

La solución, en el ámbito de los contratos de consumo, en particular respecto a operaciones financieras, ya era sostenida por un amplio sector de la doctrina argentina (Tobías, 1999, p. 992; Lorenzetti, 2001, p. 371; Wajntraub, 2007, p. 234; Frustagli, 2015, p. 220). Asimismo, algunos tribunales nacionales siguieron esa línea, ejemplo claro lo constituye el precedente "Lobato"[10], donde se sostuvo que:

> Si el vendedor omitió presentar el modelo del vehículo ante la Comisión Nacional de Regulación del Transporte antes de comercializarlo, impidiendo al comprador obtener la habilitación de dicho rodado para ser destinado al transporte de pasajeros, los efectos de la compraventa deben trasladarse al financista de la operación y por ende, éste debe abstenerse de exigir el pago del préstamo hasta que el móvil quede habilitado ante la autoridad competente.

La solución del artículo 1075 del Código Civil y Comercial es trasladable a los contratos de consumo conexos. Por ende, el consumidor queda facultado para pretender, por vía de acción o excepción, la suspensión del cumplimiento de sus obligaciones en un contrato, al amparo del incumplimiento total, parcial o defectuoso en el que haya incurrido quien es parte de otro contrato vinculado al primero, cuando se acredite la conexidad relevante.

El funcionamiento de esa facultad exige apreciar las circunstancias fácticas concretas. Es decir que el juzgador para decidir la procedencia del remedio deberá evaluar aquellos elementos fácticos conducentes a establecer la existencia de la operación económica común que sirve de ligamen al grupo de contratos. También constituyen circunstancias relevantes, en el caso de negocios de consumo, la información brindada al consumidor, la naturaleza de los derechos comprometidos (vivienda, salud, acceso al consumo, intereses económicos, entre otros), la posible situación de vulnerabilidad agravada del consumidor (ancianos, personas con discapacidad, etc.), entre otros factores que integren el contexto de la negociación. Además, deberán reunirse los extremos exigidos en general por el artículo 1031, esto es incumplimiento grave del actor, la buena fe de quien articula la suspensión y ausencia de ofrecimiento idóneo de cumplimiento.

A los fines de la prueba de la conexidad, tratándose de contratos de consumo, cobra relevancia la publicidad efectuada por los proveedores que forman parte del sistema o red contractual (Quaglia, 2019, p. 996). Su significación en orden a la conexidad fue puesta de relieve en el XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Santa Fe, 2019), en el despacho aprobado por la Comisión N° 2, al concluirse que:

(10) SCJ de Buenos Aires, "Lobato, José L. c/ Banco de La Provincia de Buenos Aires", 17/12/2003, La Ley Online AR/JUR/7164/2003. En el caso, resultó una circunstancia relevante que el financiamiento fue otorgado por una entidad que tenía concertado un acuerdo colaborativo con el proveedor del bien para financiar sus ventas.

> Debe considerarse que existe una presunción de conexidad contractual en las relaciones de consumo, cuando el contenido del mensaje publicitario incluya más de un contrato; o si en la publicidad de uno de ellos se hace referencia a otro a un proveedor diferente.

Otro elemento útil para acreditar el ligamen negocial es la existencia de posibles acuerdos de colaboración entre los proveedores del grupo. También la apariencia creada por los proveedores partícipes del grupo a través de los comportamientos asumidos para la comercialización de los bienes (por ejemplo, utilización de marcas o nombres comerciales).

Además, no cabe omitir que tratándose de negocios de consumo la distribución de la carga probatoria dispuesta por el artículo 1075 se encuentra morigerada por el beneficio establecido en el artículo 53 de la Ley 24.240, cuando establece que "los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".

4.3. Las Acciones Directas De Cumplimiento O Reparación De Daño Derivado Del Incumplimiento Entre Los Partícipes De Contratos De Consumo Conexos

El ejercicio de acciones directas en el ámbito de los contratos conexos constituye un punto controvertido, y en materia de contratos de consumo resulta crucial para garantizar la tutela del crédito del consumidor y, consecuentemente, tornar efectivo el derecho a la protección de sus intereses económicos.

Sobre el particular, el Código Civil y Comercial al disciplinar el régimen de los contratos conexos ha seguido una postura restrictiva al optar por no reconocerlas de manera explícita, debido a la heterogeneidad fáctica que presenta en la práctica la conexidad. De ahí que se abre el interrogante acerca de su viabilidad en el ámbito del Derecho del Consumidor.

Hay casos concretos de conexidad relevante, que pueden constituir relaciones de consumo, donde se reconoce de manera expresa a la parte de uno de los contratos vinculados acción de directa de responsabilidad contra un sujeto con quien no contrató pero que es parte de otro contrato integrante de la operación económica global. Eso sucede en el contrato de leasing financiero, cuando se reconoce acción directa al tomador contra el proveedor del bien. En protección de los intereses de aquel, el artículo 1232 del Código Civil y Comercial, primer párrafo dispone que "(…) El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa". Lo propio sucede en el ámbito de la subcontratación, donde estas acciones están admitidas con carácter general en el artículo 1072.

Su viabilidad -con alcance general- en materia de contratos de consumo conexos encuentra sólidos argumentos en la noción de relación de consumo dado que la tutela constitucional se confiere en ese ámbito más difuso (art. 42 CN). Se produce aquí un ensanchamiento de los efectos del contrato singular; se lo trasciende para comprender a todos los proveedores partícipes del entramado de contratos conexos que convergen al logro de la operación económica global (Hernández, 2015, p. 180). La posibilidad hay había sido afirmada colectivamente por la doctrina en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), en el marco de la Comisión que abordó la protección contractual del consumidor, como se señaló *ut supra*.

Por su parte, el régimen de la ley 24.240 se muestra flexible a admitir acciones directas en contextos de conexidad, tal como sucede en orden a los incumplimientos contractuales del proveedor (art. 10); en materia de garantías legales por adecuación del bien (art. 11, 13 y conc.), respecto de las acciones por responsabilidad derivadas del vicio o riesgo de la cosa o servicio prestado (art. 40), entre otras.

Estas soluciones legales especiales admiten ser generalizadas en los contratos de consumo conexos, pues en esencia trasuntan la idea de Pasquau Liaño cuando concibe a la acción directa en casos de contratos vinculados como sinceramiento, "un ajuste de éstas a la realidad económica subyacente que justifica la interrelación (jurídica) entre personas que no han contratado entre sí" (p. 121), antes que como una excepción a la regla de la eficacia relativa. Así mismo, se sostiene que la conexidad contractual en el ámbito de los contratos de consumo puede constituirse en fuente de acciones directas del consumidor contra cualquiera de los partícipes en la cadena de distribución o red contractual, en la medida en que no corresponde considerarlo como tercero respecto a los distintos contratos que conformaron el proceso de comercialización del bien o servicio (Frustagli et al, 1997, p. 672)[11].

(11) Esta idea da cuenta de la resignificación de la noción de partes y terceros en el contexto de sistemas o redes contractuales. La cuestión ya había sido objeto de debate en la doctrina francesa (véase "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers" de Ghestin (1994, pp. 777 y ss.); "De l'elargissement de la notion de partie au contrat á l'élargíssement de

Ese entendimiento se adecua además a las exigencias que derivan del derecho fundamental de los consumidores a la protección de sus intereses económicos. Tan es así, que el proyectado código de defensa del consumidor las admite de modo expreso, en su artículo 65, ya transcripto en el apartado 3 de este trabajo, y a donde se remite.

Por su parte, la jurisprudencia argentina exhibe un significativo número de sentencias que se han pronunciado a favor de admitir acciones directas del consumidor respecto de otros participantes del grupo de contratos, desde antes de la vigencia del Código Civil y Comercial.

Un tribunal mendocino, con sustento en la conexidad negocial que en el caso había quedado acreditada, hizo lugar a la acción de cumplimiento entablada contra la entidad mutual, que no fue parte en el contrato de adhesión al plan de viviendas celebrado entre la reclamante y la empresa constructora incumplidora, vinculada a su vez a la accionada por otro contrato concertado para instrumentar el plan de viviendas para los asociados de la mutual. La actora había pagado el 60% del precio acordado y la vivienda no se entregó. Se sostuvo allí que:

> De acuerdo a lo expuesto, sobre la conexidad contractual, no hay duda que la actora que confió en la seriedad y prestigio de la entidad mutual, para adherir al plan de vivienda para sus asociados, frente al incumplimiento de la empresa constructora, seleccionada por la Mutual, sin asegurarse de su solvencia, tiene acción directa para reclamar a la Casa del Maestro y Previsión Social, el cumplimiento de la prestación, entrega de la casa, y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; máxime, cuando en el propio reglamento de Vivienda de la Casa del Maestro y Previsión Social, se consagra la responsabilidad (contractual y extracontractual) de la entidad, salvo caso fortuito o fuerza mayor[12]

También la conexidad contractual que se presenta en la base de emprendimientos inmobiliarios organizados como fideicomisos ha dado lugar a pronunciamientos que reconocen acciones directas en favor del consumidor, sea que se posicione como beneficiario o como comprador. Un ejemplo interesante lo constituye el caso originado a raíz de la adquisición de un inmueble a una entidad bancaria, fiduciaria del contrato de fideicomiso en garantía celebrado con una empresa constructora; donde la actora demanda a la fiduciaria y a la constructora pretendiendo la fijación de plazo para que se efectúen los trámites de aprobación del reglamento de copropiedad ante la Municipalidad, y posterior escrituración y entrega del bien. La acción fue admitida contra ambos accionados, al decidir sobre la procedencia de la pretensión contra la constructora se argumentó que:

> Siendo que el boleto de compraventa suscripto entre el banco fiduciario y el actor sobre una unidad habitacional del inmueble fiduciario, y el fideicomiso celebrado entre la empresa constructora y la entidad bancaria son contratos conexos, debido a que para que éste último pudiera cumplir con el comprador en la venta de la propiedad era preciso que el fideicomitente cumpliera con una serie de obligaciones, corresponde extender a la constructora la condena a fin que se cumplimenten los trámites para la escrituración y entrega del bien[13].

En ocasiones, por lo que se colige de las tácticas defensivas desplegadas por los fiduciarios, el ejercicio efectivo de estas acciones directas de responsabilidad por el consumidor podría verse obstaculizado por cláusulas de exoneración de la responsabilidad del fiduciario ante incumplimientos de la empresa constructora. Dos situaciones podrían derivarse de ello:

a) que esas estipulaciones surjan del contrato celebrado entre el consumidor y el proveedor que las invoca, supuesto en el cual se trata de cláusulas nulas de pleno derecho porque liberan de la responsabilidad por daños al proveedor (art. 37 LDC).
b) que las cláusulas estén contenidas en los acuerdos concluidos entre el fiduciario y el fiduciante, caso en cual podrá aplicarse la noción de "situación jurídica abusiva" prevista en el artículo 1120 CCCN, que se verifica cuando medie la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos que persiguen en su conjunto provocar un desequilibro significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Precursoramente, en las ya citadas XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se había dicho que "Cuando

---

la portée du principe de l'effet relatif" de Guelfucci Thibierge (1994, pp. 275 y ss.), se planteó con claridad en el Derecho español (véase Lopez Frías, A. (1994). Los contratos conexos. José María Bosch Editor SA, pp. 268 y ss.) y se ve reafirmada en la doctrina argentina más reciente. Por ejemplo, véase "Conexidad Contractual" de Di Chiazza (2023).

(12) C1a Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, "Castro, Eva Liliana c/ Tecnosuel S.A. y ots", 11/02/2010. La Ley online AR/JUR/1752/2010.

(13) CCC de Tucumán, Sala III, "Rodríguez Vaquero, Norberto Jorge c. Banco Hipotecario S.A", 29/07/2009, La Ley, cita online TR LALEY AR/JUR/33808/2009.

con base en la autonomía de la voluntad se crea una situación grupal que obstaculiza o impide el ejercicio de la libertad del consumidor, se genera una situación abusiva, un acto irregular, que da pie al ejercicio de una pretensión, por vía de la tutela inhibitoria al no impedimento de facultades.

En materia de sistemas de ahorro previo para la adquisición de automotores, resulta de interés una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Mendoza(14) para comprender la expansión de responsabilidades frente al incumplimiento, más allá de lo que plantea el artículo 1075 del Código Civil y Comercial. Se trataba de un contrato de consumo donde se admitió la acción de resolución de un contrato de ahorro previo concertado entre el suscriptor y la administradora, con base en el incumplimiento del deber legal de información de la concesionaria que comercializó el plan, junto con ello también se hizo lugar a la reparación de daños contra todos los demandados. En los argumentos invocados, el tribunal señaló que:

> Entre la concesionaria y la sociedad organizadora existe una relación jurídica en virtud de la cual actúan como agentes colocadores o productores del sistema de ventas. La concesionaria es el vehículo que utiliza la empresa de ahorro para ofertar sus productos y de ello obtiene una evidente ventaja asociativa, ya que de lo contrario vendería en forma autónoma. Por lo cual es posible, como respuesta jurídica, derivar que esta entidad frente al tercero crea una apariencia jurídica derivada de la buena fe creencia, y puede dar lugar a fundamentos de responsabilidad fundados en la conexidad contractual. Adviértase que la realidad negocial imperante trasluce que, ante los ojos del consumidor, la actuación de la concesionaria genera una apariencia de unidad empresaria, la cual potencia la confianza que ese cliente deposita en la marca, en el fabricante y en el concesionario, más allá de las vinculaciones jurídicas que pudieran tener entre ellas (…). De este modo, un consumidor puede válida y razonablemente entender que cualquier inconveniente que pudiera surgir en la ejecución del contrato, lo podrá resolver en forma personal en sede de la concesionaria, lugar en que fue atendida y suscribió el contrato. En el presente caso, se pondera especialmente que el contrato de ahorro previo fue suscripto en las instalaciones de la concesionaria y que no está discutido que quien vendió efectivamente el plan de ahorros era un empleado de la misma. Por su parte, ha sido la propia concesionaria quien ha afirmado que por medio de su personal, capacitado al efecto, atiende a los clientes interesados en suscribir el plan, asesorando y proveyendo los formularios provistos por la Administradora del plan, formando los legajos que luego le envía para su aprobación. (…). La conclusión se torna evidente si se analiza que el incumplimiento que da sustento a la pretensión esgrimida está basado en la falta de información al momento de la suscripción del contrato lo que ocurrió en las instalaciones de la demandada y en la falsificación de la firma de la adherente, que fuera atendida por su personal administrativo.

4.4. Propagación de las Ineficacias entre los Negocios de Consumo Conexos

Un tema de perfiles complejos en materia de conexidad negocial es el relativo a la comunicabilidad de la ineficacia de alguno de los contratos vinculados a los restantes. La doctrina nacional ha coincidido en la dificultad para reducir la cuestión en una regla general, ya refiera a supuestos de ineficacia sobrevenida u originaria (entre otros: Mosset Iturraspe, 1999, p. 53; Márquez, 2007, p. 151 y ss.).

En las hipótesis de nulidad, se ha sostenido que no es posible predicar que la invalidez de uno de los contratos vinculados acarreará inexorablemente la ineficacia de los demás. La propagación se produciría solo en la hipótesis que ante la ausencia de validez de uno de los contratos deviniese inútil la subsistencia de los restantes (Márquez, 2007, p. 168; Hernández, 2015, p 185 y ss.; Lorenzetti, 2020, p. 597); es decir que operaría una frustración de la finalidad económica global. La misma conclusión podría entenderse en caso de ineficacias sobrevenidas como la rescisión o la resolución.

Ante esas dificultades el Código Civil y Comercial ha adoptado una regla que evita caer en distingos minuciosos. Al respecto, en el segundo párrafo del artículo 1075 CCC, se dice que “Atendiendo al principio de conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común”. Se pone el acento en la repercusión que la ineficacia del negocio conexo ocasiona en los demás, de lo cual se colige que, en cierta medida, manda a considerar la alteración de las bases de la operación económico-jurídica global como parece sugerir el reenvío a la idea de frustración de la finalidad(15).

En la ley 24.240, la regulación de las operaciones de crédito para el consumo

(14) En autos, “Toplikar, María Mercedes vs. Denver S.A. s. Proceso de consumo - Recurso extraordinario provincial”; 15/02/2023; publicado en Rubinzal Online RC J 2349/23.

(15) La modificación al régimen de los contratos del Código Civil francés, implementada por la Ordonnance n° 2016-131, regula la propagación de las ineficacias en el artículo 1186, al disponer que: “Un contrat valablement formé devient caduc si l’un de ses éléments essentiels disparaît.

contiene una solución complementaria de la disposición analizada. En efecto, del artículo 36, párrafo cuarto, dispone que:

> La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y/o gastos éste hubiere efectuado.

El supuesto de hecho reglado protege al consumidor de la posible ineficacia del negocio de provisión para el caso de no otorgamiento del crédito por un tercero. La eficacia del contrato de provisión del bien se supedita a la obtención del financiamiento, de modo tal que si éste no se concierta aquél se extingue. El fundamento de la solución asienta en el hecho de que la operación económica integral involucra de modo implícito la intención de los contratantes de convertir al negocio de financiamiento en presupuesto del contrato de provisión.

A la inversa, cabe interrogarse si la ineficacia del negocio de provisión del bien o servicio puede propagarse al contrato de financiamiento, cuando el destino del préstamo fuere conocido por el prestatario. La analogía que guardan los supuestos planteados ha conducido a afirmar -en posición que se comparte- que la solución debe ser idéntica (Hernández, 2015, p. 188). La buena fe contractual servirá en el caso concreto para ponderar si resulta admisible, o no, exigir el cumplimiento del contrato de préstamo cuando no se concreta o se extingue el contrato de compraventa o el de servicio. El Derecho comparado exhibe ejemplos en esa línea; así el artículo 26, apartado 2, de la Ley española 16/2011 de crédito al consumo, admite que "(…) la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación (…)".

5. Conclusiones

A modo de reflexión final, y con basamento en las ideas expuestas, solo resta afirmar la necesidad de adoptar una visión realista de los problemas jurídicos que las estructuras contractuales conexas generan en la contratación con consumidores, a fin de no caer en respuestas inequitativas para el consumidor como parte vulnerable. Esto supone aceptar la resignificación de las nociones de partes y terceros cuando se está ante redes o sistemas contractuales, y hacer foco en la protección de la confianza generada por los distintos actores de la operación económica global, a fin de abrir el abanico de acciones ejercitables.

En el ordenamiento jurídico argentino, la vigencia del principio protectorio del consumidor, al que se le asigna jerarquía constitucional, permite construir soluciones acordes con las exigencias de justicia que esa realidad impone. No obstante, sería deseable que la proyectada codificación del Derecho del Consumidor se concrete de una vez, pues allí se contemplan respuestas precisas y puntuales para las diversas problemáticas suscitadas por el fenómeno de la conexidad contractual, tanto a nivel general como en operaciones específicas.

Referencias bibliográficas

Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (24), 429-457. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16

Bacache-Gibeili, M. (1996). *La relativité des conventions et les groupes de contrats*. Thèses.

Ciuro Caldani, M. A. (1999). *Los contratos conexos en la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Conclusiones del XX Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. (2019). Revista de Derecho del Consumidor, (7), s/n. https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=611ca3d71708f01250ba96a0f6ae14b7#indice_2

De Lorenzo, M. F., & Tobías, J. W. (1996). *Complejo de negocios unidos por un nexo (el ligamen negocial)*. Revista La Ley, Tomo 1996-D.

De Lorenzo, M. F., & Tobías, J. W. (1999). Apuntes sobre los contratos conexos. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, *22*(1), 203-211.

Di Chiazza, I. (2023). *Conexidad Contractual*. Rubinzal Culzoni Doctrina Digital. RC D 342/2023.

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.
La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement."

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (5ª ed., Vol. 1). Thomson Civitas.

Frustagli, S., & Fresneda Saieg, M. (1997). *La expansión de la eficacia del contrato en la Ley de Defensa del Consumidor.* Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, Tomo 1997-III.

Frustagli, S. (2015). La protección del consumidor en las operaciones de crédito para el consumo en Stiglitz y Hernández. En G. Stiglitz, y C. Hernández (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor* (Tomo II). Thomson Reuters.

Frustagli, S. (2016a). El contrato de consumo. En N. Nicolau, y C. Hernández (Dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.

Frustagli, S. (2016b). El contrato como fuente de obligaciones: cumplimiento e incumplimiento. En N. Nicolau y C. Hernández (Dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.

Gabet-Sabatier, C. (1980). Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil, 16,* 39-46.

Ghestin, J. (1994). Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *Revue Trimmestrielle de Droit Civil,* (1), 777 y ss.

Guelfucci Thibierge, C. (1994). De l'élargissement de la notion de partie au contrat… à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. *Revue Trimestrielle de droit civil, 93*(2), 275-285

Hernández, C. A. (2015). *Eficacia relativa y conexidad contractual*. En G. Stiglitz, & C. A. Hernández (Dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor (Tomo II). La Ley.

Hernández, C. A. (2016a). Eficacia e ineficacia del contrato. En N. Nicolau, y C. Hernández (Dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.

Hernández, C. A. (2016b). *El "contrato de consumo" en el contexto de la "teoría general del contrato". A propósito del Código Civil y Comercial (expresión de una nueva estructura tipológica).* Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina (cita online TR LALEY AR/DOC/4158/2016).

Hernández, C. A., & Picasso, S. (2010). Régimen jurídico de los contratos conexos. Informe para la reforma del Código Civil en materia de contratos. *de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XII, N° 5 (mayo 2010).

Lorenzetti, R. (1995). *¿Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, distribuidores o de paquetes de negocios? (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo).* Revista La Ley, Tomo 1995-E.

Lorenzetti, R. L. (2001). *Consumidores*. Rubinzal Culzoni.

Lorenzetti, R. L. (2020). *Tratado de los contratos. Parte general* (3ª ed.). Rubinzal Culzoni.

Márquez, J. (2007). Conexidad contractual, nulidad de los contratos y del programa. *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* (2), 151-173.

Mosset Iturraspe, J. (1999), *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*. Rubinzal Culzoni.

Nicolau, N. (1996). *Negocios jurídicos conexos. Trabajos del Centro N° 2.* Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Rosario.

Nicolau, N. (2021). *Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados*. Revista La Ley (cita online TR LALEY AR/DOC/1348/2021).

Papa, R. G. (2016), *La ejecución de un boleto ante un fideicomiso inmobiliario*. Revista La Ley (cita online AR/DOC/3938/2016).

Pasquau Liaño, M (1989). *La acción directa en Derecho español.* Editora General de Derecho.

Quaglia, M. C. (2019). *La publicidad. Su relevancia en supuestos de conexidad contractual*. Revista La Ley, Tomo 2019-B.

Sacco, R., & De Nova, G. (1993) *Trattato di Diritto Civile. Il contratto* (Tomo II). Unione Tipografico Editrice Torinese.

Savatier, R. (1934). Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats. *Revue Trimestrielle de Droit Civil, 33*, 525-545.

Sozzo, G. (2007). Interpretación y otros efectos de la complejidad negocial. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, *2*, 288-311.

Sozzo, G. (2016). El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino. *Revista de Derecho de Daños. 1*, 223-292.

Stiglitz, G. (2015). Los derechos de los consumidores en la Constitución Nacional. En G. Stiglitz & C. A. Hernández (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor.* Revista La Ley, Tomo I.

Teyssie, B. (1975). Les groupes de contrats, Bibliothèque de droit privé, Paris, L.G.D.J. *Les Cahiers*

de droit, *17*(3), 791-792. https://doi.org/10.7202/042133ar

Tobías, J. W. (1999). *Los contratos conexos y el crédito al consumo*. Revista La Ley, Tomo 1999-D.

Wajntraub, J. (2007). La conexidad contractual en el Derecho del Consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2), 225-241.

Weingarten, C. (2007), Compraventa y financiación. Contratos conexados. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2), 177-203.

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (1995). Universidad Nacional de Mar del Plata, Conclusiones, Comisión n° 3, La protección del consumidor en el ámbito contractual. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-19-XV-Jornadas-1995.pdf

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad Nacional del Litoral. (1999). Universidad Nacional del Litoral, Conclusiones, Comisión n° 3, Contratos: Contratos conexos. https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-21-XVII-Jornadas-1999.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.011

La defectuosa construcción del lawfare como mito en Brasil y Argentina: entre la pesadilla y el noble sueño de la neutralidad política en la justicia penal(*)

Constructing a Defective Myth: The Case of Lawfare Between Nightmare and a Noble Dream of Neutral Politics in Criminal Courts

Luciano D. Laise(**)
Universidad de Piura (Lima, Perú)

Resumen: La notoriedad que han adquirido los procesos penales contra personajes de la política hispanoparlante ha llevado a algunos a sostener que estamos ante un embate perverso contra líderes populares que se oponen a las agendas neoliberales del norte global. Frente a tal asunto, en este artículo pretendo reconstruir de manera sistemática la literatura especializada sobre el concepto de *lawfare*. Luego, esbozaré la naturaleza tanto mítica como falaciosa de muchas de las explicaciones e implicaciones sobre el llamado *lawfare*. A partir de esto se advertirán dos cuestiones relevantes: (i) el necesario respeto de las garantías procesales básicas para toda persona que resulta acusada de graves delitos de corrupción, y (ii) la inevitable dimensión política de la interpretación jurídica.

Palabras clave: Corrupción - Guerra híbrida - Mito político - Argumentación jurídica - Derecho al debido proceso - Lawfare

Abstract: The notoriety that criminal proceedings against Latin-American political figures have acquired led some to argue that such proceedings constitute a perverse attack against popular leaders who oppose the neoliberal agendas of the global north. Before this issue, in this article I intend to systematically reconstruct the specialized literature on the concept of lawfare. Then I will outline both mythical and fallacious nature of many of the explanations and implications for so-called lawfare. Since those criticisms, I will highlight two relevant topics: (i) the necessary respect for the basic procedural guarantees for any person who is accused of serious crimes against public administration, and (ii) the inevitable political dimension of legal interpretation.

Keywords: Corruption - Hybrid war - Political myth - Legal argumentation - Right to due process - Lawfare

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 16 de agosto de 2023 y su publicación fue aprobada el 16 de octubre de 2023.
(**) Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesor de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Lima, Perú). ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4249-5948. Correo electrónico: luciano.laise@udep.edu.pe.

1. Planteamiento del problema: yendo más allá del mito del lawfare

La palabra *lawfare* es cada vez más pronunciada por intelectuales, militantes, políticos y juristas que simpatizan con ideas progresistas o de izquierdas. Esto se manifiesta con particular intensidad a partir del momento en que uno de sus líderes políticos es acusado formalmente de cometer algún crimen contra la administración pública. Ahora bien, ¿qué significa *lawfare*?

La respuesta a esta interrogante básica no resulta tan sencilla(1). Pero, a grandes rasgos, quienes denuncian una persecución judicial de políticos, la cual califican como *lawfare*(2),suelen plantear conceptualizaciones tales como: "la colusión del activismo del Poder Judicial con los medios masivos de comunicación para utilizar la infamia como herramientas ofensivas al servicio de los intereses económicos-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas" (Bielsa y Peretti, 2020, p. 1). El *lawfare* resulta ser una instrumentalización de la justicia penal con el fin de socavar al adversario por fuera de las instituciones constitucionales, de la deliberación política o de la contienda electoral.

Con todo, el problema que abordaré en este trabajo es que las conceptualizaciones del *lawfare* presentan un serio inconveniente, al menos tal como se las presentan al momento de defender a políticos profesionales como Fernández de Kirchner o Lula da Silva. Me refiero a que estaríamos frente a un concepto que funciona deficientemente como un mito. Esto se debería a que se trata de esfuerzos que configuran una narrativa primordial, la cual pretende cumplir una función de orientación de la praxis política (Sorel, 1978, p. 125); a saber, la defensa de los líderes políticos progresistas supuestamente comprometidos con una emancipación de la región latinoamericana de la injerencia estadounidense. Sin embargo, esa naturaleza mítica termina siendo opacada mediante una narrativa que descansa en referencias a una base fáctica bastante difusa. No obstante, el sustento empírico en que se asienta la guerra judicial más que verdadero o falso resulta, ante todo, falaz.

Nótese que la noción de falacia no implica abrir juicio sobre la veracidad de las premisas del razonamiento, sino sobre su corrección formal (Nava Tovar, 2019, p. 5). Lo que trato de poner de relieve es que la manera en que se suele discurrir sobre lo que se designa como *lawfare* está plagada de defectos a nivel de lo que debería ser un razonamiento formalmente correcto. Ello dificulta la posibilidad de articular un discurso coherente, claro y consistente sobre un problema jurídico relevante; a saber, la posibilidad de introducir un umbral de garantías procesales significativamente más bajo para el caso de políticos de alto perfil que son acusados de crímenes contra las arcas públicas.

Ahora bien, por más que este trabajo brindará una lectura sumamente crítica de una parte significativa de los desarrollos teóricos de "la guerra judicial" coincido bajo otras coordenadas teóricas en la naturaleza política de la interpretación de la ley penal (Laise, 2023, p. 48). Esto no debe confundirse con la defensa o conveniencia de una determinación del significado de las disposiciones jurídico-penales que esté fuertemente comprometida con alguna facción política del color ideológico que fuera. De lo que se trata es de poner de relieve que la práctica judicial del derecho penal no puede escapar de una deliberación sesuda sobre lo que es mejor para la comunidad (Goldford, 1990, p. 276). Sin embargo, esa resolución ha de efectuarse bajo unos límites o condicionamientos precisos con el fin de evitar caer en una elección *pro amico* (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 74-75).

Así, en este artículo sostendré que la línea de demarcación entre *lawfare* o persecución política a través de medios judiciales y represión legítima de ilícitos penales cometidos por políticos profesionales resulta mucho más nítida cuando se pone el foco en un asunto particular. Me refiero concretamente al respeto del contenido básico de las garantías procesales de toda persona involucrada en la política que resulta acusada de cometer un injusto penal (Streck, 2022, pp. 772-773). De esta manera, la guerra judicial emerge cuando se advierte un umbral de tutela de los derechos fundamentales que no depende de la condición personal de todo ser humano, sino de sus posiciones o roles que ocupa en la sociedad. En otras palabras, el *lawfare* se presentaría como problemático cuando configura uno de los tantos fenómenos en que las garantías procesales no rigen por igual para todos los seres humanos.

(1) Algunos autores que califican peyorativamente a prácticas como lawfare consideran que ese concepto todavía no cabe delimitarlo a nivel teórico porque "su definición está en plena construcción" (Bent y Delgado, 2021, p. 60).

(2) En este trabajo emplearé el término "guerra judicial" como sinónimo de lawfare. Entiendo que ambas palabras tienen sutiles matices semánticos, pero me permito esta licencia para no saturar al lector con el mismo anglicismo a lo largo de todo el artículo.

Con el fin desplegar la tesis del presente trabajo, emprenderé el siguiente recorrido: (i) sistematizaré las principales conceptualizaciones de la guerra judicial con el fin de determinar en qué consiste esa noción; (ii) luego, procederé a revelar cómo tales conceptualizaciones incurren en distintas clases de falacias extralingüísticas. (iii) En tercer lugar, propondré un criterio que permita distinguir entre prácticas judiciales calificables como *lawfare* y aquellas que son un legítimo ejercicio del poder punitivo conforme al *Rule of Law*. Por último, (iv) finalizaré con un apartado en que brindaré un balance conclusivo sobre los principales aportes del presente artículo.

2. ¿Qué significa *lawfare*? Un concepto polémico y controvertido

El caso de Lula da Silva suele ser indicado como el ejemplo paradigmático o, al menos, uno de los casos más representativos de *lawfare* (Romano, 2022, p. 90). Los abogados defensores del expresidente brasileño, Zanin y Martins, afirman que el proceso penal en el que este fue acusado tenía el claro objetivo tanto de desestabilizar al gobierno de Dilma Rousseauf como de lograr la proscripción de Lula da Silva. La manipulación de tal proceso penal no lograba ser un fenómeno designado con alguna expresión capaz de comunicar tal mensaje con toda la contundencia posible. No había término lo suficientemente expresivo para resaltar que se estaba abusando del derecho con el fin de alcanzar ilegítimos fines políticos (Zanin et al., 2021, p. xv).

Entonces, Zanin y Martins recogen el término *lawfare* de la obra de Kittrie, quien sostiene que diversos agentes no estatales utilizan las instituciones jurídicas con el fin de proteger los intereses estadounidenses para obtener resultados similares a los que se alcanzan por medio de las guerras convencionales. Aún más, Kittrie sostiene que la utilización del derecho como instrumento de guerra es cada vez más frecuente (2016, p. 1). De esta manera, a partir de la obra del citado jurista estadounidense, Zanin et al. despliegan una definición bastante precisa sobre lo que ellos entienden por *lawfare*.

Más aún, los citados autores brasileños reconstruyen una definición supuestamente neutral a nivel ideológico; esto es, afirman que el *lawfare* significa emplear el derecho como un arma y, como tal, esto admite tanto usos loables como despreciables. Con todo, siguiendo la línea trazada por Kittrie, esta última definición sería incompleta. Lo propio del *lawfare* no solo es emplear al derecho como un medio, instrumento o arma para lograr efectos similares a los que se arribaría por medios militares. Lo decisivo, según Zanin et al., resulta que todo ese embate se impulse con el fin de debilitar o, en algunos casos, aniquilar al adversario a nivel político (2021, p. 3). En cualquier caso, se podría decir que los defensores penales de Lula da Silva tomaron una expresión de un contexto académico angloparlante y lograron insertarla en la arena política latinoamericana.

Así, advertimos que el concepto de *lawfare*, como toda noción que participa de la discusión política, es de naturaleza esencialmente controvertida (Gallino et al., 2022, p. 2). Ramina y Proner afirman que el *lawfare* se inscribe dentro de las maniobras propias de la "guerra híbrida" (2023, pp. 12-13). No se trata de una noción radicalmente nueva. Al fin y al cabo, siempre se han empleado medios no militares con el fin de alcanzar objetivos en el campo de batalla. La guerra híbrida que se desarrolla en la hora presente refiere a que los gobiernos estatales y los actores no estatales disputan sus objetivos en múltiples dominios de manera simultánea. Lo que a veces puede resultar en un movimiento desfavorable en el tablero convencional, puede conseguirse ventajosamente a través de otro dominio, como sería el campo judicial (Fonseca Lindez, 2019, p. 121).

Ahora bien, ¿cuál sería el objetivo de tales escenarios de guerra híbrida? Pues desestabilizar a líderes latinoamericanos populares que realizan políticas que se oponen a la hegemonía estadounidense. Se trata, de acuerdo con Proner, de socavar a gobiernos progresistas cuyos proyectos consisten en dos pilares: "trabajar por la justicia social y buscar la afirmación de la soberanía" (2023, p. 431). Por ende, todo fenómeno de *lawfare* supone una dimensión destituyente (Gallino et al., 2022, p. 8). De esta manera, en alianza con sectores conservadores locales, Estados Unidos de América pretende extender sus tentáculos con el fin de mantener en nuestra región como un espacio territorial bajo su control (Sierra Caballero, 2022, p. 173). Dicho de otro modo, el propósito de la guerra híbrida que sufriríamos los países latinoamericanos se dirige a apuntalar el dominio estadounidense sobre los destinos del "sur global"; particularmente ante gobiernos progresistas.

Las consecuencias del descrito estado de situación es lo que Zaffaroni llama "descuartizamiento" del derecho penal y su realización por excelencia; es decir, el proceso penal. Esto ha llevado a la mutación

de casos penales en estrategias políticas. Las luchas emprendidas por líderes populares se han desplazado hacia el ámbito o foro judicial. El derecho penal, en consecuencia, deja de funcionar como dique de contención de las demandas irracionales de castigo. Esto se debería precisamente a las acciones del sistema de justicia penal que se presta a estas prácticas ilegítimas. El descuartizamiento del derecho penal estaría siendo llevado a cabo por quienes más deberían procurar la racionalización del derecho penal, esto es, jueces y fiscales (Caamaño et al., 2023, p. 133).

El último elemento que se suele asociar a la proliferación del *lawfare* es el aprovechamiento de los medios de comunicación masiva con la espuria finalidad de orientar la opinión pública en un determinado sentido (Romano, 2021, p. 9). Porque no basta con perseguir a través de medios judiciales al adversario político. Además, el rival ha de ser erosionado tanto como sea posible ante la opinión pública y la población. Se requiere, pues, la dramatización y publicitación de la denuncia por parte de los medios de comunicación (Gallino et al., 2022, p. 8). El escarnio o estigmatización del acusado ante la opinión pública es algo que pretende funcionar como el tiro de gracia que remata a las aspiraciones políticas de los líderes populares.

Lo dicho anteriormente habría sucedido, por ejemplo, con Dilma Roussef y Lula da Silva. Las tomas fotográficas del expresidente brasileño cuando era trasladado al penal en que estaba destinado a cumplir su prisión preventiva fueron imágenes que se repitieron incesantemente en los medios de comunicación masiva de toda la región. “Cientos de portadas de diarios y numerosas horas de televisión” se habrían dedicado a mostrar el arresto de Lula da Silva (Romano, 2022, p. 98). Aún más, algo similar habría sucedido a nivel mundial, tal como se puede apreciar en los titulares de los más prestigiosos medios de prensa como, por ejemplo, el *New York Times* o el célebre *Washington Post* (Romano, 2022, p. 98).

Ahora bien, lo expuesto hasta el momento supone que tales medios de comunicación masiva poseen dos particulares destrezas. Por un lado, tienen la falta de escrúpulos necesarios para diseminar noticias falsas y, por el otro, la capacidad de configurar el pensamiento de las personas en contra de los acusados (Vegh Weis, 2022, p. 6). Se podría afirmar que quienes denuncian enérgicamente que existen prácticas judiciales que podríamos tildar como *lawfare* asumen que los medios de comunicación tienen el poder suficiente como para determinar absolutamente el curso de la opinión pública. Zaffaroni, por caso, plantea que “cuando alguien hegemoniza por completo el campo comunicacional, nos crea una única realidad, y eso ha pasado en todos los totalitarismos” (2019, p. 10).

En síntesis, los medios de comunicación masiva serían los titereros de la opinión pública y los consumidores de sus productos comunicacionales no seríamos más que marionetas carentes de criterio propio o de un mínimo pensamiento crítico.

3. Balance crítico: el *lawfare* como un mito defectuoso

3.1. El concepto de mito: la construcción de una narrativa que pretende un fin u objetivo político

Lo que se ha descrito sobre las conceptualizaciones del *lawfare* se subsume en el concepto de mito. Se trata esto de una afirmación polémica debido a que la noción misma de mito es controvertida. A partir de la Ilustración se suele reducir al mito a un relato fantástico que promueven la ilusión de algo inexistente; o bien se trata de narrativas que dan rienda suelta a puras abstracciones como, por ejemplo, un minotauro[3]. La noción de la que partiré más bien se entronca con reconstrucciones teóricas más recientes elaboradas por algunos estudios culturales.

Entonces, en primer lugar, quisiera aclarar que por mito político me refiero a una narrativa que se repite con el fin o propósito de lograr un objetivo político (Segal, 2004, pp. 5-6). Con todo, los defensores de la deseabilidad de caracterizar a los fenómenos que designan como *lawfare* seguramente no se verán reflejados en la noción de mito. Sus esfuerzos teóricos o académicos más bien pretenden cubrir de un manto de objetividad a la denuncia de la persecución política a través de medios judiciales ilegítimos, lo cual se realizaría con la colusión de los medios de comunicación masiva.

Siguiendo el camino de Sorel, cabría remarcar que no es algo central si el mito de *lawfare* se basa en una narrativa respaldada por hechos que son histórica y materialmente verdaderos (1978, pp. 127-129). Lo decisivo es que movilice a los actores políticos a realizar las reformas necesarias en la administración

(3) Al respecto, véase “Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”, de Pérez Luño (1997). Algunos autores conciben a esta versión del mito como la propia de la ilustración, la cual se remonta hasta el S. XIX (Eliade, 1963, pp. 1-2).

de justicia, las cuales han de blindar a los líderes populares de los embates de una persecución política a través del sistema penal. Dicho de otro modo, el mito vale por los efectos que causa, y no por la verdad o falsedad historiográfica de la narrativa primordial de la que parte.

Así, pretendo articular una crítica a la comprensión estándar del *lawfare*, la cual se apoyará en la discusión no del aspecto narrativo sino de la función de ese mito. En tal sentido, me basaré en la conceptualización de Segal quien plantea que un mito se compone de dos elementos: (i) un relato o narrativa primordial; (ii) la cual sedimentó en la cultura de un pueblo con un determinado propósito (2004, pp. 79-80). Aplicado esto al *lawfare,* el aspecto narrativo se suele retrotraer a las penurias que sufrieron, por caso, Lula da Silva, Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa, Evo Morales o, incluso, Nicolás Maduro (Penha & Back, 2022, pp. 55-59. Todos ellos habrían sufrido injustas persecuciones políticas a través del sistema penal, las cuales se amplificaron con la resonancia mediática de los grandes medios hegemónicos de la comunicación masiva (Cholvis, 2023, p. 27).

Si las investigaciones judiciales en contra de tales expresidentes latinoamericanos fueron hechas de manera correcta o no es un asunto que no abordaré centralmente en este trabajo. Lo que me interesa es plantear que la información sobre la que se sustentan tales denuncias es insuficientemente planteada con el fin de sustentar el propósito del mito de la guerra judicial. Ahora bien, ¿cuál es tal propósito? Sobre este punto versará el próximo subapartado.

3.2. La función del mito del lawfare: dos líneas argumentales

El aspecto mítico que resulta más deficiente es la magra y opaca articulación del propósito por el cual se narran esas historias. En concreto, ¿qué se pretende alcanzar con este mito del *lawfare*? ¿Cuál es su función? Pues el propósito de tal mito es fundamentar y validar un cierto orden social[(4)]. A mi modo de ver, de la literatura especializada brotan de manera implícita dos líneas de respuesta para caracterizar al orden social que el mito de la guerra judicial pretende sustentar. Presentaré tales líneas de modo esquemático y relativamente claro, lo que no equivale a decir que los autores que intervienen en el debate siempre aclaren expresamente en donde están ubicados. De hecho, bien podrían superponerse las líneas que distinguiré en un plano netamente conceptual.

La primera línea argumental, que llamaré de "movilización de acción política" pretende suscitar una reacción popular que oponga resistencia a esos intentos de aniquilamiento o debilitamiento de los líderes populares que avanzaron la justicia social en nuestra región. Se trata de un esfuerzo por despertar a las masas para que salgan en defensa de sus líderes populares (Vegh Weis, 2021, pp. 28-29). Vegh Weis es una de las autoras que esboza clara y abiertamente una propuesta de acción política en el campo popular para reaccionar ante las prácticas de *lawfare* con el fin de defender a la democracia. El objetivo, pues, es resguardar a la democracia de los embates que provienen de las potencias hegemónicas que toman por aliados a los medios de comunicación masiva y a los partidos políticos de corte conservador o neoliberal.

Una segunda línea argumentativa, la cual resulta la mayoritaria o dominante, se enmarca en la mera formulación de una denuncia retórica. Se trata de caracterizar a las prácticas de *lawfare* como una afrenta a la separación de poderes en el gobierno del Estado; a la imparcialidad de los jueces; o bien una crítica a la injerencia excesiva de los medios de comunicación en la arena política. Estas denuncias parecieran tener una función más bien declamatoria. Los fines de tales denuncias se limitan a revelar que la lucha contra la corrupción suele ser el ropaje que se emplea para la persecución judicial y (cuándo no) el encarcelamiento arbitrario de los líderes populares (Britto, 2021, p. 19). Esto no es más que un modo de imponer modelos neoliberales que se pretenden exportar desde Estados Unidos de América con el propósito de reproducir patrones de dependencia en el sur global (Romano, 2019, p. 24).

Sea cual fuera el propósito que se le atribuya al *lawfare*, ambas líneas argumentales presentan desafíos en el plano argumentativo. La primera línea presenta los retos de la oratoria propia de la movilización de la acción política. Se trata, en efecto, de la formulación de un discurso defensivo de los líderes políticos con el fin de arengar a las masas para movilizar a la acción política en un sentido determinado. La simplificación de las respuestas es una moneda de uso corriente para este tipo de discursos y, por ende, el espacio para el reproche de falacias es más bien limitado.

Sin embargo, la segunda línea argumental sí que presenta notables deficiencias argumentativas y por ello centraré mi interés teórico en ellas. Con esto quiero decir que

(4) Esto es lo que Campbell ha dado en llamar como la función sociológica del mito (1991, p. 65).

la función discursiva del *lawfare* se verá necesariamente desvirtuada, al menos en buena medida, si no se remedian tales deficiencias. En concreto, una articulación significativa de una denuncia de una persecución judicial como *lawfare* requiere una superación de las falacias que suelen esgrimir a través de esos discursos críticos. En otras palabras, la consistencia formal del discurso crítico sobre la llamada guerra judicial descansa en la necesidad de subsanar razonamientos que parecen correctos, pero que en rigor no lo son.

4. Falacias en el discurso crítico sobre el *lawfare*: una paleta de muchos colores

4.1. Bases para un concepto neutral de falacia: un razonamiento defectuoso más allá de las loables (o deleznables) intenciones del orador

Antes de comenzar esta sección quisiera remarcar la diferencia entre falacia y sofisma. La falacia suele ser reconocida como un razonamiento incorrecto, pero que aparenta no serlo (Woods, 2004, p. 6). Ahora bien, la intención deliberada de manipular o engañar no es un elemento necesario del concepto de falacia (Vega Reñón, 2008, p. 627)[5]. Si esto fuera así, como lo plantea Woods, resultaría imposible ser capaz de detectar falacias en la construcción de argumentos formalmente incorrectos (2004, p. 6).

Los sofismas, en cambio, sí que se caracterizan por ser una argucia dolosa. Se tratan estos de un tipo específico de falacia cuya intención resulta netamente manipuladora (Sánchez García, 2010, p. 273). Con esta distinción quiero remarcar que la identificación de una afirmación como falaz no comporta de modo necesario abrir juicio sobre la intencionalidad con la que esta se esgrime. Dicho de otra manera, el reconocimiento de una falacia no implica determinar si el argumento se construyó con el propósito de engañar o manipular al receptor del mensaje.

Asimismo, quisiera aclarar que adhiero lo que podríamos llamar "prácticas óptimas de argumentación". Esto significa que la formulación de un buen argumento exige que este sea por completo resistente. Lo cual implica que el nivel óptimo de todo ejercicio argumentativo ha de basarse en premisas veraces. Con todo, en este trabajo me guía un objetivo bastante más modesto. Porque pretendo circunscribirme a lo que García Amado llama "justificación interna" del razonamiento; esto es, me limitaré a examinar la dimensión formal de los argumentos sobre los que se basa el concepto de *lawfare*. Todo lo cual resulta completamente independiente de la veracidad o falsedad material de las premisas (García Amado, 2017, pp. 69-70).

Retomando la cuestión de las falacias, estas pueden inducir al error o bien a tomar por justificado algo que no ha sido adecuadamente fundamentado. Este último punto revela una cuestión de central relevancia para arribar a una definición de falacia más precisa. La cual se podría sintetizar de la siguiente manera: una falacia consiste en un argumento, el cual se caracteriza por transgredir una o más condiciones acerca de lo que es un "buen argumento". Y lo hace de manera lo suficientemente frecuente en el discurso como para merecer un nombre específico (Johnson, 1987, p. 246). Se trata, pues, de un concepto que cumple una función crítica. Su uso se dirige a cuestionar procedimientos generales que se emplean con el propósito de fijar afirmaciones que tienen una alta probabilidad de generar falsas o infundadas creencias (Fogelin & Duggan, 1987, p. 261).1.5

4.2. Tipos de falacias identificadas en el discurso crítico sobre el llamado lawfare

Ahora bien, una definición como la esbozada en este trabajo nos pone ante la siguiente pregunta: ¿qué es un buen argumento[6]? La respuesta básica a este interrogante se descompone en una conclusión que descansa en tres elementos:

Premisas que son relevantes para la conclusión. Cuando ello no ocurre, solemos estar frente a una falacia de *non-sequitur;* esto es, se concluye algo que no se deriva del contenido de las premisas (Damer, 2008, p. 92). Por caso, del hecho de que un juez penal tenga nutridos intercambios telefónicos con la representación diplomática de los Estados Unidos de América, no se sigue necesariamente que este siga órdenes o recomendaciones del gobierno

(5) En un sentido similar, véase "Problems in Argument Analysis and Evaluation", de Govier (2018).
(6) Para una visión panorámica y sintética de los distintos debates teóricos sobre lo que es un "buen argumento", véase "What is a Good Argument?", de Govier (1992).

estadounidense, a diferencia de lo que plantea Ramina (2023, p. 124).

En segundo lugar, las premisas tienen que ser *suficientes* para sostener esa conclusión (Ramina, 2023, p. 124). Por ejemplo, el hecho de que el Fiscal Luciani haya incorporado nuevos elementos probatorios para condenar a Cristina Fernández de Kirchner no basta para impugnar justificadamente esa condena (Romano y Maisonnave, 2023, p. 115). Porque eso vulneraría el derecho a la defensa, pero en la medida en que se le haya impedido a la acusada ser capaz de refutar tales elementos probatorios. Y, sobre todo, esas pruebas nuevas tienen que haber sido necesarias o imprescindibles para arribar a la sentencia condenatoria. Esto se trata de una falacia de eludir la carga de la prueba; es decir, se afirma una tesis para la cual no se ha brindado información que la sustente de manera adecuada (García Damborenea, 2000, p. 38; Damer, 2008, pp. 173-174).

Finalmente, las premisas no solo tienen que ser relevantes y suficientes, sino también aceptables. Esto significa que las premisas deben ser adecuadamente resistentes a embates en cuanto a su cuestionamiento (Johnson, 1987, p. 247). Lo cual, a su vez, en buena medida depende de la audiencia ante la cual se dirija el orador o autor del mensaje. De hecho, suele acontecer que una afirmación resulte falaz ante una determinada audiencia, pero no ante otra(7).

Por ejemplo, quienes creen en la oscura pretensión de controlar a los gobernantes del sur global que no se alinean a los intereses de poderes hegemónicos que representa Estados Unidos, fácilmente podrían tomar como aceptables a muchos de los supuestos casos de *lawfare* como, por ejemplo, el de Lula da Silva. Y, en cambio, quienes rechazan tales marcos teóricos, como Gargarella, exigirán un estándar argumentativo bastante más alto. De hecho, el citado autor no duda en llamar al *lawfare* como "cuento chino" (Schvartzman, 2021).

Porque, en definitiva, quienes caracterizan a determinadas prácticas como guerra judicial presuponen una distinción peculiar, la cual se apoya en un criterio de diferenciación que no desarrollan en modo alguno. En concreto, tales personajes no brindan un patrón de diferenciación claro de *lawfare* respecto de otros fenómenos de presión política sobre la administración de justicia penal. Esto se revela, por ejemplo, en el impulso de procesos de inhabilitación de políticos. Los que, dicho sea de paso, también se han aplicado, y se continúan aplicando, a políticos opositores a los líderes progresistas. De hecho, como ha indicado Smulovitz, de la totalidad de inhabilitaciones para elecciones presidenciales, la cantidad de líderes de derecha es mayor. Porque de los veintitrés expresidentes inhabilitados electoralmente, resulta que dieciséis estaban asociados a programas políticos de derecha. Mientras que solo siete estaban identificados con ideas políticas de izquierda (2022, p. 242).

Lo dicho anteriormente configura un ejemplo de una falacia del accidente; esto es, el esfuerzo tendiente a plantear una diferencia sustancial, pero en la cual se confunde lo esencial con lo accidental (Damer, 2008, pp. 134-135). En efecto, el *lawfare* solo resulta algo novedoso o específico para quienes plantean que la persecución política de los políticos a través del sistema judicial reviste una naturaleza distinta en virtud de una matriz ideológica que califican como progresista. Sin embargo, las particularidades de esa supuesta persecución no suelen ser explicitadas. Tampoco los abogados de la llamada "guerra judicial" apelan a una comparación con la persecución judicial de líderes de derecha. En fin, los que denuncian casos de *lawfare* no precisan la novedad que ese concepto designa respecto a un persistente problema que fatiga a politólogos y juristas por igual desde hace tiempo: la permeabilidad de los jueces ante las presiones de la política agonal(8).

5. ¿Persecución política a través de jueces o represión legítima del delito cometido por políticos? Esbozo de criterios de diferenciación

5.1. Precisiones conceptuales: de las lagunas del derecho a la inevitable politicidad de la justicia penal

Las lagunas del derecho consisten en la ausencia de una respuesta unívoca y reconocible en la norma jurídica que cabe aplicar al caso. No obstante, como lo señaló Lombardi Valluari, bastante antes de la

(7) Tras la senda iniciada por Perelman, algunos autores caracterizan a las falacias como una confusión de las exigencias propias del auditorio universal, las cuales se pretenden cumplir con aquellas propias de un auditorio particular. (Crosswhite, 1993, p. 391).

(8) Para un desarrollo sistemático y exhaustiva sobre la cuestión de la presión política sobre las sentencias de los jueces de tribunales superiores, véase "The Choices Justices Make", de Epstein & Knight (1997).

eclosión del movimiento neoconstitucionalista (1981), en la hora presente nos encontramos ante un problema que opera no solo ante el llamado "silencio de la ley", sino cuando el sistema jurídico ofrece más de una respuesta al profesional del derecho para resolver el caso que se le presenta.

En el campo penal, a pesar del principio *nullum crimen*, también es posible advertir que existen múltiples lagunas. En efecto, si y solo si no reducimos el problema de las lagunas al vacío o ausencia de norma aplicable al caso, entonces cabría plantear que las lagunas son un problema que aqueja seriamente al derecho penal (Bulygin, 2005, p. 39). Porque el juez solo tiene un curso de acción legítimo cuando no identifica una norma en la cual subsumir el caso: absolver al acusado. Dicho de otra manera, si las lagunas se refieren a situaciones no reguladas jurídicamente, pues entonces el derecho penal estaría liberado del problema de las lagunas.

Sin embargo, el concepto de laguna del que parte este trabajo resulta sustancialmente más retador. En términos metodológicos, las lagunas se nos presentan cada vez que el juzgador carece de una única respuesta con que solucionar el caso, ya sea por la ausencia de norma aplicable al caso, o bien porque esta no ofrece una solución unívoca (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 31-32); esto es, cuando la disposición jurídica brinda más de una alternativa para enfrentar el caso concreto. Esto último se agudiza con la expansión del carácter comprensivo del sistema jurídico; es decir, por la creciente aspiración de no dejar esferas de conducta que no estén reguladas por el derecho (Raz, 1999, p. 130).

Ahora bien, vale tener en cuenta que existen diversos tipos de lagunas cuya categorización representa un problema en sí mismo para la teoría del derecho. De hecho, como lo señala Rodríguez, se trata de una de las cuestiones que más han obsesionado a los filósofos del derecho (2005, p. 127).

5.1.1. Lagunas extrasistemáticas y lagunas intrasistemáticas

Son lagunas extrasistemáticas aquellas que remiten a apreciaciones evaluativas que resultan externas al ordenamiento jurídico. Tales apreciaciones son decisivas para reconocer aquello que debería considerarse como jurídicamente relevante (Ramos Pascua, 2017, p. 62). Estas lagunas presentan una importancia significativa cuando el juez ha de resolver un caso sin contar con una norma del sistema jurídico con que justificar su decisión. Cabe remarcar que este dato es generalmente negado por la dimensión ideológica sobre la que descansa el positivismo jurídico. Con todo, esta doctrina filosófica-jurídica de ningún modo suele asumir un legislador ultrarracional, ni pretende que la ley sea capaz de erradicar todo recurso a fuentes extralegislativas del derecho[9]. Tarello reconocía que "no toda disciplina del vivir social puede encontrarse en el conjunto de las leyes de un derecho" (Tarello, 2013, p. 50). En tales casos, el juez habrá de apelar al uso de una norma que no está incorporada al sistema jurídico (Rodríguez, 2005, p. 137). Dicho de otra manera, no faltan iuspositivistas que afirman que la solución ante el silencio de la ley remite al campo de la moral.

Pongamos un ejemplo para ilustrar este punto. A un juez de ejecución penal le toca resolver si concede una prisión preventiva o una prisión domiciliaria a dos personas casadas entre sí, con tres hijos menores de edad de 7, 12 y 15 años. El abogado defensor replica que otorgar esa medida cautelar de manera simultánea a los dos cónyuges, en un contexto en que todos los abuelos de los niños son personas de salud muy deteriorada, devendría en un trato cruel para con los niños e inhumano respecto a los padres (Argentina, Ley Nacional 24.660, artículo 32).

Ahora bien, ¿en qué se basará tal juez para determinar que estamos o no ante un "trato cruel, inhumano o cruel"? Pues apelará a consideraciones morales sobre lo que constituyen esos tratos proscritos por la ley de ejecución de penas privativas de libertad (Etcheverry, 2010, pp. 209-211). La solución, en efecto, habrá de encontrarla en otros sistemas normativos.

Las lagunas intrasistemáticas son aquellas que se presentan cuando desde el propio sistema jurídico se advierte que no existe una respuesta unívoca para un caso o universo de casos (Lombardi Vallauri, 1981, p. 32). No obstante, aquí se presenta una peculiaridad. Estas lagunas suponen criterios valorativos, pero que no remiten primordialmente a normas extrajurídicas, sino a otras disposiciones jurídicas (Ramos Pascua, 2017, p. 64).

Por ejemplo, la ley penal argentina establece el delito de peculado, lo cual incluye entre sus elementos típicos: (i) solicitar o

(9) Algunos autores no positivistas siguen insistiendo en el supuesto compromiso del positivismo jurídico con la noción de "legislador ultrarracional" como presupuesto básico de su teoría de la interpretación jurídica. A modo de ejemplo, véase "Interpretación jurídica", de Rabbi-Baldi Cabanillas (2020).

aceptar una suma de dinero o cualquier otra dádiva, un favor, una ventaja o bien una promesa directa o indirecta, (ii) con el propósito de efectuar, retardar o dejar de hacer una acción relativa a sus atribuciones. Sin embargo, la caracterización de tales atribuciones se ha de realizar mediante una remisión a las competencias atribuidas a cada uno de los funcionarios en virtud del organigrama de la Administración Pública. Dicho de otra manera, para saber si estamos ante un caso de peculado tenemos que determinar cuáles son las funciones y atribuciones que el ordenamiento jurídico-administrativo ha asignado al funcionario o exfuncionario acusado de tal crimen.

5.1.2. Lagunas estáticas y lagunas dinámicas

Las lagunas estáticas son aquellas que resultan del carácter polisémico por el cual se expresan generalmente las disposiciones jurídicas (Lombardi Vallauri, 1981, p. 33). Son lagunas, pues, cuyo carácter abierto radica en el texto mismo en que se formuló una disposición normativa (Hernández Rodríguez, 2015, p. 165). No se trata de una insuficiencia que se suscitó con el paso del tiempo, sino de un rasgo genético de una disposición normativa. Por ejemplo, lo que significa el concepto de "lavado de activos" no es algo que fuera precisado en el ordenamiento jurídico-penal argentino, ni algo que se tornó vago o ambiguo por el paso de los años.

Lombardi plantea que los "conceptos válvula" denotan una toma de conciencia de los límites que la actividad legislativa posee. Así, el legislador otorga un cierto espacio de discrecionalidad al intérprete para que este logre concretar eficazmente las finalidades de la ley (1981, p. 24). Esto se advierte, por ejemplo, en la represión que rige en materia de lavado de activos. Una exitosa técnica legislativa para reprimir esta clase de delitos requiere tanto de conceptos válvula como de estándares relativamente vagos y una flexibilización de las técnicas interpretativas, pero que no llegue al extremo de conculcar el principio de legalidad (Laise, 2023).

Aún más, Endicott ha planteado no solo que cierto grado de vaguedad del lenguaje resulta algo inevitable, sino que esto incluso puede ser un rasgo deseable (2001, pp. 382-383). Porque existen ciertas funciones que realiza el derecho en nuestras sociedades que solo pueden alcanzarse por medio de estándares relativamente vagos. De hecho, Endicott plantea que el tránsito contiene formulaciones bien precisas –por ejemplo, límites máximos de velocidad–, pero también requiere invariablemente de algunos estándares indeterminados o vagos, como sucede, por ejemplo, con los "vehículos que transportan sustancias peligrosas" (2001, p. 383).

Con todo, también las lagunas estáticas pueden ser consecuencia de una inadecuada tarea de previsión por parte del legislador. Por ejemplo, al regular los llamados "delitos informáticos" en la reforma del Código Penal argentino –Ley nacional 26.388/08–, hubo aspectos que no pudieron haberse previsto de modo alguno –por ejemplo, operaciones con criptomonedas, ya que Bitcoin recién sale al mercado en 2009–.

Pero también hubo cuestiones que eran absolutamente previsibles, que no fueron tenidas en cuenta de modo alguno. Por caso, la figura del enriquecimiento ilícito resulta demasiado indeterminada. En el ejemplo que se desprende del sistema penal peruano, luego de enunciar los elementos objetivo del referido delito, se caracteriza al enriquecimiento ilícito con un estándar bastante vago. En concreto, lo relativo a cuándo se advierte un indicio de enriquecimiento ilícito. Eso tendría lugar cuando el incremento del patrimonio o del gasto económico personal del "funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita", tal como lo describe el artículo 401 del Código Penal peruano. El término "notablemente" remite, en efecto, a una noción indeterminada con marcada intensidad.

Las lagunas dinámicas se presentan cuando el sistema jurídico no ofrece una respuesta unívoca, pero no por defectos o limitaciones del contenido semántico de la disposición jurídica, sino en virtud de los retos que comporta el paso de lo general a lo individual, o bien por el mero devenir del tiempo (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 31-39). Veamos ambas clases de lagunas dinámicas por separado.

Las lagunas que nacen del conflicto entre una disposición jurídica y un caso individual tienen lugar cuando el juicio subsuntivo revela más de una respuesta posible, pero solo en el estricto marco de particularidades fácticas del caso concreto. De esta manera, el problema no pasa por reconocer cuál es la respuesta genérica que se sigue de la disposición jurídica, sino por las dudas que provoca la subsunción del caso concreto en esa formulación normativa.

Por ejemplo, existen instancias claras de aplicación del concepto penal de funcionario público. Estas, por ejemplo, se advierten en los casos de aquellas personas que fueron elegidas por el voto popular; o bien

aquellas que se designan mediante un acto de gobierno. Tal es el caso de los ministros de cada una de las carteras de una gobernación o de la Presidencia de la Nación. Ahora bien, ¿la primera dama –cónyuge o pareja conviviente del presidente– se podría llegar a subsumir dentro de la noción penal de funcionario público? El caso peruano brinda una interesante respuesta a este asunto.

En Perú existe una consolidada jurisprudencia que responde afirmativamente a interrogantes similares; es decir, "funcionario público" también refiere a personas que ejercen *de facto* alguna clase de función pública[10]. En efecto, el caso de Nadine Herrera, esposa del expresidente Ollanta Humala, revela que alguien que no tiene ninguna clase de nombramiento formal por la autoridad administrativa, ni tampoco fue elegida por el voto popular, podría llegar a ser considerada como funcionaria pública.

De acuerdo con Chanján, por caso, Herrera resultaría asimilable a la calidad especial de funcionario público porque se habrían probado los siguientes extremos: (i) que ella era distinguida como primera dama de manera heterónoma, pero también con justo título. (ii) La fiscalía habría demostrado que su intervención activa fue decisiva en la concreción del delito de colusión que cometió en un reparto de funciones con su esposo, quien era el entonces presidente de la república (2020).

También existen lagunas que nacen por el devenir del tiempo. Estas suceden cuando se advierten disposiciones jurídico-penales que pudieron haber sido formuladas estupendamente bien en su momento, pero que con el paso del tiempo han dejado de brindar una respuesta unívoca (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 38-39). Permítaseme ilustrar esta clase de lagunas dinámicas otra vez con un ejemplo proveniente de la necesaria publicación de los actos de gobierno.

Antes de la eclosión de la información que supuso internet, pues se entendía que la publicidad de los actos gubernamentales se refería al deber ineludible de publicar todos y cada uno de los actos administrativos o reglamentos en el Boletín Oficial. No obstante, algunos documentos anexos que resultaban muy extensos no siempre se incluían en la versión impresa del Boletín Oficial. Aunque cabe reconocer que tales anexos sí se ponían a disposición de cualquier ciudadano en las oficinas de la entidad encargada de publicar o archivar tales publicaciones oficiales.

Hoy resulta significativamente menos oneroso para la administración pública garantizar el acceso a información de calidad en manos de los gestores de la cosa pública. Esto implica que en la actualidad resultarían inaceptables aquellas dificultades para acceder a tal información que se percibían como razonables en un contexto en que no existía internet. Por ejemplo, era entendible no publicar complejos planos o extensos pliegos de contratación en el marco de licitaciones públicas, a pesar de que estaban disponibles para cualquier interesado o ciudadano. Sin embargo, hoy se suele acceder a tales documentos anexos mediante enlaces en la plataforma electrónica de contratación estatal. Lo que ha tornado algo bastante sencillo poder acceder a información pública de cierta complejidad.

5.2. La elección inevitable ante el problema de las lagunas: una selección de alternativas de naturaleza política

La politicidad de la interpretación jurídica se revela de modo paradigmático ante las lagunas del derecho. De hecho, tal como hemos visto, tales lagunas no solo se presentan ante un caso de ausencia de regulación normativa, sino ante aquellos casos en que el sistema jurídico no brinda una respuesta unívoca. Ahora bien, si uno pretende dejar de lado los resultados que se refieran a intereses particulares –por ejemplo, elección *pro amico*– y, a la vez, pretende superar el problema de las lagunas, pues no cabe sino una elección de naturaleza política (Lombardi Vallauri, 1981, pp. 73-74).

Este argumento podría suscitar desconfianza porque rápidamente asumimos que muchos políticos profesionales se dedican a concretar sus intereses personales por medio de cargos públicos, al menos en países hispanohablantes. De hecho, no faltan datos que confirmen tal preconcepto. Según el Latinobarómetro (2015), más del 50% de la población latinoamericana presenta una desafección representativa; es decir, entre los ciudadanos abunda un sentimiento de distancia o rechazo de las instituciones y los agentes que ejercen la representación política (Monsiváis Carrillo, 2017, p. 7). En tal contexto resulta sencillo explicar la desconfianza que suscita la introducción de un elemento político en el mundo del derecho.

Con todo, aquí cabe distinguir puntillosamente entre una deliberación de naturaleza político-arquitectónica y una de

(10) Para un mayor desarrollo, véase Sentencia 2758-2004-HC/TC del Tribunal Constitucional del Perú.

tipo faccioso. Si la determinación del resultado se basara en una consideración política de naturaleza meramente facciosa, pues estaríamos reintroduciendo criterios particulares; esto es, los intereses de una facción de la lucha política. Así, cabría preguntarse: ¿en qué consiste la naturaleza política de la interpretación jurídica? ¿Puede acaso tal politicidad eximirse de una excesiva presión de los actores políticos sobre los jueces y fiscales?

La respuesta a este interrogante es tan compleja como apremiante. Es algo complejo porque implica adentrarse en discusiones en que se entrecruzan cuestiones axiológicas de la teoría constitucional, la teoría política y la filosofía del derecho. Y, a la vez, resulta algo apremiante porque quizá el mayor obstáculo para la seguridad jurídica es el oculto y críptico trasfondo ideológico de los jueces (Lombardi Vallauri, 1981, p. 53). Dicho de otra manera, una asignatura pendiente de la justicia penal consiste en transparentar los criterios políticos que guían a sus decisiones judiciales.

La solución que defenderé en las próximas páginas supone que la interpretación jurídica es una actividad de naturaleza política, pero rechazo una visión puramente facciosa o agonal al respecto[11]. Antes bien, la interpretación del derecho se despliega en el campo de la política arquitectónica o global (García-Pelayo, 1983, pp. 1-42). Así, la visión que propongo asume que interpretar el derecho es un tipo de deliberación sobre lo que es mejor para nuestra *polis* (Goldford, 1990, p. 276). No obstante, esa deliberación no es ilimitada, sino que está restringida por un sistema de reglas y principios jurídicos.

Concretamente, en la materia que nos ocupa, todo remite a una cuestión de central importancia: el mantenimiento del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa en juicio. Porque la defensa de ese principio básico del proceso penal ha de regir de manera universal; es decir, en todo tiempo y en todo lugar. Sin embargo, cabría determinar si algunas de las modulaciones que se aplican en la jurisprudencia penal son regulaciones razonables o no para la investigación y la represión de delitos de corrupción.

Porque el objetivo es determinar en qué condiciones resulta inaceptable un umbral de garantías diferenciado para prevenir, investigar y sancionar a funcionarios que fueron seleccionados en sufragios libres. En efecto, el alcance de la interpretación jurídica de los principios procesales implicados se podría dilucidar a través del examen de proporcionalidad o, mejor aún, un examen de razonabilidad. Veamos.

6. Bases para un examen de razonabilidad: el caso del derecho al debido proceso frente a la prisión preventiva

Uno de los límites de la práctica interpretativa del derecho es la razonabilidad o, como mínimo, la pretensión de razonabilidad de las resoluciones por las que los jueces imperan el modo de concretar, entre muchos otros posibles, el resultado interpretativo que se escogieron como el mejor para la *polis* en que se desempeñan. Sin embargo, en lo que se sigue se partirá de una premisa básica: la conveniencia de poner en acción al test de razonabilidad. Esto adiciona un paso al examen de proporcionalidad; a saber, la garantía del contenido mínimo de los derechos y bienes implicados que presenten naturaleza fundamental (Cianciardo, 2010, p. 177).

Ahora bien, la práctica del test de razonabilidad se desarrollará a partir del ejemplo del derecho al debido proceso. Más en concreto, se abordará tal derecho en el marco de la aplicación de medidas cautelares propias del proceso penal como, por ejemplo, la prisión preventiva. En tal sentido, se desglosarán los tres elementos o subjuicios elementales de la máxima de razonabilidad: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Con todo, esos tres subjuicios están enlazados de manera copulativa; es decir, solo cabe efectuar el segundo paso si se ha superado el primero, y, por ende, solo se ha de proseguir hacia el tercer paso si los dos primeros han sido exitosamente franqueados. Sin embargo, tal como lo plantean Toller (2014), y Cianciardo (1999), se complementará el esquema planteado con un cuarto y adicional paso; el cual se dirige a examinar el grado de afectación del contenido básico de los bienes o derechos abarcados.

(11) En este punto, la respuesta que propongo se separa de las llamadas ‘teorías críticas del Derecho’, las cuales podrían coincidir en el relieve político de la interpretación del Derecho, pero porque en ello advierten un enmascaramiento de relaciones de dominación o una mera voluntad de poder. A modo de ejemplo, véase “Legal Formality”, de Kennedy (1973).

6.1. Subjuicio de adecuación o idoneidad

Este paso o subjuicio conlleva una cierta noción de la razonabilidad práctica que hace referencia a los fines de las disposiciones normativas bajo análisis. De esta manera, una interpretación de los derechos podrá calificarse como razonable, *prima facie,* si la alternativa escogida por el intérprete resulta ser el medio más adecuado; esto es, si se ha seleccionado el camino más eficaz y eficiente para concretar una determinada finalidad (Cianciardo, 2014, p. 26). Esto significa que el intérprete resulta capaz de reconocer tanto cuál es la finalidad de una disposición normativa como los medios que el legislador o constituyente escogió para concretar ese fin. Con todo, no se puede tratar de cualquier clase de fines, sino unos que han de ser legítimos y socialmente relevantes (Didier, 2015, p. 259). Luego, el intérprete ha de constatar si los medios disponibles resultan aptos para realizar tal finalidad (Cianciardo, 2010, p. 179).

Así, por ejemplo, la tensión del derecho al debido proceso ante la aplicación de una prisión preventiva conlleva dilucidar cuál es el fin que persiguen las disposiciones jurídicas que regulan tal medida cautelar del proceso penal. Pero, además, resulta necesario examinar si la citada disposición jurídico-procesal posee una finalidad constitucionalmente admisible y socialmente relevante (Didier, 2015, p. 259). En efecto, el subjuicio de idoneidad conlleva un subexamen dirigido a determinar si el derecho al debido proceso en materia penal es algo orientado a realizar alguna clase de bien público.

Ahora bien, cabría preguntarse: ¿es la prisión preventiva un medio adecuado para asegurar que se realice un proceso penal frente a conductas del acusado que podrían frustrar la aplicación de una eventual sanción penal? La respuesta es afirmativa. Porque, al fin y al cabo, si el acusado está preso, pues no hay mejor garantía de que el proceso se llevará adelante sin obstaculizaciones en la investigación. Y si la persona está detenida de modo preventivo en un establecimiento carcelario, pues también está prácticamente asegurado que no hay posibilidad de fuga. Sin embargo, todo esto podría caer en una falacia de petición de principios. Resulta necesario que se ponga de relieve si realmente carecemos de alternativas idóneas capaces de garantizar al proceso penal de manera eficaz (Damer, 2008, pp. 69-70). En fin, esto nos introduce en el segundo paso del test de razonabilidad.

6.2. Subjuicio de necesidad

La práctica del subjuicio de necesidad requiere precisar si acaso la restricción de alguno de los bienes o derechos comprendidos pudo haber sido soslayada; esto es, si podría haberse llegado a un igual estado de casos que aquel se pretende, pero a través de caminos menos lesivos para cada uno de los derechos en cuestión (Clérico, 2015, p. 76). En lo que hace a la garantía del debido proceso ante una solicitud de prisión preventiva, cabría plantearse si esto supone una restricción inaceptable a uno de los bienes centrales del proceso penal: la regla general de transcurrir un proceso penal en libertad hasta que se emita una sentencia condenatoria no pueda ser impugnada de ningún modo.

De hecho, la pretensión de sostener la libertad del acusado en el proceso penal se podría malograr ante acusados que realizan actividades que socavan la consecución del proceso; o que bien han cometido acciones que permitan inferir un inminente peligro de fuga. En efecto, este subjuicio supone valorar o ponderar el grado de aceptabilidad de una restricción a la libertad en el proceso, pero siempre bajo una evaluación de todos y cada una de las alternativas disponibles.

En efecto, se ha de analizar si la justificación de la limitación del bien afectado es excesiva; es decir, si podría evitarse o, al menos, desplegarse a través de los medios menos lesivos para los derechos de las personas involucradas (Clérico, 2015, p. 82). En fin, ¿por qué razones debería optar por asegurar el proceso mediante una prisión preventiva y no a través de una prisión domiciliaria u otra medida de coerción?

Así, el subexamen de necesidad comprende un análisis de la conexión empírica entre la medida estatal y el bien o derecho limitado (Clérico, 2015, p. 82). A diferencia del subjuicio de idoneidad, se realiza aquí una constatación de corte empírico; es decir, se contrasta la medida escogida –o a adoptar– con otras alternativas efectivamente disponibles.

Más específicamente, el subexamen de necesidad puede presentarse bajo alguna de las siguientes maneras:

a) Comparación de los medios alternativos. Los diversos medios a disposición del intérprete se comparan con el resultado interpretativo que se haya adoptado en relación con el fomento de un fin constitucional legítimo. En el caso del derecho al debido proceso frente a una solicitud de prisión preventiva, esto nos llevaría a plantearnos el siguiente interrogante: ¿existe una alternativa disponible que sea capaz de asegurar la obligación estatal consistente en investigar y sancionar un delito, pero que,

a la vez, asegure la libertad del acusado durante el proceso? ¿Podría asegurarse el estado de inocencia sin aniquilar las chances de aplicar una eventual sentencia condenatoria?

b) Comparación de la intensidad de la afectación del derecho involucrado. Aquí resulta preciso comparar las medidas alternativas con el grado de restricción de los derechos y bienes comprometidos que estas implican (Clérico, 2015, pp. 82-83).

En el caso de una aplicación de una prisión preventiva, esto supone considerar que las alternativas disponibles de manera inevitable conllevan algún grado de restricción severa del derecho a la libertad. Esto resulta muy delicado mientras no haya recaído una sentencia condenatoria que no pueda ser impugnada o recurrida. En cualquier caso, una práctica interpretativa razonable del derecho al debido proceso conlleva el deber de escoger aquella interpretación de tal derecho que menos restringe los derechos y bienes en cuestión. Dicho de otro modo, el intérprete u operador jurídico tiene la carga de argumentar que la restricción escogida es la menos lesiva de los bienes, deberes estatales y derechos constitucionales involucrados en el caso concreto.

6.3. Subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto

Luego de superar los juicios de adecuación y de necesidad, el test de razonabilidad supone ponderar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida bajo análisis. Este subjuicio conlleva establecer si la medida bajo examen guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar (Cianciardo, 2009, p. 107). Sin embargo, cabría preguntarse algo fundamental: ¿qué se ha de entender por una "relación razonable"?

Así, el examen de proporcionalidad conlleva dos tipos de dificultades de extrema relevancia. De esto se desprenden los problemas implicados en la identificación, valoración y comparación de los intereses en juego. En el ejemplo del derecho al debido proceso, ¿cuánto "pesan" aquellos intereses que defienden que la tutela del proceso penal no puede depender de la libertad de una persona que ha sido acusada de un crimen grave? ¿O debería adoptar una respuesta opuesta que haga prevalecer de manera absoluta a la libertad en el proceso por sobre el aseguramiento del proceso penal? Si resultara imposible eludir tal disyuntiva, estaríamos ante una jerarquización tácita de las pretensiones o intereses bajo discusión (Cianciardo, 2009, p. 110).

La respuesta preponderante a estas preguntas suele hacer referencia a un balance entre pros y contras del resultado interpretativo que se adopte (Cianciardo, 2009, p. 107). Sin embargo, tal caracterización es presa de múltiples objeciones. Porque, en primer término, resulta sumamente arduo especificar el significado de la expresión "relación razonable". En efecto, la explicación de tal concepto mediante un "balance entre costos y beneficios" parece designar que será razonable toda decisión que conlleve un sacrificio justificado en relación con los costos implicados. Por ende, cuanto mayor sea el beneficio que se siga de la decisión, mayor aceptación habría que predicar del grado de restricción tolerable.

La aludida "relación razonable" conllevaría una decisión que presupondría una escala de valor en virtud de la cual se le asigna más o menos peso a tal o cual posición. Pero lo más preocupante es que las razones que estructuran tal decisión no resulten explicitadas. Dicho con otras palabras, si se asume que un bien público o derecho fundamental vale más que otro, eso depende necesariamente de la unidad de medida o valor que se adopte. El problema radica en que esa medida carece de explicación o justificación normativa alguna que trascienda a los sentimientos del intérprete o a compromisos morales que este adopta, de modo generalmente no explícito, lo que lleva a asumir una opaca jerarquización *ad casum* de tal o cual valor, bien o derecho constitucional (Urbina, 2012, p. 58).

En segundo lugar, incluso si pudiéramos reconocer cuál es el fin que se busca alcanzar con un determinado resultado interpretativo, y que este reviste trascendencia institucional, existe otro desafío. Además, se ha de argumentar que el medio escogido se justifica en función del peligro que pretende evitar. De lo contrario, estaríamos desnaturalizando el sentido mismo que originó el propio examen de razonabilidad (Cianciardo, 2009, pp. 110-111). Más en concreto, sucedería algo trágico si se concede que podemos afirmar la prevalencia del valor "deber de prevenir, investigar y sancionar" por sobre principios iusfundamentales como el estado de inocencia. Porque la presunción de inocencia se tornaría valiosa en términos constitucionales, pero solo en tanto en cuanto no se enfrente con los bienes tutelados por la represión de delitos contra la gestión de la *res* pública.

En efecto, el examen de proporcionalidad en sentido estricto terminaría en la conculcación de uno de los deberes y derechos fundamentales en cuestión. Más aún, la vigencia material de los derechos

fundamentales estaría subordinada a su no afectación a un interés estatal de suma relevancia. Por consiguiente, se sometería al estado de inocencia a una condición: que no se halle en tensión con el eficaz ejercicio de la función materialmente administrativa. Esto equivaldría a decir que el cuidado de las arcas del gobierno estatal prevalece por sobre las garantías del acusado (Donna, 2011, p. 259).

Así, el apropiado respeto de los derechos fundamentales dependería de su adecuación a una "razón de Estado" (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). ¿Cómo huir de las encerronas que supone el subjuicio de proporcionalidad en sentido estricto? Pues toca adicionar un paso suplementario capaz de perfeccionar todas estas falencias. Esto podría asegurar la operatividad de todos de los derechos involucrados en el universo de todos los casos posibles.

6.4. Subjuicio de aseguramiento del contenido esencial de los derechos involucrados

El aseguramiento del derecho al debido proceso, si pretende evitar una deriva hacia prácticas judiciales lesivas frente a la aplicación de una prisión preventiva, también precisa de un nuevo elemento en el razonamiento: la garantía del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales. Porque sortear con éxito cada una de las etapas del examen de proporcionalidad no siempre nos asegura que estemos frente a una decisión constitucional. Porque bien podría suceder que esté seriamente restringido el contenido esencial de uno de los derechos involucrados (Cianciardo, 1999, pp. 50-51). Ahora bien, ¿en qué consiste el contenido esencial de los derechos fundamentales? Pues esto se refiere a la validez de una serie de derechos que poseen un inalterable núcleo. Aún más, ese núcleo bajo ningún concepto podría ser restringido o limitado (Nogueira Alcalá, 2003, p. 245).

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos del contenido esencial de los derechos fundamentales? La especificación del contenido esencial del derecho al debido proceso ha de formularse concretamente; esto es, en el marco de un caso concreto y particular, mediante una descripción de los siguientes elementos (Toller, 2014, p. 168):

a) Finalidad o propósitos para los que se reconoce el derecho fundamental en cuestión.
b) Determinación de su titular (sujeto activo).
c) Determinación de la persona que ha de respetar o concretar tal derecho fundamental (sujeto pasivo).
d) Contenido material o descripción de la acción humana involucrada por los derechos en juego.
e) Condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho, lo cual también refiere a, si correspondiera, aquellas condiciones que habilitan al titular a renunciar al derecho en cuestión.
f) Qué libertades y facultades para obrar correspondan al titular que demanda el derecho, lo que también comprende una especificación de sus límites. Por ejemplo, la determinación de sus deberes, y especialmente el deber de no interferencia y de conciliación con los derechos y libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.

7. Balance conclusivo: la inevitable politicidad de la justicia penal (entre la ingenuidad y el pesimismo)

El discurso sobre lo que algunos designan como *lawfare* en los casos de Cristina Fernández de Kirchner o Lula da Silva, se nos presenta como un mito político. No porque las persecuciones de políticos por medios judiciales sean un relato fantasioso o veraz, sino porque se articulan narrativas sobre tales fenómenos con notables deficiencias argumentativas. Porque, por ejemplo, abundan las magras puntualizaciones sobre los hechos supuestamente criminales que se endilgan a los políticos que pretenden cobijarse en el *lawfare*.

Aún más, tampoco faltan investigadores que se excusan de abordar si las irregularidades que se denuncian como persecución o guerra judicial o están fundadas en evidencia. Esto podría explicarse porque los desarrollos académicos sobre la "guerra judicial" suelen abordarse netamente desde la teoría política. La falta de un engarce con una rigurosa aproximación jurídico-procesal basada en un exhaustivo conocimiento de los casos concretos suele ser la regla y, por ende, todo culmina en críticas inadecuadamente fundadas; esto es, en una sucesión de falacias.

Permítaseme brindar un botón de muestra. Los que plantean casos de guerra judicial suelen partir de afirmaciones ligeras como esta: "En el caso de Cristina Fernández de Kirchner, no pudieron apartarla del camino a un nuevo Gobierno popular porque las causas judiciales en su contra son endebles y las pruebas inexistentes (…)" (Böcker Zavaro, 2021, p. 20). Es decir, como se la

habría acusado sin pruebas, estamos ante un proceso penal totalmente inaceptable y, por ende, ante un caso de *lawfare*. Punto. ¿Pero qué adujo el juez para rechazar tal pedido? ¿Era una prueba imprescindible para que la acusada construya su estrategia defensiva o era una maniobra dilatoria más? La falta de respuesta a esta clase de interrogantes termina configurando ejemplos paradigmáticos de "falacias de petición de principios"; esto es, aserciones que se dan por probadas u obvias, pero que en realidad todavía han de ser probadas.

El hecho de que estemos ante una sucesión de falacias no implica negar o ratificar que los casos de Lula da Silva o Cristina Fernández de Kirchner sean ejemplos o instancias del concepto de *lawfare*. La caracterización de un discurso como falacioso, tal como se ha desarrollado en este artículo, no conlleva un pronunciamiento sobre la veracidad de lo que se afirma, solo implica que estamos frente a un argumento que no se ha sustentado adecuadamente. En la temática que nos ocupa podemos advertir que no se ha ofrecido respaldo alguno para sustentar, concretamente, por ejemplo, que a Cristina Fernández de Kirchner se la ha cercenado su derecho a la defensa en juicio cuando se le negó producir tal o cual elemento probatorio.

El otro gran asunto que plantea la represión de los delitos que son imputados a políticos es que esto suele presuponer una completa neutralidad política de los jueces penales al momento de ser llamados a interpretar la ley penal. Sin embargo, tal cosa resulta netamente imposible. Cada interpretación de la ley penal ante una laguna supone una deliberación sobre lo que es mejor para la *polis;* es decir, una deliberación política. Esto no equivale a dar rienda suelta a las preferencias ideológico-políticas de cada operador jurídico, ni mucho menos de los jueces.

Los jueces disponen de una amplia creatividad para determinar el alcance de las disposiciones jurídico-penales cuando el ordenamiento jurídico no brinda una respuesta unívoca. No obstante, las deliberaciones políticas de tales magistrados están limitadas por el sistema de reglas y principios que provee el sistema jurídico. Esto implica que la concreción de la ley penal debe efectuarse de manera razonable para todos y cada uno de los bienes y derechos fundamentales involucrados. Por ende, la tutela del eficaz y normal despliegue de la administración pública no puede efectuarse de cualquier modo. La represión de conductas supuestamente delictivas contra el erario no puede conculcar los derechos fundamentales del funcionario acusado. Por el contrario, la tutela de los bienes jurídicos implicados en un caso de corrupción debe siempre conciliarse con la vigencia del derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva.

Esto significa que la determinación sobre cuál es la manera más correcta de interpretar la ley penal ante casos de corrupción pública supone una carga argumentativa retadora e intensa. El magistrado deberá argumentar que su respuesta permite salvaguardar aquellos bienes jurídicos tutelados mediante el castigo de delitos de corrupción. Pero también deberá hacerlo mediante una meticulosa protección de las garantías fundamentales del acusado. El castigo de la corrupción, sin un respeto básico del derecho al debido proceso, con el fin de socavar la credibilidad o chances electorales de un político profesional, configuraría un ejemplo paradigmático de *lawfare*.

Así, quienes pretendan calificar a una persecución judicial de una persona es víctima de *lawfare* han de asumir la carga de brindar argumentos resistentes para sostener que estamos ante un caso de un político, de izquierda o derecha (eso no importa), al que no se le respetan sus garantías procesales básicas, todo con el propósito de aniquilar su proyección sobre la política agonal. El énfasis robusto que se pone sobre el supuesto concierto internacional de voluntades que fomenta abusos inaceptables del sistema de justicia penal, pero sin el acompañamiento de evidencias que respalden tales aserciones, es lo que instala un mito político defectuoso.

La deficiencia del mito responde a que se trata de un relato que pone más el acento en el propósito del mito –la supuesta voluntad hegemónica de Estados Unidos de América de imponer un modelo neoliberal en América Latina– que en la articulación clara de un discurso resistente sobre la ilegítima persecución judicial de líderes políticos. Esto significa que no estamos frente a una narrativa construida sobre un razonamiento que se caracteriza por ser suficiente, relevante y aceptable sobre la conculcación severa de las garantías procesales de personas abocadas a la actividad política.

En resumen, si la narrativa primordial sobre la que descansa el mito latinoamericano de *lawfare* se adecúa a la verdad histórica, es algo sobre lo que no incidí en este trabajo. Tan solo rechacé la ingenuidad de una justicia penal totalmente aséptica a nivel político, pero también he negado que la justicia penal esté sujeta decisivamente a los vaivenes de la política agonal. Porque la administración de justicia penal reviste una faz política al

momento de superar las lagunas que se le presentan. Eso se debe a que el castigo de la corrupción implica generalmente una concepción sobre lo que es mejor para el país. Con todo, la legitimidad del sistema penal depende de superar un reto: conciliar la dimensión política de la represión penal de la corrupción con el respeto de cada una de las reglas y principios del sistema jurídico. Al fin y al cabo, la aplicación no mecánica del derecho penal está subalternada a la política arquitectónica, pero esta se encuentra constreñida por el Derecho.

Referencias bibliográficas

Bent, Y. y Delgado, F. (2021). El lawfare en la Argentina, una nueva dinámica política. *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, *2*(2), 55-73.

Bielsa, R. y Peretti, P. (2020). *Lawfare. Guerra judicial-mediática: desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*. Ariel.

Böcker Zavaro, R. (2021). Impeachment, lawfare y fake news en Brasil: Un espejo latinoamericano. *Revista Internacional de Organizaciones*, (25-26), 7-26. https://doi.org/10.17345/rio25-26.7-26.

Britto Londoño, R. (2021). Lawfare, interdependencia armada y autoridad artificial penetrante en el poder judicial de América Latina. *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, *2*(2), 16-35. https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4075.

Bulygin, E. (2005). Creación y aplicación del Derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz (Eds.), *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 29-44). Marcial Pons.

Caamaño, C., Zaffaroni, E., & Weis, V. (2023). Some Exemplary Lawfare Cases. En C. Caamaño, E. Zaffaroni, & V. Weis (Eds.), *Lawfare: The Criminalization of Democratic Politics in the Global South* (Vol. 244, pp. 124-131). Brill.

Campbell, J. (1991). *El poder del mito* (C. Aira, Trad.).Emecé Editores.

Chanján, R. (2020, 25 de febrero). *Reflexiones en torno al "funcionario de facto" en el derecho penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine Heredia*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/reflexiones-en-torno-al-funcionario-de-facto-en-el-derecho-penal-a-proposito-del-caso-de-la-ex-primera-dama-nadine-heredia/

Cholvis, J. (2023). Lawfare, constitución, y nuevo orden internacional. *Realidad Económica*, *53*(354), 17-46.

Cianciardo, J. (1999). Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. *Persona y Derecho*, (41), 45-56. https://doi.org/10.15581/011.32149.

Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2ª Ed.). Ábaco.

Cianciardo, J. (2010). The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights. *Journal of Civil Law Studies*, *3*(1), 177-186.

Cianciardo, J. (2014). Argumentación, principios y razonabilidad entre la irracionalidad y la racionalidad. *Revista de Fundamentación Jurídica*, *23*(1), 11-36. https://doi.org/10.5294/DIKA.2014.23.1.2.

Clérico, L. (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. *Anuario de Filosofia del Derecho*, (31), 73-99.

Crosswhite, J. (1993). Being Unreasonable: Perelman and the problem of fallacies. *Argumentation*, (7), 385-402. https://doi.org/10.1007/BF00711057.

Damer, T. (2008). *Attacking Faulty Reasoning: a Practical Guide to Fallacy-Free Arguments* (6ª Ed). Wadsworth.

Didier, M. (2015). El derecho a la objeción de conciencia: criterios para su interpretación. *Díkaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, *24*(2), 253-281. https://doi.org/http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.2.3.

Donna, E. (2011). *Derecho Penal: Parte Especial* (2ª Ed.). Rubinzal-Culzoni.

Eliade, M. (1963). *Myth and Reality* (W. Trask, Trad.). Harper & Row.

Endicott, T. (2001). Law is Necessarily Vague. *Legal Theory*, *7*(4), 379-385. https://doi.org/10.1017/s135232520170403x.

Epstein, L., & Knight, J. (1997). *The Choices Justices Make*. CQ Press.

Etcheverry, J. (2010). La relevancia del derecho que remite a la moral. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (4), 205-242. https://doi.org/10.22201/iij.24487937e.2010.4.8093.

Fogelin, R., & Duggan, T. (1987). Fallacies. *Argumentation*, *1*(3), 255-262. https://doi.org/10.1007/BF00136777.

Fonseca Lindez, I. (2019). Guerra híbrida y operaciones legales. *Revista Española de Derecho Militar*, (111–112), 119-153.

Gallino, G., Ferreri, L., y Castano, C. (2022). El lawfare como ritual de degradación pública. Apuntes para la discusión desde un caso argentino. *Textos y Contextos*, *1*(24), 1-11. https://doi.org/10.29166/tyc.v1i24.3724.

García-Pelayo, M. (1983*). Idea de la política y otros escritos*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

García Amado, J. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Zela.

García Damborenea, R. (2000). *Diccionario de falacias*. Biblioteca Nueva.

Goldford, D. (1990). The Political Character of Constitutional Interpretation. *Polity*, *23*(2), 255-281. https://doi.org/10.2307/3235074.

Govier, T. (1992). What is a Good Argument?. *Metaphilosophy*, *23*(4), 393-409.

Govier, T. (2018). *Problems in Argument Analysis and Evaluation*. University of Windsor.

Hernández Rodríguez, M. (2015). El problema de las lagunas. Rasgos distintivos y razones de las peculiaridades de las lagunas canónicas. *Anuario de Derecho Canónico*, (4), 149-199.

Johnson, R. (1987). The Blaze of her splendors: Suggestions about revitalizing fallacy theory. *Argumentation*, (1), 239-253. https://doi.org/10.1007/BF00136776.

Kennedy, D. (1973). Legal Formality. *The Journal of Legal Studies*, *2*(2), 351-398. https://doi.org/10.1086/467502.

Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press.

Laise, L. (2023). *Cómo argumentar un caso penal*. Hammurabi.

Lombardi Vallauri, L. (1981). *Corso di filosofia del diritto*. Casa Editrice Dott Antonio Milani.

Monsiváis Carrillo, A. (2017). La desafección representativa en América Latina. *Andamios*, *14*(35), 1-24.

Nava Tovar, A. (2019). Falacias y derecho penal. *Quadripartita Ratio*, (8), 2-25. https://doi.org/10.32870/qr.v4i8.107.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Penha, N. y Back, C. (2022). El lawfare como estrategia contra Venezuela. *Sul Global*, *3*(2), 54-77.

Pérez Luño, A. (1997). Principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?. *Revista de Estudios Políticos*, (98), 9-24.

Proner, C. (2023). El antijurídico, la desestabilización y la desinstitucionalización en América Latina. En C. Samper, E. Ramina y L. Proner (Ed.), *Guerras jurídicas contra la democracia* (Vol. 1, pp. 428-470). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.

Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación jurídica*. Astrea.

Ramina, L. (2023). La guerra judicial contra Cristina Fernández de Kircher en el contexto de la guerra híbrida. En B. Garzón, G. Ricobom, & S. Romano (Eds.), *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina* (pp. 123-136). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.

Ramina, L. y Proner, C. (2023). Presentación: Las guerras jurídicas contra la democracia en América Latina. En P. Gentili y C. Proner (Coords.), *Guerras Jurídicas contra la Democracia* (pp. 12-16). Ariel.

Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del Derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin. Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (40), 49-68. https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.02.

Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press.

Rodríguez, J. L. (2005). La imagen actual de las lagunas en el Derecho. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz (Eds.), *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 127-157). Marcial Pons.

Romano, S. (2019). Introducción. Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina. En S. Romano (Ed.), *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (pp. 19-38). Mármol Izquierdo.

Romano, S. (2021). El lawfare como agenda de investigación. *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, *2*(2), 1-15. https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4074.

Romano, S. (2022). De la guerra psicológica al lawfare en América Latina. *Revista Tlatelolco*, *1*(1), 88-111.

Romano, S. y Maisonnave, M. (2023). El lawfare como acoso judicial contra Cristina Fernández de Kirchner. En B. Garzón, G. Ricobom, & S. Romano (Coords.), *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina* (pp. 107-122). Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales.

Sánchez García, F. (2010). Paralogismos y sofismas del discurso político español. La falacia política en un corpus de debates parlamentarios. *Anuario de Estudios Filológicos*, *33*, 271-290.

Schvartzman, A. (12 de marzo de 2021). *Roberto Gargarella: "La liberación de Lula evidencia que el lawfare es una tontería"*. La Vanguardia. https://lavanguardiadigital.com.ar/index.php/2021/03/12/roberto-gargarella-la-liberacion-de-lula-evidencia-que-el-lawfare-es-una-tonteria/

Segal, R. (2004). *Myth: a Very Short Introduction*. Oxford University Press.

Sierra Caballero, F. (2022). Lawfare y guerra mediática. En L. Ramina (Ed.), *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida* (pp. 171-195). Íthala.

Smulovitz, C. (2022). Del "descubrimiento de la ley" al "lawfare" o cómo las uvas se volvieron amargas. Revista SAAP, *16*(2), 231-259. https://doi.org/10.46468/rsaap.16.2.A1.

Sorel, G. (1978). *Reflexiones sobre la violencia* (A. Ruiz, Trad.). La Pléyade.

Streck, L. (2022). Lawfare: como detectar os sintomas desse coronajuris. En L. Ramina (Ed.), *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida* (pp. 769-781). Íthala.

Tarello, G. (2013). La interpretación de la ley. Palestra Editores.

Toller, F. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. Elías, L. S. Grosman, & S. Legarre (Eds.), *Tratado de Derechos Constitucionales* (pp. 107-199). Abeledo-Perrot.

Urbina, F. (2012). A Critique of Proportionality. *American Journal of Jurisprudence*, *57*, 49-80. https://doi.org/10.1093/ajj/57.1.49.

Vega Reñón, L. (2008). Paralogismos: una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (31), 625-640. https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.34.

Vegh Weis, V. (2021). El lawfare como golpe por goteo. *Revista Pensamiento Penal*, (403), 1-38.

Vegh Weis, V. (2022). *What does Lawfare mean in Latin America? A new framework for understanding the criminalization of progressive political leaders*. Punishment & Society.

Woods, J. (2004). *The Death of Argument: Fallacies in Agent Based Reasoning.* Springer.

Zaffaroni, E. (2019). Prólogo. En S. Romano (Ed.), *Lawfare. Giro judicial y neoliberalismo en América Latina* (pp. 9–18). Mármol Izquierdo.

Zanin, C., Martins, V., & Valim, R. (2021). *Lawfare: Waging War through Law.* Routledge.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.012

La teoría de la coautoría no ejecutiva e imputación penal a líderes de protestas sociales(*)(**)(***)

The theory of non-executive co-authorship and criminal charges against leaders of social protests

Rafael Chanjan Documet(****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo analizar la teoría de la coautoría no ejecutiva y su viabilidad como título de imputación penal a líderes de protestas sociales por delitos originados en dicho contexto. Para ello, se realiza una revisión de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional respecto de la teoría de la coautoría no ejecutiva con la finalidad de evidenciar bajo qué concepto dicha figura es compatible con los fundamentos tradicionales de la coautoría. Ello, para, después, evidenciar cuándo es posible su aplicación, considerando sus planteamientos dogmáticos y un enfoque de derechos humanos, en dicho contexto de protesta. Al respecto, se sostiene que solo podrá ser imputado bajo dicho título si se presenta prueba suficiente que evidencia que el líder social, bajo un plan común, participó de manera esencial y remota en la fase ejecutiva del delito atribuido.

Palabras claves: Dominio del hecho - Coautoría no ejecutiva - Líderes - Protesta social - Derechos Humanos - Derecho Penal - Perú

Abstract: The aim of this article is to analyses the theory of non-executive co-authorship and its viability as a criminal charge for leaders of social protests for crimes originating in this context. For this, a review of national and international jurisprudence and doctrine on the theory of non-executive co-authorship is carried out in order to show what concept of this figure is compatible with the traditional foundations of co-authorship. This, to then show when its application is possible, considering its dogmatic approaches and a human rights approach, in protest. In this regard, it is argued that it can only be charged under this title if there is sufficient evidence that shows that the social leader, under a common plan, participated in an essential and remote way in the executive phase of the attributed crime.

Keywords: Domain of the fact - Non-executive co-authorship - Leaders - Social protest - Human rights - Criminal law - Peru

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 24 de agosto de 2023 y su publicación fue aprobada el 1 de octubre de 2023.
(**) La presente investigación se realizó a pedido de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos - CNDDHH.
(***) El autor agradece el apoyo de Sebastian Leyva Avila en la revisión de la bibliografía del presente trabajo.
(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Murcia. Docente ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente contratado de la Academia de la Magistratura - AMAG. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción - DEPEC PUCP. Ex Coordinador de la línea anticorrupción del IDEHPUCP. Ex comisionado de la Defensoría del Pueblo. Ha sido consultor de diversas instituciones públicas y privadas nacionales e internacionales. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1521-0321. Correo electrónico: rchanjan@pucp.pe.

1. Introducción

En el Perú, los conflictos sociales generadores de protestas ciudadanas son recurrentes desde hace varios años. A junio de 2023, se evidenció un total de 223 conflictos sociales, 168 activos y 55 latentes (Defensoría del Pueblo del Perú, 2023, p. 7). En ese contexto, cuando surgen las movilizaciones sociales, puede ocurrir que, por la acción de determinadas personas o grupos de personas, se generen enfrentamientos con las fuerzas policiales y armadas, bloqueo de carreteras, daños al patrimonio de instituciones públicas o privada, entre otros. Estos acontecimientos pueden llegar a derivar en detenciones e imputaciones penales a dirigentes, líderes u organizadores de las protestas a través de una variedad de figuras penales tales como disturbios, extorsión, entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, daños, lesiones, violencia, resistencia a la autoridad, entre otros.

Para ello, se deberá evaluar el nivel de intervención de un sujeto a fin de determinar un título de la imputación penal, los cuales, en estos casos, son variados: autoría directa, autoría mediata, instigación o coautoría. Precisamente, en cuanto a este último, se ha evidenciado su aplicación judicial en el caso denominado "Aymarazo", en el cual se condenó a Walter Aduviri Calisaya, dirigente del Frente de Defensa de Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno (FDRNZS-P), por el delito de disturbios (Exp. 00682-2011-23-2101-JR-PE-02). En dicho caso, entró a debate la viabilidad dogmático-penal de la figura de la "coautoría no ejecutiva" como una clasificación más de la coautoría. Al respecto, a través de la Casación 274-2020-Puno, de 9 de diciembre de 2020, la Corte Suprema tomó una posición para el presente caso.

Asimismo, en otras oportunidades, la jurisprudencia penal peruana se ha pronunciado sobre los alcances de la coautoría no ejecutiva como título de imputación delictiva, aplicándola o no para determinados sucesos delictivos en los que intervienen una pluralidad de agentes. Del mismo modo, en la doctrina penal nacional y extranjera se ha suscitado un debate teórico sobre el reconocimiento de la figura de la coautoría no ejecutiva, la cual relativiza los elementos tradicionales de la coautoría, aceptados, pacíficamente, por la doctrina.

Así, sobre la base de lo antes referido, el presente artículo pretende responder principalmente a las siguientes cuestiones: ¿cuándo es posible imputar como coautor no ejecutivo a líderes sociales que organizan y/o participan en manifestaciones en las cuales determinadas personas cometen actos delictivos? Para ello, se partirá identificando los fundamentos de la coautoría y la naturaleza de la denominada "coautoría no ejecutiva". Finalmente, se culminará con el análisis propio de esta figura en relación a posibles imputaciones penales a lideres sociales en un contexto de actos delictivos en manifestaciones, utilizando como eje referencial el caso de Walter Aduviri.

2. La coautoría delictiva y responsabilidad penal

El Código Penal peruano ha reconocido la figura de la coautoría delictiva en el artículo 23, el cual señala que serán reprimidos, penalmente, aquellos que cometan el delito "conjuntamente". Si bien el código no llega a conceptualizar dicha figura, la doctrina ha contribuido en dicha cuestión. Así, según Claus Roxin (2015), el máximo exponente y mentor de la teoría del dominio del hecho en las diversas formas de autoría delictiva, se entenderá como autor de un delito a aquel que domina el hecho y, dependiendo de la forma de autoría que se trate, el dominio podrá manifestarse en tres formas: En la autoría directa, siempre que exista un dominio de la acción; mientras que, en la autoría mediata, se considera cuando haya un dominio de la voluntad. Por último, en la coautoría, es cuando exista un codominio funcional del hecho.

Esta teoría no ha sido ajena a la realidad jurídica nacional. De esta manera, el Tribunal Constitucional peruano ha acogido la teoría del dominio del hecho para definir a los autores de un delito. Así lo ha manifestado en la Sentencia 805-2005-HC/TC de 29 de abril de 2005:

> (…) Así, define como autor de delito doloso a "[a] aquel que, mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo". Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive.
>
> En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, párr. trigésimo cuarto).

Ahora, para dotar de contenido a la coautoría, se evidencian ciertos requisitos que la jurisprudencia penal[1] y doctrina es

(1) Al respecto, *véase* Recurso de Nulidad 429-2008-Lima (2008, 18 de abril).

pacífica al reconocer. Tradicionalmente, los tres elementos básicos de la coautoría son: (i) la existencia de un plan común previo, (ii) la división o repartición de funciones y (iii) la intervención en la ejecución del delito (Roxin, 2015; Mir Puig, 2009; Villavicencio, 2006).

De especial relevancia puede tener aquí la Casación 1039-2016-Arequipa, mediante la cual se argumentó los tres elementos necesarios de la coautoría. En primer lugar, se señaló que, entre los agentes intervinientes, debe de existir una decisión común de realizar el delito, conforme a una participación colectiva, cuyo fin sea el logro del resultado esperado. En segundo lugar, se mencionó que debe configurarse un aporte individual que sea relevante o esencial para la consecución exitosa del plan de ejecución. Por último, se determinó que será necesario una participación o un dominio parcial del acontecer de cada sujeto durante la fase de ejecución; en otras palabras, la participación ejecutiva fundamenta el codominio funcional al hecho en la coautoría (Corte Suprema de Justicia, 2019, párr. noveno).

Todo ello en referencia a lo sostenido por Roxin, quien, para desarrollar el contenido de la coautoría, señalaba la necesidad absoluta de que en esta exista una intervención conjunta con división de trabajo en la fase ejecutiva, pues considera que "no se puede dominar una realización del tipo sino se estuvo colaborando y tampoco concurren los requisitos de la autoría mediata. Solo quien desempeña un papel co-configurador en la ejecución puede dominarla" (2015, p. 151).

Para profundizar en dicho concepto, será necesario delimitar las etapas del desarrollo del acto delictivo en su fase externa, a fin de identificar los presupuestos de la coautoría. En esta fase se suele aludir a los actos preparatorios, a la fase de ejecución o la tentativa, a la consumación formal. Según Felipe Villavicencio, pueden definirse los actos preparatorios como aquella etapa en la cual se crean las condiciones para la futura ejecución del delito a través de la organización y obtención de medios necesarios para ello. Asimismo, el autor define a la fase de ejecución como el intervalo entre los actos preparatorios y la consumación del delito en donde se despliegan aquellos comportamientos guiados a la consumación, denominándose también como fase de tentativa. Por último, define a la consumación como aquella fase en la que se evidencia un comportamiento típico (2017, p. 94). En ese sentido, queda claro que el requisito de participación en la fase ejecutiva alude a la exteriorización de los actos destinados a la consumación del delito, mas no a una mera participación en la etapa de actos preparatorios, puesto que, en tal caso, podría imputarse otros títulos como complicidad o instigación.

Asimismo, respecto a la participación en la fase ejecutiva, Roxin manifiesta que no solo se alude a un comportamiento presencial, sino que, también, deberán ser considerados aquellos actos cuando se está presente mediante otros medios no presenciales o de manera remota, utilizando, por ejemplo, teléfonos celulares u otros aparatos tecnológicos durante la ejecución (2015, p. 152). Esta idea es, además, suscrita por Villavicencio, quien sostuvo que "en la planificación y ejecución de un delito podrá calificarse la coautoría aun cuando el organizador no esté presente en la ejecución y se comunique telefónicamente con los actores. Para nosotros el sujeto tiene el co-dominio del hecho pues el plan da sentido al comportamiento de los otros autores" (2006, pp. 486-487).

Pero, sin lugar a duda, no será suficiente con que se haya tenido un aporte, simplemente, en la etapa de ideación o de actos preparatorios del delito para referirse a la coautoría. Como señala Roxin, para ser catalogado como coautor y no solo instigador o cómplice, no basta con haber influido antes del comienzo de la ejecución y "continuar influyendo", esto no denota "dominio del hecho". En ese sentido, el ejecutante o los ejecutantes siguen decidiendo hasta qué punto hacen uso de las planificaciones, consejos, medios materiales, entre otros, en la realización del delito" (2015, p. 154).

En España, la mayoría de la doctrina penal es pacífica al afirmar que la intervención en la fase de ejecución es un requisito para ser considerado como coautor de un delito[(2)]. Este enfoque se sostiene en que el fundamento consiste en garantizar el codominio funcional del hecho, pues si la aportación se realiza con anterioridad al comienzo de la ejecución del hecho, que comienza con la tentativa, es muy probable que se pierda el dominio de su realización durante la fase de ejecución debido a que pueden surgir otras iniciativas que prevalezcan y modifiquen el plan inicialmente trazado (Maqueda y Laurenzo, 2011, p. 162). En otras palabras, se considera que, antes de la ejecución del delito, existe una gama de posibilidades, sean factores externos o internos a la conducta del agente, que podrían variar

(2) Al respecto, *véase* "Derecho penal. Parte General (7ª ed.)" de Mir Puig, S. (2005).

o lleguen a impedir la ejecución del mismo. En esta línea de argumentación, en la jurisprudencia española, se tiene, por ejemplo, la Sentencia 797/2006 de la Segunda Sala del Tribunal Supremo español, expedida el 20 de julio de 2006.

Sobre el particular, incluso el reconocido jurista alemán Günther Jakobs (1997), ha señalado que las meras contribuciones preparatorias no implican "dominio de la decisión", de modo que deberá verificarse un dominio de la "configuración del hecho", entendido esto como la fijación, establecimiento o definición del suceso delictivo concreto y su desarrollo (objeto, medida de afectación, medios, circunstancias, etc.).

Ahora, es de resaltar que la participación conjunta en la fase ejecutiva no puede considerarse un requisito aislado de los demás, pues es en esta fase en donde tiene que evidenciarse la participación esencial. En esa línea, García Cavero considera que la participación conjunta se encuentra, absolutamente, enlazado con la participación esencial, en el sentido que, para darse una imputación recíproca, dicha esencialidad deberá calificarse en la fase de ejecución, mas no en otras etapas, ya que, de ser así, no configuraría la coautoría (2019, p. 753). De esta manera, se considera que el aporte esencial podría configurarse, también, como una característica del tercer requisito citado más que como un requisito autónomo, ya que la esencialidad del aporte deberá ocurrir en la fase ejecutiva del delito. Caso contrario, contravendría a la doctrina tradicional.

De lo antes expuesto, se puede afirmar que, para imputar a un sujeto el título de coautor delictivo, no será suficiente una mera contribución causal al hecho delictivo, sea esta en fase de ideación, preparatoria o ejecutiva. Para ello, deberá estar presente el "dominio del hecho" por parte del colectivo involucrado, configurando, en palabras de Roxin, un codominio funcional del hecho de quienes llevaron a cabo un acuerdo para ejecutar el delito, lo cual, en efecto, se llegará a materializar posteriormente. Para ello, la teoría del dominio del hecho considera otros niveles de intervención en la que, quizá, sea útiles en esos casos como un partícipe, instigador o, de ser el caso, autor mediato del delito.

3. Sobre la naturaleza de la denominada "coautoría no ejecutiva"

Una vez definida la coautoría como una de las formas de manifestación de la teoría del dominio del hecho, es de resaltar que la doctrina y jurisprudencia han profundizado en su conceptualización, y han reconocido algunas clasificaciones de la coautoría a medida que surgen diversas modalidades delictivas. Así, Roxin (2015) identificó, por ejemplo, las tipologías de coautoría sucesiva, coautoría aditiva y coautoría alternativa.

Estas categorías fueron recogidas por la jurisprudencia penal nacional y dicha clasificación fue desarrollada, en específico, por la Casación 1039-2016-Arequipa de la manera a continuación expuesta. En primer lugar, la coautoría sucesiva implica que, en el contexto de ejecución de un acto delictivo llevado a cabo por agentes que intervienen como un autor único o coautores, un sujeto ingrese a formar parte del acto delictivo, contribuyendo así en la ejecución del delito. Por ello, no se requiere un acuerdo expreso, habilitando a que este pueda ser tácito. En segundo lugar, la coautoría aditiva o agregada implica que varios sujetos, siguiendo una decisión en común, realizan la acción ejecutiva en un mismo determinado tiempo. Sin embargo, solo una o algunas de estas acciones llegarán a consumar el acto. Por último, una coautoría alternativa significa que el hecho delictivo no será perpetrado por uno o algunos sujetos en específico, sino que cualquiera del colectivo que acordó lo podrá realizar, lo cual dependerá de las circunstancias que le sean más propicias a quien pueda ejecutarlo (Corte Suprema de Justicia, 2019, párr. décimo).

Si bien estas clasificaciones han sido reconocidas por sectores de la doctrina, no significa que se encuentren exentas de críticas. Por ejemplo, en la coautoría alternativa, se suele criticar que se imputa el título de coautores a quienes no presentaron una participación en la fase de ejecución del delito, pues solo uno o algunos de todos aquellos que acordaron participar logró consumarlo. Así, Sota menciona que "solo puede haber coautoría si cada uno de los coautores realizan parcialmente el tipo penal, a través de un aporte esencial. En este caso, solo uno realiza el tipo penal, pese a que ambos aportaron esencialmente su actuación para la realización del tipo" (2012, p. 20).

Además de las señaladas, un sector minoritario de la doctrina penal ha intentado formular una nueva tipología de coautoría a la cual denomina "coautoría no ejecutiva", entendida como aquella que no requiere que todos los coautores participen en la fase de ejecución del delito. Así, principalmente, Muñoz y García han suscrito esta tesis señalando lo siguiente:

> (…) es posible apreciar también la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito**,** de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución**.** Por eso se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio material es también aquí el del dominio (funcional) del hecho (...).
>
> Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención [énfasis agregado] (Muñoz y García, 2010, p. 437)**.**

Asimismo, en el contexto nacional, la Corte Suprema ha recogido esta aparente forma de coautoría, por lo que en el Recurso de Nulidad 4104-2010-Lima, añadió lo siguiente:

> La coautoría es una forma de autoría de las previstas en el artículo 23 del Código Penal, no solo es la ejecutiva, directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas, sino la no ejecutiva, que se da en casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes al momento de su ejecución, que es el caso del codominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que, además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos [énfasis agregado] (Corte Suprema de Justicia, 2013, párr. 601).

Por su parte, el Recurso de Nulidad 488-2004-Lima, señaló a la teoría de la coautoría no ejecutiva de la siguiente manera:

> Se concretó, de un lado, una coautoría ejecutiva parcial pues se produjo en reparto de tareas ejecutivas, y, de otro lado, (...) se produjo una coautoría no ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes en la realización del delito, este último no estuvo presente en el momento de su ejecución, pero desde luego le correspondió un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información para concretar y configurar el rescate [énfasis agregado] (Corte Suprema de Justicia, 2004, párr. tercero).

En esta última sentencia de la Suprema, hay que considerar que la imputación concreta contra la persona que se consideró coautor no ejecutivo fue por haber contribuido al secuestro extorsivo "aprovechando que había tenido una relación sentimental con la agraviada; intervención que consistió en planificar el delito, dar la información para el acto de secuestración y dirigirlo desde el exterior [énfasis agregado]" (Corte Suprema de Justicia, 2004, párr. segundo). Es decir, en el caso, si existió una intervención ejecutiva pero no presencial, sino de manera remota, dirigiendo desde el exterior el secuestro extorsivo en tanto es considerado un delito permanente.

Al respecto, cabe observar que, en estos pronunciamientos de la Corte Suprema, se reconoce a la "coautoría no ejecutiva" como una forma de coautoría en la que algunos coautores "no están presentes en el momento de la ejecución". No obstante, posteriormente, reconocen que debe haber una contribución material en la realización del delito (fase de ejecución). En otras palabras, se puede interpretar que ambos pronunciamientos jurisprudenciales concuerdan en que para apreciar una "coautoría no ejecutiva", no es suficiente con participar en el acuerdo de voluntades, sino que se requiere, adicionalmente, un aporte material al hecho delictivo. Dicho aporte material tiene como particularidad que no supone la presencia física del coautor en la ejecución del acto.

Entonces, ¿cuál podría ser este tipo de contribución material? Considero que deben ser aquellas que impliquen una intervención, siempre en la fase de ejecución del delito, a través de instrumentos que permitan una participación remota, por ejemplo, mediante el uso de medios tecnológicos que permitan llamadas, mensajes, etc. Como ya había señalado Villavicencio (2006), durante la planificación y ejecución de un acto delictivo, se podrá atribuir un título de imputación de coautoría aun cuando quien realiza la acción del organizar no se encuentre presente en la etapa de ejecución, pero sí se esté comunicando vía teléfono con los actores. Asimismo, Van Wezeel señala que podrá catalogarse, de manera excepcional, una función de "control de comandos" desde el lugar donde se dirija, en tiempo real, la ejecución del delito como ejemplo de coautoría, ya que, en principio, es esencial que el sujeto se halle presente en el lugar para la ejecución conjunta del hecho típico (2023, p. 354).

A mi modo de ver, toda forma de coautoría requiere algún tipo de intervención, no necesariamente presencial, en la ejecución del delito; caso contrario, se estaría vaciando de contenido a la propia naturaleza de la coautoría al no estar presente un codominio funcional del hecho. Al respecto, el propio Roxin (2015) ha reconocido que la intervención mediante medios no presenciales en la fase de ejecución sería el único matiz posible

para apreciar la coautoría, pero nunca un mero acuerdo de voluntades que, a nuestro juicio, sólo sería una complicidad, instigación o mera conspiración al delito.

La doctrina penal ya se ha pronunciado en contra de la posibilidad de una coautoría sin ningún tipo de intervención en la ejecución del delito debido a que la teoría del dominio del hecho termina siendo insuficiente para dotar de contenido a esta figura. Así, Graus señala que "la teoría del dominio del hecho resulta insuficiente para sostener la denominada coautoría no ejecutiva [énfasis agregado] conforme a los presupuestos y requisitos desarrollados anteriormente" (2023, p. 266). En la misma línea Arenas sostiene que "la coautoría no ejecutiva debe rechazarse [énfasis agregado], en virtud que no puede responsabilizarse penalmente a aquellas personas que no tienen un dominio del hecho, porque no participan en la realización del hecho" (2020, p. 100).

4. Viabilidad dogmático-penal de la aplicación de la teoría de la "coautoría no ejecutiva" para responsabilizar penalmente a líderes de protestas sociales

Un caso paradigmático referido a la coautoría no ejecutiva en el marco de delitos cometidos en contextos de conflictividad social es el de Walter Aduviri Calisaya, dirigente social y ex gobernador regional del departamento de Puno. Sobre el caso, se desarrolló más de un pronunciamiento de la Corte Suprema en la que se discutió la viabilidad jurídica de la figura de la coautoría.

En efecto, en este caso, la Corte Suprema, en primer lugar, se pronuncia sobre el tema de la coautoría no ejecutiva en la Casación 173-2018-Puno, mediante la cual se casó la sentencia de vista que condenó a Walter Aduviri como autor mediato del delito contra la tranquilidad pública, disturbios, por el caso denominado "Aimarazo" en el año 2011.

Como se señala en dicho pronunciamiento jurisdiccional, la imputación fáctica contra Aduviri Calisaya es que, entre el 23 y 27 de mayo de 2011, en su condición de dirigente e integrante del Frente de Defensa de Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno (FDRNZS-P), en conjunto con otros representantes de organizaciones sociales y autoridades realizaron acciones de organización, dirección, planificación, coordinación y representación dirigencial para llevar a cabo una huelga o protesta por temas mineros en Puno, para lo cual se convocó a ciudadanos provenientes de diversas localidades del sur del país.

A raíz de la radicalización de las protestas, ciudadanos atentaron contra el patrimonio de instituciones públicas y privadas. Estos acontecimientos ocasionaron daños a la propiedad de dicha región, para lo cual se proveyeron de zurriagos, palos, fierros, piedras, entre otros instrumentos. Además, se realizaron bloqueos de principales vías de tránsito.

En este pronunciamiento, la Corte Suprema estableció que, para la configuración de una coautoría, sea esta ejecutiva o no ejecutiva, debían apreciarse ciertos elementos:

1. Se es parte del plan criminal que se confecciona entre la pluralidad de intervinientes, de modo que, cuando se ejecuta, el aporte de cada quien cobra sentido, aunque uno de ellos no esté presente durante la ejecución.
2. Organización menor que por lo general no alcanza la categoría de aparato organizado de poder.
3. Tiene mayor margen de maniobra para esquivar la responsabilidad penal por los "excesos" de los ejecutantes.
4. El control que detenta es superior, pues conoce los pasos a seguir para ejecutar el plan criminal
5. Estructura horizontal (Corte Suprema de Justicia, 2018, párr. 4.5).

Adicionalmente, con el fin de diferenciarla de la autoría mediata, brinda criterios de identificación de este título de imputación. En ese sentido, principalmente, se resalta que, en la autoría mediata, se requiere la intervención de un superior jerárquico o una cúpula de la organización que será quien idea el plan y cuente con ejecutores que no han contribuido en dicha fase. Esto difiere de la pluralidad de intervinientes y formación de roles propios y en común, como sucede en la coautoría. Asimismo, señala la casación que la autoría mediata puede involucrarse en aparatos organizados de poder, mientras que la coautoría ostenta una organización menor que no suele llegar a la dicha categoría (Corte Suprema de Justicia, 2018, párr. 4.5).

Posteriormente, en este mismo caso, la Corte volvió a pronunciarse sobre los alcances de la coautoría en la Casación 274-2020-Puno, en la cual señaló lo siguiente:

> Para ser considerado sujeto activo cuando varias personas ejecutan conjuntamente el delito (coautor: artículo 23 del Código Penal) –que, como aclaran HURTADO –

> PRADO, es una fórmula bastante amplia–, desde la concepción del dominio del hecho, y según la distribución funcional de las tareas, no necesariamente se requiere su intervención material en la ejecución misma de los hechos, lo cual dependerá de la importancia de su injerencia en el momento de forjarse la decisión común delictiva (…). Por otro lado, si se toma en cuenta la concepción de la competencia común del coautor en la realización del tipo penal (competencia preferente por el hecho), ésta se produce cuando varias personas han contribuido culpablemente a su realización mediante aportes prohibidos en una medida cuantitativa de dominio o influencia socialmente relevante –solo se requiere una repartición objetiva del trabajo delictivo (…). Es, pues, indiferente a la configuración de la coautoría que se trate de una coautoría ejecutiva –todos los autores realizan todos los actos ejecutivos (completa) o cuando se produje un reparto de las tareas ejecutivas (parcial)– o una coautoría no ejecutiva –se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución– (…). En pureza, no es una denominación relevante ni, por lo demás, como subclasificación interna, está incorporada en el Código Penal [énfasis agregado] (Corte Suprema de Justicia, 2020, párr. octavo).

Al respecto, en el juicio de imputación objetiva, la Corte Suprema encontró una coherencia entre el comportamiento de Walter Aduviri con la norma penal para el delito de disturbios. En consecuencia, se le atribuyó responsabilidad por su papel en la creación de un riesgo que está prohibido por la ley penal. Esto se fundamentó en su posición como líder principal del FDRNZS-P, su determinación para la radicalización de las formas de lucha y su relación con los hechos ocurridos; además, se consideró la comunicación mantenida con los manifestantes (Corte Suprema de Justicia, 2020, párr. octavo).

Sobre este último pronunciamiento, cabe destacar que, si bien se condena al autor como "coautor no ejecutivo", hay que considerar que la Sala Suprema sí valoró un aporte suyo en la fase de ejecución del delito, pero no físico, sino remoto. En efecto, en la sentencia, se señala que llama la atención un inusual número de llamadas, ciento sesenta y tres (163). Según el fallo, este número significativo solo encuentra explicación en relación a los sucesos que se desarrollaban el día de las manifestaciones, por lo que el imputado no podría aludir un desconocimiento ni ajenidad de los resultados. Asimismo, se señaló que el sustento de que no efectuó llamadas y que solo las recibió no es sólido en el sentido que pudo recibir mensajes, enviar directivas y controlar la situación por otras vías. En ese sentido, también se advirtió que, según un video visualizado, Walter Aduviri señaló que mantenía una fluida comunicación por celular y, por ello, gastó bastante dinero. (Corte Suprema de Justicia, 2020, párr. noveno).

Así, se entiende que la Corte Suprema no hace sino confirmar aquellos que señalábamos precedentemente en cuanto a la necesidad de un aporte relevante, quizá no presencial, en la fase de ejecución para apreciar la coautoría. En este caso en particular, se habría valorado también las llamadas telefónicas que Aduviri Calizaya realizó durante los actos de disturbios realizados por otras personas.

Conforme hemos evidenciado de la doctrina y jurisprudencia citada, la mal denominada "coautoría no ejecutiva", en realidad, solo puede ser entendida válidamente como una "coautoría no presencial", puesto que la teoría del dominio del hecho solo hace viable jurídico-penalmente aquella coautoría que tiene algún tipo de aporte relevante (presencial o remoto) en la fase de ejecución delictiva. En otras palabras, es inviable dogmáticamente imputar coautoría sin ningún tipo de intervención, si quiera remota, en la etapa de ejecución del delito.

Ahora bien, respecto de las imputaciones penales que, eventualmente, se puedan realizar a lideres, organizadores y/o dirigentes sociales por posibles acciones delictivas, atribuibles a estos, que puedan evidenciarse en un contexto de protesta social, habrá que tener en cuenta determinadas consideraciones. En primer lugar, hay que entender que el ejercicio del derecho a la protesta, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, no puede ser considerado como un accionar delictivo *per se*. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Suprema de Justicia[(3)] han garantizado, en una diversidad de pronunciamientos, el ejercicio legítimo del derecho a protesta pacífica y sin armas, lo cual no puede ser confundido con acciones delictivas que lleguen a criminalizar a todo un sector y sus demandas, o que puedan suponer el uso desproporcionado de la fuerza pública como respuesta.

Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del

(3) Al respecto, *véase* Casación 274-2020/Puno de 9 de diciembre de 2020.

caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, ha señalado lo siguiente:

> El derecho protegido por el artículo 15 de la Convención Americana "reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas" y abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente [énfasis agregado] (Corte IDH, 2018, párr. 171).

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional peruano, en la Sentencia 0009-2018-PI/TC, reconoció el derecho a la protesta como un derecho fundamental y logró desarrollar el contenido constitucionalmente protegido para esta. De esta manera, el tribunal ha señalado que el derecho a la protesta implica la capacidad de cuestionar, en espacios públicos o a través de medios de difusión, ya sea materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos, de forma temporal o periódica, con mucha o poca frecuencia, por sí mismo o en grupos, aquellas situaciones, hechos, disposiciones o medidas, incluso normativas, por razones relativas a un ámbito social, político, económico, laboral, ambiental, cultural, ideológico o de cualquier otra índole que establezcan los poderes privados y públicos. Todo ello con la finalidad de obtener variaciones del status quo, sea a nivel interno o internacional, y siempre que todo ello se de sobre la base de un fin legítimo acorde al orden público constitucional, y que en el ejercicio del derecho a la protesta se considere la legalidad conforme a la Constitución (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, párr. 82).

En esa misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre Protesta y Derechos Humanos, abordando lo referido al contenido y alcances del derecho a la protesta, añade que este también abarca el derecho a participar en la protesta sin autorización previa, el derecho a elegir el contenido y el mensaje de la protesta, el derecho a escoger el tiempo y lugar de la protesta, y el derecho a escoger el modo de la protesta (2019, pp. 25-36).

Ahora, tomando en cuenta los alcances del derecho a la protesta como un derecho fundamental en un estado constitucional y democrático, aquellas personas que participan en la gesta, convocatoria, organización, coordinación y/o planificación de una protesta o manifestación social pacífica y legítima no realizan, en principio, acciones delictivas que puedan ser calificadas de instigación, complicidad o coautoría delictiva, sino que ejercen, válidamente, un derecho fundamental. Por lo tanto, no se puede criminalizar, sin fundamentos objetivos, dichas reuniones.

No obstante, es de tener en cuenta que, puede darse el caso de que aquellas protestas que fueron, en un inicio convocadas para ser realizadas dentro de los causes constitucionales, no violentos ni delictivas, posteriormente, se vean incididas por acciones violentas o delictivas de determinadas personas que aprovechan el contexto de cierto grado de desorden o disrupción que, por su propia naturaleza, tiene una protesta para delinquir (CIDH, 2019, p. 7). Al respecto, cabe señalar aquello que sostuvo la Corte Suprema en la Casación 274-2020- Puno antes citada, en la cual se afirmó que las "disrupciones" en la protesta no convierten *per se* a toda esta en un delito de disturbios; tampoco la existencia de ciertos agitadores convierte a toda la protesta en delictiva, por lo que se mencionó lo siguiente:

> (…) Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Unión Macedonia contra Bulgaria de dos de octubre de dos mil uno, estipuló que la presencia de disrupciones accidentales durante una manifestación no convierte a la misma en una manifestación "no pacífica", y también reconoció que la mera presencia de unos poco agitadores no transforma a la reunión en violenta (…) (Sentencia Unión Macedonia contra Bulgaria citado en Corte Suprema de Justicia, 2020, párr. sexto).

Ello manifiesta que, en caso se evidenciarse actos vandálicos en el marco de una protesta social, lesiones, daños, secuestro, disturbios, etc., se deberá de individualizar dichos actos, sin criminalizar a la totalidad de la protesta en sí, ni deslegitimar sus demandas sociales en base a actos delictivos de determinadas personas. Por ende, organismos internacionales son claros en establecer que los actos vandálicos evidenciados deberán ser evaluados, a fin de determinar sanciones penales, en un proceso judicial con todas las garantías requeridas para los investigados.

En ese sentido, para responsabilizar, penalmente, a los organizadores, dirigentes o lideres de las manifestaciones sociales se deberá evaluar, en cada caso en concreto, su nivel de participación en hechos delictivos en base a cuestiones objetivas, sin criminalizar o deslegitimar a todo un sector que ejerce su derecho a la protesta. En caso de considerarse la coautoría como base de imputación, se deberá acreditar con prueba suficiente que ellos participaron de un plan en común para realizar dichas acciones violentas y que,

además, tuvieron una intervención esencial, siquiera, remota en la ejecución de esos delitos, por ejemplo, si es que se requiere aludir a título de coautor no ejecutivo. Sera necesario, por ende, verificar la planificación coordinada de acciones violentas en el contexto de la protesta y, también, de que todos los coautores participaron en la ejecución dichas acciones, sea realizando de propia mano esos actos o dirigiendo y controlando en ese momento dichas acciones presencialmente, telefónicamente o por otros medios tecnológicos.

En consecuencia, como se ha expuesto, no es jurídico-penalmente válido atribuir responsabilidad penal a título de coautoría a un organizador o dirigente de una protesta social pacífica, exclusivamente con el mero dato objetivo de la ocurrencia posterior de acciones delictivas de ciudadanos en el seno de las manifestaciones; en especial, si se considera que la convocatoria y participación en protestas sociales pacíficas constituye el ejercicio legítimo de un derecho humano. En todo caso, si se llegase a acreditar la participación de dichos dirigentes en la planificación de acciones delictivas de disturbios u otros delitos en el seno de la protesta, para responsabilizarlos penalmente a título de coautores habrá que verificar su aporte esencial, presencial o remoto, en la fase de ejecución. En la situación de que no se llegase a probar, solo podrían ser eventualmente considerados -de ser el caso- autores mediatos, cómplices o instigadores al no detentar "codominio funcional del hecho".

5. Conclusiones

El desarrollo de la presente investigación ha permitido conocer, a través de una revisión doctrinaria y jurisprudencial, la naturaleza de la coautoría no ejecutiva y su compatibilidad con los requisitos de la tradicional coautoría como forma de la teoría del dominio del hecho. Asimismo, se ha dilucidado ciertas consideraciones para saber cuándo es posible imputar el título de coautor a dirigentes sociales en un contexto de protesta social. De este modo, las ideas más importantes alrededor del presente trabajo son las siguientes:

La coautoría es un título de imputación penal que se fundamenta en el "codominio funcional del hecho", el cual representa una manifestación de la teoría del dominio del hecho ampliamente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en el ámbito del derecho penal nacional.

La coautoría requiere como elemento esencial, para determinar el dominio del hecho, la intervención de todos los coautores en la fase de ejecución delictiva, sea esta de manera presencial o remota.

Conforme lo ha reconocido la doctrina penal mayoritaria y nuestra jurisprudencia, la denominada "coautoría no ejecutiva" requiere siempre la intervención, no presencial, en fase de ejecución, pues, de lo contrario, sería inviable dogmáticamente, conforme a los criterios que configuran la coautoría.

Desde la perspectiva jurídico-penalmente no es válido atribuir responsabilidad penal a título de coautoría, sea o no ejecutiva, a un organizador o dirigente de una protesta social pacífica, únicamente basándose en la ocurrencia posterior de acciones delictivas por parte de los ciudadanos presentes en el seno de las manifestaciones. Tal enfoque, entre otras razones, contravendría el derecho fundamental a la protesta, por lo que no se debe presumir como responsables a líderes que se encuentran en el ejercicio legítimo de tal derecho.

En caso se llegase a acreditar la participación de dirigentes o lideres sociales en la planificación de acciones delictivas de disturbios u otros delitos en el marco de una protesta, será necesario que, para responsabilizar penalmente a título de coautor no ejecutivo, el líder social, bajo un plan común, haya participado de manera esencial y remota en la fase ejecutiva del delito atribuido.

Referencias bibliográficas

Arenas, O. (2020). La coautoría en la doctrina penal panameña y extranjera. *Revista Orbis Cognita*, *4*(2), 82-101. https://revistas.up.ac.pa/index.php/orbis_cognita/article/view/1384/1141

Casación 1039-2016-Arequipa (2019, 11 de junio). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Casación 173-2018-Puno (2018, 5 de octubre). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Casación 274-2020-Puno (2020, 9 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y Derecho Humanos Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. CIDH.

Defensoría del Pueblo del Perú (2023). *Reporte de conflictos sociales* (Informe Defensorial No. 231).

Expediente 1805-2005-HC/TC (2005, 29 de abril). Tribunal Constitucional del Perú.

Expediente 0009-2018-PI/TC (2020, 3 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

García, P. (2019). *Derecho Penal: Parte General* (3ª ed.). Ideas Solución Editorial.

Graus, B. (2023). La coautoría: aspectos dogmáticos desde la teoría del dominio del hecho y una mirada crítica en torno al caso de Walter Aduviri. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (163), 257 - 267.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Marcial Pons.

Maqueda, M. y Laurenzo, P. (2011). *El Derecho Penal en casos. Parte General* (3ª ed.). Tirant lo Blanch.

Mir Puig, S. (2009). *Derecho Penal: Parte General* (9ªed.). Rappertor.

Montoya, Y. (2023). *Retroceso judicial en torno al derecho a la protesta social en Perú*. Fundación para el Debido Proceso.

Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal: Parte General* (8ª ed.). Tirant lo Blanch.

Recurso de Nulidad 488-2004- Lima (2004, 7 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Recurso de Nulidad 4104-2010-Lima (2013, 20 de marzo). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

Roxin, C. (2015). *Derecho Penal. Parte General Tomo II*. Civitas

Sentencia Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México (2018, 28 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sota, P. (2012). Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho. *Derecho y Cambio Social, 9(*27), 1-23.

Van Weezel, A. (2023). *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Universidad Externado de Colombia.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Grijley.

Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202302.013

Sobre la posibilidad de implementar la Cooperación Judicial en materia penal en la Comunidad Andina: algunas lecciones de la Unión Europea y del MERCOSUR(*)

On the possibility of implementing Judicial Cooperation in criminal matters in the Andean Community: some lessons from the European Union and MERCOSUR

Humberto Zuñiga Schroder(**)
Universidad del Pacífico (Lima, Perú)

Resumen: La Comunidad Andina tiene por fin último lograr un mercado común latinoamericano, de acuerdo con lo señalado en su carta fundacional, el Acuerdo de Cartagena. Para ello, en sus más de cincuenta años de existencia, han sido emitidas diversas Decisiones y Resoluciones de carácter supranacional y de obligatorio cumplimiento para sus países miembros en distintas materias; no obstante, existen sectores en los cuales aún existe la necesidad de regular y de fortalecer los lazos de cooperación. El presente trabajo tiene por objeto analizar la posibilidad de implementar la cooperación judicial en materia penal a nivel andino, tomando como modelo diversas lecciones aprendidas del modelo europeo y del Mercosur; ello con el fin de lograr una integración más profunda a nivel de la región.

Palabras clave: Comunidad Andina - Cooperación judicial en materia penal - Extradición - Crímenes transfronterizos - Mercosur - Derecho europeo

Abstract: The Andean Community has as its ultimate goal the achievement of a common Latin American market, as stated in the Cartagena Agreement. To achieve this goal, in its more than fifty years of existence, various Decisions and Resolutions of supranational nature and mandatory compliance for its member countries have been issued on different matters; however, there are sectors in which there is still the need to regulate and strengthen cooperation ties. The purpose of this paper is to analyse the possibility of implementing judicial cooperation in criminal matters at the Andean level, taking various lessons learned from the European model and Mercosur; this in order to achieve deeper integration at the regional level.

Keywords: Andean Community - Judicial cooperation in criminal matters - Extradition - Cross-border crimes - Mercosur - European law

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 10 de mayo de 2023 y su publicación fue aprobada el 7 de noviembre de 2023.
(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster en Derecho por la Universidad de Ámsterdam. Doctor en Derecho por la Universidad de Edimburgo. Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Perú). Exfuncionario Internacional y Asesor Jurídico (a.i.) del Secretario General en la Secretaría General de la Comunidad Andina. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4956-9252. Correo electrónico: ha.zunigas@up.edu.pe.

1. Introducción

La libre circulación de ciudadanos dentro del espacio geográfico que abarca la Comunidad Andina (CAN) ha traído la posibilidad de que personas con órdenes de detención, o sujetos que han cometido delitos en su país de origen, puedan movilizarse a otro país miembro, a fin de evitar su captura y eventual internamiento en un centro penitenciario. Para evitar ello, la cooperación judicial en materia penal resulta un mecanismo interesante, a efectos de evitar la impunidad y combatir la delincuencia transfronteriza y, con ello, coadyuvar a una integración más profunda en esquemas regionales como el de la Comunidad Andina.

El presente trabajo intentará responder la interrogante ¿es posible implementar la cooperación judicial en materia penal dentro de la CAN? Para poder abordar dicha pregunta resulta vital analizar las experiencias de otros organismos de integración regional en esta materia, a efectos de poder, en la medida de lo posible, definir qué elementos pueden replicarse y qué otros deben ser dejados de lado dentro del espacio comunitario andino.

Partiendo de lo antes señalado, la metodología de análisis a ser utilizada en el presente trabajo será netamente teórica, estando centrada en el estudio de los logros y escollos experimentados por la Unión Europea (UE) y el Mercado Común del Sur (Mercosur) en temas de cooperación judicial en materia penal. En tal sentido, este trabajo estará dividido de la siguiente manera: En la primera sección se analizará esta figura dentro del régimen de la UE, lo cual implicará no solo un estudio de cómo este régimen ha evolucionado desde el Tratado de Maastricht hasta el actual Tratado de Lisboa, sino también el análisis de un caso emblemático que refleja las carencias de esta disciplina a nivel comunitario: el caso Puigdemont.

En segundo lugar, se abordará la experiencia del Mercosur y el régimen legal en cooperación judicial implementado al interior de este esquema de integración subregional, lo cual podría dar pie a estrechar lazos de cooperación con la Comunidad Andina (CAN). Como tercer punto, se analizará el régimen legal de la CAN que ha intentado, de una u otra forma, regular la presente figura, y se abordará los principales tratados bilaterales e instrumentos internacionales aplicables a sus cuatro Países Miembros. Finalmente, se incluirán propuestas a ser implementadas a nivel andino, las cuales comprenderán las principales lecciones aprendidas de los regímenes e instrumentos previamente abordados. Conclusiones serán luego incluidas a efectos de finalizar el presente estudio.

2. Sobre la Unión Europea

2.1 Aproximaciones Iniciales

La Unión Europea puede ser definida como una asociación económica y política, conformada en la actualidad por 27 países, y cuyos antecedentes se originan en la denominada "Comunidad Europea del Carbón y del Acero", constituida a través del Tratado de París de 1951, y conformada en ese momento por los países del Benelux[(1)], Italia, Alemania Occidental y Francia. Desde entonces, la comunidad ha ido incorporando, de manera progresiva, distintos países en su seno, y ha atravesado por diferentes tratados y acuerdos que han contribuido a darle su forma actual, siendo que, en el año 1992, con el Tratado de Maastricht, pasó a denominarse oficialmente como "Unión Europea", la cual operó bajo el régimen de los llamados "pilares": las Comunidades Europeas (primer pilar, de carácter comunitario); la Política Exterior y de Seguridad Común (segundo pilar, de naturaleza intergubernamental); y, el ámbito de Justicia y Asuntos de Interior (tercer pilar, también caracterizado por una cooperación intergubernamental)[(2)]. Este concepto de "intergobernabilidad" será analizado en las próximas líneas, ya que resulta importante para poder aproximarnos al tema que nos atañe.

2.2 Avances Previos al Tratado de Lisboa

Un rasgo que vale la pena destacar es que el Tratado de Maastricht dio un impulso a la cooperación judicial, entre otros, en materia penal (esto, a través del tercer pilar antes reseñado), la cual, según Rivera, se venía

(1) Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo

(2) Nótese que, según "The first pillar of the European Union" del Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe (28 de julio de 2016), el primer pilar agrupaba los artículos modificados de los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), cada uno de los cuales conservaba su personalidad jurídica. El pilar comunitario funcionó en paralelo a los pilares intergubernamentales que rigen la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior (JAI), respectivamente.

ya gestando desde el año 1950 en el marco del Consejo de Europa (2019, p. 10)[3]. No obstante, es recién con el Tratado de Ámsterdam (suscrito en 1997, y en vigor desde 1999) que, según Fernández, los asuntos de Justicia e Interior, que ya se habían incorporado al derecho originario de la Unión a través de mecanismos de cooperación en el Tratado de Maastricht, adquirieron un mayor protagonismo en la agenda de los intereses de los Estados miembros" (2013, p. 70)[4]. De hecho, este tratado destaca por la incorporación del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, de acuerdo con lo señalado por este último autor:

> Con Ámsterdam, una gran parte de la cooperación llevada a cabo hasta entonces, se somete a las reglas de toma de decisiones comunitarias, con la consiguiente participación de las instituciones en ese proceso, la adopción de instrumentos jurídicos vinculantes y el control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues se asume que los temas relacionados con la seguridad interior, son uno de los aspectos más importantes y delicados en el desarrollo de la Unión, siendo en ese momento el desafío importante, pues estaba presente la perspectiva de ampliación comunitaria a países de Europa Central y Oriental. De forma que el antecedente más inmediato al desarrollo de las políticas de cooperación judicial debemos buscarlo en este tratado, el de Ámsterdam (2013, p. 70).

Luego de la firma del Tratado de Ámsterdam, en el año 2001 fue suscrito el Tratado de Niza, destinado a introducir las reformas institucionales requeridas para dar cabida a los nuevos miembros de la Unión Europea (UE), en particular aquellos de Europa oriental y central. Brevemente, este tratado, "dota de más poderes legislativos y de control al Parlamento y amplía a un mayor número de ámbitos la votación por mayoría cualificada en el Consejo" (Parlamento Europeo, 2001); sin embargo, este instrumento no se vio exento de críticas, en particular cuestiones relacionadas con el equilibrio de poderes al interior de la UE y la denominada "cultura del veto", solo por citar algunas[5]. Frente a ello, en Niza se acordó el establecimiento de una Convención Europea, con el fin de redactar un proyecto de Tratado por el cual se estableciese una Constitución para Europa, el cual fue adoptado por consenso por la Convención en el año 2003. No obstante, tras el rechazo del Tratado Constitucional por Francia en mayo de 2005 y los Países Bajos en junio de 2005, se entró a un "punto muerto" y a una crisis que duraría hasta el 2007, año en el cual los jefes de Estado reunidos en el Consejo Europeo acordaron convocar una nueva Conferencia Intergubernamental (CIG) lo antes posible. En su mandato, se pidió a la CIG que redactara un "Tratado de Reforma", el cual modificase los Tratados en vigor, generando ello que se abandonase el concepto constitucional, lo que, a su vez, implicó la derogación de todos los Tratados existentes a efectos de que sean sustituidos por un único texto constitucional. Estos trabajos culminaron en Lisboa, lográndose un acuerdo político sobre el texto del nuevo Tratado[6].

2.3 Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa por el cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (este último, suscrito en 1957), entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Según este instrumento, el "Tratado constitutivo de la Comunidad Europea" pasó a denominarse "Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea" (en adelante, TFUE) y el término "Comunidad" fue sustituido por "Unión" en todo el texto[7]. Además, el Tratado de Lisboa fusionó los tres pilares antes señalados e incorporó, en gran medida, el contenido del texto constitucional de 2004. Finalmente, para el tema que nos ocupa:

---

(3) Cabe destacar que estas iniciativas abarcaron, según Fernández Rodríguez, "el Convenio Europeo de Extradición del año 1957 con sus protocolos posteriores, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y su protocolo de 1978, el Convenio Europeo para la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional de 1964, el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales de 1970, el Convenio para la represión del terrorismo de 1977, entre muchos otros" (2013, p. 63).

(4) De hecho, el Tratado de la Unión Europea, modificado en Ámsterdam, recoge como uno de los objetivos de la Unión: "mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia". Al respecto, *véase* el artículo 1, numeral 5 (modificación del artículo B) del Tratado de la Unión Europea.

(5) Al respecto, *véase* "Los Quince suscriben un Tratado que aplaza los problemas al 2004", de Yárnoz (2001). Sobre este punto, y de acuerdo con el presente artículo, se acordó que unos 29 asuntos pasarían a ser aprobados por mayoría en lugar de por unanimidad; no obstante, aún quedaba una veintena (justamente aquellos asuntos más sensibles para cada país, los cuales mostraron gran reticencia a perder parte de su soberanía).

(6) Para mayor información, *véase* Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (https://www.cvce.eu/).

(7) Para mayor información, *véase* Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (https://www.cvce.eu/).

> El Tratado de Lisboa completa la transferencia de los aspectos restantes del tercer pilar relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia (la cooperación policial y judicial en materia penal) al primer pilar. Dicho espacio deja de tener carácter intergubernamental, pues los actos jurídicos adoptados en este ámbito se someten ahora al procedimiento legislativo ordinario (mayoría cualificada y codecisión) y, a menos que se especifique lo contrario, se utilizan los instrumentos jurídicos propios del llamado método comunitario (reglamentos, directivas y decisiones) (Parlamento Europeo, 2007).

Dicho esto, el TFUE recoge las disposiciones vigentes en materia de cooperación judicial en materia penal en sus artículos 82 a 86. De hecho, de acuerdo con lo señalado en el artículo 82 del TFUE:

> 1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (…).
>
> El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:
>
> a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
> b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
> c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia
> d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

Como puede apreciarse, muchas de las medidas relacionadas con la cooperación judicial en materia penal son adoptadas partiendo del procedimiento legislativo ordinario, encontrándose sujetas a control judicial por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Davoli, 2022). Bajo ese marco, y de acuerdo con este procedimiento, han sido aprobadas diversas directivas y reglamentos sobre normas mínimas comunes para los procesos penales; lucha contra la corrupción; ciberdelincuencia, fraude y blanqueo de capitales e intercambio de información entre los Estados miembros y las agencias de la Unión, entre otros(8).

Ahora bien, un punto de particular importancia es el relacionado con el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, recogido también en el texto del artículo 82 TFUE antes citado. Sobre el particular, de acuerdo con Gómez de Liaño:

> De acuerdo con dicho principio, la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro debe reconocerse automáticamente y aplicarse en todos los demás Estados miembros con el menor número de trámites posibles. El también llamado principio de reconocimiento automático, pivota, en tomo a dos elementos: la equivalencia y la confianza. Conforme al elemento de la equivalencia, el Estado receptor de una resolución judicial debe entender que la decisión del Estado emisor tiene el mismo contenido, es en definitiva, equivalente a la que habrían dictado en su lugar sus propios órganos jurisdiccionales. De acuerdo con el segundo elemento, cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados, habida cuenta que todos ellos son Estados democráticos que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (2006, p. 158).

Esto, como veremos más adelante, ha traído particulares problemas(9) , sobre todo para efectos de la ejecución de las denominadas órdenes de detención y entrega europeas, reguladas en la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI del 13 de junio de 2002 (vigente desde el 1 de enero de 2004). Brevemente, según la Decisión Marco:

a) Se podrá dictar una orden de detención europea por aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad (artículo 2.1).
b) El artículo 2.2, por su parte, enumera una serie de delitos que darán lugar a la emisión de la orden en cuestión, mientras que, para aquellos delitos no mencionados "la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la

(8) El detalle de estas directivas y reglamentos puede encontrarse en "Fichas temáticas sobre la Unión Europea: La cooperación judicial en material penal", del Parlamento Europeo (s.f.)

(9) De hecho, según el Parlamento Europeo (s.f.), "la cooperación judicial en materia penal, junto con la cooperación policial, no se ha llegado a incorporar plenamente en el marco de la Unión y conserva algunas de sus características originales anteriores al Tratado de Lisboa".

emisión de la orden de detención europea sean constitutivos de un delito respecto del Derecho del Estado miembro de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo" (artículo 2.4).

c) Finalmente, según el artículo 23.2, la persona "será entregada (a las autoridades que requieren la detención) a más tardar diez días después de la decisión definitiva sobre la ejecución de la orden de detención europea". En otras palabras, en caso un país emitiese una orden europea de detención contra determinado nacional, y cursase esta al país donde este ciudadano se encuentra, el país de ejecución debería proceder a la detención y entrega de dicha persona, siguiendo el procedimiento previsto en la Decisión Marco. No obstante, este escenario "ideal" –por llamarlo de alguna manera– no necesariamente se ha visto reflejado en la práctica, lo cual nos deja algunas lecciones que debemos abordar, para efectos de la implementación de un sistema similar dentro de la Comunidad Andina.

Un punto importante que vale la pena mencionar, dentro de este acápite, es que, para efectos de reforzar la lucha contra la delincuencia, terrorismo y otros crímenes, la UE se vale de diversos organismos, los cuales juegan un papel importante en la cooperación judicial en materia penal. Entre ellos tenemos a Eurojust, el cual tiene como objeto luchar contra la delincuencia transfronteriza, ello a través de un trabajo conjunto de las autoridades judiciales nacionales[10]. Davoli (2022), establece que en particular esta organización "facilita la ejecución de las solicitudes de asistencia judicial mutua internacional y el cumplimiento de las peticiones de extradición"; además, "presta apoyo, por todos los medios posibles, a las autoridades de los Estados miembros, a fin de aumentar la eficacia de sus investigaciones y actuaciones judiciales (…)".

Del mismo modo, tenemos a Europol, es decir, la agencia europea en materia policial, la cual –según información obrante en su página web– asiste a los 27 Estados miembros en su lucha contra la gran delincuencia internacional y el terrorismo, y que cuenta para ello con una plantilla de más de 1,000 miembros, prestando apoyo a más de 40,000 investigaciones internacionales cada año[11] . En otras palabras, dependiendo del tipo de delito, la localización, detención y eventual entrega de determinado nacional puede verse facilitada a través del trabajo conjunto de las autoridades correspondientes de los 27 países miembros, ello gracias a las agencias antes citadas. Esto puede resultar un ejemplo interesante a replicar en el marco del derecho comunitario andino, tal como veremos más adelante.

2.4 Sobre el caso Puigdemont

Las limitaciones existentes en el ámbito de cooperación judicial en materia penal, a nivel europeo, pueden ser explicadas con mayor detalle a través de un caso de actualidad: el caso Puigdemont. Carles Puigdemont es un político español quien, el 01 de octubre del año 2017, en su calidad de presidente del gobierno autónomo catalán (*Generalitat*), lideró la convocatoria de un referéndum dirigido a declarar la independencia de Cataluña, el cual fue declarado ilegal por los tribunales españoles y que fue materia de intervención por parte de las fuerzas policiales del gobierno español de aquel momento (BBC News Mundo, 2021). Como consecuencia de dicho referéndum, y tras la victoria del "sí", el 27 de octubre de ese año, fue emitida la Declaración de Independencia de Cataluña, la cual fue declarada inconstitucional, generando que el fiscal general del Estado, José Manuel Maza, dictase sendas querellas contra Puigdemont y otros miembros del *Govern* catalán por los delitos de rebelión, sedición, malversación y otros (Redacción Barcelona, 2017). Luego de ello, a raíz de diversas euroórdenes, Puigdemont fue detenido –y luego liberado– en Bélgica, Alemania y, más recientemente, en Italia (Cerdeña)[12]

¿Cuál es la relevancia del caso Puigdemont para el tema que nos atañe? Primero, este caso revela la fragilidad de la cooperación judicial en materia penal, tal cual se encuentra regulada en la actualidad. Para poder entender ello, haremos un breve recuento de

(10) Para mayor información, *véase* European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (https://www.eurojust.europa.eu/).

(11) Al respecto, *v*éase Europol (https://www.europol.europa.eu/). Adicionalmente, es importante mencionar que, luego de Lisboa, en el año 2010 entró en vigencia un acuerdo de cooperación entre Eurojust y Europol, destinado a aumentar el intercambio de información entre ambas agencias, ello a efectos de mejorar su cooperación estratégica. Para terminar, especial mención merece la Fiscalía Europea, la cual es responsable de investigar, perseguir y llevar a juicio los delitos contra los intereses financieros de la Unión (incluyendo varios tipos de fraude, lavado de dinero, corrupción, etc.) Sobre este punto, *véase* European Public Prosecutor's Office (https://www.eppo.europa.eu/en).

(12) A fin de conocer los detalles de este caso, *véase* "Cronología del caso Puigdemont: cuatro años de pulso judicial en Europa", de Redacción NIUS (24 de septiembre de 2021).

los argumentos expuestos por las autoridades de estos tres países para denegar la ejecución de las euroórdenes:

a) Bélgica. Tres días después de la declaración unilateral de independencia (27 de octubre de 2017) Carles Puigdemont aparece en Bélgica, fijando su residencia temporal en Waterloo. En esa fecha, la Fiscalía anunció una querella en su contra y contra trece miembros del Govern por los delitos antes señalados. El 2 de noviembre no se presenta en España a declarar y, en virtud de ello, el Tribunal Supremo emite una orden europea de detención y entrega. Dos días después se entrega a la justicia belga, y el 5 de noviembre comparece ante un juez en Bruselas, el cual lo dejó en libertad con cargos, y con la condición única de no salir de Bélgica. Un mes más tarde, Puigdemont vuelve a ser libre de moverse por Europa, frente al retiro de la euroorden por parte del Juez Pablo Llarena. El retiro de esta euroorden se dio frente a la pasividad y aparente reticencia de las autoridades belgas de entregar a Puigdemont a España – afirmación que no es deslizada a la ligera, sino tiene sustento, entre otros, en la solicitud de información de la Fiscalía belga a las autoridades españolas sobre el estado de las prisiones de este último país, dando a entender con ello que el trato a los presos de España no era el más adecuado (López-Quiles, 2018, p. 23). Este requerimiento es difícil de entender, sobre todo en un escenario donde debería operar el reconocimiento mutuo, tal cual fue descrito en líneas anteriores.
b) Alemania. El 23 de marzo de 2018, el juez Llarena procesa por el delito de rebelión a 13 personas, incluido Carles Puigdemont. Dos días después (25 de marzo) el expresidente catalán es detenido en Alemania cuando cruzaba la frontera desde Dinamarca, ingresando a la prisión de Neumünster (Redacción NIUS, 24 de septiembre de 2021) . El Tribunal del Land de Schleswig Holstein declaró que, al no estar presente la rebelión en el listado de 32 delitos mencionados en la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI –razón por la cual la entrega debía ser efectuada de manera preceptiva– no cabía la entrega de Puigdemont. Tan solo admitió, en su auto del 12 de julio de ese año, "la entrega del expresidente de la Generalitat por un delito de malversación, y no de rebelión, como también se solicitaba en la euroorden dictada por el TS" (López-Quiles, 2018, p. 24). Esto fue así, debido a que en Alemania no existe el tipo penal de "rebelión" sino más bien el de "alta traición" (figura delictiva similar, pero no idéntica). Ello nos permite traer a colación el concepto de "doble incriminación", el cual, según Alemán, se "(...) pretende constatar que los hechos atribuidos al individuo reclamado son constitutivos de delito tanto en el Estado requirente como en el requerido" (2020, p.15).
c) Italia. El 23 de septiembre de 2021 Puigdemont es detenido en Cerdeña, pero, al día siguiente, la jueza que vio la causa dispuso su libertad al considerar que este mantenía su inmunidad para ejercer como europarlamentario. En este punto, es importante recordar que, en mayo de 2019 (es decir, luego de su huida de España), el partido de Puigdemont consiguió dos escaños en el Parlamento Europeo, siendo que el 20 de diciembre de ese mismo año el citado órgano comunitario lo reconoció como eurodiputado, gozando por tanto de inmunidad. Nótese que, si bien la jueza señaló que la detención de Puigdemont fue válida, al haber sido realizada en circunstancias ajenas a su función parlamentaria (ya que no se encontraba en Cerdeña en algún acto oficial, sino para atender otros eventos), también precisó que este debía ser dejado en libertad con la posibilidad de que abandone Italia a fin de que pueda seguir ejerciendo sus funciones parlamentarias. Además, López (2021), señala que durante el pronunciamiento, la jueza dispuso que Puigdemont acuda el 4 de octubre ante el Tribunal de Apelación de Sassari. No obstante, dicho Tribunal, en esta última fecha, decidió suspender el proceso de extradición a la espera de que los tribunales europeos decidan sobre la inmunidad y cuestiones prejudiciales planteadas; es decir, hasta esa fecha Puigdemont gozaría de total libertad.

¿Cuál es el estado actual del presente caso? En enero de 2023, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que un estado de la UE no puede rechazar las euroórdenes de otro País Miembro. Hacerlo sería algo "excepcional" y debería estar sustentado en el hecho de que existan "deficiencias sistémicas o generalizadas" en un país (en este caso, España) o que esté muy claro que un "órgano jurisdiccional es manifiestamente incompetente" (Suánzes, 2023). Esto dejaría abierta la posibilidad de que Puigdemont pueda ser efectivamente entregado a las autoridades españolas, lo cual reivindicaría el instituto procesal materia de análisis al dejar sin piso los argumentos esgrimidos por autoridades belgas. Queda, no obstante, esperar también una sentencia del Tribunal de la UE relacionada con su inmunidad derivada de su condición de

eurodiputado antes de que el Tribunal Supremo pueda emitir una nueva euroorden (Arroqui, 2023). Es decir, la última palabra sobre este caso aún no está dicha.

A manera de conclusión, las actuaciones llevadas a cabo en el marco del caso Puigdemont reflejan las falencias del presente sistema, las cuales han tenido que ser resueltas –al menos en parte– a través del Tribunal de Justicia de la UE. Desconfianza entre los países de la Unión Europea, cuestiones relacionadas con la inmunidad parlamentaria y la ausencia de criterios claros relacionados con la doble incriminación son algunos de los escollos que deben superarse, a efectos de poder dotar de efectividad a esta institución. De no ser así, el resultado que podría generarse, según Nieto Martín, es "una marcha atrás en la cooperación judicial y con ello de rebote poner en peligro uno de los pilares básicos de la UE como es la desaparición de las fronteras y la libre circulación de personas (…)" (Nieto, 2018). Somos de la opinión que algunos de estos problemas no tendrían que repetirse a futuro, en virtud del pronunciamiento del tribunal; no obstante, queda la tarea de monitorear no solo la evolución del caso Puigdemont, sino también el comportamiento de los Países Miembros de la UE a futuro.

Hechas estas aclaraciones –y presentado el marco legal e institucional sobre cooperación judicial en materia penal a nivel europeo– procederemos a continuación a analizar qué es el Mercado Común del Sur (Mercosur), y si es que existe algún tipo de regulación sobre esta forma de cooperación, dentro de dicho esquema comunitario.

3. Sobre el MERCOSUR: ¿Una experiencia a ser replicada?

3.1 Marco General

El MERCOSUR es un proceso de integración regional en América del Sur, conformado actualmente por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela (esta última, suspendida en todos sus derechos y obligaciones)[13] . Desde su creación ha tenido como objetivo principal "propiciar un espacio común destinado a generar oportunidades comerciales y de inversión a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional"[14].

Un punto que vale la pena destacar es que, a través de la Decisión 2/96, del año 1996, fue aprobado el "Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales", mediante el cual los Estados Parte se comprometen a prestar asistencia mutua para la investigación de delitos, así como para la cooperación en los procedimientos judiciales relacionados con asuntos penales (artículo 1.3). Esta asistencia comprenderá, entre otros, lo siguiente (artículo 2):

a) notificación de actos procesales;
b) recepción y producción de pruebas tales como testimonios o declaraciones, realización de pericias y examen de personas, bienes y lugares;
c) localización o identificación de personas;
d) notificación a testigos o peritos para la comparecencia voluntaria a fin de prestar testimonio en el Estado requirente;
e) traslado de personas sujetas a un proceso penal a efectos de comparecer como testigos en el Estado requirente; y
f) cualquier otra forma de asistencia que no sea incompatible con las leyes del Estado requerido.

Ahora bien, dentro de las normas establecidas por el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, es importante señalar que la asistencia será prestada aun cuando las conductas no constituyan delitos en el Estado requerido (artículo 1.4); no obstante, las solicitudes podrán ser denegadas en caso de delitos "que el Estado requerido considerase como político(s)" (artículo 5.1.b) o tributarios (artículo 5.1.c), entre otros. Además, debe señalarse que "la persona sujeta a un procedimiento penal en el Estado requerido, cuya comparecencia en el Estado requirente sea necesaria en virtud de la asistencia prevista en el [presente] Protocolo, será trasladada con ese fin al Estado requirente, siempre que esa persona y el Estado requerido consientan dicho traslado" (artículo 19.1). Finalmente, "el Estado receptor devolverá la persona trasladada al Estado remitente tan

(13) Según la información oficial obrante en la página oficial del MERCOSUR, Venezuela se encuentra suspendida en todos sus derechos y obligaciones, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5 del Protocolo de Ushuaia. Además, debe mencionarse que el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. Sobre el particular, *véase* "¿Quiénes somos?", de Mercado Común del Sur (s.f.).

(14) Para mayor información, *véase* "¿Quiénes somos?", de Mercado Común del Sur (s.f.).

pronto como las circunstancias lo permitan y con sujeción a lo acordado entre las autoridades competentes de ambos Estado" (artículo 19.4.b), siendo que, respecto a la devolución de la persona trasladada, "no será necesario que el Estado remitente promueva un procedimiento de extradición" (artículo 19.4.c)([15]).

Dicho esto, es importante destacar que, de manera posterior a dicho instrumento, fue emitida la Decisión 48/10, del año 2010, que aprobó el "Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados", y que dispuso la creación de la *Orden Mercosur de Detención*. Este instrumento –el cual aún no entra en vigencia, al ser requerida la ratificación de todos los Estados Parte del Mercosur([16]) – es definido en los siguientes términos:

> 1.1. Una resolución judicial dictada en una Parte (Parte emisora) de este Acuerdo con vistas a la detención y la entrega por otra Parte (Parte ejecutora) de una persona requerida para ser procesada por la presunta comisión de algún delito, para que responda a un proceso en curso o para la ejecución de una pena privativa de libertad.

Es decir, a nivel de este esquema de integración subregional ya ha sido reconocida una orden de detención, similar a las euroórdenes previamente abordadas (nótese que, una vez que el acuerdo bajo análisis se encuentre vigente, los Países Miembros de la CAN podrían adherirse al mismo)([17]).

Un punto que vale la pena mencionar, de manera adicional, es que, según el artículo 3.2 del Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados es que se "procederá la entrega de la persona requerida, en virtud de una orden Mercosur de Detención, cuando los delitos, cualquiera sea su denominación, sean castigados por la legislación de las Partes emisora y ejecutora, con pena privativa de libertad cuya duración máxima sea igual o superior a 2 (dos) años". Dicha Decisión, además, contiene un listado de instrumentos internacionales (Anexo 1) que tipifican diversos delitos, los cuales deben estar reconocidos por las Partes emisora y ejecutora para la ejecución de la orden de detención bajo análisis.

Sin perjuicio de lo anterior, debe hacerse alusión también al Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados para la creación de equipos conjuntos de investigación (Mercosur/CMC/DEC 22/10) del año 2010([18]), mediante el cual:

> 1. Las autoridades competentes de una Parte, que estén a cargo de una investigación penal, podrán solicitar la creación de un Equipo Conjunto de Investigación a las autoridades de otra Parte cuando esa investigación tenga por objeto conductas delictivas que por sus características requieran la actuación coordinada de más de una Parte.

Es decir, este esquema complementaría los instrumentos previamente citados y permitiría coadyuvar a una cooperación amplia en la presente materia entre los países miembros del Mercosur.

Como puede apreciarse, el Mercosur ha efectuado avances significativos en materia de cooperación en materia penal que podrían ser replicados a nivel andino. Bajo ese marco, no debemos olvidar que los Países Miembros de la CAN son Estados Asociados del Mercosur, lo cual podría facilitar la eventual celebración de un convenio en dicha materia entre ambos esquemas de integración, o en su defecto, la adhesión a la Decisión 48/10 antes citada, una vez que esta sea completamente implementada. Entendemos que los resultados de la aplicación de la Decisión 2/96 han sido, por decir lo menos, exitosos([19]), razón por la cual

(15) Como punto adicional, "las controversias que surjan entre los Estados Partes con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo, serán resueltas mediante negociaciones diplomáticas directas" (artículo 27). No obstante, en caso estas no permitan alcanzar un acuerdo o si la controversia fuera solucionada sólo en parte, "se aplicarán los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de Controversias vigente entre los Estados Partes del Tratado de Asunción" (artículo 27).

(16) Solo Brasil y Uruguay han presentado instrumentos de ratificación de dicho Acuerdo, siendo necesario que este sea ratificado por todos sus miembros para que este pueda entrar en vigencia. Al respecto, *véase* "Detalles del Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados", del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay (s.f.).

(17) Ello en virtud del artículo 22 del citado instrumento, el cual establece: "El presente Acuerdo entrará en vigor 30 días después del depósito del instrumento de ratificación por el cuarto Estado Parte del Mercosur. En la misma fecha entrará en vigor para los Estados Asociados que lo hubieren ratificado anteriormente".

(18) Acuerdo que, según información oficial, no ha sido efectivamente implementado al figurar como "pendiente". Al respecto, *v*éase "Detalles del Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados", del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay (s.f.).

la implementación a nivel andino de un instrumento similar resultaría recomendable.

4. Sobre la Comunidad Andina

Brevemente, la Comunidad Andina (antes denominada Pacto Andino) puede ser definida como un organismo subregional, con personería jurídica internacional, creada en 1969 en virtud del Acuerdo de Cartagena[20] . Dicho organismo se encuentra conformado a la fecha por cuatro Países Miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú; así como por los órganos e instituciones del denominado "Sistema Andino de Integración – SAI" (Zuñiga 2012, p. 104), este último constituido a partir de las reformas institucionales dadas a través del Protocolo de Trujillo de 1996[21] .

Un punto que vale la pena resaltar es que la aprobación de Decisiones o Resoluciones a nivel de la CAN no se encuentra sujeta a un procedimiento legislativo similar al "ordinario", tal cual se encuentra regulado al interior de la Unión Europea. Las Decisiones son elaboradas ya sea como resultado de una propuesta de la Secretaría General (artículo 30(c) de la Decisión 563) o sus Países Miembros, o a fin de dar cumplimiento a las Directrices del Consejo Presidencial Andino (artículo 11 de la Decisión 563) y son adoptadas por consenso (CAMRE; artículo 17 de la Decisión 563) o mayoría absoluta (Comisión; artículo 26 de la Decisión 563). La Secretaría General, por su parte, puede adoptar Resoluciones ya sea en virtud de sus atribuciones originarias (es decir, aquellas derivadas del Acuerdo de Cartagena mismo; por ejemplo, para determinar si una medida adoptada unilateralmente por un País Miembro constituye "gravamen" o "restricción"; artículo 74 de la Decisión 563), o en virtud de facultades derivadas (es decir, a efectos de "reglamentar" alguna Decisión expedida por la Comisión o el CAMRE).

Dicho esto, debemos señalar –para efectos del presente estudio– que, a la fecha, no existe instrumento jurídico alguno, a nivel andino, que regule de manera específica la cooperación judicial en materia penal o figura análoga. Ello pues nos lleva a formular la siguiente pregunta: ¿Existe la necesidad de legislar sobre esta materia? ¿Cuáles serían las ventajas o, en su defecto, inconvenientes que pudiesen derivarse de la regulación de esta forma de cooperación en el ámbito comunitario? Para poder responder a dichas interrogantes, procederemos a continuación a analizar las normas legales, a nivel de los países de la CAN, bajo las cuales un ciudadano andino podría ser detenido –y, eventualmente, entregado– a las autoridades de otro País Miembro.

4.1 Ámbito Comunitario

4.1.1 Sobre la necesidad de regular la cooperación judicial en materia penal

A manera de preámbulo, debemos señalar que, si bien no contamos con datos de ciudadanos andinos con sentencia condenatoria en su contra –y que hayan sido ubicados, detenidos y/o entregados en otro país andino– el número de personas detenidas o purgando prisión por nacionalidad nos puede dar algunas luces sobre el problema de la delincuencia dentro del espacio geográfico de la CAN. Así, según datos del Instituto Nacional Penitenciario de Perú, para el año 2018, de un total de 1,166 personas conformantes de la población penal en dicho país, 680 (es decir, más del doble) corresponde a ciudadanos de los otros tres Países Miembros de la CAN: Bolivia (93); Colombia (478) y Ecuador (109). Por su parte, en Colombia (para ser más específicos, en Bogotá), en el año 2020, fueron detenidos 2,641 extranjeros cometiendo delitos, de los cuales 21 fueron de nacionalidad ecuatoriana y 5 de Perú, entre otros (Semana, 2021). Finalmente, la mayoría en la lista de arrestos en Ecuador en el año 2021, por algún delito o infracción fueron ecuatorianos, seguidos de ciudadanos de nacionalidades colombiana, venezolana y peruana (Palma, 2021). Nótese que, si bien tampoco se cuenta con información respecto a si estas personas son reincidentes en la comisión de un delito en su país de origen (dato importante ya que, presumiblemente, es más probable que una persona que ha delinquido en su país de origen lo haga en el país receptor, a que una persona que no ha delinquido nunca, lo haga por primera vez en el país de destino), la criminalidad por parte de ciudadanos andinos en otros Países

(19) Según la opinión brindada el 23 de diciembre de 2022 por el Director de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia de la República Argentina, Juan José Cerdeira. Esta información –la cual surge de los foros de autoridades centrales que se tiene en el marco de las reuniones de Ministros– fue recabada de la Cancillería Argentina.

(20) La codificación actual de este acuerdo se encuentra contenida en la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, de fecha 25 de junio de 2003.

(21) Además, tiene como Países Asociados a Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

Miembros de la CAN es un fenómeno que definitivamente existe y que debe ser abordado.

Sin perjuicio de ello, Palma (2021) menciona que, según el Índice de Percepción de la Corrupción en América Latina para el año 2021, preparado por Transparencia Internacional, tres países de la CAN –con excepción de Colombia– se encuentran en puestos del 100 en adelante, de un total de 180 países, en un "ranking" del nivel de percepción de corrupción en el sector público (mientras más alta la clasificación, mayor la percepción). Así, Bolivia se encuentra en el puesto 128; Ecuador y Perú en el puesto 105; y, Colombia en el puesto 87. Asimismo, según la Fundación Carolina, "8 de cada 10 latinoamericanos sostienen que su gobierno es corrupto (Encuesta Gallup, 2017 en OCDE, 2018: 155)", señalándose además que "se ha incrementado la percepción del aumento de la corrupción como primer problema de su respectivo país" (Ramos y Álvarez, 2019, p. 3). Esto refleja la fragilidad institucional presente en los países miembros de dicho organismo internacional, y el poco nivel de confianza que sus ciudadanos tienen en sus autoridades.

A manera de ejemplo, en Perú, el empresario peruano Martín Belaunde Lossio, buscado en dicho país por actos de corrupción y delitos contra la administración pública durante el gobierno del expresidente Ollanta Humala, fue posteriormente detenido en Bolivia y devuelto al Perú. Esto, evidentemente, podría repetirse a futuro, y no sería de extrañar que un funcionario público acusado de actos de corrupción encuentre acogida en otro país miembro, ya sea sin o con el conocimiento de sus máximos representantes (sobre todo, para el caso de este último escenario, si estos cuentan con ideologías o tendencias políticas similares; fenómeno que se está dando en varios países de Sudamérica)[22] .

¿Cuáles son las lecciones que nos dejan estas cifras? Primero, que la delincuencia común por parte de ciudadanos andinos en el territorio de otro País Miembro es un fenómeno que existe y que debe ser abordado. Segundo, que el índice de percepción de corrupción en el sector público en los países andinos es alto, siendo que esta percepción encontraría correlato en la realidad: solo por poner un ejemplo, es harto conocido que el expresidente peruano, Pedro Castillo, quien intentó materializar un golpe de Estado (y que, actualmente, se encuentra purgando prisión preventiva), ha sido acusado de ser el presunto cabecilla de una red responsable de organización criminal, tráfico de influencias y colusión (BBC News Mundo, 2022).

4.1.2 Instrumentos legales a nivel andino

Hechas estas precisiones –y ya abordando el marco legal existente a nivel comunitario– debemos remitirnos, en primer lugar, a la Decisión 878 "Estatuto Migratorio Andino", aprobada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores el 12 de mayo de 2021. Esta Decisión regula los requisitos de circulación (tanto para ciudadanos andinos como para residentes extracomunitarios), y de residencia, para el caso de ciudadanos andinos (la cual podrá ser permanente o temporal). Además, esta Decisión "ratifica la plena vigencia de la Decisión 750[23] que crea el Sistema Estadístico de la Tarjeta Andina de Migración (TAM), como mecanismo de intercambio de información migratoria", señalando, además, que el intercambio de dicha información, a ser efectuada entre los Países Miembros, "podrá incluir información sobre flujos migratorios, alertas migratorias e impedimentos que pesaren sobre ciudadanos nacionales residentes en los Países Miembros, así como aquellos ciudadanos que son requeridos por autoridad competente judicial" (artículo 15 de la Decisión 878). Es decir, esta Decisión prevé únicamente el intercambio de información de aquellas personas requeridas por las autoridades judiciales de algún País Miembro, mas no contiene disposiciones relacionadas con su eventual detención y posterior entrega.

De hecho, en este punto, resulta interesante hacer alusión a lo señalado en el artículo 26 de dicho instrumento, el cual prevé:

> Artículo 26. Medidas de excepción
>
> Los derechos reconocidos en el presente Estatuto pueden ser limitados por un País Miembro en caso de que se evidencie la necesidad de preservar la vida y la salud de las personas, el orden público y los intereses esenciales de la seguridad nacional, garantizando la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y los derechos de las personas en movilidad, conforme a la aplicación de la

(22) Por ejemplo, luego de la caída del expresidente boliviano, Evo Morales, este encontró acogida en México, durante la presidencia de Manuel López Obrador (centroizquierda). Más recientemente, el expresidente del Perú, Pedro Castillo (izquierda), buscó asilarse en la Embajada de México, con la venia del presidente de dicho país. Finalmente, tanto en Chile como en Colombia, hemos podido presenciar que las elecciones presidenciales han sido ganadas por candidatos de izquierda / centroizquierda.

(23) Esta Decisión fue aprobada por la Comisión el día 27 de mayo de 2011.

normativa interna de cada País Miembro (Comunidad Andina, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Decisión 878).

Como puede apreciarse, la norma habla de "limitar los derechos" de un ciudadano andino a fin de preservar el orden público y los intereses de seguridad nacional. La pregunta que surge es: ¿Ello podría implicar la eventual devolución de un ciudadano andino de otro país miembro, detenido por haber cometido delitos en el país donde es requerido judicialmente? Si bien la norma no hace referencia expresa a dicho escenario, el artículo 25 de la Decisión antes mencionada establece que podrá cancelarse la autorización de quienes hubieren ingresado, "cuando se compruebe que los mismos no cumplan con los requisitos establecidos por la presente Decisión o conforme a la aplicación de la normativa interna de cada País Miembro". Esa "cancelación", entendemos, implicaría la imposibilidad de que dicho ciudadano pueda permanecer en el país de acogida, pero no conlleva una devolución a las autoridades del país que lo estuviesen requiriendo[24] .

Otros instrumentos que vale la pena destacar, para el tema que nos ocupa, son las distintas Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina:

a) Decisión 458: "Lineamientos de la Política Exterior Común", expedida por el CAMRE el 25 de mayo de 1999, la cual señaló entre sus objetivos "la unificación de esfuerzos en un decisivo combate de la corrupción, y la colaboración en la lucha contra el terrorismo y otras formas de crimen organizado" (artículo 1(II)(k)). No obstante, no figuran en el texto mecanismos concretos a través de los cuales se daría esta colaboración.
b) Decisión 587: "Lineamientos de la Política de Seguridad Externa Común Andina", emitida por el CAMRE el día 10 de julio de 2004, y que tiene como uno de sus instrumentos operativos "los marcos andinos para la cooperación legal, policial y judicial" (artículo 1.VI.6). Cabe destacar que no ha existido algún desarrollo ulterior sobre estos marcos andinos (en qué consistirían) y cómo serían implementados.
c) Decisión 589: "Incorporación del Instrumento Andino de Cooperación entre fiscales generales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela al Sistema Andino de Integración", emitida por el CAMRE el 10 de julio de 2004, mediante la cual se encomienda a la Secretaría General la preparación de una propuesta "con los términos de incorporación al SAI de dicho instrumento" (artículo 2).
d) Decisión 710 del CAMRE, de fecha 19 de agosto de 2009, por la cual se crea el Consejo de Fiscales de la Comunidad Andina, conformado por los fiscales generales de los Países Miembros o quienes hagan sus veces, y que tiene, entre sus funciones, "impulsar acciones de coordinación, cooperación mutua e intercambio de información en el desarrollo de actividades previstas en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina"(artículo 3, literal b); y, "adelantar otras gestiones y acciones de cooperación que, en materia de política criminal, le encargue expresamente el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores" (artículo 3, literal c).

Como puede apreciarse, existen varios instrumentos legales que, de una u otra forma, contienen disposiciones que podrían coadyuvar a un intercambio de información más eficiente sobre ciudadanos andinos requeridos judicialmente, y que posibiliten la cooperación entre autoridades de los cuatro Países Miembros en su lucha contra diversos delitos. No obstante, en la práctica estas Decisiones no han permitido la detención y ulterior entrega de personas con orden de captura en algún País Miembro, siendo que el Consejo de Fiscales de la CAN no se ha reunido hasta el día de hoy, pese a la existencia de un mandato expreso contenido en la Decisión 710. Es más, según la Decisión 797, de fecha 14 de octubre de 2014 –por la cual se crean distintos Comités Ad Hoc en el marco de la reingeniería del Sistema Andino de Integración– no existe referencia a órgano alguno que desempeñe funciones en esta materia. Es decir, los resultados a nivel andino en esta materia han sido, por decir lo menos, deficientes.

4.2 Tratados Bilaterales y Convenios Regionales e Internacionales

Luego de haber sido expuesto el escenario a nivel comunitario sobre cómo es que opera la cooperación judicial en materia penal, corresponde a continuación analizar la forma a través de la cual ha sido regulada esta figura, tanto a nivel bilateral como internacional. En ese contexto, en caso un ciudadano andino haya sido procesado en materia penal, haya recibido un mandato de

(24) De hecho, es importante hacer alusión en este punto al artículo 5 de la citada Decisión, el cual prevé: "Los Países Miembros reconocen que ninguna persona será sujeta a sanciones penales debido a su condición migratoria, toda falta migratoria tendrá carácter administrativo".

detención, una orden de prisión preventiva, o una sentencia de pena privativa de libertad, dictadas por las autoridades judiciales del Estado requirente, podrá ser eventualmente extraditado al país que lo solicita; esto, en virtud de los distintos acuerdos bilaterales suscritos entre los Países Miembros de la CAN[25] , o gracias a diversos instrumentos internacionales, como son el "Acuerdo Bolivariano de Extradición" del 18 de julio de 1911, del cual forman parte Ecuador, Perú, Bolivia, Colombia y Venezuela (este último, exmiembro de la CAN), y la Convención Interamericana sobre Extradición, adoptada en Caracas, Venezuela, el 25 de febrero de 1981.

Sin perjuicio de ello, debe mencionarse que los Países Miembros de la CAN son parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003; y, de la Convención Interamericana contra la Corrupción (adoptada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 29 de marzo de 1996). Además, como instrumento internacional relevante, se tiene la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal (adoptada en Nassau, Bahamas, el 23 de mayo de 1992), la cual resulta interesante, ya que en materia de doble incriminación señala que "la asistencia se prestará aunque el hecho que la origine no sea punible según la legislación del Estado requerido" (artículo 5). Finalmente, tenemos dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA), las denominadas "REMJA", que son las "reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de la Américas, celebradas periódicamente bajo los auspicios de la OEA desde el año 1997 con el propósito de fortalecer la cooperación jurídica y judicial entre los Estados del Hemisferio Americano"[26] .

Ahora bien, un punto adicional que vale la pena destacar es el trabajo llevado a cabo por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), la cual tiene como una de sus funciones "promover el intercambio de información sobre fugitivos y llevarlos ante la justicia en el país en el que cometieron un delito"[27] . Cabe mencionar que esta organización cuenta con 194 miembros, entre ellos, los cuatro países de la CAN, y permite a todos sus miembros estar conectados mediante un sistema de comunicación denominado I-24/7, a través del cual pueden acceder a las bases de datos y servicios de dicha organización en tiempo real, desde ubicaciones centrales y remotas. De hecho, gracias a la labor de este organismo, fue posible ubicar –y luego detener– al empresario peruano Martín Belaunde Lossio[28] , citado en líneas previas.

Como puede apreciarse, existe un acervo legal, por decir lo menos, cuantioso en materia de extradición y de asistencia en materia penal, mencionándose incluso en algunos tratados bilaterales de extradición que "un delito dará lugar a la extradición independientemente de que las leyes de los Estados Parte clasifiquen el delito en diferente categoría, o lo tipifiquen con distinta terminología; siempre que la conducta subyacente sea delictiva en ambos Estados, de conformidad con sus legislaciones" (véase, al respecto, el artículo II.3 del Tratado Perú - Ecuador)[29] . Esto representa un despegue interesante del enfoque dado en la práctica por tribunales europeos, por ejemplo, en el caso Puigdemont ante el Tribunal del Land de Schleswig Holstein antes referido, lo cual resultará relevante a efectos de la propuesta que plantearemos en las próximas líneas. No obstante, la pregunta que surge es: ¿Son suficientes estos instrumentos para hacer de la cooperación judicial en materia penal un instrumento que favorezca –o en todo caso, haga más sólida– la integración al interior de la CAN?

5. Propuesta: Implementación de una decisión a nivel andino

La Comunidad Andina cuenta con un régimen institucional inspirado, en gran medida, en el régimen europeo. Así, a través de las reformas instituidas a través del Protocolo de Trujillo de 1996 antes reseñado, se creó el denominado Sistema Andino de Integración, conformado por una Comisión, un Parlamento y un Tribunal, entre otros, siendo que estas

(25) Un lenguaje similar es utilizado en los siguientes instrumentos: el Tratado de extradición entre Perú y Ecuador (suscrito el 4 de abril de 2001; artículo 1); Perú y Bolivia (suscrito el 27 de agosto de 2003; artículo I); Perú y Colombia (suscrito el 22 de octubre de 2004, el cual modifica el Convenio Bolivariano de Extradición; artículo 1); y Bolivia y Ecuador (suscrito el 10 de diciembre de 1914; artículo 1).

(26) Para mayor información, *véase* "Departamento de Cooperación Jurídica", de Organización de Estados Americanos (s.f.).

(27) Para mayor información, *véase* Organización Internacional de Policía Criminal (https://www.interpol.int/es).

(28) A manera de ejemplo, *véase* "Caso Belaunde Lossio: Policía refuerza alerta roja de Interpol", de TVPerú Noticias (13 de marzo de 2015).

(29) Similar lenguaje es utilizado en el artículo ii.3.a del Tratado Perú - Bolivia, así como en el artículo 2 del Tratado Perú - Colombia.

instituciones existen también en la Unión Europea. Además, entre las principales características del ordenamiento jurídico comunitario andino tenemos la denominada "aplicación directa", cuyo sustento jurídico son las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – TJCE (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en los casos *Van Gend & Loos* de 1963 y *Simmenthal* de 1978; la preeminencia del derecho comunitario andino, recogido en el artículo 4 del Tratado de Creación del TJCAN, y cuyo sustento jurídico encuentra sus raíces en pronunciamientos emitidos por el TJCE, tal como lo puso de manifiesto el TJCAN en el Proceso 3-AI-96, en el cual destacó la sentencia del TJCE del 15 de julio de 1964 en el caso Costa/Enel; y, finalmente, el efecto directo (Zúñiga, 2014, pp.22-24). Es decir, la influencia de la UE en la CAN ha sido, por decir lo menos, innegable y –por qué no decirlo– invaluable, ya que la solidez institucional de este organismo ha permitido su subsistencia por más de 50 años, algo singular a nivel latinoamericano.

Partiendo del modelo europeo y de la experiencia del Mercosur –que, a nuestro juicio, deberían ser replicadas, ello a efectos de lograr una integración más profunda, y, así, alcanzar el objetivo último de la CAN, que es la formación de un mercado común latinoamericano (Artículo 1 de la Decisión 563)– consideramos que debería implementarse, a nivel andino, una Decisión que regule la cooperación judicial en materia penal. Esto es así, ya que como sabemos, un mercado común implica un espacio donde concurra el libre movimiento de bienes, personas, servicios y capitales; es decir, un espacio donde la cooperación bilateral (e, incluso, regional, a través de la OEA) en esta materia no resultaría suficiente.

Como bien sabemos, un ciudadano andino –incluso, aquellos con mandato de detención judicial– podría fácilmente desplazarse por los Países Miembros de la comunidad, a fin de evitar su captura, y eventualmente transferir activos y bienes producto de sus fechorías a algún otro país miembro; situación que resultaría difícil de castigar con los instrumentos previamente reseñados. El carácter supranacional de las normas andinas en definitiva representaría una solución a este escenario, y la existencia de una Decisión en esta materia contribuiría a reducir la poca confianza de los ciudadanos de la subregión en sus autoridades nacionales, tal como fue reflejado por Transparencia Internacional. No obstante, las normas jurídicas *per se* no resultan suficientes: Una verdadera voluntad de las autoridades nacionales en darle efectividad a esta Decisión resulta de la mayor importancia a efectos de que esta pueda ser aplicada de manera coherente.

Dicho esto, la Decisión que proponemos debería emitirse "en el seno" del CAMRE, pero no actuando como tal, sino como "representantes de los Países Miembros" a modo de tratado internacional simplificado que sirva de base para la cooperación. Este instrumento debería recoger los siguientes elementos clave, partiendo de las experiencias aprendidas tanto a nivel europeo como latinoamericano:

- Implementar una "orden andina de detención y entrega" (OADE), de manera similar al modelo europeo. Esta orden debería ser emitida por un juez de alguno de los Países Miembros y deberá ser dirigida a las autoridades donde el ciudadano sobre el cual pesa dicha orden se encuentra ubicado, a efectos de que este sea detenido y entregado en un plazo expeditivo. En caso esta orden no quiera ser acatada por las autoridades del país de destino, el país emisor podrá interponer una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la CAN (situación que implicaría dar a las OADE un estatus similar a las normas andinas, lo cual conllevaría a tener que modificar el artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y su estatuto, aprobado por Decisión 500, en lo que resulte pertinente).
- Promover, a nivel andino, la creación de una autoridad similar a Eurojust, la cual permita hacer más expeditivos los pedidos de colaboración judicial y el cumplimiento de las solicitudes de extradición. Esta agencia deberá actuar en estrecha colaboración con las autoridades migratorias de los cuatro Países Miembros, con el objetivo de generar "alertas", ello con el fin de impedir el ingreso de un ciudadano andino a otro país de la CAN, en caso este contase con antecedentes o con alguna investigación abierta de naturaleza penal. Si bien la labor de INTERPOL es, en definitiva, importante; no debemos olvidar que esta institución agrupa a 194 países, siendo por tanto necesario contar con una agencia especializada a nivel de los cuatro Países Miembros de la CAN a fin de concentrar esfuerzos.
- Eliminar la figura de la doble incriminación, a fin de evitar la valoración, por parte de las autoridades del país que recibe la OADE, de la conducta del ciudadano requerido, en caso esta no se encuentre tipificada como delito en dicha jurisdicción. Ello permitiría evitar pronunciamientos

como aquél emitido por el Tribunal del Land de Schleswig Holstein, y que fuese materia de análisis y crítica en líneas previas. Esto no resultaría de difícil implementación, ya que ha sido recogido en varios convenios bilaterales de extradición, tal cual fue explicado en acápites anteriores. En ese sentido, a diferencia de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, el proyecto de Decisión no debería incluir un listado de delitos, bastando con que se especifique la suficiencia y validez de la orden de detención expedida por el Estado emisor.

- Dar un verdadero impulso al Consejo de Fiscales de la Comunidad Andina, a efectos de que pueda cumplir cabalmente sus funciones de "impulsar acciones de coordinación, cooperación mutua e intercambio de información en el desarrollo de actividades previstas en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina" (artículo 3, literal b); y, "adelantar otras gestiones y acciones de cooperación que, en materia de política criminal, le encargue expresamente el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores" (artículo 3, literal c). Para lograr esto, se debe regular, a través de una Resolución emitida por la Secretaría General, cuáles son las acciones concretas de coordinación y, mediante esta propuesta de Decisión, las acciones de cooperación mencionadas en la Decisión 710, que serán implementadas por el CAMRE.
- Hacer referencia expresa, en el texto de esta Decisión, a que la inmunidad, sea ya nacional (por ejemplo, representantes electos ante el poder legislativo, miembros del servicio diplomático, etc.) e internacional (entiéndase, parlamentarios andinos), no será óbice para que la autoridad ejecutora proceda con la detención y entrega del ciudadano requerido por el país emisor de la OADE (ello, a fin de evitar pronunciamientos como aquél emitido por la jueza de Cerdeña en el caso Puigdemont). Esto resulta particularmente necesario para el caso del Parlamento Andino –institución fuertemente criticada dentro del SAI– ya que solo para el caso del Perú, para las elecciones del año 2021, doce candidatos a dicho órgano comunitario registraban sentencias civiles y penales; situación que evidentemente podría restar credibilidad y fuerza al proceso de integración andino, en caso personas con dichos antecedentes pudiesen ser elegidas.

Consideramos que, si bien esta propuesta resulta, por decir lo menos, ambiciosa –ya que implicaría, entre otras cosas, modificar normas andinas de derecho originario, como lo es el Tratado de Creación del TJCAN– la necesidad de implementarla es al mismo tiempo innegable, ya que a la fecha no existen a nivel andino instrumentos jurídicos que de manera concreta permitan combatir la delincuencia transfronteriza y actos de corrupción (solo Decisiones que utilizan un lenguaje general, que no cubren todas las materias a ser reguladas mediante esta propuesta, y que no han sido reglamentadas a través de Resolución). Este esfuerzo, unido con una voluntad política de hacer efectiva la cooperación judicial en materia penal, coadyuvará de alguna forma a alcanzar los objetivos de la CAN, tal cual se encuentran recogidos en su carta fundacional.

Para finalizar; y sin perjuicio de la implementación de la Decisión andina referida en párrafos previos, resultaría interesante analizar la posibilidad de que la Comunidad Andina y los países del Mercosur celebren un acuerdo a efectos de extender los alcances de las decisiones de este último esquema comunitario (previamente abordadas) a los países andinos o, en su defecto, la adhesión de los Países Miembros de la CAN a la Decisión 48/10 antes citada, en su calidad de Estados Asociados, una vez que esta última sea efectivamente implementada. Dado el tiempo que podría tomar la aprobación de la Decisión Andina propuesta a través del presente trabajo, posiblemente, la celebración de este acuerdo permita combatir a corto plazo la delincuencia transfronteriza en la mayoría de países sudamericanos. Es más; un acuerdo de este tipo tendría como resultado hacer más efectivos los objetivos comunes de ambos bloques de integración en esta materia.

6. Conclusiones

- La cooperación judicial en materia penal es un instrumento regulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y tiene como base el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales de los 27 países miembros.
- Las órdenes europeas de detención y entrega se encuentran reguladas en la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, del 13 de junio de 2002. De acuerdo con este instrumento, en caso un país emitiese una orden europea de detención contra determinado nacional y cursase esta al país donde este ciudadano se encuentra, el país de ejecución debería proceder a la detención y entrega de dicha persona, siguiendo el procedimiento previsto en la Decisión marco.

- Las actuaciones llevadas a cabo en el marco del caso Puigdemont reflejan las falencias del presente sistema, las cuales han tenido que ser resueltas –al menos en parte– a través del Tribunal de Justicia de la UE. Desconfianza entre los países de la Unión Europea, cuestiones relacionadas con la inmunidad parlamentaria y la ausencia de criterios claros relacionados con la doble incriminación son algunos de los escollos que deben superarse, a efectos de poder dotar de efectividad a esta institución.
- El Mercosur cuenta con un interesante marco legal que regula esta figura, destacando entre sus normas la Decisión 2/96, la cual ha tenido, por decir lo menos, resultados exitosos que podrían servir de ejemplo a la CAN.
- A la fecha, no existe instrumento jurídico alguno, a nivel andino, que regule de manera específica la cooperación judicial en materia penal o figura análoga; solo existen diversas decisiones, tratados bilaterales e instrumentos regionales e internacionales que han tratado, más que todo, de fortalecer el intercambio de información entre autoridades y regular el proceso de extradición de ciudadanos requeridos por la comisión de delitos.
- Urge la implementación de una Decisión andina que regule la cooperación judicial en materia penal, la cual deberá seguir los lineamientos expuestos en el presente trabajo, los cuales, a su vez, recogen las experiencias derivadas del régimen europeo y de los instrumentos legales previamente reseñados. Ello coadyuvará a una integración más profunda y contribuirá a alcanzar los objetivos previstos en el Acuerdo de Cartagena. Además, resultaría recomendable analizar la posibilidad de celebrar un acuerdo entre la CAN y los países miembros del Mercosur, a efectos de extender la aplicación de la Decisión 2/96.

Referencias bibliográficas

Acuerdo Marco de Cooperación entre los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados para la creación de equipos conjuntos de investigación, 2 de agosto de 2010, https://normas.mercosur.int/public/normativas/2104

Acuerdo sobre Orden Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, 16 de diciembre de 2010, https://normas.mercosur.int/public/normativas/2360

Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (s.f.). *Acerca de Europol*. https://www.europol.europa.eu/about-europol:es

Ajzenman, N., Domínguez, P. y Undurraga, R. (08 de mayo de 2021). *Inmigración, delincuencia y las erróneas percepciones sobre el delito*. Centro de Investigación Periodística. https://www.ciperchile.cl/2021/05/08/inmigracion-delincuencia-y-las-erroneas-percepciones-sobre-el-delito/

Alemán, F. (2020). *La orden europea de detención y entrega y su aplicación al caso Puigdemont* [Trabajo de fin de grado para optar el doble grado en Derecho y Administración y Dirección de empresas, Facultad de Derecho de la Universidad de Almería]. Repositorio de Universidad de Almería. http://hdl.handle.net/10835/9552

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (07 de junio de 2019). *Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: ACNUR y OIM.* https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html

Arauco, M., Luján, M., Farfán, R., y González, M. (2018). *Informe estadístico penitenciario: Febrero 2018*. Instituto Nacional Penitenciario del Perú. https://www.inpe.gob.pe/component/k2/item/1583-informe-estad%C3%ADstico.html

Arroqui, M. (31 de enero de 2023). *La justicia europea se pronuncia en contra de Carles Puigdemont*. La Razón. https://www.larazon.es/espana/20230131/aazqoq6f2fgphgwkwby6c66pum.html

Bahar, D., Dooley, M. y Selee, A. (14 de septiembre de 2020). *Inmigrantes venezolanos, crimen y percepciones falsas: Un análisis de los datos en Colombia, Perú y Chile*. Brookings. https://www.brookings.edu/es/research/inmigrantes-venezolanos-crimen-y-percepciones-falsas-un-analisis-de-los-datos-en-colombia-peru-y-chile/

BBC News Mundo. (23 de septiembre de 2021). *Carles Puigdemont: liberan al expresidente de Cataluña tras pasar unas horas detenido en Cerdeña*. https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-58672545

BBC News Mundo. (08 de diciembre de 2022). *Pedro Castillo: por qué delitos lo investigan y a qué se enfrenta tras ser destituido como presidente de Perú.* https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-63906363

Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (28 de julio de 2016). *The first pillar of the European Union.* http://www.cvce.eu/obj/the_first_pillar_of_the_european_union-en-2b2d7680-9225-4ecf-9ec6-83af952c06a6.html

Centre virtuel de la connaissance sur l'Europe (8 de julio de 2016), *The Treaty of Lisbon*. http://www.cvce.eu/obj/the_treaty_of_lisbon-en-9750ea95-2e64-4e9c-884d-197701497584.html

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2021a). Lineamientos de la Política Exterior Común. Decisión 458.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2021b). Lineamientos de Seguridad Externa Común Andina. Decisión 587.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2021c). Incorporación del Instrumento Andino de Cooperación entre los Fiscales Generales de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela al Sistema Andino de Integración. Decisión 589.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2021d). Creación del Consejo de Fiscales de la Comunidad Andina. Decisión 710.

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2021e). Estatuto Migratorio Andino. Decisión 878.

Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, 23 de mayo de 1992.

Decisión marco del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI), 13 de junio de 2002.

Departamento de Cooperación Jurídica, Organización de Estados Americanos. (s.f.) *Remja*. http://www.oas.org/juridico/spanish/faq_remja_sp.htm

European Union Agency for Criminal Justice Cooperation. (s.f.). *Who we are*. https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are

Feline, L., Bird, M., Brauckmeyer, G., Kvietok, A., Lichieri, D., Luna, E., Olivas, J, y Ponce, L. (2021). *Estudio de opinión sobre la población extranjera en el Perú*. Universidad del Pacífico. https://www.acnur.org/60b8502f4.pdf

Fernández Rodríguez, M. (2013). Cooperación judicial penal comunitaria. La orden de detención europea: Primer instrumento del principio de reconocimiento mutuo de decisiones. En M. Fernández, D. Bravo y L. Martínez (Coords.), *Una década de cambios: de la guerra de Irak a la evolución de la Primavera Árabe 2003-2013* (pp. 61-82). Valladolid.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. (2008). El Principio de Reconocimiento Mutuo como Fundamento de la Cooperación Judicial Penal y Efectos en Ordenamientos. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, *1*(10), 155-178. https://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12474

López-Fonseca, O. (24 de septiembre de 2021). *Los argumentos de la jueza italiana para dejar libre a Puigdemont*. El País. https://elpais.com/espana/2021-09-24/los-argumentos-de-la-jueza-italiana-para-dejar-libre-a-puigdemont.html

López-Quiles, P. (2018). *Caso Puigdemont: Análisis conceptual y normativo de la conducta del expresidente de Cataluña y su entrega a España* [Trabajo de fin de grado, Colegio Universitario de Estudios Financieros]. Biblioteca CUNEF. https://biblioteca.cunef.edu/files/documentos/TFG_GDOBLE_D_2019-23.pdf

Mercado Común del Sur. (s.f.). *Quienes somos*. https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/

Morcillo, N. (16 de julio de 2022). *El caso Puigdemont vuelve a la casilla de salida: el proceso de entrega se reinicia*. La Información. https://www.lainformacion.com/espana/el-caso-puigdemont-vuelve-a-la-casilla-de-salida-el-proceso-de-entrega-se-reinicia/2870865/

Navarro, B. (14 de julio de 2022). *La justicia europea se inclina por apoyar a Llarena frente a la negativa de Bélgica de entregar a Puig*. La Vanguardia. https://www.lavanguardia.com/politica/20220714/8407253/juez-tribunal-justicia-union-pronuncia-sobre-euroordenes-puigdemont.html

Nieto, A. (s.f.). *Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo*. Criminal Justice Network: Fórum Internacional sobre justicia penal. https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/reconocimiento-mutuo-orden-publico-e-identidad-nacional-la-doble-incriminacion-como-ejemplo

Palma, J. (11 de mayo de 2021). *¿Qué nacionalidad lideran los registros de detenciones en Ecuador?*. El Universo. https://www.eluniverso.com/noticias/seguridad/que-nacionalidades-lideran-los-registros-de-detenciones-en-ecuador-nota/

Parlamento Europeo (s.f.). *La cooperación judicial en materia penal.* https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/155/la-cooperacion-judicial-en-materia-penal#:~:text=La%20cooperaci%C3%B3n%20judicial%20en%20materia%20penal%20se%20basa%20en%20el,Estados%20miembros%20en%20diversos%20%C3%A1mbitos

Parlamento Europeo (s.f.). *El Tratado de Lisboa*. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/5/el-tratado-de-lisboa#:~:text=El%20Tratado%20de%20Lisboa%20reconoce,no%20ejerce%20funci%C3%B3n%20legislativa%20alguna.

Parlamento Europeo (s.f.). *Tratado de Niza*. https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-nice

Pecho, A. (25 de marzo de 2021). *Los "extranjeros": usos políticos de la inmigración venezolana en la campaña presidencial*. Instituto de Defensa Legal. https://www.idl.org.pe/los-extranjeros-usos-politicos-de-la-inmigracion-venezolana-en-la-campana-presidencial/

Protocolo de San Luis sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, 25 de junio de1996.

Ramos, M., y Álvarez, F. (2019). *El control de la corrupción en América Latina: agenda política, judicialización, e internalización de la lucha contra la corrupción* (Documento de Trabajo N° 11, 2ª época).

Redacción Barcelona. (30 de octubre de 2017). *Puigdemont y miembros del Govern destituido se trasladan a Bélgica*. La Vanguardia. https://www.lavanguardia.com/politica/20171030/432486059857/carles-puigdemont-govern-bruselas.html

Redacción Gestión. (28 de febrero de 2021). *Elecciones 2021: Doce candidatos al Parlamento Andino registran sentencias civiles y penales*.

Gestión. https://gestion.pe/peru/politica/elecciones-2021-doce-candidatos-al-parlamento-andino-registran-sentencias-civiles-y-penales-nczg-noticia/

Redacción NIUS. (2021). *Cronología del caso Puigdemont: cuatro años de pulso judicial en Europa*. NIUS. https://www.niusdiario.es/nacional/politica/cronologia-caso-puigdemont-cuatro-anos-pulso-judicial-europa_18_3208020893.html

Rivera, P. (2019). *La influencia del caso Puigdemont en la Cooperación Penal Europea* (1ª ed.). CEU Ediciones.

Semana. (03 de septiembre de 2021). *Más de 11.000 extranjeros han sido capturados este año en Colombia cometiendo delitos, según la Policía*. https://www.semana.com/nacion/articulo/mas-de-11000-extranjeros-han-sido-capturados-este-ano-en-colombia-cometiendo-delitos-segun-la-policia/202135/

Suánzes, P. (2023). *Puigdemont reinterpreta la sentencia del TJUE: 'Hace inviables nuevas euroórdenes'*. El Mundo. https://www.elmundo.es/espana/2023/01/31/63d8ff32e4d4d8d87f8b45b0.html

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010.

Unión Europea (s.f.). *Tipos de legislación*. https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_es#:~:text=Las%20directivas%20son%20actos%20legislativos,sobre%20c%C3%B3mo%20alcanzar%20esos%20objetivos

Yárnoz, C. (26 de febrero de 2021). *Los Quince suscriben un Tratado que aplaza los problemas al 2004*. El País. https://elpais.com/diario/2001/02/27/internacional/983228411_850215.html

Zúñiga, H. (2012). Interpretación prejudicial en procedimientos de arbitraje en los regímenes andino y europeo. *Revista de Economía y Derecho*, *9*(35), 103-123. https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/347

Zúñiga, H. (2014). Jerarquía e interacción de fuentes en el marco del derecho comunitario andino. *Revista de Economía y Derecho*, *11*(41), 7-27. https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/304

et veritasius et veritasius et veritasius