

THÉMIS

Revista de Derecho



Mauro Grondona | Daniel Chahud Cosío | Javier Mihail Pazos Hayashida | Gilberto Mendoza del Maestro y Marco Arellano Cárdenas | Fort Ninamanco Córdova | Alex Plácido Vilcachagua | Aldo Santome Sánchez | Yuri Vega Mere | Erika Zuta Vidal | Guillermo José Arribas Irazola | Alan Augusto Pasco Arauco | Gerson Barboza De las Casas | Luis Diego Vargas Sequeiros y Rafaela Ojeda Villamar | Pascual Eduardo Alferillo | César Arturo Ayllón Valdivia | David Rubio Alcántara y María Paula Ruiz Coral | Hugo Forno Flórez | Juan Espinoza Espinoza | Fabio Núñez del Prado Chaves | Marco Antonio Villota Cerna | Carlos Tamani Rafael | Ulises Bautista Quispe | Sergio García Long | Juan Jesus Pablo Abanto | Álvaro Peña Villanueva | Mario Castillo Freyre y Giannina Molina Agui | Jorge Ortiz Pasco | María Antonieta Delgado Menéndez y María del Carmen Delgado Menéndez | César Rodrigo Landa Arroyo, Francesca Benatti, Leysser León Hilario y Marcial Antonio Rubio Correa | Fernando Vidal Ramírez | Freddy Escobar Rozas

Segunda Época. Edición 85

**40° Aniversario del Código Civil
1984 - 2024**

THĒMIS

Revista de Derecho



40° Aniversario del Código Civil
1984 - 2024

THĒMIS

desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2024
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
themisconsejoeditorial@gmail.com
consejodirectivothemis@gmail.com
themis.com.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

85

Editor: Ignacio Enrique Tovar Otero
Coordinador: Mario Castillo Freyre
Diseño y diagramación: Gabriela Córdova Torres

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Agosto 2024
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501402400051
THĒMIS-Revista de Derecho 85
Año LX - Número 85

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2024
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

El 1 de marzo de 1965, por iniciativa del Dr. Carlos Fernández Sessarego, se publicó el Decreto Supremo 95 firmado por el presidente Fernando Belaunde Terry. El objetivo de esta norma fue establecer una Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Meses después, el 19 de septiembre de 1965, se fundaba THĒMIS-Revista de Derecho.

Luego, en julio de 1984, mediante Decreto Legislativo 295 se promulgó el nuevo Código Civil peruano, firmado por el presidente Fernando Belaunde Terry en su segundo mandato. Un mes atrás, en junio de ese mismo año, se había inaugurado la así llamada 'Segunda Época' de THĒMIS-Revista de Derecho.

Pero ahí no quedan las coincidencias. De los integrantes de la Comisión reformadora entre 1965 a 1984, al menos 10 han colaborado o escrito un trabajo académico en la revista. Además, dos de sus miembros más determinantes, Carlos Fernández Sessarego y Fernando de Trazegnies Granda, son y siempre serán parte de nuestro Consejo Consultivo.

Más allá de eso, THĒMIS-Revista de Derecho ha tenido un total de 8 ediciones dedicadas a temas de derecho civil. Dos de las cuales son, precisamente, para conmemorar y reflexionar acerca del Código Civil de 1984. Estamos hablando de la edición 30 de 1994, titulada '10 Años del Código Civil. Edición de Aniversario', y de la edición 66 de 2014, titulada 'Treinta Aniversario del Código Civil'. Además, el primer evento organizado por THĒMIS se dio en el año 1988 y fue titulado "Código Civil: tres años de vigencia". En estos productos académicos han participado grandes exponentes del derecho civil en el plano nacional como Jorge Avendaño Valdez, Fernando Vidal Ramírez, Manuel de la Puente y Lavalle, César Fernández Arce, Lizardo Taboada Córdova, Felipe Osterling Parodi, Jack Bigio Chrem, Guillermo Lohmann Luca de Tena, entre otros muchos.

Valgan verdades, no creemos que nada de lo expuesto sea una coincidencia. Más bien, se trata de una senda compartida en el camino de la excelencia académica y el crecimiento de la doctrina jurídica en nuestro país. Tampoco es coincidencia que este Consejo Ejecutivo haya optado por una temática tan retadora como la celebración del 40º aniversario del Código Civil. Se trata de una firme apuesta por la tradición, la memoria y la institucionalidad de la asociación. Esta temática carga consigo una serie de aristas que vienen con la forma en la cual nuestro Código se ha estructurado: temas de Personas, Familia, Acto Jurídico, Obligaciones, entre otros.

Asimismo, cuenta con dos productos adicionales que enaltecen a la edición y enriquecen su contenido. Por un lado, tenemos una entrevista con uno de los pocos integrantes de la Comisión Reformadora del Código Civil que se encuentra en vida, el Dr. Fernando Vidal Ramírez. En ella, abordaremos aspectos relacionados a la elaboración del Código, los integrantes de la comisión y de la vida misma del entrevistado. Por otro lado, contamos con una novedosa entrevista al Dr. Freddy Escobar respecto a la filosofía moral y el derecho civil. Confiamos en que la misma brinde una perspectiva fresca al estudio de la materia en nuestro medio.

No obstante, nada de esto hubiera sido posible sin la asistencia del Dr. Mario Castillo Freyre, quien desde el primer momento se mostró emocionado y activo de cara al proyecto. El Dr. Castillo Freyre no solo nos contactó con muchos de los autores que han escrito en la presente edición, sino que además nos asistió en la elaboración de preguntas para la mesa redonda y las entrevistas. Asimismo, tuvo la gentileza de entregarnos un artículo respecto al Libro de Prescripción y Caducidad.

Así, estamos muy orgullosos de presentar un número más en esta historia de excelencia académica y pocas casualidades. Esperamos que las futuras generaciones de quienes hacemos THĒMIS-Revista de Derecho sean conscientes de lo que implica el peso de la historia y puedan seguir enalteciendo la revista fieles al lema: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, agosto de 2024

EL CONSEJO EJECUTIVO



Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho se complace en presentar como portada de su edición 85 al óleo Interior of Saint Peter's, Rome, c. 1735. Su autor, Giovanni Paolo Panini, fue arquitecto, pintor y profesor en la Academia Francesa de Roma, e inmortalizó la ciudad con numerosas representaciones detalladas de sus monumentos. Durante su vida creó fantasías arquitectónicas donde se mezclan ruinas imaginarias y edificios reales, invitando al espectador a distinguir entre lo verdadero y lo inventado. En esta pintura del interior de la Basílica de San Pedro, Panini muestra uno de los aproximadamente treinta cuadros de esta iglesia renacentista y barroca, diseñada por Miguel Ángel y Gian Lorenzo Bernini, entre otros. Lo que da vida a la pintura son las pequeñas figuras distribuidas por la enorme basílica. Estas figuras, que están arrodilladas en oración, admirando el lugar o conversando, representan a personas de todas las edades y clases sociales, ofreciendo una fascinante visión de la Roma de aquella época.

THÉMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2023-2

CONSEJO DIRECTIVO

Felipe Núñez del Prado (Actualidad Jurídica)
Carlos Alfredo Huivin Villarreal (Administración)
Valentina Hernández Bernos (Contenido)
Flor Arévalo Aranzabal (Desarrollo Social)
Lucía Vanesa Sánchez Contreras (Cursos & Capacitaciones)
Pedro Gabriel Vicente Aliaga (Financiamiento)
Mairet Milagros Casamayor Moreno (Imagen Institucional)
Andrea Gabriela Palacios Zárate (Publicaciones)
Anael Cohen Dannon (Recursos Humanos)
Mauricio Daniel Ferradas Vásquez (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Hilary Vega García
Adriana García Montoya
César Loyola Cárdenas
Luis Angel Rivera Salcedo
Dayana Martínez Moreyra
Jackelyn Huayapa Chilingano

Administración

Isavo Rojas Távara
Gabriela del Carmen Quiroz Ligarda

Contenido

Ignacio Tovar Otero
Clara Porras Sánchez
Nicolás Cabrera Súmar
Lesly Portocarrero Ramos
Samantha Salinas Villena

Cursos & Capacitaciones

Daniela Baca Ordoñez
Naomi Sánchez Chávez

Desarrollo Social

María Fernanda Herrera Romero
Arianna Almeida Palomino
Patricio Angeles Hoyos
Briana Quinto Benito
Ibeth Requena Azurza

Financiamiento

Gianella Alvarado Blas
Estefany García Cornejo
José Rodrigo García Gonzales
Mario Genit Hereña
José Luis Delgado Ulloa

Imagen Institucional

Deycé Cherres Ramírez
Lucía Ferrer Ortega
Patricia Quiñones Galindo
Mirella Pezzia Yui

Publicaciones

Diego García Peralta
Fátima Alegre Theran

Recursos Humanos

Valeria Brünner Saavedra

Seminarios

Solanchs Rodríguez Dávila
Daniela Chávez Málaga
Camila Arenas Valdivia

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)

Guido Calabresi (U. de Yale)

Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)

Javier de Belaunde López de Romaña (PUCP)

Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)

Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)

Baldo Kresalja Roselló (PUCP)

César Landa Arroyo (PUCP)

Javier Neves Mujica † (PUCP)

Javier Pazos Hayashida (PUCP)

Richard A. Posner (U. de Chicago)

George L. Priest (U. de Yale)

José Daniel Amado Vargas (PUCP)

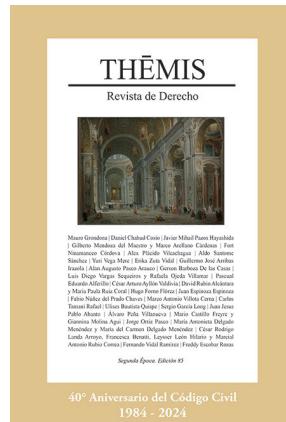
Asociación Civil THÉMIS

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Teléfono: 626-2000 anexo 5391

Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com

themis.com.pe



40º Aniversario del Código Civil
1984 - 2024

Segunda Edición 85

Editor General

Ignacio Enrique Tovar Otero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú

Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú

Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú

Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia

Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia

Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia

Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España

Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Antonio Saccoccia, Università degli Studi di Brescia, Italia

René Provost, McGill University, Canadá

Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España

Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos

Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos

Javier de Belaunde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos

George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos

José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho

Clara Porras Sánchez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Andrés Encabo Caballero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Samantha Salinas Villena, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Antonella Portocarrero Ramos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Adriana Vera Andrade, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Mariana del Rosario Bazán Soriano, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Betzabeth Arias Beltrán, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Latinindex 2.0, Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco, Google Scholar y vLex. También en los catálogos nacionales ALICIA y LA Referencia. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

TEMA CENTRAL: 40° Aniversario del Código Civil

Palabras introductorias

Mauro Grondona

El problema de la codificación en la actualidad y el paradigma del Código Civil. Celebremos y reflexionemos

The problem of codification today and the paradigm of the Civil Code. Celebrating and reflecting

15

Derecho de las Personas

Daniel Chahud Cosío

Los conflictos de agencia en las asociaciones: apuntes sobre la deficiente regulación del Código Civil sobre los deberes y obligaciones de los administradores de personas jurídicas no lucrativas

Agency conflicts in associations: notes on the deficient regulation of the civil code on the duties and obligations of administrators of non-profit legal entities

21

Javier Mihail Pazos Hayashida

La actuación concurrencial de las personas jurídicas sin fines de lucro (y la libertad de realización de actividades económicas)

The competitive action of non-profit legal entities (and the freedom to carry out economic activities)

35

Acto jurídico

Gilberto Mendoza del Maestro y Marco Arellano Cárdenas

“Rechazado como regalo, recibido como préstamo”: el fraude a la ley y los Rolex de la presidenta

“Refused as a gift, received as a loan”: fraud against the law and the president’s rolex

57

Fort Ninamanco Córdova

¿Cómo se declara la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del Código Civil? Una problemática de cuarenta años

How is the manifest nullity provided for in article 220 of the Civil Code declared? a forty-year old problem

69

Derecho de Familia

Alex Plácido Vilcachagua

La solución al conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos: ¿biparentalidad o multiparentalidad?

The solution to the conflict between the facets of the right to know one’s parents and to be cared by them: biparentality or multiparentality?

91

Aldo Santome Sánchez

“Pero le juro que no soy el padre”: apuntes sobre los criterios de la Corte Suprema en los procesos de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial

“I swear I am not the father”: notes on the criteria of the Supreme Court in proceedings challenging the recognition of extramarital filiation

135

Yuri Vega Mere

Notas sobre la validez de los pactos prenupciales (y maritales)

Notes on the validity of prenuptial (and marital) agreements

151

Derecho de Sucesiones**Erika Zuta Vidal**

Aplicación de la representación sucesoria en el derecho peruano: dificultades y complicaciones

Application of succession representation in peruvian law: difficulties and complications

165

Derechos Reales**Guillermo José Arribas Irazola**

Más allá del título y modo: transferencia de propiedad en el Perú a 40 años del Código Civil de 1984

Beyond the title and mode: transfer of property in Peru 40 years after the 1984 civil code

183

Alan Augusto Pasco Arauco

La prescripción del ‘propietario’ y su impacto en la solución de los problemas vinculados a la determinación del derecho de propiedad

The statute of limitations of the ‘owner’ and its impact on the solution of the problems related to the determination of the right to property

199

Gerson Barboza De las Casas

¿Qué tan ilegal es la propiedad informal?: Sobre las prácticas legales en la producción informal del suelo. Réplica al profesor Arribas

To what extent is informal property illegal?: Legal practices in the informal production of land. Reply to Professor Arribas

223

Las Obligaciones**Pascual Eduardo Alferillo**

La mora del acreedor y el pago por consignación en el derecho del Perú y Argentina

Creditor’s arrears and payment by consignment in the law of Peru and Argentina

237

César Arturo Ayllón Valdivia

Una nueva visión de la naturaleza económica y jurídica de los intereses en el Código Civil peruano

A new vision about the economic and juridical nature of the interests in the peruvian Civil Code

253

David Rubio Alcántara y María Paula Ruiz Coral

La concurrencia de acreedores sobre bienes muebles inscribibles: análisis de los criterios de preferencia establecidos por el artículo 1136 del Código Civil y propuesta de reforma legislativa

Concurrence of creditors over registrable movable property: analysis of the preference criteria established by article 1136 of the Civil Code and proposal for legislative reform

271

Fuente de las Obligaciones**Hugo Forno Flórez**

El carácter de las normas sobre la interpretación de los contratos

The nature of the rules on contract interpretation

285

Juan Espinoza Espinoza

La excesiva onerosidad de la prestación en contexto del COVID-19:

¿perdona nuestras deudas así como nosotros perdonamos a nuestros deudores?

The excessive onerousness of performance in the context of COVID-19: forgive us our debts, as we forgive our debtors?

301

Fabio Núñez del Prado Chaves

La parábola de la viuda pobre: en defensa de la lesión en el derecho de los contratos

The parable of the poor widow: in defense of unconscionability in contract law

313

Marco Antonio Villota Cerna

Comentarios a la legislación y a la jurisprudencia del contrato de arrendamiento en el Perú a los 40 años de vigencia del Código Civil

Comments on legislation and jurisprudence of the lease agreement in Peru for the 40th anniversary of the Civil Code

341

Carlos Tamani Rafael

La regulación de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente en el Perú

The regulation of administratively approved general contracting clauses in Peru

379

Luis Diego Vargas Sequeiros y Rafaela Ojeda Villamar

Sobre los contratos de ejecución continuada e instantánea: el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor

About contracts of continuous and instantaneous performance: time and satisfaction of the creditor's interest

389

Ulises Bautista Quispe

La donación remuneratoria: una aproximación crítica a su naturaleza y a sus alcances

The remunerative donation: a critical approach to its nature and extent

407

Sergio García Long

El uso de los principios UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho contractual nacional: un modelo para el legislador peruano

The use of the UNIDROIT principles to interpret and supplement domestic contract law: a model for the peruvian legislator

419

Juan Jesus Pablo Abanto

Naturaleza, validez y efectos de las cartas de intención: del *common law* al *civil law*

Nature, validity and effects of letters of intent: from common law to civil law

437

Álvaro Peña Villanueva

La fianza como contrato y como carta: ¿dos caras de la misma moneda?

The surety as an agreement and as a bank letter of credit: two sides of the same coin?

453

Prescripción y Caducidad**Mario Castillo Freyre y Giannina Molina Agui**

La prescripción

The prescription

469

Registros Públicos**Jorge Ortiz Pasco**

Limitaciones a la propiedad. En las limitaciones privadas: ¿el Tribunal Registral tiene facultad para legislar?

Limitations on ownership. On private limitations: Can the registry court legislate?

485

Derecho Internacional Privado**María Antonieta Delgado Menéndez y María del Carmen Delgado Menéndez**

La importancia del derecho internacional privado en el mundo moderno

The importance of private international law in the modern world

493

MESA REDONDA**César Rodrigo Landa Arroyo, Francesca Benatti, Leysser León Hilario y Marcial Antonio Rubio Correa**

Mesa redonda: ¿Constitucionalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Constitucional?

Round Table: Constitutionalization of civil law or civilization of constitutional law?

525

ENTREVISTAS**Fernando Vidal Ramírez**

Sobre los 40 años del Código Civil: una mirada histórica

Regarding the 40 years of the civil code: a historical overview

539

Freddy Escobar Rozas

40 años después... ¿Dónde quedó la moral?: la importancia de recuperar el estudio del derecho civil desde la perspectiva de la filosofía moral

40 years later... Where did morality go?: the importance of recovering the study of civil law from the perspective of moral philosophy

545

COORDINADOR GENERAL

Mario Castillo Freyre

Mario es abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Especializado en Derecho Civil, Arbitraje y Seguros. Se desempeña como abogado en ejercicio de la profesión desde 1993, siempre en el Estudio que lleva su nombre.

Ha participado y participa como árbitro en más de 500 casos, administrados por la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, y otros centros de arbitraje, además de arbitrajes *ad hoc*. Se ha desempeñado y desempeña como experto legal en Derecho peruano en innumerables arbitrajes, seguidos en el Perú y en instituciones arbitrales del extranjero, como el CIADI.

Profesor de Derecho Civil desde 1990 (obligaciones y contratos) en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) y Universidad de Lima. Es profesor principal en las dos primeras casas de estudios. También ha dictado en la Universidad de San Martín de Porres. Asimismo, ha sido catedrático en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de su consejo directivo. Es profesor honorario y Doctor *Honoris Causa* en diversas universidades del país y el extranjero.

Es Director de dos colecciones bibliográficas que ha creado su Estudio de Abogados para promover la difusión del Derecho en el Perú y en el extranjero. La primera se denomina Biblioteca de Arbitraje, que se empezó a editar en el año 2006 y cuyos cien primeros volúmenes ya han sido publicados, conteniendo doctrina arbitral de los más calificados profesores y abogados nacionales y extranjeros. La segunda Biblioteca se denomina Biblioteca de Derecho y tiene por objeto difundir doctrina correspondiente a otras áreas del Derecho.

Tiene una abundante y permanente producción jurídica. Ha publicado más de setenta obras, entre tratados y libros y más de doscientos artículos especializados. Es coautor, con el doctor Felipe Osterling Parodi, del Tratado de Derecho de las Obligaciones.

Además, Castillo Freyre es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (1993), institución que en el año 2017 lo distinguió con la Condecoración Vicente Morales Duárez, por su muy destacada trayectoria académica y profesional. Es también miembro honorario de los colegios de abogados de Arequipa y Tacna.

Mario holds a law degree from the Pontificia Universidad Católica del Perú. He holds a Master's Degree and a Doctorate in Law from the same university. He specializes in Civil Law, Arbitration and Insurance. He has been practicing law since 1993, always in the law firm that bears his name.

He has participated and participates as arbitrator in more than 500 cases, administered by the Lima Chamber of Commerce, the Arbitration Center of the Pontificia Universidad Católica del Perú, the Arbitration Center of the International Chamber of Commerce, based in Paris, and other arbitration centers, in addition to ad hoc arbitrations. He has served and continues to serve as a legal expert in Peruvian law in countless arbitrations, both in Peru and in arbitral institutions abroad, such as ICSID.

*Professor of Civil Law since 1990 (obligations and contracts) at the Law Schools of the Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ) and Universidad de Lima. He is a senior lecturer at the first two schools. He has also taught at Universidad San Martín de Porres. He has also been a professor in the Doctorate in Law at the Pontificia Universidad Católica del Perú and a member of its board of directors. He is an honorary professor and Doctor *Honoris Causa* at several universities in Peru and abroad.*

He is the Director of two bibliographic collections created by his law firm to promote the dissemination of law in Peru and abroad. The first one is called Library of Arbitration, which began to be edited in 2006 and whose first one hundred volumes have already been published, containing arbitration doctrine of the most qualified professors and national and foreign lawyers. The second Library is called Law Library and its purpose is to disseminate doctrine corresponding to other areas of Law.

It has an abundant and permanent legal production. He has published more than seventy works, including treatises and books, and more than two hundred specialized articles. He is co-author, with Dr. Felipe Osterling Parodi, of the Tratado de Derecho de las Obligaciones (Treatise on the Law of Obligations).

In addition, Castillo Freyre is a member of the Ilustrious Bar Association of Lima (1993), an institution that in 2017 distinguished him with the Vicente Morales Duárez Decoration, for his very outstanding academic and professional career. He is also an honorary member of the Bar Associations of Arequipa and Tacna.

40° ANIVERSARIO DEL CÓDIGO CIVIL

PALABRAS INTRODUCTORIAS: EL PROBLEMA DE LA CODIFICACIÓN EN LA ACTUALIDAD Y EL PARADIGMA DEL CÓDIGO CIVIL. CELEBREMOS Y REFLEXIONEMOS

OPENING REMARKS: THE PROBLEM OF CODIFICATION TODAY AND THE PARADIGM OF THE CIVIL CODE. CELEBRATING AND REFLECTING

Mauro Grondona*
Universidad de Génova

Cuando nos enfrentamos a la codificación, al Código Civil y al significado de la codificación en las distintas zonas geográficas del mundo, no solo enfoques políticos, culturales y técnicos son necesariamente diferentes, sino que, ante todo, la sensibilidad del observador es diferente. Aquí, por observador entiendo al jurista –por tanto, a todos nosotros– interesado en comprender no solo la historia interna de las distintas codificaciones nacionales, sino también las influencias recíprocas de las distintas tradiciones jurídicas, dentro de las distintas zonas geográficas, y, por ende, de las distintas zonas geopolíticas.

Es precisamente la sensibilidad cultural del jurista lo que pongo en el centro de esta intervención, porque es evidente que la relación entre Código Civil y juristas depende de lo que se espera de este libro. En este sentido, todo jurista perteneciente al ámbito del Derecho Civil se ve abocado a preguntarse, hoy más que ayer: ¿para qué sirve un Código Civil? O, mejor dicho: ¿sigue siendo necesario un Código Civil?

Creo que podemos empezar con una observación muy sencilla, sobre la que considero que todos podemos estar de acuerdo. No es lo mismo pensar en el Código Civil de hoy que en el de hace doscientos, cien o incluso cincuenta años. En el pasado, el Código Civil se entendía como la carta constitucional de las relaciones civiles, de las relaciones entre particulares: de ahí que los códigos civiles fueran instrumentos normativos en los que pensar a largo plazo. Una larga vida jurídica legitimada por una larga vida cultural, en el sentido de que, cuanto más homogénea era una sociedad –desde el punto de vista económico, y, sobre todo, desde el punto de vista social– tanto más justificado estaba un código civil entendido como instrumento estable. En

este sentido, el Código Civil reflejaba perfectamente aquellas fuerzas culturales y económicas que lo forjaron, en la lógica de la teoría de las élites. Este ya no es el caso hoy en día, en ningún país, y esta observación se aplica tanto a la tradición del Derecho Civil como a la del *common law*.

Lo que se denomina una sociedad abierta, es decir, una sociedad democrática liberal fundada en la *Rule of Law*, en el Estado de Derecho, ha socavado la idea del código como instrumento de ordenación: el orden tradicional del Código Civil es un orden de arriba hacia abajo; el orden de las sociedades abiertas es un orden de abajo hacia arriba. Sin embargo, hay que subrayar una cosa: la sociedad abierta no renuncia a la idea de orden. Yo diría que ningún ser humano puede renunciar a la idea de orden, lo que cambia es la forma en que se forma este orden, y también el contenido que pretende.

¿Esta observación mía lleva entonces a decir que hoy las ideas de ‘codificación’ y de ‘Código Civil’ son ideas obsoletas? No, no lo creo, y, además, aunque lo pensara, la evidencia empírica me contradeciría: hoy en muchos países (incluido el Perú) se discute la reforma del Código Civil y la codificación –incluso puedo referirme también, a pesar de que por ahora han sido proyectos fallidos, a los diversos proyectos que hace varios años hubieran querido crear un Código Civil europeo, o un Código europeo de Contratos.

Reduczcamos entonces un poco nuestra mirada para interrogarnos sobre la relación entre el Código Civil italiano y la cultura del Derecho Civil latinoamericano. Con una aclaración: ciertamente, la cultura jurídica italiana no se encierra únicamente en el Código Civil, pues también debemos

Mauro Grondona

* Abogado. Doctor por la Universidad de Génova (Italia). Profesor en la Universidad de Génova. Autor de diversos artículos y libros sobre temas relacionados al Derecho Contractual, Responsabilidad Civil, Derecho de Familia, Interpretación de la Ley y Derecho Comparado. Contacto: mauro.grondona@unige.it

tener en cuenta la labor de la jurisprudencia: una labor de aplicación y, por consiguiente, también de transformación.

Soy muy consciente de que este es un punto a discutir, pero no solo en Perú, incluso en Italia, yo diría que especialmente en los últimos cinco años, estamos siendo testigos de una reacción contra el fenómeno de ‘creacionismo judicial’, que caracteriza a muchos tribunales de última instancia y a muchos tribunales constitucionales de América Latina –después de todo, el famoso fenómeno del diálogo entre tribunales significa exactamente esto: adoptar por vía interpretativa las soluciones que han sido aceptadas por la jurisprudencia de un sistema extranjero.

Si razonamos entonces en torno a la codificación italiana, no podemos olvidar las numerosas interpretaciones jurisprudenciales que se han sucedido en las décadas transcurridas desde su entrada en vigor, en 1942 (y no cabe duda de que el derecho jurisprudencial, como derecho viviente, expresa un componente fundamental de la cultura jurídica de un sistema determinado).

Esta observación nos lleva a lo que señalé anteriormente, al principio de mi discurso: si pensamos en modelos jurídicos (pero la expresión modelo jurídico ya recuerda una comparación eurocéntrica, del siglo XX, que ha quedado atrás) y en la circulación de estos, es evidente que la forma en que se transpondrán dependerá tanto de la técnica como de la dogmática jurídicas, de la planificación y, por tanto, de las condiciones políticas, tanto como de la operativa como de la aplicación de las características del momento histórico y del contexto cultural general.

Esta aclaración es obvia, pero sirve para reiterar un aspecto: los elementos, aunque genéricamente entendidos, ‘de contexto’ tienen, como de costumbre, una relevancia primordial en el funcionamiento del mecanismo jurídico, como ocurre siempre con referencia a cualquier mecanismo social entendido en el sentido de la sociabilidad observada en su proceso de acción concreta, tanto más cuando la dimensión de la sociabilidad puede expresarse dentro de un contexto político referible al concepto de ‘sociedad abierta’, concebido, hoy en día, en el sentido de la pluralidad de perspectivas y puntos de observación del individuo.

A menudo, estas perspectivas y puntos de vista del individuo adquieren muy rápidamente un significado social importante y, como resultado, político y jurídico, sobre todo en determinados asuntos, operan en clave transformadora gracias a la mediación jurisprudencial.

Al fin y al cabo, el paso, tendencial para algunos o ya logrado para otros, de una sociedad pluralista a una sociedad efectivamente plural expresa bien el sentido de esta fuerza social máxima que, sin embargo, pasa por el individuo y, a continuación, por la jurisprudencia. Como fuerza social, es también una fuerza ordinal, reforzando así el vínculo entre sociedad, política y derecho, que está, como resultado, en la base de toda idea de juridicidad en constante evolución, que es entonces el distintivo de toda cultura jurídica y política verdaderamente democrática liberal.

Mi perspectiva de observador de la codificación italiana desde el punto de vista de la relación entre las diferentes culturas jurídicas y también desde el punto de vista de la circulación de los códigos civiles debe entonces situarse necesariamente dentro de ese fenómeno que hoy estamos acostumbrados a llamar la ‘progresiva apertura de los sistemas jurídicos’: un fenómeno que, precisamente en la doble perspectiva de la historia interna de la codificación y de la comparación diacrónica de ella, exige ser objeto de lo que podemos llamar una indispensible ‘puesta a punto cultural’ y que sirve para comprender el sentido profundo del pensamiento codificador en clave histórica, es decir, en los límites del tiempo y del espacio y, no al contrario, de manera ahistórica.

A continuación, quisiera abordar las dos cuestiones siguientes: (i) discutir el tema de la codificación civil en la actualidad; y (ii) leer el tema de la codificación en la actual perspectiva jurisprudencial democrática liberal, considerando así expresamente la dimensión jurídica de la actual sociedad abierta posmoderna o contemporánea.

Sobre el primer punto anotado, el éxito de la ‘idea de código’, en el pasado como en el presente, tiene por su lado esa necesidad de ordenar la ciertamente plural realidad fenomenológica, de ahí lo que empíricamente acontece: una necesidad, la necesidad de poner en orden, que es casi ineludible del horizonte del jurista y del Derecho; esta necesidad es evidente, de ahí se sigue que el orden sea un factor estabilizador entre lo individual y lo social. Esto último generaliza lo individual y, en consecuencia, lo socializa, por un lado, e individualiza lo social, por otro, en términos de imitación de conductas y modelos generalizados, que, en el proceso mimético, son, sin embargo, individualizados. Es decir, readaptados a la especificidad de la persona.

Esta necesidad se encuentra en el centro de la existencia misma del ser humano, porque es el centro de la idea de sociedad, de colectividad, de pluralidad de personas, de agregados; en definitiva,

está sobre todo en el centro de la sociedad abierta actual, muy necesitada de orden, precisamente porque la sociedad abierta como tal no tiene ninguna intención de abdicar de la idea de una libertad individual en constante expansión. Y no cabe duda de que el fenómeno del 'orden social' y de la 'puesta en orden' debe entenderse también como una consecuencia de esta expansión: la libertad se expande dentro del orden, pero el orden jurídico-político que permite la expansión de la libertad es un orden fisiológicamente abierto, y es precisamente esta apertura la que puede conducir a un desequilibrio entre libertad y orden.

Aquí, pues, el punto a discutir, cuando se habla de codificación, y en particular, en este caso, del Código Civil, no es el de la adhesión o la crítica a la idea de orden. En efecto, no cabe duda de que el derecho debe ser (como siempre lo ha sido) un instrumento de ordenación.

El problema, sin embargo, surge en el mismo momento en que se hace esta consideración. Es decir, y planteo esta cuestión en términos de pregunta: ¿es el orden del derecho un orden necesariamente impuesto por un legislador que ha recibido una delegación política de la comunidad o es un orden que tiende a ser espontáneo, que se afirma gracias a ajustes progresivos que, primero, encuentran una posibilidad concreta de manifestarse a través de intervenciones, sobre todo de la jurisprudencia, y que, más adelante, pueden encontrar también, a través del legislador (esto será una eventualidad y no una necesidad), una consagración en el código (pero siempre sin perjuicio de que, a estas alturas, esos ajustes ya se hayan realizado y, por tanto, el legislador se limite a transponerlos)?

Si esta es la cuestión, se observa inmediatamente que son las mismas novedades jurisprudenciales aceptadas en el ordenamiento jurídico (pero más allá de su codificación o formalización legislativa) las que, en la medida en que están suficientemente consolidadas, expresan en sí mismas un orden, en parte nuevo, pero siempre en términos de estabilización social.

Aquí surge entonces el segundo problema, dentro de lo que, con un sencillo juego de palabras, podríamos llamar también el 'tema de la ordenación del orden', entendido, al mismo tiempo, como necesidad antropológica, como necesidad política, como premisa conceptual, como oportunidad metodológica y como salida aplicativa.

Este segundo problema es: ¿se trata de un orden estático, estable, móvil? Es decir, ¿es un orden abierto o cerrado? Yo diría que la respuesta que ofrece el derecho contemporáneo no admite

dudas: orden, ciertamente, pero orden siempre abierto, es decir, siempre en constante transformación. Estabilidad en la movilidad.

Aquí radica la diferencia fundamental entre el Derecho moderno (en el sentido del derecho de finales de los siglos XIX y XX) y el Derecho contemporáneo: la multiplicación de los centros de producción no solo del Derecho, sino de la propia juridicidad, que es una dimensión mucho más amplia con respecto al Derecho, también porque necesariamente escapa del, e incluso desafía al, formalismo jurídico clásico, a partir de la idea de la jerarquía de las fuentes.

En este último aspecto, el tema jurídico es precisamente el de la teoría general de las fuentes del Derecho, así como el de la división de poderes, vinculado a la lealtad, que todos profesamos, al principio del Estado de Derecho. Pero esta declinación jurídica es solo un aspecto y es solo un efecto de ese fenómeno mucho más amplio al que también me he referido antes y que podemos identificar con la fórmula de conveniencia y síntesis del 'posmodernismo', que en este sentido no significa otra cosa que la fuerza política del sujeto, la fuerza transformadora del sujeto.

Un fenómeno que ha afectado precisamente a la idea de orden, transformándola (una transición aún en curso) es que se ha pasado del orden estático –entendido como un modelo ideal al que aspirar, con el predominio del deber ser sobre el ser– al orden dinámico –entendido como una necesidad individual y, por tanto, social que hay que perseguir, pero cuya consecución se ve constantemente superada, y, por consiguiente, imposibilitada, por lo que sucede en y entre los individuos.

Es así como la necesidad de orden sigue siendo firme; sin embargo, la búsqueda de este y las formas de conseguirlo cambian forzosamente, en comparación con el pasado. En otras palabras, el pluralismo sociopolítico se convierte en un pilar esencial de toda la 'experiencia social', es decir, de todos los modos y manifestaciones a través de los cuales actúan los seres humanos.

Ahora bien, centrándome en el segundo punto anotado, si trasladamos las consideraciones previas al tema de la codificación, no cabe duda de que el sentido general de la codificación también debe cambiar, y cambia porque también está investido por ese aforo pluralista o, mejor dicho, por esa polivalencia jurídica que surge del propio contexto que busca un orden.

No cambia, pues, la idea de código como 'orden de ordenación', pero sí la idea de que este orden

se toma como tal en términos de ‘orden ordenado’, es decir, como estático, cuando se trata de un orden necesariamente dinámico. La diferencia es decisiva: si el código es un ordenamiento estático, se deduce que, en primer lugar, la interpretación del código seguirá un enfoque conservador, en el sentido de permanecer lo más fiel posible al significado literal de las palabras utilizadas por el legislador. Desde esta perspectiva, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia deben colaborar para mantener el código lo más igual posible a lo largo del tiempo, de modo que el orden del código sea realmente un ordenamiento porque ya está ordenado desde el principio.

Si adoptamos este enfoque (que, sin embargo, tal como yo lo veo, en el momento presente, no representa en absoluto la realidad de las cosas, ni en la teoría ni en la práctica), el orden del código es aquel orden que se extiende sobre todas las relaciones que pueden adscribirse a la esfera del Derecho Privado, y lo hace en una manera exclusivamente atractiva y conformadora (y en este sentido también simplificadora: el monismo, al fin y al cabo, cualquiera que sea su declinación, jurídica o no jurídica, es siempre más simplificador que el pluralismo, precisamente porque o bien simplifica una complejidad o bien niega la legitimidad misma de la complejidad).

Este es, pues, el escenario que se abre cuando razonamos situándonos ante un orden estático poco dúctil, poco maleable, nada polivalente, porque los principios, como los valores, como las reglas de detalle están todos ya predeterminados, es decir, preordenados, prefijados en el Código Civil, y solo están a la espera de ser aplicados.

Lo que, en cambio, ha variado en las últimas décadas (yo diría desde finales del siglo XX en adelante. Pero insisto: en Italia es necesario lo que podríamos llamar un retorno al Derecho y un retorno de la ley: es una reacción precisamente ante el poder de la jurisprudencia) es la perspectiva misma desde la que se piensa en el código como instrumento de ordenación. El código no contiene un ‘orden ordenado’, sino que es, de hecho, una herramienta que hay que utilizar para ir constantemente en busca del orden: el orden se realiza a través de su propia construcción. Buscar el orden significa construir progresivamente un orden adecuado al contexto.

Si razonamos en estos términos, el cambio de perspectiva con respecto a la función del código conlleva a un cambio de perspectiva paralelo con respecto al contenido de ordenación del código. De ahí que existan menos reglas detalladas, criterios más elásticos, más disposiciones que contengan casos abiertos, cláusulas más generales. En de-

finitiva, todo aquello que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, se preste a un uso dúctil y flexible, en busca de ese orden que, bajo esta perspectiva, es producto de una labor interpretativa que vincula el problema al sistema.

Con la advertencia de que por sistema (y cabría, a lo sumo, sustituir este término un tanto ambiguo, por el menos ambiguo ‘conjunto’) no se entiende de un ordenamiento jurídico cerrado, sino, por el contrario, un ordenamiento jurídico abierto, que permita esa progresiva adaptación no solo a las novedades sociales, sino a aquellas conductas individuales que se mueven bajo la bandera de un pluralismo liberal, que, por un lado, marca la centralidad de la libertad individual (que afecta en no poca medida al contenido de la juridicidad) y que, por otro lado, establece la necesidad de construir un orden de acciones.

En esta perspectiva del ordenamiento jurídico abierto, el Código Civil es, en esencia, ese sustrato jurídico sobre el que, sin embargo, interactúan (prevaleciendo sobre él) ese compuesto de elementos que pueden considerarse todos ellos, en su conjunto, aspectos de la nueva problemática surgida y que servirán como fragmento de un ordenamiento jurídico, no necesariamente paralelo o alternativo al del código, sino integrador de este, en la idea de que el ordenamiento jurídico concreto tiene una fuerza prescriptiva y una eficacia reguladora superiores a las del ordenamiento jurídico abstracto.

Obviamente, y para evitar cualquier malentendido, quiero dejar claro que, al referirnos al orden jurídico concreto, a la dimensión del orden que se construye ante la necesidad de una decisión para resolver un problema concreto, estamos lejos de una perspectiva autoritaria, o peor aún totalitaria, que atribuye al juez un poder directamente político, y en este sentido soberano y, por tanto, potencialmente arbitrario.

Por el contrario, la focalización en la dimensión concreta del orden jurídico, en el orden jurídico que se concreta, es decir, que se construye progresivamente con respecto a los casos, esto es, a los hechos concretos que deben ser resueltos, se ha hecho necesaria porque hoy es preciso sostener, ante todo en la teoría, una visión del derecho que busque proteger al máximo una libertad individual que se convierta ella misma en instrumento de juridicidad: una juridicidad que no es arbitraria, ni directamente, a través de la fuerza de los actores sociales, ni indirectamente, a través de la intervención del juez; es, desde luego, una juridicidad que solo puede apreciarse dentro de un contexto filosófico-político que tenga en su centro la liber-

tad individual, es decir, la acción del ser humano, en este sentido elemento dialéctico de un orden jurídico igualmente dialéctico.

Quiero concluir con una precisión y un deseo, si intentamos conectar las afirmaciones dispersas y fragmentarias que he hecho con relación a la idea de código, así como a su estructura y función, con la idea de codificación, de ordenamiento jurídico abierto, de ordenamiento jurídico en progresiva construcción, de código no como limitador sino como factor ordinamental equilibrador y a la vez propulsor (precisamente porque es un instrumento institucional desde el que y sobre el que trabajar para intentar ordenar lo que socialmente reclama una respuesta en términos necesariamente ordenadores), me parece que, en particular, emerge un aspecto al que podemos asignar una relevancia si no unificadora, al menos armonizadora, y gracias a la cual el ordenamiento jurídico, y por tanto también el código (o sobre todo los códigos), se convierte en el producto de esa cooperación social que lo hace precisamente armónico con el contexto sobre el que luego estará llamado a incidir.

Con todo esto busco referirme al fenómeno, que juzgo positivo, de la globalización cultural: gracias a la globalización cultural, que tiene un punto fuerte en la tecnología, se ha desarrollado una auténtica necesidad, política en sentido pleno, de adoptar determinadas soluciones ya ensayadas en otros lugares. Soluciones que pueden adoptarse y que de hecho se han adoptado, pero no porque se hayan impuesto por mera fuerza cultural, como ocurría con frecuencia en el pasado, incluso en ausencia de objetivos específicos culturalmente colonizadores –se trata de una visión que hoy ya no es factible, y en cualquier caso en sí misma anacrónica.

En este ámbito, la beneficiosa renovación procede, en general, de los estudios culturales y, en particular, de los estudios jurídicos culturales, que, más allá de excesos, ideologías y extremismos, tienen el mérito de haber ofrecido a los estudiosos la oportunidad de adoptar una visión en perspectiva.

La sociedad abierta posmoderna no piensa en términos de localismo o de compartimentación, sino en términos universalistas. Vuelve así la fuerza transformadora de la libertad individual: cada ser humano, en la medida en que es libre y dentro de los límites de la libertad de los que dispone, es un productor autónomo de juridicidad. En este sentido, la dimensión de la subjetividad y, aún más general, el subjetivismo como categoría conceptual

explican la velocidad de un derecho cada vez más significativo en vía transnacional y, por tanto, cada vez más homogéneo, aunque solo sea dentro de esos espacios jurídicos democráticos liberales.

El sentido de la fuerza transformadora y como tal jurídico-política de la subjetividad no entra en conflicto, sin embargo, con la idea de Estado. En otras palabras, la extensión de la libertad individual no debe considerarse antagónica al Estado: la libertad individual de la sociedad abierta contemporánea debe conciliarse con la justicia social.

El papel de los Estados sigue estando firmemente establecido y, en cierta medida, se está ampliando (con respecto a determinadas políticas sociales), pero igual de firmemente establecido está el hecho de que la construcción progresiva del sistema jurídico, es decir, del Derecho, como una empresa colectiva, encontrando, por tanto, su principal fuerza motriz en la libertad individual de cada ser humano (y aumentando así, además, el sentido general de la característica intrínseca de universalidad del Derecho).

Desde este punto de vista, el Estado cumple la función social de hacer que la fuerza jurídica de la libertad individual no solo sea abstractamente posible, sino concretamente operativa, con políticas emancipadoras, que se adapten naturalmente al contexto socioeconómico de referencia. El orden jurídico-político de las sociedades abiertas tiene la notable ventaja de permitir una clara ruptura, en el plano jurídico, entre la idea de un orden jurídico cerrado y la idea de un orden jurídico abierto; entre la idea de un orden jurídico preexistente por estar predeterminado por un poder estatal, jurídicamente legítimo y políticamente legitimado por el consenso popular, y un orden jurídico, por así decirlo, posterior, es decir, en constante construcción, igualmente legítimo y legitimado por ese subjetivismo de base individualista que desemboca luego en un orden jurídico capaz de renovarse constantemente precisamente por ser abierto.

Este es, diría yo, el contexto jurídico-político favorable al que puede remontarse hoy la idea del código y el significado actual de la codificación. Un contexto que, en mi opinión, es también el inicio de una nueva fase (y, como resultado, de una nueva historia, a la que todos estamos llamados a participar) de la codificación.

En estas condiciones, considero, podemos decir: feliz cumpleaños, Código Civil Peruano. 



ELIAS PUELLES

Confidencialidad. Integridad. Disponibilidad



Boutique legal especializada en
Derecho Penal y Cibercrimen



Av. Javier Prado Este 596, San Isidro - Lima



eliaspuelles.com



+51 966 789 787

Accede a
nuestras
redes



LOS CONFLICTOS DE AGENCIA EN LAS ASOCIACIONES: APUNTES SOBRE LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS

AGENCY CONFLICTS IN ASSOCIATIONS: NOTES ON THE DEFICIENT REGULATION OF THE CIVIL CODE ON THE DUTIES AND OBLIGATIONS OF ADMINISTRATORS OF NON-PROFIT LEGAL ENTITIES

Daniel Chahud Cosío*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Agency theory analyzes the relationship between the 'principal' and the 'agent', as well as the conflicts arising from their interaction and their various interests. However, agency conflicts are not only possible in non-profit legal entities such as associations, but could be more frequent due to their nature. In this sense, this paper examines the role of the management bodies of civil associations in relation to potential conflicts between members and managers, and the insufficient regulation surrounding them.

Given that not all individuals who participate in business activities under an associative structure have a complete understanding of corporate governance, the author points out that it is crucial for our legislation to serve as a guide to facilitate their participation and, consequently, reduce the possibility of conflicts between the different groups involved.

KEYWORDS: Agency theory; associations; legal persons; board of directors.

La teoría de la agencia se dedica al análisis de la relación entre el 'principal' y el 'agente', así como los conflictos que surgen de su interacción y de sus diversos intereses. Sin embargo, los conflictos de agencia no solo son posibles en personas jurídicas no lucrativas como las asociaciones, sino que serían más frecuentes debido a su naturaleza. En este sentido, el presente trabajo examina el papel de los órganos de administración de las asociaciones civiles en relación con los posibles conflictos entre los asociados y los administradores, y la insuficiente regulación que los rodea.

Dado que no todos los individuos que participan en actividades empresariales bajo una estructura asociativa tienen un entendimiento completo del gobierno corporativo, el autor señala que es crucial que nuestra legislación sirva como una guía para facilitar su participación y, en consecuencia, reducir la posibilidad de conflictos entre los diferentes grupos implicados.

PALABRAS CLAVE: Teoría de la agencia; asociaciones; personas jurídicas; consejo directivo.

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Cambridge, con especialización en Derecho Comercial. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Privado y Mercado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente a tiempo parcial en la PUCP y la Universidad San Ignacio de Loyola.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2024 y aceptado por el mismo el 15 de abril de 2024.

I. LA TEORÍA DE AGENCIA

La teoría económica denomina ‘relación de agencia’ (Martínez, 2003) a aquella entre una persona, denominada ‘principal’, que encarga a otra, denominada ‘agente’, la realización de uno o más actos o gestiones a su favor. En ese sentido, el agente no actúa en beneficio propio, sino que alinea sus intereses al del principal y se compromete a ejecutar determinados actos u observar conductas dirigidas a la consecución de una finalidad determinada.

A nivel jurídico, podemos encontrar en el Código Civil diversas manifestaciones de este principio, por ejemplo, en el contrato de mandato, donde el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos a favor del mandante:

Artículo 1790.- Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante. (1984)

Igualmente, identificamos este principio en el contrato de locación de servicios, en el cual el locador se compromete a ejecutar un determinado servicio a favor de un comitente:

Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. (1984)

O incluso en la legislación laboral¹, donde el trabajador pone a disposición su tiempo y conocimientos a favor del empleador:

Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador [...].

En todos estos casos, un principal encarga una o más labores a un agente, el cual se obliga voluntariamente a realizarlos a cambio (o no) de una retribución, pero siempre en interés de dicho principal.

Desde la teoría económica, la relación entre principales y agentes (usualmente denominada ‘Teo-

ría de Agencia’ o ‘Teoría de Agente-Principal’) ha sido estudiada desde diversas perspectivas (Shapiro, 2005), pero nos interesa principalmente su manifestación corporativa, es decir, la relación entre dos grupos de interés al interior de una organización, como son las personas jurídicas. Esta relación ha sido predominantemente estudiada en las sociedades de capital, donde se identifica a los principales como los accionistas de la empresa, y a los administradores (directores y gerentes) como sus agentes.

Pongamos un ejemplo para explicar esta relación. Conforme a la estructura adoptada por nuestra legislación societaria, los accionistas de una sociedad anónima son esencialmente inversionistas, personas naturales o jurídicas que deciden arriesgar parte de su patrimonio en la persecución de un determinado negocio, con la intención de recuperar lo invertido y obtener un beneficio adicional (las utilidades).

Ahora bien, nuestro sistema no exige ni espera que el accionista sea un especialista en la empresa en la que invierte. Podría ser un absoluto ignorante de las cuestiones técnicas del negocio (pensemos, por ejemplo, en una empresa farmacéutica) y no tener limitación alguna para hacerse de la empresa si estima que es un buen negocio.

Entonces, ¿cómo se asegura que el negocio marche correctamente y genere los rendimientos que busca si él no sabe cómo hacerlo? Pues contratando a alguien que sí conozca de la industria farmacéutica. Allí es donde entran los directores y gerentes, que son los especialistas en la industria de la empresa, y son contratados por los accionistas a fin de que hagan crecer el negocio y rentabilicen las inversiones, materializando con ello la satisfacción de sus intereses (Kraakman *et. al.*, 2017).

En ese momento nace la relación de agencia entre los principales (los accionistas) y los agentes (los administradores): los primeros contratan a los segundos, les instruyen a desplegar sus mejores esfuerzos y a utilizar todos sus conocimientos en la generación y crecimiento del negocio para así obtener los beneficios económicos que esperan. A cambio de este esfuerzo, los accionistas pagarán a los administradores un sueldo acorde al mercado y les permitirán ganar prestigio como buenos gestores (Hart, 2003).

Cuando los intereses de los principales y los agentes están alineados, el negocio debería crecer y

¹ Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR.

satisfacer los objetivos de ambos grupos. Sin embargo, la realidad demuestra que en muchos casos los principales y los agentes tienen intereses divergentes (e incluso abiertamente contrarios), lo que genera una serie de ineficiencias y externalidades en la administración de la empresa, que terminan repercutiendo en los rendimientos del negocio.

Los conflictos de agencia se producen cuando la actuación de los agentes se distancia de las expectativas de los principales y, por tanto, sus gestiones dejan de encaminarse al cumplimiento de las instrucciones recibidas y al norte previamente trazado. En lugar de ello, buscan satisfacer sus propios intereses como, por ejemplo, dejar de arriesgar en nuevos negocios o mantener niveles estables de crecimiento por debajo de la potencialidad del negocio con la finalidad de preservar un nivel de retribución que satisfaga sus necesidades personales, sin arriesgar su puesto de trabajo.

Desde luego, y como ha sido estudiado, los problemas de agencia no solo son causados por los agentes, sino que los propios principales pueden causar ineficiencias en la administración del negocio cuando pretenden inmiscuirse demasiado e influir en las decisiones propias de los órganos de administración sin tener el conocimiento suficiente para ello (Goshen y Squire, 2017).

Esto ha sido analizado en el caso de algunos ‘inversionistas activistas’, accionistas que persiguen determinados objetivos al interior de las empresas y presionan para redireccionar la forma en la que la administración lleva los negocios. Si bien en la mayoría de los casos tienen buenas intenciones, la falta de pericia en la gestión puede llevar a que estos accionistas interrumpan el curso profesional de la empresa y la lleven a situaciones de perjuicio económico para sí y terceros (lo que, desde luego, termina repercutiendo en las ganancias de los accionistas).

A fin de evitar o mitigar estos conflictos de agencia, se han establecido una serie de mecanismos de control de los administradores por parte de los accionistas, y en contrapartida otras destinadas a cautelar el trabajo de los directivos y protegerlos de una presión excesiva por parte de los principales. Algunos de estos instrumentos han sido recogidos por el derecho e incorporados a nuestra legislación.

Por ejemplo, nuestra Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) establece, en su artículo 177, las responsabilidades de los directores para con la sociedad de la que son parte y, por ende, hacia los accionistas que son beneficiarios de esta:

Artículo 177.- Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general. (1997)

Del mismo modo, este cuerpo normativo establece las exigencias para el gerente general de una sociedad:

Artículo 190.- El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave [...].

Como hemos visto a partir de estos ejemplos, la relación de agencia al interior de una organización generalmente se ha estudiado a partir de la experiencia de sociedades comerciales, donde los intereses económicos de accionistas (principales) y administradores (agentes) resultan más evidentes, y por tanto han permitido evidenciar la necesidad de establecer ciertas reglas para mitigar los conflictos.

Sin embargo, este no es un artículo de derecho societario. En realidad, esta breve introducción nos permite sentar las bases para la discusión que propondremos, y también contrastar la gran diferencia existente entre las reglas de administración y control en la legislación societaria con el silencio casi absoluto de nuestro Código Civil en lo que refiere a la administración de las personas jurídicas no lucrativas, especialmente las asociaciones.

Como veremos a continuación, los conflictos de agencia no solo son posibles en personas jurídicas no lucrativas, sino que su propia naturaleza hace que sean, en ocasiones, más pronunciados de los que podríamos encontrar en sociedades mercantiles.

A través de estas líneas, nos proponemos estudiar la relación entre asociados y administradores de una asociación civil, a la luz y en comparación con sus contrapartes societarias, a fin de advertir las

dificultades que el vacío normativo del Código Civil puede causar en el devenir de sus actividades, sobre todo a la luz del entendimiento de los titulares de la entidad, sobre la naturaleza de la asociación. No es nuestra intención realizar una aproximación exhaustiva de este asunto, sino contribuir a la discusión sobre sus alcances.

II. LOS INTERESES DE LOS ASOCIADOS (LOS PRINCIPALES)

La asociación se encuentra regulada en el Libro de las Personas del Código Civil y es entendida como una colectividad de personas organizadas para cumplir un fin valioso: "Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo" (1984).

Las asociaciones pueden ser utilizadas como estructura organizacional para la realización de toda clase de actividades, sean estas culturales, sociales, educativas, de esparcimiento, humanitarias, gremiales, políticas etc., sin estar expresamente limitadas a realizar actividades puramente altruistas. La única condición que impone el Código Civil a la asociación es que sus actividades estén destinadas a cumplir un fin no lucrativo.

El fin 'no lucrativo' constituye un límite normativo a la relación existente entre la persona jurídica y sus titulares (denominados 'asociados'), en la medida que estos no pueden percibir para sí las utilidades o rendimientos económicos que genere la entidad, sino que estos deberán necesariamente ser destinados al cumplimiento de sus fines.

En buena cuenta, la finalidad no lucrativa está pensada realmente respecto de los asociados, quienes al momento de participar de la persona jurídica lo hacen bajo el entendimiento de que no recibirán un beneficio económico directo (léase, participar en el reparto de utilidades) a cambio de los aportes que realicen a la organización o mantenimiento de la entidad. Por el contrario, y dependiendo de la naturaleza de la asociación, podrán ser beneficiados con algunos servicios prestados a su favor (piénsese en los asociados de un club de esparcimiento), o bien obtener la satisfacción de ver sus aportes destinados a un fin que consideran positivo.

Esta condición genera que la relación entre un asociado y la asociación tenga una naturaleza diametralmente opuesta a la que ostenta un accionista y la sociedad. Como mencionamos líneas arriba, el accionista tiene un fin fundamentalmente lucrativo, es decir, busca maximizar sus utilidades a través de la inversión en un negocio rentable.

El asociado, por el contrario, sabe que no podrá recibir de vuelta los frutos del negocio que emprenda la asociación (por muy rentable que sea), sino que estos serán destinados a los fines valiosos previamente definidos. El interés del asociado, por tanto, está en que la persona jurídica cumpla los fines para los que ha sido creada, y por ende administre su patrimonio de la manera más eficiente posible (Martínez, 2003).

La finalidad no lucrativa no puede ni debe confundirse con la imposibilidad de la asociación para realizar actividades económicas. Por el contrario, es ordinario y conocido que diversas asociaciones realizan actividades económicas sumamente lucrativas (piénsese en los clubes de fútbol profesional, que recaudan millones por concepto de patrocinios, publicidad y premios, o los clubes creativos, que tienen importantes instalaciones y servicios), pero todo rendimiento que genere esta actividad deberá ser necesariamente destinado y reinvertido en sus propios fines.

Incluso, y así lo establece expresamente en el artículo 98 del Código Civil, esta limitación se mantiene en el momento mismo de la disolución y liquidación de la asociación, puesto que los asociados quedan excluidos del reparto de cualquier remanente, en caso de existir:

Artículo 98.- Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, **con exclusión de los asociados**. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación [el énfasis es nuestro]. (1984)

¿Es posible decir, por tanto, que los asociados no tienen un interés económico en la asociación? Por supuesto que no. No debe confundirse el interés económico en la actividad realizada por la entidad con el interés de lucrar (léase, de percibir las ganancias generadas) a través de ella.

Como mencionamos líneas arriba, el asociado está interesado que la asociación ejecute sus recursos de manera eficiente para el cumplimiento de sus fines, lo que implica necesariamente que estos sean recaudados correctamente, invertidos en asuntos de interés social y comprometidos al cumplimiento de los estatutos y reglas propias del negocio en que participe.

Para ello, resulta evidente que la asociación debe contar con un cuerpo administrativo y de gobierno alineado a los intereses de sus titulares y al cumplimiento de los fines propuestos, que permita admi-

nistrar los recursos y rendir cuentas de su ejecución bajo criterios de lealtad y transparencia, y cuente con las capacidades y experiencia necesaria para realizar estos manejos de manera profesional (Perdices, 2008). En buena cuenta, requieren agentes especializados en el rubro de la entidad.

Más aún, tratándose de asociaciones civiles que reciben donaciones de terceros, la obligación de llevar una administración correcta y eficiente se vuelve doblemente necesaria, pues no solo deberán cumplirse los intereses de los asociados, sino también las legítimas expectativas de los benefactores de la entidad, que entregan dinero (u otros activos) a favor de una determinada finalidad que estiman positiva y sobre la cual exigirán la rendición de cuentas.

Como puede fácilmente advertirse, en el seno de una asociación también se generan relaciones de agencia. En este caso, esta se genera entre los asociados, titulares de la entidad y quienes determinan los fines valiosos a seguir (los principales); y los administradores de esta, encargados de la gestión de la entidad y de su patrimonio para el cumplimiento de sus objetivos y que (generalmente) son retribuidos por ellos (los agentes).

Eventualmente, y tratándose de entidades recaudadoras de donaciones con fines altruistas, la relación de agencia también se produce entre los donantes, en su calidad de principales, y la asociación misma, como agente encargada de canalizar las aportaciones recibidas al cumplimiento de la voluntad de los benefactores. Sobre esto volvaremos en la sección IV.

III. LAS REGLAS APLICABLES A LOS ADMINISTRADORES (LOS AGENTES)

A efectos de la administración de una asociación, el Código Civil reconoce dos órganos de gobierno: la asamblea de asociados y el consejo directivo.

La asamblea de asociados, conforme a lo dispuesto en el artículo 84, es el órgano supremo de la asociación y reúne a los asociados para la toma de decisiones más relevantes de la entidad, las cuales son detalladas en el artículo 86:

Artículo 86.- La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

A efectos de la formación de la voluntad social, el Código Civil establece reglas de *quorum*, mayorías

y votación de la asamblea general (Fernández, 2022). Sin perjuicio de ello, la práctica en nuestro medio ha generado diversas formas de agrupar a los asociados y determinar sus prerrogativas y derechos, colocándolos en distintas categorías, dotando a algunos de poder de voto y a otros la posibilidad de acceder a la administración, etc.

Como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho de asociación constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad y por ello la libertad de asociarse incluye también la libertad de determinar las condiciones de organización y gobierno de la persona jurídica resultante, sin mayores limitaciones que la ley (Espinoza, 2014).

Por ende, corresponde a los asociados establecer el régimen de administración de la entidad, nombrar a las personas que se encargarán de gestionar las actividades sociales (sus agentes) y disponer los límites a su mandato y las reglas de rendición de cuentas.

Curiosamente, esta libertad alcanza ribetes de (contraproducente) silencio cuando se trata de los órganos de administración de la asociación, puesto que más allá de señalar su existencia y algunos indicios de sus funciones, el Código Civil no regula absolutamente nada con relación al consejo directivo, órgano de administración principal de la entidad (De Belaunde y Parodi, 1998).

A efectos de este análisis, debemos entender que el consejo directivo constituye el órgano de decisión colegiado que condensa a la masa de asociados (que, por cierto, no tiene un número máximo de miembros, solo un mínimo de dos), en un grupo de expertos que permite tomar decisiones y establecer las estrategias de funcionamiento y supervisión de la asociación. En términos prácticos, el consejo directivo viene a ser, respecto a la asociación, el símil del directorio de una sociedad anónima.

El artículo 86 antes citado establece que la asamblea general elige 'a las personas que integran el consejo directivo', por lo que queda claro que está compuesto por más de una. Sin embargo, ¿cuántos miembros debe tener? La práctica sugiere que sean al menos tres, a fin de garantizar un número impar que permita formar mayorías en la votación, pero la ley no lo establece expresamente. Contrariamente, el artículo 155 de la LGS sí establece un número mínimo para los directores, disponiendo que sean al menos tres.

Artículo 155.- El estatuto de la sociedad debe establecer un número fijo o un número máxi-

mo y mínimo de directores. Cuando el número sea variable, la junta general, antes de la elección, debe resolver sobre el número de directores a elegirse para el período correspondiente. **En ningún caso el número de directores es menor de tres** [el énfasis es nuestro]. (1997)

El artículo 83 del Código Civil requiere al consejo directivo tener un libro de actas donde consten sus acuerdos, lo que permite asumir que la ley promueve un órgano formal donde la deliberación y votación quede registrada por escrito, e impone al presidente del consejo directivo² la responsabilidad de velar que los libros se lleven conforme a ley, siendo además el encargado de convocar a los asociados a asamblea, conforme al artículo 85:

Artículo 85.- La asamblea general es convocada por **el presidente del consejo directivo** de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, **cuando lo acuerde dicho consejo directivo** o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.

Si la solicitud de éstos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.

La solicitud se tramita como proceso sumarísimo [el énfasis es nuestro]. (1984)

Sobre sus atribuciones, el consejo directivo es el encargado de supervisar la marcha de la persona jurídica y atender, cuando menos, a sus finanzas. Así lo establece el artículo 95 del Código Civil al determinar la obligación del consejo directivo de someter a la asociación a un procedimiento concursal ordinario, en caso las pérdidas acumuladas, deducidas de las reservas, superen la tercera parte del capital social pagado (Salazar, 2021):

Artículo 95.- La Asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia.

En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el **Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación**, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión [el énfasis es nuestro]. (1984)

A continuación, desarrollaremos un par de comentarios sobre este artículo que creemos que apunta a dotar a los administradores de los incentivos necesarios para asegurar la buena marcha de la persona jurídica (y con ello, cumplir con sus deberes de agencia frente a los asociados), pero que ha sido erróneamente regulado, sin tomar las diferencias estructurales (y, por ende, normativas) entre una asociación y una sociedad.

El artículo 95 establece la obligación del consejo directivo de iniciar las acciones administrativas conducentes a declarar el concurso ordinario³ de la asociación en caso sus ‘pérdidas acumuladas’, una vez aplicadas las ‘reservas’⁴, superen la tercera parte del ‘capital social pagado’⁵. De no hacerlo, los administradores asumen responsabilidad ante ‘los acreedores’ por los daños y perjuicios que resultaran de su omisión (Salazar, 2021).

Conviene advertir, en primer lugar, que el consejo directivo está obligado a someter a la asociación a concurso ordinario en caso de pérdidas acumuladas sin necesidad previa de comunicar esta decisión (o incluso, la situación económica misma de la persona jurídica) a los asociados, quienes serían los primeros llamados a tomar acciones, a fin de evitar (o en todo caso, confirmar) que se produzca una situación de tal envergadura como entregar la entidad a sus acreedores para que dispongan de ella.

² Cargo que, por cierto, tampoco está regulado, sino que es únicamente nombrado a efectos de cumplir con las obligaciones de los artículos 83 y 85 del Código Civil.

³ El procedimiento concursal ordinario se encuentra regulado en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal. Este artículo fue reformado precisamente ante la promulgación de esta norma y con miras a uniformizar los criterios en materia de declaratoria de concurso. Sin embargo, el punto de partida del análisis de este procedimiento fue la situación de potencial insolvencia de sociedades.

⁴ A diferencia de las sociedades, no existe obligación legal para las asociaciones de detraer un porcentaje de sus utilidades para la creación de una reserva legal (Salazar, 2016), por lo que se trataría únicamente de reservas voluntarias creadas por decisión de la administración.

⁵ Esta remisión, desde luego, es inexacta y conlleva a confusión. A diferencia de una sociedad, donde el capital social representa los aportes de los accionistas y se encuentra dividido en acciones (a partir de las cuales puede construirse el porcentaje de participación de cada uno de los socios); en la asociación, los asociados tienen una relación personalísima con la entidad y todos gozan (en principio) de los mismos derechos y prerrogativas, que se ejercen por persona y no por capitales. La asociación no tiene un capital social y los aportes de los asociados pasan a formar parte de su patrimonio. Por eso, es equivocado señalar que las pérdidas reducen el ‘capital social’, que no existe, y solo cabría interpretar que se refieren al patrimonio de la asociación, lo cual también podría llevar a una referencia circular, porque el patrimonio neto ya incluye contablemente las pérdidas y las reservas.

El artículo 176 de la LGS contiene una regulación similar para el directorio en caso una sociedad esté incursa en pérdidas, pero establece la obligación de los administradores de informar primero a los accionistas y someter a la sociedad a sus acreedores solo en caso los activos de la empresa no pudieran alcanzar a satisfacer sus obligaciones:

Artículo 176.- Si al formular los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor se aprecia la pérdida de la mitad o más del capital, o si debiera presumirse la pérdida, **el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informarla de la situación.**

Si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, **el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para informar de la situación; y** dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, **debe llamar a los acreedores** y, solicitar, si fuera el caso, la declaración de insolvencia de la sociedad [el énfasis es nuestro]. (1997)

Desde luego, los accionistas siempre podrán intervenir para realizar nuevos aportes o asumir las pérdidas, y con ello salvar la situación económica de la sociedad.

¿Por qué el Código Civil no estableció la obligación de los directivos de informar a los asociados y más bien dispone que se inicie directamente el concurso de la asociación? Creemos que, entre otras razones, se debe a una mala lectura de la relación entre asociados y asociación, dada la naturaleza 'no lucrativa' de esta persona jurídica: si los asociados no tienen ánimo de lucro, entonces no tendrían interés económico en el devenir del negocio (a contrario de los acreedores, que sí se preocupan de que sus créditos sean saldados), por lo que los administradores deberían procurar la satisfacción de estos frente a los intereses de los primeros, que no tienen expectativa de recibir de vuelta los aportes realizados.

Sin embargo, en primer lugar, esta interpretación ignora completamente el interés que motivó a los asociados a realizar los aportes a la asociación, y, en segundo lugar, tampoco toma en consideración el deber de los administradores para con los titulares de la persona jurídica, que son quienes los nombraron y quienes determinan los fines a los cuales está destinada.

Si la situación económica de la asociación se deteriora, los administradores deberían recurrir directamente a los asociados a fin de explicar la situación y proponer alternativas para solucionar el problema. De no ser posible, o ante la impasividad o imposibilidad de los asociados de recuperar el balance patrimonial, los administradores deberían dirigir su mirada a la satisfacción de los acreedores, y optar por el concurso de la entidad. Todo esto, por supuesto, sin que los administradores puedan rehuir su responsabilidad en caso el perjuicio económico de la entidad se haya producido por su culpa.

El Código Civil solo opta por regular la situación más grave del devenir económico de la asociación, quedándose en silencio sobre el deber que el consejo directivo (los agentes) debe tener frente a los asociados (los principales) durante el transcurso de la vida de la persona jurídica, cuando es precisamente en el día a día de la administración donde debe verse el alineamiento de intereses entre ambos grupos (o en su caso, la génesis de los conflictos de agencia) que impactará su devenir económico.

Respecto a los deberes de gestión, y siguiendo con la comparación, la LGS establece en el artículo 171 el estándar de diligencia y compromiso que deben observar los directores durante el ejercicio de sus funciones como administradores de la persona jurídica:

Artículo 171.- Los directores desempeñan el cargo con la **diligencia de un ordenado comerciante** y de un **representante leal**.

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones [el énfasis es nuestro]. (1997)

Los deberes de diligencia y lealtad de los directores han sido materia de análisis y comentario en nuestra legislación y son considerados un pilar fundamental para el buen gobierno corporativo de las entidades lucrativas, sobre todo en materia de conflictos de interés (Elías, 2023). Incluso, el Código de 'Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas'⁶, plantea varios principios de actuación y conducta que los directores deben observar en el desempeño de sus funciones:

⁶ Aprobado en el año 2013 por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) y de obligatoria observancia para las empresas emisoras de valores en el mercado de capitales. Este código es de aplicación voluntaria (*soft law*) para las sociedades que no cotizan en la bolsa de valores.

Principio 17: Deberes y derechos de los miembros del Directorio

Los directores deben llevar a cabo sus labores con **buena fe, diligencia, elevados estándares de ética, cuidado y reserva debidos, actuando siempre con lealtad y en interés de la sociedad.**

En su desempeño, el Directorio, como órgano, actúa con unidad de criterio y los directores ejercen sus funciones con independencia de criterio.

Los miembros del Directorio tienen derecho a solicitar al Directorio el apoyo o aporte de expertos, a participar en programas de inducción sobre sus facultades y responsabilidades, a ser informados oportunamente sobre la estructura organizativa de la sociedad, así como a percibir una retribución por la labor efectuada.

La retribución a los directores combina el reconocimiento a la experiencia profesional y la dedicación hacia la sociedad, con criterio de racionalidad [el énfasis es nuestro]. (2013)

En contraste, el Código Civil guarda absoluto silencio sobre los estándares de actuación que deben tener los miembros del consejo directivo de la asociación y tampoco establece reglas claras de actuación en caso de conflictos de interés en la administración de la persona jurídica.

Ahora bien, ¿pueden algunos de estos principios y reglas de la legislación societaria, *mutatis mutandis*, trasladarse al ámbito de la asociación a efectos de establecer las reglas de conducta de sus administradores? En principio creemos que sí, puesto que se trata de cargos equivalentes y cuya función, más allá de la finalidad de la entidad, está en la gestión patrimonial eficiente y generación de resultados positivos, por lo que se trata de exigencias razonables de cara a mantener los objetivos de la organización.

Sin embargo, y como lo dispone el artículo IV⁷ del Título Preliminar del Código Civil, la analogía no estará permitida en casos donde se establezcan re-

glas de excepción o restrictivas a la función de los administradores. Por ejemplo, tratándose la prohibición de participar en actos en los que tengan conflictos de interés, y la responsabilidad que ello acarrea, regulada en la LGS:

Artículo 180.- Los directores **no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses** o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en **actividades que compitan con la sociedad**, sin el consentimiento expreso de ésta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y **abstenerse de participar en la deliberación y resolución** concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es **responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido** por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director [el énfasis es nuestro]. (1997)

En contraste, el Código Civil regula la responsabilidad de los administradores de la asociación en su artículo 93, pero con dos particularidades:

Artículo 93.- **Los asociados que desempeñen cargos directivos** son responsables ante la asociación conforme a las **reglas de la representación**, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición [el énfasis es nuestro]. (1984)

La ley civil recurre a las reglas de representación para estructurar la responsabilidad de los administradores, lo que nos deriva a los supuestos de responsabilidad solidaria en caso de múltiples representantes⁸, la aplicación de las reglas de responsabilidad por actos *ultra vires*⁹, y la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados consigo

⁷ Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (1984).

⁸ Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común (1984).

⁹ Artículo 161..

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye (1984).

mismos¹⁰, único supuesto de conflicto de interés contemplado expresamente.

Como sabemos, la representación legal es un negocio jurídico por el cual una o más personas actúan en nombre, por cuenta y en interés de otra, lo que constituye, en buena cuenta, una relación de agencia entre el representante (agente) y el representado (principal). En esta línea, el recurso a las reglas de representación es un punto de partida válido para estructurar la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica, puesto que ostentan la calidad de agentes frente a los asociados, en tanto conocedores no solo del negocio o actividades propias de la entidad, sino de los fines valiosos que persiguen e inspiran a los principales.

Sin embargo, el Código Civil pone una restricción específica: esta responsabilidad aplica a los **asociados que desempeñen cargos directivos**. Es decir, la ley presume que son los propios titulares de la persona jurídica quienes pasarán a desempeñar labores de gestión y administración de sus intereses, a diferencia del presupuesto básico del modelo societario, donde el accionista es predominantemente un inversionista (Kraakman *et. al.*, 2017).

Desde luego, es una presunción válida: ¿quién mejor que los propios asociados para dirigir los destinos de la entidad que han formado y cuyo patrimonio financian con miras a un objetivo común? Sin embargo, es una construcción que evidencia una falta de visión corporativa del mundo asociativo, y que en buena cuenta constituye la piedra fundacional de los conflictos de agencia que venimos refiriendo.

Como señalamos líneas arriba, el Código Civil parte de la premisa que la asociación es una organización de personas reunidas bajo un objetivo común, pero asume erróneamente que el interés sobre el fin de la persona jurídica viene aunado a la competencia necesaria para gestionar sus actividades. Al igual que con una sociedad, para ser asociado no se requiere (en principio) ser experto en las actividades de la asociación, sino únicamente compartir sus fines y aceptar realizar los aportes que correspondan para conseguirlos.

En este sentido que el Código Civil limite la responsabilidad de los administradores a aquellos asocia-

dos que toman las riendas de la organización implica limitar la estructura de gobierno corporativo de la entidad a una de autogestión, que queda lejos de la forma moderna en que se vienen administrando las personas jurídicas a nivel internacional (Hansmann, 1980).

Más aún, teniendo en cuenta que las asociaciones civiles son los vehículos generalmente utilizados para realizar actividades altruistas bajo nuestra legislación de cooperación técnica internacional, resulta especialmente necesario atender a sus necesidades de organización y gobierno corporativo, dada la naturaleza sensible de las aportaciones y donaciones que se efectúan para estos fines, que no solo pueden llegar a ser cuantiosas económicamente, sino que además pueden gozar de exoneraciones tributarias por ello.

Desde luego, es posible (y en muchos casos así ocurre) que los asociados puedan pactar internamente y plantear las reglas de administración de la asociación con precisiones a sus estatutos, así como mediante contratos debidamente estructurados con administradores profesionales, donde su responsabilidad contractual quede claramente establecida.

Sin embargo, como veremos en la siguiente sección de este análisis, esta prerrogativa de los asociados si bien posible, en muchos casos no resulta ejecutada correctamente en vista de una interpretación insuficiente de su rol como titulares de la entidad, confundiéndose con beneficiarios de un servicio, clientes de una entidad, o simples benefactores o contribuyentes a una causa ajena a sí mismos, a lo que debe sumarse el desconocimiento de la regulación aplicable a la entidad, lo que genera mayores costos en la resolución de conflictos.

IV. EL CONFLICTO DE AGENCIA EN LA ASOCIACIÓN

¿Cómo debería enfocarse la relación entre asociados y administradores? A diferencia de los accionistas de una sociedad, que tienen un interés económico directo en la marcha del negocio y sus rendimientos, los asociados no tienen acceso al superávit de la entidad, por lo que su acercamiento a la administración, necesariamente, está enfocado en el cumplimiento de los fines de la entidad (Hansmann, 1980).

¹⁰ Artículo 166.-

Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. El ejercicio de la acción le corresponde al representado (1984).

Sin embargo, dependiendo de cuál sea este, puede darse el caso que los asociados estén menos interesados en la gestión del negocio, al no percibir un retorno palpable a sus aportaciones (que podrían ser entendidos como donaciones para un fin particular), frente a otros casos donde sí manifiestan un interés cercano y mantienen una expectativa respecto al rendimiento de la entidad. Veamos algunos ejemplos.

Empecemos por una asociación cuya finalidad sea satisfacer un interés específico de sus titulares, por ejemplo, un club de esparcimiento. En este caso, los asociados buscan un lugar para descansar y gozar de una serie de amenidades e instalaciones, para lo cual están dispuestos a pagar una cuota de ingreso, además de contribuciones periódicas.

Para ellos, los aportes realizados a la entidad califican como una inversión que les dará derecho a percibir beneficios no de carácter monetario (que está prohibido), sino en especie, mediante el acceso a servicios, beneficios e instalaciones del club, las cuales (en principio) se otorgan a todos los asociados de manera estandarizada. En este caso, sí es posible identificar un interés directo de los asociados en que la administración de la asociación ejecute correctamente el presupuesto dado, ya sea en nuevas instalaciones, mantenimiento de las existentes y en brindar las facilidades por las que los asociados pagan.

Si los administradores no cumplen con las expectativas de los asociados, estos cuentan con mecanismos de presión colectiva para forzar una respuesta de su parte y reconducir el destino de los recursos, o bien promover el cambio de los administradores por otros más eficientes, por ejemplo, mediante la convocatoria a asambleas extraordinarias donde puedan discutirse estos asuntos, fuera del ciclo regular de sesiones de la entidad.

Desde luego, el poder de los asociados para imponerse a los administradores dependerá, entre otros factores, de la capacidad de organización que tengan para formar un frente colectivo suficientemente relevante para forzar la toma de decisiones y de la estructura de la asociación para permitirlo. Ante el vacío normativo que hemos identificado, corresponderá a las reglas internas de la asociación establecer el radio de actuación de los asociados inconformes para presionar a la administración.

En otros casos, sin embargo, el interés de los asociados puede verse más alejado. Un ejemplo paradigmático en nuestro medio es el de los clubes de fútbol profesional, organizados bajo la figura de asociaciones. Actualmente, los principales clubes

de fútbol se encuentran sometidos a procedimientos concursales ante el Indecopi, producto de los cuales se han formado facciones de acreedores (que actúan, en la práctica, como accionistas) y establecido un esquema de administración temporal profesional, con miras al cumplimiento de los planes de reorganización previamente aprobados.

Sin embargo, esto no siempre fue así. La génesis de la crisis de los clubes de fútbol, como fue anotado en su oportunidad por diversos medios de comunicación, se debió a años de malos manejos de sus respectivas administraciones internas, las cuales eran nombradas por grupos de asociados fuertemente arraigados a la institución, pero que no tenían mecanismos de rendición de cuentas eficientes ni estaban enfocados en la profesionalización de la administración a través de sistemas de cumplimiento y responsabilidad (comúnmente denominado *accountability*).

En este caso, los asociados principalmente participan de la persona jurídica como promotores del equipo que los apasiona, buscando financiar con sus aportes los necesarios gastos para que el colectivo pueda competir y ganar campeonatos. Más allá de algunos beneficios tangibles (descuentos en entradas a los estadios, posibilidad de adquirir palcos o espacios preferenciales, acceso a zonas exclusivas, etc.), la motivación central es emotiva más que económica.

Si el club no tenía los resultados esperados, los asociados reclamaban al cuerpo técnico y llegaban a exigir su cambio, manifestando su disconformidad con la gestión detrás de ellos, pero con menos eficacia lograban afectar la posición de los administradores, que también eran asociados. Estos, por el contrario, estaban encumbrados producto de su conocimiento e influencia a la interna de la organización.

Un tercer ejemplo lo encontramos en las Organizaciones No Gubernamentales, comúnmente organizadas bajo la figura de asociaciones. En este caso, y a fin de recibir fondos de cooperación técnica internacional, las entidades deben registrarse ante la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (en adelante, APCI), y desarrollar planes periódicos de captación y utilización de los recursos donados para el cumplimiento de fines de carácter altruista.

En este caso, y como mencionamos al inicio, la relación de agencia se produce en dos niveles distintos: en primer lugar, la relación tradicional entre asociados y administradores; pero sobre ella está la relación entre los donantes (que actúan como principales en su voluntad de apoyar una deter-

minada causa) y la asociación, que se constituye como agente de la voluntad de los donantes, destinando los recursos para las funciones establecidas.

Dada la intervención de un tercero interesado, el nivel de escrutinio esperado a la administración de la entidad es mayor, puesto que deben igualmente responder frente a los donantes externos (Chávez, 2019). Incluso, y aun cuando no reciban donaciones directamente del extranjero, las asociaciones destinadas a realizar actividades caritativas o sociales que reciban donativos de terceros deben cumplir adicionalmente con la legislación en materia de lavado de activos y financiamiento del terrorismo¹¹, lo que exige que lleven un control adecuado de sus finanzas y, por ende, de su administración.

Desde luego, estas obligaciones sectoriales adicionales deben traducirse en estructuras de control más robustas al interior de la asociación (Superintendencia de Bancas, Seguros y AFP, 2021), lo que requiere que los asociados (como titulares de la entidad) conozcan y se comprometan en su cumplimiento, y al mismo tiempo requieran la participación de administradores expertos que puedan advertir los riesgos y planear su mitigación. La regulación del Código Civil, sin embargo, no parece contemplar este escenario de mayor complejidad en la estructura corporativa de la entidad.

Estos tres ejemplos nos permiten ilustrar algunos de los problemas de agencia que pueden encontrarse en una organización sin fin de lucro como las asociaciones. De manera meramente enunciativa, y sin intentar agotar este análisis, comentaremos brevemente tres de ellos: (i) problemas de información insuficiente; (ii) problemas de intromisión del principal; y (iii) problemas de falta de verificación independiente.

A. El problema de información insuficiente

El primer problema que se presenta en la relación principal-agente se debe a la asimetría informativa existente entre ambos. El asociado, si bien titular de la persona jurídica, delega al consejo directivo la administración de la entidad, confiando en su capacidad para llevar a cabo las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, dada su experiencia en dichos asuntos (Hopt y Von Hippel, 2010).

La exposición diaria de los administradores a las vicisitudes de la asociación les proporciona un nivel de información mayor y más detallado sobre la

gestión de sus negocios y del cumplimiento de sus metas. Pero ¿qué tanta información debe proporcionar el administrador a los asociados? ¿Cuáles deben ser los parámetros de rendición de cuentas de su gestión?

El deber de los administradores de informar sobre la marcha de la asociación es innegable, sobre todo tratándose de una entidad fundada sobre las aportaciones de estos. Sin embargo, y nuevamente, el Código Civil no establece reglas claras de rendición de cuentas periódicas del consejo directivo, por lo que corresponderá a los asociados dictaminarlas en los estatutos sociales.

El problema de la asimetría informativa, adicionalmente, puede manifestarse ante la falta de advertencia de los administradores respecto a las dificultades que enfrenta la entidad, hasta que sea demasiado tarde. Como referimos anteriormente, el artículo 95 del Código Civil solo exige a la administración actuar cuando la asociación ya se encuentra en situación de insolvencia, y con la finalidad de someterla a concurso de acreedores, sin necesidad de pasar primero por la evaluación de los asociados.

A fin de mitigar el impacto de esta situación, los principales generalmente recurren a mecanismos de rendición de cuentas como la presentación de estados de situación financiera a los asociados, la posibilidad de solicitar información en cualquier momento sobre la marcha de los negocios y la obligatoriedad de requerir aprobación previa respecto de ciertas inversiones o decisiones de la administración.

Sin embargo, ante la falta de regulación expresa en nuestra legislación civil, correspondería a los asociados establecer estos mecanismos en el estatuto de la asociación o a través de los contratos. En este rubro estimamos viable recurrir a la analogía para exigir al consejo directivo rendir cuentas a los asociados, como lo establece la LGS para los directores: "Artículo 175.- El directorio debe proporcionar a los accionistas y al público las informaciones suficientes, fidedignas y oportunas que la ley determine respecto de la situación legal, económica y financiera de la sociedad" (1997).

Sin embargo, la fuente de este problema de agencia se mantiene: la falta de una norma supletoria de aplicación directa a las asociaciones traslada los costos de regulación a los asociados y con eso encarece y dificulta la relación entre estos y la administración.

¹¹ Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú, y sus normas reglamentarias y complementarias.

B. El problema de intromisión del principal

De manera contraria al anterior, este problema de agencia se produce cuando los asociados asumen un rol excesivamente activo en la administración diaria de la entidad, al punto de intervenir en las decisiones propias del consejo directivo.

Si bien el conflicto de agencia generalmente se plantea desde la perspectiva de la divergencia entre la actuación del agente y las expectativas del principal, no puede dejarse de lado que los directivos también tienen expectativas propias, una de las cuales es desarrollar su estrategia de administración de acuerdo con sus conocimientos especializados (Goshen y Squire, 2017). Como señalamos al principio del artículo, los administradores son los expertos llamados a gestionar el negocio.

Sin embargo, tratándose de entidades donde los asociados tienen un rol preponderante y además no tienen problemas de acción colectiva (sino, por el contrario, pueden considerarse **activistas**, es decir, directamente involucrados en la promoción de ciertas decisiones o políticas), los administradores pueden verse constreñidos a tener que lidiar con sus solicitudes o demandas de manera reiterada y constante, lo que distrae sus esfuerzos respecto a la tarea de administrar la asociación para lograr los fines valiosos comunes a todos los titulares (Hopt y Von Hippel, 2010).

Tradicionalmente, esta clase de problemas de agencia pueden ser mitigados o superados con mecanismos formales de control por parte de los asociados, como comités de vigilancia o de reportes al interior de la asamblea de asociados, así como con mecanismos de contratación robusta, que permitan filtrar a los administradores y contratar a aquellos que sientan un grado de identificación mayor con los objetivos de la entidad, más que por el beneficio personal. Esta aproximación ha sido propuesta bajo la denominada 'Theory of Stewardship', como alternativa a la Teoría de Agencia (Davis et. al., 1997).

Alternativamente, los administradores pueden negociar cláusulas de independencia y estándares de responsabilidad mayores para la administración de la entidad, de modo que puedan actuar sin miedo a represalias constantes por parte de sectores inconformes con su actuación.

Tratándose de personas jurídicas lucrativas, el recurso a cláusulas contractuales como los 'paraísos dorados' (*golden parachutes*) sirven como mecanismos de desincentivo a que los accionistas busquen constantemente la salida de administra-

dores que no cumplen sus deseos, pero aún es poco común su uso en nuestro medio.

Siendo que el artículo 93 del Código Civil solo establece un régimen de responsabilidad para los administradores que a la vez son asociados, bajo las reglas de la representación, los administradores no asociados estarían sujetos a las reglas generales de in ejecución de obligaciones, por los daños causados en el marco de su relación de agencia con la persona jurídica, así como su responsabilidad extracontractual por daños a terceros.

C. El problema de falta de verificación independiente

Un tercer problema puede encontrarse cuando los agentes brindan información periódica a los principales, pero estos no tienen plena confianza respecto a la calidad de sus reportes ante la falta de verificación objetiva.

Este es el problema de la 'caja negra': los asociados realizan aportaciones al patrimonio de la persona jurídica y encargan a los administradores la ejecución de las actividades necesarias para cumplir el fin común; y estos proporcionan a los primeros un reporte de los resultados de su gestión, pero no así de los procesos realizados para llegar a dichos resultados.

En tal sentido, los asociados no tienen visibilidad clara de cuáles son las estrategias específicas de actuación de la entidad y la manera en que los recursos están siendo ejecutados, sino únicamente reciben reportes sobre el resultado final de las gestiones. Si bien pueden estos resultar positivos y alinearse a los fines de la entidad, los asociados no tienen información suficiente para conocer si las decisiones implementadas han sido las mejores posibles. En buena cuenta, los asociados pueden medir la eficacia de los administradores, pero no su eficiencia en el manejo de los recursos (Hopt y Von Hippel, 2010).

En tanto los administradores asumen el rol de expertos en el negocio, estos pueden tener una natural reticencia a revelar cada detalle de su estrategia de negocios o de su proceso de toma de decisiones a los asociados, bajo la premisa de que podrían perder su diferencial de valor.

De otro lado, esto puede generar suspicacias de los principales respecto a la forma de administración de los recursos. Un ejemplo se puede encontrar en entidades que reciben donaciones de terceros. Los donantes están interesados en que los recursos que entregan sean destinados al fin (principalmente altruista) que los motiva, pero no tienen visibi-

lidad de cuánto de ese dinero es efectivamente destinado a los beneficiarios y cuánto es gastado en el sostenimiento de la administración de la persona jurídica.

Desde luego, toda gestión tiene un costo y la administración de la asociación demanda gastos, entre ellos la contraprestación de los administradores. Es por ello que la transparencia no solo de los resultados, sino de la ejecución de los recursos se vuelve en un punto de tensión entre principales y agentes.

En paralelo, la intervención de una autoridad de supervisión del uso de los recursos (como la APCI, para las entidades que reciben fondos de cooperación técnica internacional) permite alinear los incentivos de los administradores para gestionar los fondos de manera más acorde con las finalidades declaradas y sobre las cuales se fundó la decisión de donar a la entidad.

Un mecanismo comúnmente utilizado para mitigar estos riesgos es el recurso a evaluaciones externas, como una auditoría periódica de los estados financieros de la entidad, realizada por una entidad independiente y de reconocido prestigio, a fin de validar que los recursos han sido utilizados efectivamente de la forma en que han sido presentados a los asociados.

Igualmente, pueden establecerse topes a determinados gastos y mecanismos de control sobre los egresos de la entidad, así como respecto a la retribución que reciben los administradores por su labor. Sobre esto último, el Código Civil tampoco se pronuncia sobre si el cargo de directorio de una asociación debería ser retribuido o no. Nosotros entendemos que naturalmente debería serlo, dado el nivel de exigencia que requiere administrar los fondos de la entidad; pero queda a arbitrio de los asociados establecer o no dicha contraprestación, en sus estatutos y reglamentos.

Como una última comparación, la LGS establece que el cargo de director es remunerado, de acuerdo con el artículo 166:

Artículo 166.- El cargo de director **es retribuido**. Si el estatuto no prevé el monto de la retribución, corresponde determinarlo a la junta obligatoria anual.

La participación de utilidades para el directorio sólo puede ser detraída de las utilidades líquidas y, en su caso, después de la detacción de la reserva legal correspondiente al ejercicio [el énfasis es nuestro]. (1997)

Si bien es cierto que este artículo ha sido materia de cuestionamiento, sobre todo en caso de entidades donde los roles de gerente y director son compartidos por una misma persona, la LGS adopta un criterio base sobre la premisa de la naturaleza comercial de las sociedades. En el caso de asociaciones civiles, corresponderá a la negociación propia del cargo que establezcan entre asociados y administradores.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de estas líneas hemos intentado evidenciar las falencias de nuestro Código Civil en materia de regulación de los órganos de administración de las asociaciones civiles, especialmente el consejo directivo, a la luz de los posibles conflictos que pueden generarse entre los dos grupos de interés de esta entidad: los asociados (en su rol de principales) y los administradores (como agentes).

Desde luego, somos partidarios de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libre asociación, que implica también la facultad de normar la estructura interna y el gobierno de las entidades jurídicas. No es nuestra intención condicionar a las entidades a una forma específica de administración, o limitar la posibilidad de negociar sus prerrogativas.

Sin embargo, no podemos dejar de advertir que, en la gran mayoría de los casos, los operadores de estas entidades no son expertos en gobierno corporativo (ni en Derecho, por cierto), por lo que nuestra legislación debe servir como un punto de guía para facilitar su actividad y con ello reducir la potencial conflictividad entre sus grupos de interés.

A cuarenta años de promulgación del Código Civil, y dada la evolución que ha tenido en nuestro medio la administración de las personas jurídicas, creemos que se hace imperativo actualizar las reglas aplicables a las asociaciones, a fin de superar los vacíos que las separan (al menos a nivel de gobierno) con otras clases de personas jurídicas y dotarlas, cuando menos, de una base normativa supletoria para definir su administración. ─

REFERENCIAS

- Chávez, M. (2019). Rendición de cuentas de las ONG: ¿A quién y por qué deben rendir cuentas? *Quipukamayoc*, 83-89.
- Davis, J., Schoorman, F., & Donaldson, L. (1997). Toward a Stewardship Theory of Management. *The Academy of Management Review*, 20-47.
- De Belaunde, J. & Parodi, B. (1998). Marco legal del sector privado sin fines de lucro en el Perú. *Apuntes*, 19-44.

- Elías, E. (2023). *Derecho societario peruano*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2014). *Derecho de las Personas*. Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2022). *Derecho de las personas*. Rimay Editores.
- Goshen, Z. & Squire, R. (2017). Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance. *Columbia Law Review*, 767-830.
- Hansmann, H. B. (1980). The Role of Nonprofit Enterprise. *The Yale Law Journal*, 835-901.
- Hart, O. (2003). Una perspectiva económica sobre la teoría de empresa. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 1-13.
- Hopt, K. & Von Hippel, T. (2010). *Comparative corporate governance of non-profit organizations*. Cambridge University Press.
- Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., & Hertig, G. (2017). *The Anatomy of Corporate Law*. Oxford University Press.
- Martínez, J. (2003). Apuntes sobre el rol del Derecho frente al problema de agencia en las organizaciones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 279-286.
- Perdices, A. B. (2008). Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 141-176.
- Salazar, M. (2016). Los conceptos de disolución y liquidación en las organizaciones no lucrativas. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 155-167.
- Salazar, M. (2021). Comentario al artículo 95. En AA.VV., *Código Civil comentado* (pp. 782-792). Gaceta Jurídica.
- Shapiro, S. (2005). Agency Theory. *Annual Review of Sociology*, 263-284.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP [SBS] (2021). *Evaluación sectorial de exposición a los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo del sector de las organizaciones sin fin de lucro en el Perú*. SBS.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2013). *Código del Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*. Superintendencia del Mercado de Valores.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial El Peruano, 5 de diciembre de 1997 (Perú).
- Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, Diario Oficial El Peruano, 12 de abril de 2002 (Perú).

LA ACTUACIÓN CONCURRENCIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SIN FINES DE LUCRO (Y LA LIBERTAD DE REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS)

THE COMPETITIVE ACTION OF NON-PROFIT LEGAL ENTITIES (AND THE FREEDOM TO CARRY OUT ECONOMIC ACTIVITIES)

Javier Mihail Pazos Hayashida*

Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

This paper examines whether nonprofit organizations can engage in economic activities not directly related to altruistic or charitable objectives within the legal framework of Peru, thereby challenging the traditional perception that these entities should be limited to charitable activities.

It explores the intersection between profit motive and economic activity, emphasizing the private autonomy that allows these organizations to define their own goals and activities.

In summary, this study highlights how these organizations contribute to development through their active participation in the market, highlighting their integral role in the contemporary economy and society.

KEYWORDS: Non-profit legal entities; economic activity; associations; foundations; committees.

El presente trabajo analiza si las organizaciones sin fines de lucro pueden participar en actividades económicas no directamente relacionadas con objetivos altruistas o solidarios en el contexto legal peruano, así que se busca desafiar la percepción tradicional de que estas entidades deben limitarse a actividades benéficas.

Se investiga la intersección entre el interés lucrativo y la actividad económica, destacando la autonomía privada que permite a estas organizaciones definir sus propios objetivos y actividades.

En resumen, este estudio resalta cómo estas organizaciones contribuyen al desarrollo a través de su participación activa en el mercado, destacando su papel integral en la economía y sociedad contemporánea.

PALABRAS CLAVE: Personas jurídicas sin fines de lucro; actividad económica; asociaciones; fundaciones; comités.

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España). Máster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios. Ha sido presidente de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi y miembro de la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte de la misma institución. Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Código ORCID: 0000-0002-3516-2603. Contacto: japazos@pucp.edu.pe

La presente investigación ha sido realizada a título personal por el autor con exclusivos fines académicos, no vinculando ni comprometiendo a ninguna institución pública o privada con las opiniones expresadas.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de junio de 2024, y aceptado por el mismo el 18 de julio de 2024.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN

Suele considerarse que las organizaciones sin fines de lucro reguladas en el Código Civil son creadas para realizar actividades altruistas, de apoyo a la comunidad o de beneficencia. Probablemente, es un sesgo cognitivo el que lleva a la correlación entre una y otra figura, forzando el vínculo entre el potencial interés social que el objeto de una organización puede traer consigo (subrayamos, una posibilidad que se hace tangible en atención a la autonomía privada) y la carencia de *animus lucrandi*.

El propósito de este estudio es analizar si las personas jurídicas sin fines de lucro pueden realizar actividades económicas que no tengan vinculación directa con objetivos altruistas o de solidaridad, con la finalidad de contrastar la idea de interés lucrativo con la de actividad económica o, más aún, con la de actividad empresarial.

Evidentemente, no es intención de este trabajo minusvalorar la importancia de aquellas entidades que puedan centrar su esfuerzo en el apoyo a la colectividad o en la realización de encomiables objetivos de interés social. Buscamos denotar la diferencia entre el objeto de la organización y aquello que se hará con los beneficios económicos que se consigan.

El método de trabajo incluye, por un lado, el estudio teórico de la institución, evaluando la doctrina, publicada a partir del año 2000, que directa o indirectamente ha abordado la cuestión o, en su caso, referido a la participación de las personas jurídicas no lucrativas en específicos sectores. En segundo lugar, se efectúa el estudio de las resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) como recurso para apreciar si las organizaciones sin fines de lucro realizan actividad económica. En tal medida, el universo de casos analizados involucra las resoluciones emitidas por todas las salas del Tribunal del Indecopi en el periodo 2019 - 2023. A estas últimas se agregan las resoluciones hechas públicas a la fecha y que han sido emitidas en el año 2024, así como aquellas que por su particular implicancia se hace imprescindible mencionar. Nuestro ámbito de análisis excluye a otras instituciones y los fallos que pudiesen haberse emitido en ejercicio de sus potestades.

Aun cuando no pretendemos efectuar un estudio cuantitativo, el análisis de la muestra de resolucio-

nes del Indecopi, institución seleccionada en atención a sus competencias en relación con la actividad de los diversos agentes económicos en el mercado, nos permite hacer un contraste entre la evaluación teórica del objeto de nuestro estudio y el plano práctico, que hace visible la forma en que las organizaciones no lucrativas desarrollan su actividad en nuestro país. No hemos encontrado antecedentes de un estudio que realice tal contraste, siendo que el tamaño de la muestra estudiada, dada su representatividad, busca validar nuestras premisas teóricas.

II. CUESTIÓN NECESARIA: EL PORQUÉ DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

No son las tradiciones humanas (sea cual fuere el nombre que se les pretenda asignar), sino la dinamicidad de las relaciones entre los sujetos –o relaciones jurídicas– las que determinan el recurso a nuevas figuras e instituciones que buscan satisfacer intereses jurídicamente tutelables, alcanzando metas que de otra forma no podrían alcanzarse o, en todo caso, que no podrían conseguirse de una manera más eficiente.

En sociedad se recurre a instituciones, entelequias en muchos casos, que buscan denotar su funcionalidad en determinados escenarios, trascendiendo a la naturaleza del hombre, pero teniendo a este como punto medular (García-Pita, 2016). Estas construcciones terminan siendo medios encaminados a facilitar la vida humana antes que meras soluciones ante potenciales escenarios contingentes. De ahí que importen más en su papel *ex ante* que en su rol remedial *ex post*. Creamos normas incentivadoras de conductas, lo que va más allá de simples regímenes sancionatorios.

Dentro de estas instituciones se encuentran las personas jurídicas, construcciones creadas con la finalidad de atribuir determinadas consecuencias que trascienden a la imputación directa a un sujeto. Como en el caso de múltiples creaciones jurídicas, su rol ha evolucionado con el tiempo, llegando a considerarse que mediante ellas se busca generar consecuencias que involucren a un colectivo de individuos. Según la concepción tradicional, estas entidades se definían (enfatizamos el pretérito) como organizaciones creadas a partir de la unión de varios sujetos encaminadas a la consecución de fines comunes, destacando que la entidad es distinta de los miembros que la conforman, lo que es plasmado en el artículo 78 del Código Civil con aparente vocación generalizadora para todas las personas jurídicas de nuestro ordenamiento¹.

¹ Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas (1984).

En la actualidad, lo común a las llamadas personas jurídicas no es la presencia de un colectivo subyacente a la unidad. De ser necesario ello, de acuerdo con nuestro propio ordenamiento jurídico, no se explicaría la configuración de entidades constituidas a partir de la declaración de voluntad de un solo sujeto, como en el caso de las empresas individuales de responsabilidad limitada (Zúñiga, 2019)², en donde el constituyente –futuro titular de la entidad– tiene el control de la organización; o en el caso de las sociedades unipersonales que pueden ser constituidas al amparo de la Ley General de Sociedades vigente, en situaciones donde el único socio es el Estado o bajo leyes especiales que lo permitan³. Si bien en estas últimas la *affectio societatis* se mantiene en potencia, aunque no en acto (lo que las diferencia de las organizaciones antes aludidas), es importante destacar su carácter unipersonal, lo que sugiere que la noción de pluralidad de sujetos detrás de la organización está siendo cada vez menos relevante.

A lo referido puede sumarse, en el ámbito de la normativa civil, la fenomenología propia de las fundaciones y el que su razón de existir trascienda a la idea de la unión de esfuerzos individuales, sobre todo, por un lado, teniendo en consideración la cuestión de su constitución, la cual puede darse por negocio unipersonal como establece el artículo 100 del Código Civil⁴ y, por otro lado, más complejo aún, que su estructura se aparte de la idea de 'miembros' o 'integrantes' de la organización⁵, sino, más bien, que esté vinculada a la concurrencia de gestores de un patrimonio dotacional (Lasarte, 2014, p. 281; y Serrano, 2010).

De hecho, lo común a las personas jurídicas en la actualidad es la búsqueda por generar un fuero especial de regulación caracterizado, sobre todo,

aunque no exclusivamente, por la escisión de responsabilidad de los involucrados (Hansmann y Kraakman, 2000). En este sentido, en todos los casos regulados, ya sea en el Código Civil o en leyes especiales, tal división atributiva estará vinculada con la idea de asignar al constructo la condición de sujeto de derecho, un ente jurídicamente tutelable distinto y ajeno a aquel sujeto, o aquellos sujetos, que participaron de su proceso constitutivo (García-Pita, 2016, pp. 16-17).

Queda claro que nos cuidamos de referir que aquello que se está buscando es generar responsabilidad limitada, en tanto esta es consecuencia propia de la decisión legislativa (sustentada en la tipicidad social construida a partir del derrotero de las organizaciones) relativa al conjunto de consecuencias jurídicas que se atribuirán en situaciones concretas a determinados agentes económicos: el titular, los miembros, los socios, asociados, o el actor que corresponda.

Evidentemente, más allá de la persona jurídica, es posible recurrir a mecanismos mediante los cuales se generan fueros especiales de atracción regulatoria como medios para alcanzar fines que podrían considerarse similares (Monereo y Molina, 2006, pp. XI-XII). Tal es el caso, por ejemplo, de los patrimonios autónomos, figuras que no son ajena a nuestro ordenamiento. Dentro de esta categoría se incluye el fondo económico, constituido por bienes sociales y bienes propios, relativo al régimen de sociedad de gananciales que, por sinédoque (queremos creer ello), es llamado sociedad de gananciales. Por remisión, similar es el caso de la unión de hecho que genera una sociedad de bienes que se sujeta, *ex lege*, al mencionado régimen de sociedad de gananciales en lo que le fuere aplicable. En estos casos, y en todos los concernientes a patrimonios autónomos, no se constituye una

² Artículo 1 de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante, Ley de la E.I.R.L.).-

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley 21435. (1976)

³ Artículo 4.-

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.

No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley. (1997)

⁴ Artículo 100.- La fundación se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento. (1984)

⁵ Artículo 101.-

El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción, así como el destino final del patrimonio. (1984)

persona jurídica⁶ ni tampoco un nuevo sujeto de derecho distinto de aquellos que concurren respecto de un interés patrimonial común (Suárez, 2010, pp. 70-72). Más allá de ficciones jurídicas específicas, centradas sobre todo en la confluencia de un interés público, la regulación se centra en las consecuencias patrimoniales relativas a escenarios de subsidiariedad, limitaciones de la disposición o gravamen de los recursos que conforman el fondo económico, o incluso la representación de los individuos que participan en cada caso.

Por supuesto, a pesar de no constituir un nuevo centro de imputación jurídica, los patrimonios autónomos sí representan una herramienta de atribución de determinados efectos en la esfera de sus partícipes y, ciertamente, ello puede estar también afectar su responsabilidad, pero de una manera mucho más específica y limitada en sus alcances que lo que ocurre en el caso de las personas jurídicas.

En nuestro sistema no se contempla la regulación de un patrimonio afectación que determine por su propia existencia la escisión de responsabilidad del titular, como ocurriría si se dividiese el fondo económico de un sujeto en función de si las relaciones jurídicas con terceros tienen un origen empresarial o no. Aun así, si al final se contemplase la ruptura de responsabilidad a través de este artificio, quedaría pendiente la cuestión de la necesidad de contar con mecanismos de oponibilidad adecuados para la salvaguarda de intereses de terceros.

En ese sentido, de un contraste preliminar con las otras categorías referidas, la persona jurídica se constituye como un mecanismo más eficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, sustentado en la generación de un específico fúero de atracción que involucra una responsabilidad escindida del ámbito atribuible al constituyente o constituyentes.

III. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE EL FIN NO LUCRATIVO

Las personas jurídicas reguladas en el Código Civil frecuentemente han sido definidas como entidades no lucrativas. Esto, sobre todo, resalta en el caso de las asociaciones, tal como se indica en el artículo 80 del mismo⁷. La referencia, queda claro, no remite al tipo de actividad económica que se

desarrolla ni, mucho menos, al carácter de las relaciones jurídicas que se generen frente a terceros. La cuestión del lucro se centra en la búsqueda de la distribución de rendimientos de capital al final de un ejercicio económico, lo que trae consigo la adscripción a un conjunto de normas específicas (Pazos, 2022, pp. 67-68).

Es evidente que la dicotomía entre personas jurídicas lucrativas y no lucrativas ha ido decayendo, sobre todo a partir de que la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) comenzó a referirse a este tipo de organizaciones en función de la realización de actividades económicas en general, omitiendo la mención al lucro en su articulado (Hundskopf, 2001). Aunque ello puede estar en parte fundamentado en el deseo de regular a las sociedades civiles al lado de las llamadas sociedades mercantiles (término que no se menciona en dicha ley), el efecto se hace manifiesto, sin perjuicio de la discusión sobre la naturaleza mercantil y la actividad de las corporaciones (Salazar, 2019, pp. 93-94). A ello se suma que, en materia registral, así como en otras áreas, se clasifique a las personas jurídicas societarias frente a aquellas no societarias.

Sea cual fuere la clasificación de referencia, debe quedar claro que la intención es reafirmar que las personas jurídicas ajenas al fuero de las sociedades pueden realizar cualquier tipo de actividad económica, salvo que una norma específica determine lo contrario⁸. Sin embargo, en cualquier caso, no será la actividad que realizan lo que las defina, sino las cualidades asociadas a su regulación, como la falta de un ánimo de lucro, lo que es un límite al beneficio económico de los miembros de la entidad a través del reparto de los rendimientos generados por esta (Aliaga, 2009, pp. 37-38).

Fuera del ámbito señalado, quedan los mecanismos que el ordenamiento contempla respecto a puntuales formas de relacionarse con el ente. Por ende, no debe confundirse el reparto de rendimientos con la asignación del salario a un trabajador en virtud de la relación laboral generada con la persona jurídica, la cual será independiente del hecho de que el sujeto en cuestión ostente, a la vez, el carácter de asociado. Asimismo, no debe confundirse el tema del interés lucrativo con que la persona sea beneficiaria directa de la actividad del ente, como ocurre con las asociaciones creadas

⁶ Artículo 65.- Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica (1992).

⁷ Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo (1984).

⁸ Véase al artículo 12 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702.

en propio interés de los asociados (escenario que es propio de los clubes deportivos, sociales, culturales y similares).

Son los miembros de la entidad quienes, a través del acto constitutivo de la persona jurídica, determinan, en ejercicio de la libertad de asociación contemplada en nuestra Constitución⁹, la actividad económica que será llevada a cabo por la organización (Salazar, 2007). Por lo tanto, salvo indicación legal distinta, cualquier rubro podrá ser desarrollado por esta (Pérez, 2004, pp. 93-95). Es plausible vincular las actividades en cuestión con entidades societarias o no societarias, lucrativas o no lucrativas. Esa es la razón de que coexistan entidades de uno u otro tipo que han sido constituidas para la realización de exactamente la misma actividad económica. Así, pues, el tipo organizacional seleccionado al momento de la constitución no condicionará, por sí mismo, la forma en que la persona jurídica ofrece sus productos o servicios.

Debemos precisar que la asignación de rendimientos de capital a los miembros no está vinculada con el acto de autonomía privada que da origen a las particulares relaciones con terceros, ni con las específicas prestaciones que se determinen a cargo de cada una de las partes. Así, no existe una condición necesaria que se derive del carácter de entidad no lucrativa y que afecte la libertad de contratar del ente ni su libertad para establecer los términos relativos al negocio jurídico en cuestión. No hay norma en nuestro ordenamiento que combine a las entidades no lucrativas a la generación únicamente de relaciones jurídicas no sinalagmáticas.

El error, sin duda, proviene de la confusión entre actividad no lucrativa y la realización de específicas actividades de beneficencia, apoyo a la comunidad o incluso liberalidades, las cuales no están vetadas, pero están determinadas por el marco de la autonomía privada de la entidad y, antes, de la de los constituyentes. Ello también aplica al caso de las fundaciones (Velerdas, 2014), partiendo de la referencia expresa al desarrollo de actividades no lucrativas contemplada en el artículo 99 del Código Civil¹⁰ o de los comités. En este sentido, no debe confundirse el que la primera se constituya para una actividad de interés social, o que la segunda, como indica el artículo 111 del código, esté vinculada con actividades altruistas¹¹, con el hecho de que las organizaciones en cuestión, incluidas las asociaciones, no puedan, en atención a la consolidación de su objeto, realizar actividades que generen beneficios económicos que se atribuirán al ámbito patrimonial del ente (Iribarra, 2017).

La existencia de excedentes patrimoniales no afecta el carácter de organizaciones no lucrativas propio de este tipo de entidades. Tampoco debe confundirse la regulación encaminada a garantizar que dicha ganancia sea aplicada a los fines para los cuales ha sido creada la organización, referidos en los artículos 98¹², 110¹³ y 122¹⁴ del Código Civil, para el caso de las asociaciones, fundaciones y comités, respectivamente, con la existencia de un límite a la generación de rendimientos de capital.

Considerando lo anterior, dado que la valorización de las actividades económicas de la entidad no contradice su carácter no lucrativo de esta, y no habiendo prohibición ni límite a su determinación

⁹ Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa. (1993)

¹⁰ Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social. (1984)

¹¹ Artículo 111.- El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista. (1984)

¹² Artículo 98.-

Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación. (1984)

¹³ Artículo 110.-

El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede. (1984)

¹⁴ Artículo 122.-

El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberle sido presentadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité. (1984)

en nuestro sistema jurídico, será la autonomía privada la que determine el valor correspondiente de los productos o servicios que la persona jurídica pretende posicionar, en consideración a la oferta y la demanda.

IV. CONCURRENCIA EN EL MERCADO Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

La amplia posibilidad de actuación de las personas jurídicas sin fines de lucro tiene su sustento en el reconocimiento constitucional de la libre iniciativa privada¹⁵, la cual se entrelaza con la autonomía privada (Aznar, 2000, p. 126), independientemente de que se considere a una como base causal de la otra, ya sea que se analice la cuestión mensurando el proceso de constitucionalización del derecho privado o viceversa. Y es en el proceder de los privados donde se sustenta el desarrollo económico, denotándose que su importancia trasciende al ámbito particular al devenir en un tema de interés público.

Importa subrayar que, en atención a lo anterior, se hace manifiesto, también a nivel constitucional, el pluralismo económico, según el cual la actuación de los actores privados en la economía puede hacerse efectiva a través de diversas formas de empresa¹⁶. Así, cualquier actuación, recurso o institución lícita encaminada a integrar capital y trabajo con el fin de consolidar una actividad económica es protegida no solo individualmente, sino también en relación con la actuación de los demás actores concurrentes en el mercado (Negri, 2017). Es evidente que si desde las bases del ordenamiento jurídico se otorga igual valor a cualquier forma de hacer empresa, se está reafirmando la igualdad entre todas ellas.

Atendiendo a lo indicado, los privados, en ejercicio de su libertad de empresa, pueden decidir ingresar al mercado para la realización de una actividad económica concreta de acuerdo con sus propios intereses y expectativas¹⁷. El Estado no puede conminarlos a realizar una actividad específica que no hayan definido libremente. Es el privado el que decide autónomamente si desea concurrir alrededor de un objeto concreto, en cualquier nivel de la cadena económica y, en cuanto corresponda, proveer los productos o servicios asociados a la actividad en cuestión. Por supuesto, esto se realiza sin

perjuicio de la custodia del interés público y de la regulación específica propia de cada sector (Aznar, 2000, pp.124-125).

No debe confundirse entonces el término 'empresa', con la idea de persona jurídica o, menos aún, con la idea de sociedad. Por un lado, hablar de empresa refiere a una variada gama de fórmulas que permite la integración del esfuerzo del agente económico y su capital para la consolidación de una actividad económica (Espinoza, 2014, p. 81; Velandia, 2011, p. 231). Por otro lado, la idea de persona jurídica, tal y como se desprende de lo dicho anteriormente, remite a un constructo organizacional al que se le concede subjetividad jurídica, constructo que puede resultar útil como medio para la realización de actividad empresarial a través de sus diversas manifestaciones.

Podemos entonces hacer empresa a través de la actividad individual de los sujetos, o a través de colectivos no considerados centros de imputación jurídica, de recursos contractuales, o de mecanismos de cotitularidad de derechos sobre las unidades de producción, entre otros. También podemos hacerlo a través de personas jurídicas, unipersonales o colectivas, con fines de lucro o sin tal fin, societarias o no societarias, mercantiles o civiles.

Lo que hay que denotar es que la idea de empresa, de conformidad con lo dicho, no excluye a las organizaciones no lucrativas. Estas últimas son creaciones sociales que se definen a partir del potencial destino de sus excedentes, pero no por su actividad. Resulta evidente que las ideas de actividad económica y de fin lucrativo traen consigo cuestiones distintas. Mientras que la primera se centra en el objeto que se pretende alcanzar, lo segundo es un tema vinculado a los rendimientos generados a partir de la actividad misma y su asignación. En otras palabras, mientras que la problemática de la actividad económica remite a la causa generadora de rendimientos, la discusión sobre el ánimo de lucro refiere a la finalidad de esos rendimientos.

El privado puede hacer empresa a través de personas jurídicas no lucrativas. La falta de *animus lucrandi* en la organización y la adscripción al marco específico dentro de la normativa civil trae consigo implicancias significativas, especialmente en lo que respecta al aporte de los constituyentes

¹⁵ Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado [...] (Constitución Política del Perú, 1993).

¹⁶ Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa [...] (1993).

¹⁷ Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...] (Constitución Política del Perú, 1993).

de la entidad que pasará a formar parte del patrimonio de esta (Pérez, 2004, p. 98). Tal escenario de ajenidad explica la limitación de responsabilidad de los miembros sobre la base de la distinción entre fondo económico de la organización y aquel que corresponde a los constituyentes, determinando, de ser el caso, el ejercicio de prerrogativas al interior del ente (Hansmann y Kraakman, 2000).

El que no haya un impedimento general para que las personas jurídicas sin fines de lucro realicen actividades económicas permite que estas organizaciones puedan concurrir, en principio y salvo reserva regulatoria, en cualquier sector.

V. INDICADORES DE LA CONCURRENCIA EN EL MERCADO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS NO LUCRATIVAS

Aun cuando no se requiere que el ordenamiento jurídico efectúe declaraciones expresas en cada norma sectorial relativas a la posibilidad de que las personas jurídicas sin fines de lucro puedan realizar actividad económica, hay muchos casos que ilustran el tema, reafirmando lo que es ínsito a estas organizaciones a partir del mandato constitucional, sobre todo en consideración a la lógica de un sistema sustentado en la libre iniciativa privada.

Resalta en la lista de las referidas actividades la realización de servicios educativos, de conformidad con la Ley General de Educación (en adelante, LGE) (Salazar, 2002), los cuales pueden desarrollarse por personas jurídicas de derecho privado en general¹⁸. En consideración a ello, las instituciones educativas pueden ser de gestión privada, contemplándose la posibilidad de ser creadas por entidades sin fines de lucro¹⁹ (lo que no debe confundirse con las instituciones públicas de gestión privada, otra forma en que pueden participar las entidades no lucrativas al mediar un convenio interinstitucional²⁰).

Por su parte, en el marco de la actividad deportiva, podemos encontrar también que los clubes futbolísticos pueden constituirse como asociaciones (Ferraz y Serra, 2021) de acuerdo con lo establecido en el Código Civil²¹, ello con la finalidad de realizar actividades como la producción, organización y comercialización de espectáculos futbolísticos²².

Un ejemplo adicional lo encontramos en el sector sanitario, donde las instituciones de carácter privado sin fines de lucro, como las asociaciones, se encuentran inscritas en el registro de instituciones que prestan dichos servicios²³, ello en concordancia con la normativa relativa a los servicios de salud.

¹⁸ Artículo 1 de la LGE.-

La presente ley tiene por objeto establecer los lineamientos generales de la educación y del Sistema Educativo Peruano, las atribuciones y obligaciones del Estado y los derechos y responsabilidades de las personas y la sociedad en su función educadora. Rige todas las actividades educativas realizadas dentro del territorio nacional, desarrolladas por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras. (2003)

¹⁹ Artículo 72 de la LGE.-

Las Instituciones Educativas Privadas son personas jurídicas de derecho privado, creadas por iniciativa de personas naturales o jurídicas, autorizadas por las instancias descentralizadas del Sector Educación. El Estado en concordancia con la libertad de enseñanza y la promoción de la pluralidad de la oferta educativa, reconoce, valora y supervisa la educación privada [...]. (2003)

²⁰ Artículo 71 de la LGE.- Las Instituciones Educativas, por el tipo de gestión, son:

a) Públicas de gestión directa por autoridades educativas del Sector Educación o de otros sectores e instituciones del Estado.
b) Públicas de gestión privada, por convenio, con entidades sin fines de lucro que prestan servicios educativos gratuitos.
c) De gestión privada conforme al artículo 72 (2003).

²¹ Artículo 5 de la Ley 29504.-

Los clubes deportivos de fútbol profesional se organizan bajo la forma de sociedades anónimas abiertas o asociaciones civiles, conforme a la Ley General de Sociedades y al Código Civil. Se incorporan a la respectiva liga y a la Federación Deportiva Nacional, según lo dispongan los estatutos de estas últimas.

Los estatutos de las sociedades anónimas y de las asociaciones civiles establecen una comisión de ética y una comisión de auditoría. Los miembros de ambas comisiones no pueden desempeñar cargos en el directorio, en la gerencia ni en otras sociedades vinculadas. (2010)

²² Artículo 2 de la Ley 29504.-

Son clubes deportivos de fútbol profesional las organizaciones que tienen como objeto social organizar, producir, comercializar y participar en espectáculos deportivos de fútbol de carácter profesional y se encuentran incorporadas en el registro a que se refiere el artículo 4.

Se entiende por espectáculo deportivo de fútbol profesional los eventos en los que los clubes deportivos de fútbol participan entre ellos con el objeto de obtener un beneficio pecuniario. (2010)

²³ Véase a Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (RENIPRESS).

Es evidente que la lista de actividades que pueden realizar las personas jurídicas sin fines de lucro es muy amplia y no se limita únicamente a temas de interés público ni a casos donde existe una regulación de un servicio público específico. Los ejemplos antes indicados son resultado de esto último. Se deja a los privados la determinación de su ámbito de actuación dentro del marco de la licitud y la buena fe. Ello se hace manifiesto, incluso, en registros administrativos relativos a otras entidades no lucrativas como las fundaciones y que refieren a actividades como la puesta a disposición de libros y revistas, entre otros²⁴.

En los siguientes puntos nos remitiremos a las resoluciones de las distintas salas del Tribunal del Indecopi a fin de validar nuestros postulados teóricos respecto de la actividad de las organizaciones no lucrativas en nuestro sistema jurídico. Buscando ordenar el discurso, hemos efectuado una división sobre la base de las materias en las que la institución antes referida es competente, ello con el exclusivo objeto de apreciar cómo las personas jurídicas sin fines de lucro concurren efectivamente en el mercado. Para tal efecto, contextualizamos el área de análisis, hacemos necesaria mención de la actividad económica hallada y de la fuente resolutiva consultada.

A. Prácticas anticompetitivas

La normativa que reprime las prácticas anticompetitivas busca promover la eficiencia económica en el mercado²⁵. El ámbito subjetivo de tal régimen, relativo al conjunto de sujetos concurrentes al que le es aplicable el marco que reafirma la libre competencia, incluye expresamente a las personas jurídicas sin fines de lucro²⁶, incluso si estas no incurren directamente en una práctica anticompetitiva, sino que meramente se presentan como partícipes²⁷.

Más allá de la posibilidad de que nos encontremos ante asociaciones que actúan como intermediarias y que pueden impedir o generar obstáculos para el ingreso o la estabilidad de un competidor en la mencionada organización, lo que, dependiendo de las circunstancias específicas, podría denotar un abuso de posición de dominio o una práctica colusoria horizontal, es importante resaltar la propia concurrencia en el mercado de una asociación que realiza prácticas restrictivas de la libre competencia valiéndose, por ejemplo, de una eventual posición dominante en el mercado (Schweighauser, 2020).

La adecuada participación de las asociaciones puede resultar medular para la libre competencia. Considerando esto, la autoridad administrativa competente emitió una guía para este tipo de organizaciones en cuanto tengan carácter gremial. El trasfondo se centra en subrayar, en primer lugar, el papel que pueden tener estas entidades al facilitar la actuación de los distintos agentes económicos que se integran a través de ellas. Es evidente que en este caso la persona jurídica sirve como un mecanismo que permite que la consecución de los intereses comunes de los miembros redunde en beneficio de la esfera individual de cada agremiado. Ello incluso puede contribuir a la mejora del sector. El riesgo, sin embargo, es que se pueda utilizar la figura de la personalidad jurídica para, a través de su actuación, generar consecuencias jurídicas repudiadas por el ordenamiento por su manifiesto carácter anticompetitivo (Indecopi, 2019).

La guía en cuestión subraya determinadas situaciones en las que la actividad de la organización bajo el esquema asociativo pueda contribuir a la formación de un cártel o para coadyuvar a que este se genere. Al ser una cuestión objetiva, es insustancial la intención de los gestores de la propia organización y/o la de los asociados, siendo que lo determinante es el impacto ilícito en la competencia (Indecopi, 2019, p. 7).

²⁴ Puede revisarse el registro de las actividades vinculadas a las fundaciones constituidas en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1462563-fundaciones-inscritas-en-el-ranf>

²⁵ Artículo 1 del Decreto Supremo 030-2019-PCM.- La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores (2019).

²⁶ Artículo 2 del Decreto Supremo 030-2019-PCM.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa [...]. (2019)

²⁷ Artículo 2 del Decreto Supremo 030-2019-PCM.-

[...]

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones. (2019)

Es propio del fenómeno asociativo el contar con mecanismos que traigan como consecuencia la reducción de costos de transacción asociados a la consolidación del objeto del ente o incluso a la comunicación entre los sujetos que son miembros. Pero todo lo anterior difiere de convertir a la asociación en un vehículo de articulación de actividades anticompetitivas, como la distribución entre los asociados de espacios para comercializar sus productos, la negativa sin justificación a la incorporación de un agente económico a la asociación o la determinación de políticas de precios, entre otras (Indecopi, 2019, p. 13 y ss.).

En relación con el tema, se puede hacer mención de asociaciones vinculadas a sectores tan concretos como el de seguros (Resolución 1042-2013/SC1-INDECOPI), provisión de combustibles (Resolución 049-2018/CLC-INDECOPI), y transportes (Resolución 037-2017/SDC-INDECOPI), entre otros casos en los que se analizó si las asociaciones involucradas incurrieron en prácticas anticompetitivas. Evidentemente, el papel de las asociaciones también se puede apreciar desde la posición jurídica de denunciantes ante la presunta comisión de actos contra la libre competencia, como ocurrió en rubro de la conservación de pescado (Resolución 0027-2019/SDC-INDECOPI).

B. Competencia desleal y actividad publicitaria

La regulación de la competencia desleal busca salvaguardar el adecuado desarrollo del proceso competitivo²⁸. Así, a través de sus reglas, se pretende incentivar que los agentes económicos procedan de buena fe en el actuar concurrential.

De manera similar a lo que ocurre en el ámbito de la libre competencia, en materia de competencia desleal, los supuestos regulados en su normativa se aplican a diversos agentes económicos, incluidas las personas jurídicas que concurren en el mercado, ya sea en atención a una finalidad lucrativa o sin que medie esta²⁹. En tal sentido, se reafirma que las organizaciones sin fines de

lucro pueden realizar actividad concurrential y competir en el mercado, entendiendo que dicha concurrencia se debe realizar de buena fe, pero considerando la potencial contingencia de que incurran en actos de competencia desleal (Pazos, 2023, pp. 76-77).

El posicionamiento de un agente económico, por sí mismo, no constituye una situación repudiada por el ordenamiento jurídico en la medida que esté sustentado en la propia eficiencia. Si el competidor basa su oferta en recursos lícitos, como establecer un mejor precio que el que ofrecen los demás concurrentes o, incluso, mejores condiciones o cualidades, estamos ante actividad competitiva lícita, independientemente de que pueda producirse un desmedro en la esfera jurídica de los competidores. A todas luces, nos encontraremos ante daño concurrential lícito, previsible como consecuencia de la mencionada eficiencia, manifestado sobre todo en la afectación de la cuota de mercado de los concurrentes.

Situación distinta se presenta cuando la persona jurídica realiza actos contrarios a la buena fe concurrential, independientemente de la forma que adopten (Bernet, 2018)³⁰. En tal sentido, la entidad específicamente podría incurrir en actos de engaño, induciendo a error a los agentes económicos, incluidos los consumidores, sobre las cualidades o la calidad de lo ofrecido; actos de confusión que pueden traer consigo problemas de percepción del preciso origen empresarial, entre otras cuestiones relacionadas con aquello que se pretende posicionar; el sabotaje; etc.

Como entidades concurrentes, las asociaciones podrían realizar actos de competencia desleal, en sus diversas modalidades, en el marco del desarrollo de actividades económicas tan variadas como los servicios médicos (Resolución 0096-2020/SDC-INDECOPI), la administración privada de fondos previsionales (Resolución 0032-2022/SDC-INDECOPI) o la enseñanza superior universitaria (Resolución 0079-2023/SDC-INDECOPI).

²⁸ Artículo 1 del Decreto Legislativo 1044.- La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo (2008).

²⁹ Artículo 3 del Decreto Legislativo 1044.-

3.1.- La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores [...]. (2008)

³⁰ Artículo 6 del Decreto Legislativo 1044.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. (2008)

Por otro lado, actuando como denunciantes, a título ilustrativo y sin perjuicio del resultado del procedimiento iniciado, se puede mencionar la participación de asociaciones en casos relativos a actividades vinculadas con la venta de alimentos y bebidas (Resolución 0179-2023/SDC-INDECOPI), actividades de transporte (Resolución 0112-2019/ SDC-INDECOPI) o actividades deportivas (Resolución 0153-2020/SDC-INDECOPI).

Fuera de los escenarios antes indicados se encuentran los casos en que las asociaciones de consumidores participan contribuyendo a la protección del proceso competitivo, con independencia del resultado del procedimiento, como ocurre en el rubro de la construcción (Resolución 0119-2019/SDC-INDECOPI), fabricación de alimentos y bebidas (Resolución 0124-2022/SDC-INDECOPI) o venta de equipos móviles (Resolución 0014-2024/SDC-INDECOPI). Debemos precisar que estos casos están fuera de nuestro objeto de estudio, ya que en estos casos la persona jurídica no actúa como concurrente sino como un agente que representa los intereses de los destinatarios potenciales de la oferta de la empresa.

C. Provisión de productos o servicios al mercado - protección al consumidor

La provisión de productos o servicios al mercado por parte de los agentes económicos concurrentes, dirigida a destinatarios finales de los mismos, determina el régimen de protección al consumidor. La relación jurídico patrimonial generada (ya sea en virtud del acto de autonomía privada o, en su caso, por mandato de la ley), denominada relación de consumo no es sino el vínculo entre un consumidor, en tanto beneficiario directo o indirecto, y el proveedor. Es en atención a esta relación jurídica, típicamente marcada por la asimetría de la información entre los actores involucrados, que se establecen las normas de consumo.

El término 'proveedor', en sentido amplio, es referido en las normas sobre la materia debido a una

multiplicidad de actividades y procesos al interior de la cadena económica. Más allá de la vasta lista referenciada en el Código de Consumo, el tema subraya que una persona jurídica puede ocupar la posición de proveedor (Paniagua y Miranda, 2012, pp. 53-54). Dado que la ley no hace una salvedad sobre el tema, las personas jurídicas sin fines de lucro también pueden asumir esta condición³¹.

Partiendo de lo dicho, las asociaciones, fundaciones u otras entidades pueden ingresar al mercado con el fin de realizar cualquier tipo de actividad económica lícita que podrá ser mensurada en virtud de la normativa de consumo, en tanto del otro lado de la relación jurídica se encuentre un consumidor (Rusconi, 2009, pp. 179-181).

Dentro de los procedimientos de protección al consumidor, la actuación de las entidades sin fines de lucro se hace manifiesta en distintos sectores. Lo dicho incluye a los servicios educativos en todos los niveles (inicial, primario, secundario o superior), siendo que en este sector han concurrido tanto asociaciones como fundaciones (a título referencial, porque es en este rubro donde hemos encontrado el mayor número de casos, dentro de los cuales se puede mencionar a las resoluciones 0191-2019/SDC-INDECOPI, 1433-2019/SPC-INDECOPI, 1916-2020/SPC-INDECOPI, 1196-2021/SPC-INDECOPI, 1466-2022/SPC-INDECOPI, 456-2023/SPC-INDECOPI y 0761-2024/SPC-INDECOPI).

Se suma a lo anterior la participación de las asociaciones en actividades económicas vinculadas a seguros contra accidentes de tránsito (pueden citarse las resoluciones 3086-2019/SPC-INDECOPI, 1613-2020/SPC-INDECOPI y 0434-2023/SPC-INDECOPI), clubes de esparcimiento (resoluciones 1499-2020/SPC-INDECOPI y 1793-2020/SPC-INDECOPI), servicios empresariales al sector automotriz (Resolución 0355-2021/SPC-INDECOPI), actividades culturales (Resolución 3206-2023/SPC-INDECOPI), servicios de asociaciones de propietarios (Resolución 1997-2022/SPC-INDECOPI), actividades inmo-

³¹ Artículo IV del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC).- Para los efectos del presente Código, se entiende por:

[...]

2. Proveedores.- Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:
 - 2.1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
 - 2.2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
 - 2.3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
 - 2.4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores [...]. (2010)

biliarias (Resolución 0721-2023/SPC-INDECOPI), actividades feriales (Resolución 0716-2023/SPC-INDECOPI) y servicios de asociaciones empresariales (Resolución 0248-2023/SPC-INDECOPI).

Las asociaciones también pueden formar parte de la relación jurídica de consumo fungiendo como destinatarias de los productos o servicios ofrecidos por otro agente económico (Fernández, 2018), en tanto que la prestación que constituye el objeto de dicha relación se utilice en un ámbito distinto al correspondiente a la actividad empresarial de la persona jurídica (Durand, 2010, pp. 69-70)³².

Aun cuando es un tema ajeno a nuestra investigación, puede mencionarse la participación de asociaciones en condición de consumidores como ocurre en el sector bancario a propósito de la denuncia de una asociación de funcionarios (Resolución 0834-2022/SPC-INDECOPI), en el sector construcción a raíz de la denuncia de una asociación de artesanos (Resolución 1865-2020/SPC-INDECOPI) y en relación con servicios jurídicos en relación con la denuncia de una asociación de comerciantes (Resolución 1407-2020/SPC-INDECOPI). También hacemos referencia a la participación de asociaciones de consumidores debido a su importancia en materia de protección al consumidor (Nabec *et al.*, 2015), pero igualmente excluyéndolas del tema de nuestro análisis (resoluciones 0716-2023/SPC-INDECOPI, 0320-2024/SPC-INDECOPI y 0891-2024/SPC-INDECOPI).

D. Posicionamiento en el mercado, propiedad industrial y el recurso a los signos distintivos (con exclusión de otros derechos)

Para la realización de su actividad concurrencial, los agentes de mercado recurren a diversos me-

canismos que coadyuvan a su individualización, la de los productos o servicios que ofrecen o incluso su propia actividad económica. Concretamente, es a través de los derechos de propiedad industrial donde se manifiesta claramente el posicionamiento de la organización.

Las personas jurídicas utilizan diversos elementos de la propiedad industrial con la finalidad de diferenciarse en el mercado de sus competidores. Utilizan, entre otras figuras, a marcas para distinguir sus productos o servicios de aquellos que pertenecen a la competencia y utilizan nombres comerciales para distinguir su actividad económica (Pazos, 2015). Los derechos de propiedad industrial facilitan la consolidación del prestigio del ente.

En este contexto, el marco legal sobre propiedad industrial establece que, entre otros actores sociales, las personas jurídicas sin fines de lucro podrán beneficiarse de la protección de su titularidad sobre los recursos en cuestión. Esto incluye, evidentemente, el derecho de exclusiva, los efectos asociados a la inscripción en el registro correspondiente y, en general, los mecanismos procedimentales de salvaguarda³³.

El que las organizaciones sin fines de lucro, como las asociaciones o fundaciones, cuenten con derechos de propiedad industrial resulta un indicador más de la efectiva actuación de este tipo de entidades en el ámbito concurrencial. Esto se evidencia, por ejemplo, en la utilización de marcas para distinguir lo que se ofrece en el mercado³⁴, o de nombres comerciales para distinguir la actividad económica del agente, la propia empresa o el establecimiento del concurrente³⁵.

³² Artículo IV del CPDC.- Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios.

1.1. Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor, para efectos de este Código, a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor [...]. (2010)

³³ Artículo 2 del Decreto Legislativo 1075.-

Podrán acceder a los beneficios del presente Decreto Legislativo, todas las personas naturales y jurídicas u otras entidades de derecho público o privado, estatal o no estatal, con o sin fines de lucro, estén domiciliadas en el país o en el extranjero.

El presente Decreto Legislativo se aplica a todos los sectores de la actividad económica (2021).

³⁴ Artículo 134 de la Decisión 486-CAN.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado [...]. (2000)

³⁵ Artículo 190 de la Decisión 486-CAN.-

Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil. Una empresa o establecimiento podrá tener más de un nombre comercial. Puede constituir nombre comercial de una empresa o establecimiento, entre otros, su denominación social, razón social u otra designación inscrita en un registro de personas o sociedades mercantiles.

Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir. (2000)

De los productos o servicios asociados a los signos distintivos cuya titularidad tiene una persona jurídica puede colegirse el variado conjunto de actividades económicas realizadas por las entidades sin fines de lucro, ya sean asociaciones o fundaciones. Independientemente de la naturaleza del procedimiento y de la posición como solicitantes o como opositoras al registro de un signo, la alusión busca resaltar la multiplicidad de actividades económicas que pueden realizar las citadas personas jurídicas, sin tener estricta concordancia con la Clasificación Internacional de Niza.

Sea como fabricantes o como comercializadoras, las asociaciones concurren en el mercado valiéndose de marcas de producto, utilizando este signo para distinguir, por ejemplo, prendas de vestir y artículos deportivos (Resolución 0874-2020/TPI-INDECOPI), bebidas a base de zumo de frutas y licor (Resolución 1869-2019/TPI-INDECOPI), así como publicaciones, materiales educativos y libros (Resolución 0101-2021/TPI-INDECOPI).

Por su parte, la oferta de las asociaciones, respaldada a través del uso de marcas de servicio, comprende la organización de competiciones deportivas y otros servicios vinculados con actividades deportivas (resoluciones 1015-2019/TPI-INDECOPI y 0873-2020/TPI-INDECOPI), servicios inmobiliarios (resoluciones 0963-2019/TPI-INDECOPI y 0743-2023/TPI-INDECOPI), servicios médicos (Resolución 0940-2020/TPI-INDECOPI), servicios de transporte (Resolución 0253-2021/TPI-INDECOPI), servicios de solución extrajudicial de controversias (Resolución 0098-2022/TPI-INDECOPI), servicios de edición y publicación de textos educativos y escolares (Resolución 0202-2020/TPI-INDECOPI), servicios de organización de colectas de beneficencia (Resolución 0729-2019/TPI-INDECOPI), servicios de reagrupamiento de productos diversos para su comercialización (Resolución 1473-2019/TPI-INDECOPI), servicios educativos (resoluciones 1654-2019/TPI-INDECOPI, 0557-2020/TPI-INDECOPI y 1012-2020/TPI-INDECOPI), así como actividades recreativas y culturales (resoluciones 0758-2020/TPI-INDECOPI, 1321-2021/TPI-INDECOPI, 1409-2021/TPI-INDECOPI, 0195-2022/TPI-INDECOPI y 0224-2022/TPI-INDECOPI, entre otras), incluidos servicios educativos universitarios (Resolución 0801-2022/TPI-INDECOPI).

Se ha hecho evidente la participación de las fundaciones en el mercado mediante el uso de mar-

cas relacionadas con diversos servicios. Entre ellos se destacan los servicios de publicidad, gestión de negocios y administración, entre otros (Resolución 0671-2021/TPI-INDECOPI), así como servicios de hospedaje temporal y restauración (Resolución 1333-2019/TPI-INDECOPI).

El régimen comunitario andino sobre propiedad industrial contempla la posibilidad de que las asociaciones de productores, en este caso, fabricantes, puedan ser titulares de marcas colectivas. Los signos distintivos de las asociaciones mencionadas buscarían distinguir prendas de vestir, calzado y sombrerería (resoluciones 1184-2020/TPI-INDECOPI, 0694-2021/TPI-INDECOPI y 0979-2021/TPI-INDECOPI), productos lácteos y derivados (Resolución 0854-2021/TPI-INDECOPI), productos agrícolas en general (Resolución 0320-2024/TPI-INDECOPI), puntualmente, frutas, verduras y otros alimentos (resoluciones 1893-2019/TPI-INDECOPI, 0272-2021/TPI-INDECOPI y 0689-2021/TPI-INDECOPI), bebidas a base de frutas y zumo de frutas (Resolución 0321-2024/TPI-INDECOPI), así como azúcar y derivados (Resolución 1892-2019/TPI-INDECOPI).

Las asociaciones de productores pueden pretender distinguir servicios específicos, lo que puede incluir servicios de transporte (Resolución 0524-2021/TPI-INDECOPI), servicios de restauración (Resolución 1894-2019/TPI-INDECOPI), servicios de cafetería y *catering* (Resolución 1253-2020/TPI-INDECOPI) y, sumados a las actividades antes indicadas, servicios de hospedaje (Resolución 0840-2019/TPI-INDECOPI).

Es posible que las organizaciones sin fines de lucro se valgan de nombres comerciales para distinguir su actividad económica, lo que se ha hecho palpable en el sector de educación (Resolución 1277-2022/TPI-INDECOPI) y, particularmente, en lo que concierne a actividades relacionadas con la enseñanza universitaria sumada, anecdotícamente, a servicios médicos (resoluciones 0091-2023/TPI-INDECOPI y 0092-2023/TPI-INDECOPI).

A pesar de estar fuera del objeto de la presente investigación, cabe mencionar que la normativa de derechos de autor refiere a las entidades de gestión colectiva que para tal fin se constituirán como asociaciones cuyo objeto sea exclusivamente hacer efectivos los derechos patrimoniales de los correspondientes autores³⁶ (como se puede

³⁶ Artículo 2 de la Ley del Derecho de Autor.-

A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

[...]

apreciar en las resoluciones 1419-2019/TPI-INDECOPI, 1440-2022/TPI-INDECOPI, 0196-2023/TPI-INDECOPI, 0181-2024/TPI-INDECOPI y 0211-2024/TPI-INDECOPI, entre otras).

Por otro lado, a pesar de sus evidentes implicancias patrimoniales, al no estar referida necesariamente a la actividad económica directa del titular, hemos también dejado de lado la problemática de las invenciones, incluso cuando estas fuesen solicitadas por una fundación (Resolución 1188-2020/TPI-INDECOPI) o se haga manifiesta la actuación de una asociación (Resolución 1218-2019/TPI-INDECOPI).

E. Crisis patrimonial

En el desarrollo de sus actividades, las personas jurídicas sin fines de lucro pueden enfrentar escenarios de falencia económica que evidencien una situación de crisis patrimonial, lo cual torne en manifiestamente complejo el cumplimiento de sus obligaciones con terceros (Alcalde, 2023, pp. 113-114), ya sean proveedores, consumidores o, internamente, sus trabajadores. Ante esta circunstancia, se hace necesario tomar medidas que minimicen las contingencias de tal crisis y hagan sostenible el que la entidad se mantenga en funciones o, en su caso, salga del mercado al menor costo posible.

Precisamente, las normas del sistema concursal contemplan ambas posibilidades, buscando que, en caso sea viable mantener a la organización, se proyecte su reestructuración patrimonial o, si no es así, de ser necesaria su disolución y liquidación, se efectúe el correspondiente procedimiento siendo que, *ultima ratio*, en cualquier escenario, la decisión busca la salvaguarda del crédito³⁷.

Bajo estos considerandos, el sistema concursal peruano establece que tanto la posición de deudor como la de acreedor puede ser asumida por personas jurídicas sin hacer distinción en relación con su eventual finalidad lucrativa. En paralelo, en la indicada normativa se explicita la definición de actividad empresarial del ente que, importa subrayarlo, remite a la integración de producción, capital y trabajo³⁸.

Precisamente, la mención de las personas jurídicas sin fines de lucro sometidas a procedimientos concursales, independientemente de la etapa del procedimiento o de si la resultante sea la reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación del deudor concursado, incluye a asociaciones en el rubro de actividades deportivas, concretamente, clubes deportivos de fútbol (resoluciones 0097-2019/SCO-INDECOPI, 0504-2019/SCO-INDECOPI, 0487-2022/SCO-INDECOPI, 0051-2022/SCO-INDECOPI, 0017-2023/SCO-INDECOPI y 0131-2024/SCO-INDECOPI), y en materia de servicios educativos (Resolución 2105-2020/CCO-INDECOPI).

F. Barreras normativas y restricciones a la competitividad

En atención a la salvaguarda del interés público, la imposición de barreras burocráticas para el desarrollo de actividades económicas concretas, en tanto sean legales y razonables, es posible (Velan-dia, 2011, pp. 78-79). Considerando la actividad económica de algún modo afectada por una barreira, se han presentado casos que involucran a asociaciones que buscan, precisamente, que se evalúe la licitud de dichas medidas. A pesar del carácter de estos procedimientos entendemos que concurre, en alguna medida, el interés privado.

42. Sociedad de Gestión Colectiva: Las asociaciones civiles sin fin de lucro legalmente constituidas para dedicarse en nombre propio o ajeno a la gestión de derechos de autor o conexos de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores o titulares de esos derechos, y que hayan obtenido de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi- la autorización de funcionamiento que se regula en esta ley. La condición de sociedades de gestión se adquirirá en virtud a dicha autorización [...]. (2021)

³⁷ Artículo I de la Ley General del Sistema Concursal.- El objetivo de la presente Ley es la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor. (2002)

³⁸ Artículo 1 de la Ley General del Sistema Concursal.-

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

c) Deudor.- Persona natural o jurídica, sociedades conyugales y sucesiones indivisas. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

d) Acreedor.- Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito.

[...]

f) Actividad Empresarial.- Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios [...]. (2002)

Resulta ilustrativo referir que las asociaciones han participado en materia de barreras burocráticas, independientemente del resultado del procedimiento en cuestión. Estos casos han abarcado desde servicios de seguros (resoluciones 0088-2022/SEL-INDECOPI, 0006-2023/SEL-INDECOPI y 0047-2023/SEL-INDECOPI), servicios educativos (resoluciones 0034-2022/SEL-INDECOPI, 0058-2022/SEL-INDECOPI y 0074-2022/SEL-INDECOPI), servicios de almacenamiento y depósito (resoluciones 0171-2023/SEL-INDECOPI y 0115-2024/SEL-INDECOPI), servicios de transporte (Resolución 0183-2024/SEL-INDECOPI) hasta actividades de comercio mayorista (Resolución 0125-2023/SEL-INDECOPI).

Fuera del análisis quedan las asociaciones de comerciantes donde la entidad actúa en representación de los agremiados, en este caso, comerciantes (resoluciones 0082-2022/SEL-INDECOPI y 0019-2023/SEL-INDECOPI).

Por otro lado, en materia de *dumping*, subsidios y barreras comerciales no arancelarias, la participación de las asociaciones se hace manifiesta como medio de representación del colectivo³⁹. De ahí que todos los casos que hemos podido apreciar remitan a cámaras de comercio, en los que se salvaguardan los intereses de sus afiliados en materia de importación de biodiésel (resoluciones 0011-2022/SDC-INDECOPI, 0012-2022/SDC-INDECOPI, 0183-2023/SDC-INDECOPI y 184-2023/SDC-INDECOPI) y en materia de importación de alimentos y bebidas no alcohólicas (resoluciones 0076-2022/SDC-INDECOPI, 0194-2022/SDC-INDECOPI y 034-2023/SDC-INDECOPI). Estos casos también se excluyen de nuestro estudio.

VI. CONCLUSIONES

- Existe una diferencia entre la actividad económica que desarrolla una persona jurídica, definida en el marco de la autonomía de los constituyentes de la organización, y la finalidad lucrativa o no de la entidad que involucra la estructura lógico formal que, en libertad,

han seleccionado los referidos constituyentes para realizar dicha actividad y que determinará la adscripción a un marco jurídico regulatorio específico. Considerando ello, la condición de personas jurídicas no lucrativas no tiene un vínculo apriorístico con la actividad económica que se pretenda desarrollar.

- Dada la inexistencia de una correspondencia necesaria entre el fin no lucrativo y una actividad económica específica o un conjunto de ellas, las personas jurídicas sin fines de lucro podrán realizar cualquier tipo de actividad económica lícita, salvo indicación expresa del ordenamiento en contrario. Esto se puede apreciar especialmente en el caso de las asociaciones, donde la referencia a las actividades no lucrativas es bastante amplia. Este marco se ve reducido en lo que concierne a las fundaciones y los comités, en atención a la especificidad regulatoria relativa a su objeto.
- Se ha constatado que las personas jurídicas sin fines de lucro realizan actividad económica, consolidándose como concurrentes en el mercado. Dentro del grupo de resoluciones emitidas por las diversas salas del Indecopi durante el período 2019-2023 y lo que va de 2024, hemos podido identificar 381 casos vinculados a entidades no lucrativas. Se tomó una muestra de 107 fallos, a los que se sumaron 4 fuera del periodo o pertenecientes a la primera instancia, que hacen un total de 111 resoluciones que han sido analizadas y referidas en el presente trabajo. A partir de ello, se ha apreciado la participación de dichas entidades en 33 actividades económicas diferentes, sin considerar las posibles subdivisiones sectoriales. 

REFERENCIAS

- Alcalde Silva, J. (2023). La insolvencia como causa de disolución de ciertas personas jurídicas con una propuesta de delimitación entre la liquida-

³⁹ Artículo 27 del Decreto Supremo 006-2003-PCM.-

A los efectos del presente Reglamento se entiende por Partes interesadas y con derecho a apersonarse al procedimiento a:

i) los exportadores, los productores extranjeros o los importadores de un producto objeto de investigación, o las asociaciones mercantiles, gremiales o empresariales en las que la mayoría de los miembros sean productores, exportadores o importadores de ese producto;

ii) el gobierno del País exportador; y,

iii) los productores del producto similar en el Perú o las asociaciones mercantiles, gremiales o empresariales en las que la mayoría de los miembros sean productores del producto similar en el territorio de Perú.

La Comisión puede incluir como partes interesadas a otras personas naturales o jurídicas distintas a las enunciadas supra siempre y cuando demuestren legítimo interés en la investigación [...]. (2003)

- ción concursal y la liquidación societaria. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (61), 101-121. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1415>
- Aliaga Huaripata, L. (2009). *Las asociaciones: Análisis doctrinal, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.
- Amin Ferraz, D. y Bastos Serra, R. (2021). A estruturação jurídica dos clubes de futebol: iniciativas legislativas e sobreposição das práticas de gestão às formas de organização. *Brazilian Journal of Development*, 7(2), 13610-13631. <https://doi.org/10.34117/bjdv7n2-126>
- Aznar López, M. (2000). Libertad de empresa y otros fundamentos constitucionales de la acción voluntaria. *Cuadernos de Derecho Público*, (9), 109-129. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/564>
- Bernet Pérez, M. (2018). El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de competencia desleal. *Ius et Praxis*, (2), 431-468. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200431>
- Carvalho de Ávila Negri, S. (2017). Empresa e formas jurídicas: A despersonalização da atividade empresarial. *Revista Brasileira Direito Civil*, 14(4), 57-73. <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/166>
- Durand Carrión, J. (2010). Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma. *Derecho & Sociedad*, (34), 69-81. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13329>
- Espinoza Espinoza, J. (2014). *Derecho de las personas: Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Instituto Pacífico.
- Fernández Fernández, E. (2018). Las personas jurídicas consumidoras. El caso de las cooperativas de consumidores y usuarios. *Deusto Estudios Cooperativos*, (11), 57-73. <https://doi.org/10.18543/dec-11-2018pp57-73>
- García-Pita y Lastres, J. (2016). *La personalidad jurídica en el Derecho español*. Andavira.
- Hansmann, H. y Kraakman, R. (2000). The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, 110(3), 387-440. <https://www.jstor.org/stable/797521>
- Hundskopf Exebio, O. (2001). Las personas jurídicas con fin económico. *Ius et Veritas*, (22), 127-136. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15993>
- Indecopi (2019). Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067464-guia-de-asociaciones-gremiales-y-libre-competencia>
- Iribarra Sobarzo, E. (2017). El lucro en las personas jurídicas: Comentario a la sentencia de la excelentísima corte suprema, en los autos caratulados: Fundación solidaridad con servicio de impuestos internos, Rol 991-2015. *Rivista chilena de derecho*, 44(1), 305-316. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372017000100016&script=sci_arttext
- Lasarte Álvarez, C. (2014). *Principios de Derecho civil: Parte General y Derecho de la persona (tomo 1)*. Marcial Pons.
- Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (2006). ¿Una persona inerte? De la teoría al problema de la interpretación de las personas jurídicas. Estudio preliminar. En F. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*. Comares.
- Nabec, L.; Chevalier, C.; Briat, E. y Roux, D. (2015). Légitimité et stratégies de légitimation des associations de consommateurs dans le paysage consumériste actual. *Décisions Marketing*, (78), 63-77. <http://dx.doi.org/10.7193/DM.078.63.77>
- Paniagua Zurera, M. y Miranda Serrano, L. (2012). La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores. En Miranda Serrano, L. y J. Pagador López (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores* (pp. 19-62). Marcial Pons.
- Pazos Hayashida, J. (2015). El nombre comercial y su uso por parte de la persona jurídica. *Derecho PUCP*, (74), 71-96. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.002>
- Pazos Hayashida, J. (2022). *La persona jurídica de Derecho privado*. Gaceta Notarial.
- Pazos Hayashida, J. (2023). *Derecho de la publicidad*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez Escalona, S. (2004). La asociación y el Derecho de sociedades: Notas para un debate. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, (2), 79-98. <https://doi.org/10.18172/redur.3849>

Rusconi, D. (2009). Nociones fundamentales. En D. Rusconi (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor* (pp. 115-186). Abeledo Perrot.

Salazar Gallegos, M. (2002). La 'empresa' educativa y los sujetos de derecho: ¿En qué casos estamos ante una persona jurídica? *Ius et Praxis*, (33), 102-122.

Salazar Gallegos, M. (2007). Libertad de asociación: El tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lúcrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societaris*. *JUS Doctrina & Práctica*, (3), 481-496.

Salazar Gallegos, M. (2019). Anomalías societarias: la nulidad de sociedades (el pacto viciado). En M. Salazar Gallegos (coord.), *Derecho corporativo: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 75-141). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Schweighauser, D. (2020). The application of competition law to non-profit organizations: Aspects of cartel law and state aid law of the European Union and Switzerland. *CEPS Working Paper Series*, (18), pp. 3-15. <https://hdl.handle.net/10419/237314>

Serrano Chamorro, M.E. (2010). *Las fundaciones: Dotación y patrimonio*. Thomson Reuters-Civitas.

Suárez Franco, R. (2010). *Teoría general de las personas jurídicas*. Temis.

Velandia Castro, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. Universidad Externado de Colombia.

Velerdas Peralta, A. (2014). Fundación-'Empresa Social'. En M. Andreu Martí (coord.), *La empresa social y su organización jurídica*, (pp. 331-344). Marcial Pons.

Zúñiga Melgarejo, C. (2019). *La problemática de la unipersonalidad: el rol de las EIRL en el sistema jurídico peruano* [Tesis de pregrado]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14493>

LEGISLACIÓN, RESOLUCIONES Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, 2 de septiembre de 2010 (Perú).

Código Procesal Civil [CPC], Decreto Legislativo 768, 29 de febrero de 1992 (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 3 de setiembre de 2018, Resolución 0049-2018/CLC-INDECOPI, Expediente 006-2016/CLC (Perú).

Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, 15 de junio de 2020, Resolución 2105-2020/CCO-INDECOPI, Expediente 114-2019/CCO-INDECOPI (Perú).

Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Decisión 486-CAN, Régimen Común sobre Propiedad Intelectual, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de setiembre de 2000 (Perú).

Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de febrero de 2021 (Perú).

Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1075, Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de febrero de 2021 (Perú).

Decreto Ley 21621, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de setiembre de 1976 (Perú).

Decreto Supremo 006-2003-PCM, Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de enero de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de febrero de 2019 (Perú).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).

Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de octubre de 2005 (Perú).

Ley 28044, Ley General de Educación, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 2003 (Perú).

Ley 29504, Ley que promueve la transformación y participación de los Clubes Deportivos de Fútbol Profesional en Sociedades Anónimas Abiertas, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de enero de 2010 (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 24 de junio de 2013, Resolución 1042-2013/SC1-INDECOPI (referenciada), Expediente 004-2004/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de enero de 2017, Resolución 0037-2017/SDC-INDECOPI, Expediente 003-2010/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 7 de febrero de 2019, Resolución 0027-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 005-2017/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 6 de junio de 2019, Resolución 0112-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 002-2018/CCD-INDECOPI-CUS (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 20 de junio de 2019, Resolución 0119-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 242-2017/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 3 de octubre de 2019, Resolución 0191-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 001-2018/CCD-INDECOPI-CUS (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de agosto de 2020, Resolución 0096-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 019-2018/CCP-INDECOPI-CUS (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 19 de noviembre de 2020, Resolución 0153-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 141-2019/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de enero de 2022, Resolución 0011-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 030-2019/CDB/B (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de enero de 2022, Resolución 0012-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 031-2019/CDB (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 24 de febrero de 2022, Resolución 0032-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 212-2020/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de mayo de 2022, Resolución 0076-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 018-2021/CDB/B (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de agosto de 2022, Resolución 0124-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 011-2021/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 28 de diciembre de 2022, Resolución 0194-2022/SDC-INDECOPI, Expediente 018-2021/CDB (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 4 de abril de 2023, Resolución 0034-2023/SDC-INDECOPI, Expediente 018-2021/CDB (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 27 de junio de 2023, Resolución 0079-2023/SDC-INDECOPI, Expediente 312-2020/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 14 de diciembre de 2023, Resolución 0179-2023/SDC-INDECOPI, Expediente 133-2022/CCD (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de diciembre de 2023, Resolución 0183-2023/SDC-INDECOPI, Expediente 015-2020/CDB (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de diciembre de 2023, Resolución 0184-2023/SDC-INDECOPI, Expediente 012-2020/CDB (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de enero de 2024, Resolución 0014-2024/SDC-INDECOPI, Expediente 348-2020/CCD (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de enero de 2022, Resolución 0034-2022/SEL-INDECOPI, Expediente 026-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 8 de febrero de 2022, Resolución 0058-2022/SEL-INDECOPI, Expediente 085-2018/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de febrero de 2022, Resolución 0074-2022/SEL-INDECOPI, Expediente 030-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 7 de marzo de 2022, Resolución 0082-2022/SEL-INDECOPI, Expediente 007-2020/CEB-PIU (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 10 de marzo de 2022, Resolución 0088-2022/SEL-INDECOPI, Expediente 018-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de enero de 2023, Resolución 0006-2023/SEL-INDECOPI, Expediente 148-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi,

20 de enero de 2023, Resolución 0019-2023/SEL-INDECOPI, Expediente 007-2020/CEB-PIU (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 10 de febrero de 2023, Resolución 0047-2023/SEL-INDECOPI, Expediente 148-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 5 de abril de 2023, Resolución 0125-2023/SEL-INDECOPI, Expediente 194-2021/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 26 de mayo de 2023, Resolución 0171-2023/SEL-INDECOPI, Expediente 538-2022/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de enero de 2024, Resolución 0115-2024/SEL-INDECOPI, Expediente 538-2022/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 9 de febrero de 2024, Resolución 0183-2024/SEL-INDECOPI, Expediente 013-2023/CEB-INDECOPI-JUN (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 7 de marzo de 2019, Resolución 0097-2019/SCO-INDECOPI, Expediente 36-2012/CCO-INDECOPI-03-14 (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 12 de noviembre de 2019, Resolución 0504-2019/SCO-INDECOPI, Expediente 172-2011/CCO (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 3 de febrero de 2022, Resolución 0051-2022/SCO-INDECOPI, Expediente 34-2012/CCO (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 12 de setiembre de 2022, Resolución 0487-2022/SCO-INDECOPI, Expediente 006-2020/CCO-INDECOPI-AQP-04-02 (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de enero de 2023, Resolución 0017-2023/SCO-INDECOPI, Expediente 33-2012/CCO (Perú).

Sala Especializada en Procedimientos Concursales del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 4 de abril de 2023, Resolución 0131-2023/SCO-INDECOPI, Expediente 46-1999/CSM-ODI-CCPL-01-135 (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 26 de abril de 2019, Resolución 0729-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 751153-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 16 de mayo de 2019, Resolución 0840-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 764189-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 3 de junio de 2019, Resolución 0963-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 742616-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de junio de 2019, Resolución 1015-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 663992-2016/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de julio de 2019, Resolución 1218-2019/TPI, Expediente 442-2018/DIN (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 21 de agosto de 2019, Resolución 1333-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 757194-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 2 de setiembre de 2019, Resolución 1419-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 1583-2018/DDA (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 11 de setiembre de 2019, Resolución 1473-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 748421-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de octubre de 2019, Resolución 1654-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 788355-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 14 de noviembre de 2019, Resolución 1869-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 766786-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de noviembre de 2019, Resolución 1892-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 763527-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de noviembre de 2019, Resolución 1893-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 763555-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de noviembre de 2019, Resolución 1894-2019/TPI-INDECOPI, Expediente 763559-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 3 de febrero de 2020, Resolución 0202-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 789246-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 21 de julio de 2020, Resolución 0557-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 818620-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de agosto de 2020, Resolución 758-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 782953-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 16 de setiembre de 2020, Resolución 873-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 754966-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 16 de setiembre de 2020, Resolución 874-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 755085-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 28 de setiembre de 2020, Resolución 0940-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 775057-2018/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 12 de octubre de 2020, Resolución 1012-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 795738-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de noviembre de 2020, Resolución 1184-2020/TPI.INDECOPI, Expediente 814302-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de noviembre de 2020, Resolución 1188-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 002519-2015/DIN (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 2 de diciembre de 2020, Resolución 1253-2020/TPI-INDECOPI, Expediente 799092-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de enero de 2021, Resolución 0101-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 818620-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 2 de marzo de 2021, Resolución 0253-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 810929-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 4 de marzo de 2021, Resolución 0272-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 814653-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi 7 de mayo de 2021, Resolución 0524-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 804408-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 7 de junio de 2021, Resolución 0671-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 810216-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 11 de junio de 2021, Resolución 0689-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 816329-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 14 de junio de 2021, Resolución 0694-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 814192-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 19 de julio de 2021, Resolución 0854-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 812348-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de agosto de 2021, Resolución 0979-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 816054-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de octubre de 2021, Resolución 1321-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 838338-2020/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 8 de noviembre de 2021, Resolución 1409-2021/TPI-INDECOPI, Expediente 820855-2019/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 21 de enero de 2022, Resolución 0098-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 867937-2020/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 14 de febrero de 2022, Resolución 0195-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 854691-2020/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 18 de febrero de 2022, Resolución 0224-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 840637-2020/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 10 de junio de 2022, Resolución 0801-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 871419-2020/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de setiembre de 2022, Resolución 1277-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 890423-2021/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 21 de octubre de 2022, Resolución 1440-2022/TPI-INDECOPI, Expediente 000852-2022/DDA (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 8 de febrero de 2023, Resolución 0091-2023/TPI-INDECOPI, Expediente 902826-2021/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 8 de febrero de 2023, Resolución 0092-2023/TPI-INDECOPI, Expediente 903115-2021/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de marzo de 2023, Resolución 0196-2023/TPI-INDECOPI, Expediente 115-2020/DDA (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 27 de setiembre de 2023, Resolución 0743-2023/TPI-INDECOPI, Expediente 976423-2022/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 19 de febrero de 2024, Resolución 0181-2024/TPI-INDECOPI, Expediente 1141-2022/DDA (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de febrero de 2024, Resolución 0211-2024/TPI-INDECOPI, Expediente 1247-2023/DDA (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 20 de marzo de 2024, Resolución 0320-2024/TPI-INDECOPI, Expediente 925336-2021/DSD (Perú).

Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 20 de marzo de 2024, Resolución 321-2024/TPI-INDECOPI, Expediente 925337-2021/DSD (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 29 de mayo de 2019, Resolución 1433-2019/SPC-INDECOPI, Expediente 115-2017/CC3 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 4 de noviembre de 2019, Resolución 3086-2019/SPC-INDECOPI, Expediente 028-2018/CPC-INDECOPI-SAM (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 26 de agosto de 2020, Resolución 1407-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 038-2018/CPC-INDECOPI-AQP (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 8 de setiembre de 2020, Resolución 1499-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 141-2019/CPC-INDECOPI-ICA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 23 de setiembre de 2020, Resolución 1613-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 526-2019/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de octubre de 2020, Resolución 1793-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 824-2019/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 21 de octubre de 2020, Resolución 1865-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 003-2019/CPC-INDECOPI-CUS (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de octubre de 2020, Resolución 1916-2020/SPC-INDECOPI, Expediente 034-2019/CPC-INDECOPI-LOR (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de febrero de 2021, Resolución 0355-2021/SPC-INDECO-PI, Expediente 932-2018/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 27 de mayo de 2021, Resolución 1196-2021/SPC-INDECO-PI, Expediente 28-2019/CPC-INDECOPI-PUN (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de abril de 2022, Resolución 0834-2022/SPC-INDECOPI, Expediente 1158-2020/CC1 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 19 de julio de 2022, Resolución 1466-2022/SPC-INDECOPI, Expediente 014-2021/CPC-INDECOPI-CUS-SIA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 26 de setiembre de 2022, Resolución 1977-2022/SPC-INDECOPI, Expediente 1154-2021/CC1 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 25 de enero de 2023, Resolución 0248-2023/SPC-INDECOPI, Expediente 656-2020/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de febrero de 2023, Resolución 0434-2023/SPC-INDECO-PI, Expediente 016-2022/CPC-INDECOPI-SAM (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de febrero de 2023, Resolución 0456-2023/SPC-INDECO-PI, Expediente 089-2019/ILN-CPC-SIA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 15 de marzo de 2023, Resolución 0716-2023/SPC-INDECO-PI, Expediente 064-2021/CPC-INDECOPI-AQP (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 15 de marzo de 2023, Resolución 0721-2023/SPC-INDECO-PI, Expediente 175-2021/CPC-INDECOPI-PIU (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de noviembre de 2023, Resolución 3206-2023/SPC-INDECOPI, Expediente 212-2022/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 7 de febrero de 2024, Resolución 0320-2024/SPC-INDECO-PI, Expediente 884-2018/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 13 de marzo de 2024, Resolución 0761-2024/SPC-INDECOPI, Expediente 041-2024/PSO-INDECOPI-LAL (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 16 de marzo de 2024, Resolución 0891-2024/SPC-INDECO-PI, Expediente 889-2023/CC2 (Perú).

“RECHAZADO COMO REGALO, RECIBIDO COMO PRÉSTAMO”: EL FRAUDE A LA LEY Y LOS ROLEX DE LA PRESIDENTA

“REFUSED AS A GIFT, RECEIVED AS A LOAN”: FRAUD AGAINST THE LAW AND THE PRESIDENT’S ROLEX

Gilberto Mendoza del Maestro*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Marco Arellano Cárdenas**
M&M Consultores & Abogados

In this article, the authors analyze the events that involve the current president of the nation, Dina Boluarte, and the scandal related to the Rolex watches she wore on different occasions.

Although this controversial case is initially approached from a civil perspective, the authors realize that other branches of Law, such as Criminal Law, would also be applicable.

KEYWORDS: Public administration; loan; liberality; legal fraud.

En el presente artículo, los autores analizan los hechos que involucran a la actual presidenta de la nación, Dina Boluarte, y el escándalo debido a los relojes Rolex que portó en distintas ocasiones.

Si bien en un inicio se aborda este polémico caso desde una perspectiva civil, los autores caen en cuenta que otras ramas del Derecho, como el Derecho Penal, también serían de aplicación.

PALABRAS CLAVE: Administración pública; préstamo; liberalidad; fraude a la ley.

* Abogado. Magíster con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador del Observatorio Inmobiliario Mercantil - OIM.

** Abogado. Adjunto de docencia del curso de Instituciones del Derecho Privado 2 en la Facultad de Derecho de la PUCP. Abogado del Estudio M&M Consultores & Abogados.

En el título, con “Rechazado como regalo, recibido como préstamo” hacemos referencia a la entrevista realizada por RPP Noticias a Humberto Abanto, abogado de Wilfredo Oscorima. Véase a RPP Noticias (2024a).

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 22 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 26 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento se regula la libertad para la contratación entre los privados, la cual está recogida en los artículos 2.14¹ y 62² de la Constitución, los cuales son desarrollados en los artículos 1351, 1402 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC).

No obstante, en estas disposiciones que permiten las distintas manifestaciones de autonomía privada se regulan también limitaciones y prohibiciones que se aplican, por ejemplo, a ciertos agentes. Para efectos del presente trabajo solo analizaremos los límites en la contratación del(a) presidente(a) de la República.

Con fecha 14 de marzo de 2024 se publicó la noticia de que la actual presidenta del Perú, Dina Boluarte, en diferentes eventos había utilizado bienes de alta gama que podrían evidenciar un incremento notorio patrimonial en el ejercicio de su cargo.

En estricto, la investigación realizada por el periodista Ernesto Cabral de "La Encerrona"³ estaba referida a tres relojes de marca Rolex, dentro de una serie de relojes de otras marcas, cuya titularidad no había sido declarada. Dentro de estos bienes, por ejemplo, se indicó que la presidenta usó uno de acero color rosa que podría tener un valor referencial ascendente a la suma de 14 000 USD.

Frente a dicha investigación periodística, las manifestaciones de los agentes involucrados crearon más dudas que certezas, dado que inicialmente la presidenta indicó: "[...] Trabajo desde mis 18 años, y lo que tengo es fruto de mi esfuerzo y de mi trabajo. El artículo en particular es de antaño, lo uso muy eventualmente [...]" (TVPerú Noticias, 2024). Luego, el abogado del gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Oscorima, quien aparentemente habría regalado dichos bienes, indicó que se compraron con la intención de obsequiarlos, pero finalmente fueron otorgados en calidad de préstamo, cuando unos días antes el mismo gobernador había negado su vinculación con el tema referente a la presidenta y sus joyas.

Con este guion se evitaba, aparentemente, transitar por los terrenos de las liberalidades a través de algún acto dispositivo y que dicho comportamiento pueda infringir la normativa penal.

Teniendo estos insumos, el presente texto abordará las limitaciones que tienen los presidentes en la contratación: en primer lugar, a partir de lo señalado en el artículo 1366 del CC. En segundo lugar, se revisará lo regulado en la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, realizando algunas precisiones sobre el concepto de liberalidad. En tercer lugar, se revisarán algunas figuras penales que pudieran ser pertinentes a propósito del caso planteado. Finalmente, a partir del desarrollo de los tres primeros puntos analizaremos si se ha configurado un supuesto de fraude a la ley.

Nos parece importante abordar esta figura, no solo a propósito de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito civil a pesar de su no regulación expresa, sino también porque es interesante observar cómo es que en estos cuarenta años de vigencia de nuestro CC, sus letras se han llenado de contenido tributario, administrativo y también penal.

II. LIMITACIONES CIVILES DE ADQUISICIÓN DE BIENES DE LOS PRESIDENTES

El antecedente del artículo 1366 del CC de 1984 fue el artículo 1397 del CC de 1936. En este se dispuso la prohibición de compra de forma directa o por interpósito persona de los bienes nacionales por parte de "[...] 5.- El Presidente de la República y los ministros de Estado, los bienes nacionales; [...]".

El numeral 1 del artículo 1366 del CC vigente amplió los supuestos, dado que no solo amplió los hechos jurídicos de contratos a legados o subastas públicas, sino que abordó de forma general los efectos, es decir, ya no solo se abordaba la adquisición de propiedad, sino que también estaban incluidos cualquier derecho real, ya sea posesión, superficie, entre otros.

Consideramos que, sistemáticamente, este supuesto encuentra mayor sentido de ubicación en el libro II, denominado Acto Jurídico, dado que en este se regulan de forma general los actos de autonomía privada, por lo que si se ampliaron los supuestos de contratos según el CC de 1936 a legados y subastas en el CC de 1984, debieron ampliarse a cualquier supuesto de manifestación unilateral como también a las manifestaciones plurilaterales.

¹ Artículo 2.- "Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público" (1993).

² Artículo 62.- "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...]" (1993).

³ Véase a Sifuentes (2024).

Otra opción que consideramos viable es la regulación a través de los efectos, es decir, en el libro de Derechos Reales dado que en el actual CC no solo se limita a la adquisición de propiedad, sino que se amplía a cualquier derecho real. Por ello, dicha prohibición de ostentar algún derecho real sobre los bienes nacionales por parte de los mandatarios puede regularse en la parte general de este libro V y sistematizar allí supuestos similares de agentes que no tienen capacidad negocial para obtener la titularidad de dichos derechos.

Ahora bien, las prohibiciones y limitaciones de adquisición de derechos reales en nuestro ordenamiento tienen diferentes fundamentos, siendo que, en el caso de los mandatarios, parte por buscar evitar un aprovechamiento indebido del cargo: “[...] No consideramos necesario explicar con detenimiento la razón de ser del inciso, pues su objetivo es obvio y consiste en eliminar la posibilidad de disfrutar indebidamente de las ventajas que podrían obtenerse en razón de tales funciones [...]” (Revoredo, 2015, p. 51).

Así pues, en razón del cargo, el(la) presidente(a) no solo goza de información privilegiada, sino que tiene el poder suficiente para obtener ventajas en función de este para la adquisición de derechos reales, por lo que dicho artículo limita dicha posibilidad.

Respecto a los bienes sobre los que recae esta limitación absoluta, se ha señalado de forma expresa en los diferentes supuestos regulados en el artículo 1366 CC que en nuestro caso se refieren a bienes nacionales. No obstante ello, la exposición de motivos nos precisa que: “[...] El inciso 1 [...] no se establece el alcance de lo que se entiende por bienes nacionales, pero fue valor entendido que no se refería a los que son de uso público, ya que éstos son inalienables, sino a aquéllos que figuran en el Margesí de Bienes Nacionales” (Revoredo, 2015, p. 51).

Finalmente, si bien hemos señalado que estamos frente a una prohibición, corresponde analizar la sanción: nulidad, anulabilidad, ineficacia, etc. Consideramos que la sanción en estos casos es la nulidad, no la ineficacia ni anulabilidad por diferentes motivos que expondremos a continuación.

En primer lugar, al sujeto se le restringe de forma absoluta la capacidad negocial de forma expresa en este supuesto. En segundo lugar, la norma no permite que el derecho real que se configure pueda ser trasladado en supuesto alguno a la esfera jurídica del(a) presidente(a), ni que pueda ser materia de ratificación. En tercer lugar, no consideramos que nos encontremos en un supuesto de vicio de voluntad, por lo que no hay anulabilidad.

En ese sentido, lo que de una interpretación conjunta entre el artículo 1136.1 y el artículo V del Título Preliminar del CC, la sanción se decanta por la nulidad virtual.

En resumen, ha existido una ampliación de supuestos y efectos (CC de 1984 respecto al de 1936) de la limitación de la autonomía privada de los mandatarios respecto a los bienes nacionales. La limitación absoluta tiene su fundamento en evitar posibles supuestos de aprovechamiento del cargo, y la sanción frente a estos actos de autonomía es la nulidad.

Finalmente, consideramos que debería cambiar su ubicación de fuente de las obligaciones al libro de Acto Jurídico, o, en todo caso, al libro de Derechos Reales.

III. LIMITACIONES POR LEY DE GESTIÓN DE INTERESES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Un segundo límite para la contratación de nuestros mandatarios lo encontramos en la Ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública (en adelante, LGI). Consideramos importante su análisis tanto por la prohibición como por la sanción que esta señala respecto de las liberalidades que pueden o no aceptar los funcionarios públicos.

Inicialmente se indica que el(la) presidente(a) de la República tiene capacidad de decisión pública (artículo 5.1.a LGI). Asimismo, se indica que dicha capacidad de gestión pública debe ser transparente (artículo 6 LGI).

Ahora bien, esta ley señala que los actos de gestión de intereses se basan en la comunicación dirigida a un funcionario de la administración pública, en este caso puede ser el(la) presidente(a) de la República, para influir en la toma de decisiones públicas de una manera transparente, buscando que la decisión tomada sea guiada a intereses institucionales o estatales (artículos 2 y 3 LGI).

No obstante, como la mayoría de leyes, esta tiene sus limitaciones. Y la que es precisamente la más pertinente para el presente caso es la que señala que los funcionarios de la administración pública están prohibidos de aceptar directa o indirectamente cualquier ‘liberalidad’ de parte de los gestores de intereses o sus terceros representantes (artículo 17 LGI).

Dicha prohibición incluye, además, a los obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos. Esto quiere decir que, si bien hay términos específicos como los de ‘obsequios’

y 'donaciones', las liberalidades prohibidas no se limitan únicamente a estos, tomando en cuenta que la prohibición expresamente señala "cualquier liberalidad".

Sin embargo, esta prohibición tiene excepciones (artículo 18 LGI), dentro de las cuales consideramos que ningún supuesto se podría aplicar al tema de los 'préstamos' de relojes Rolex a la presidenta.

Finalmente, dicha ley indica que, independientemente de lo que señalan los artículos 393, 394, 397 y 401 del Código Penal (en adelante, CP) y demás disposiciones aplicables a la lucha contra la corrupción, los funcionarios públicos que incumplan la normativa serán pasibles de las acciones y sanciones que recomiendan los órganos del Sistema Nacional de Control (artículo 22 LGI).

En otras palabras, la LGI no solo busca regular y limitar las relaciones entre los funcionarios públicos y los gestores de intereses, sino que también busca reflejar, o al menos intenta, los procedimientos que pueden iniciarse por las conductas enmarcadas dentro de actos de corrupción.

A. No es una liberalidad, ¿es un préstamo?

Las declaraciones de los distintos personajes en el presente caso han sido muy variadas, siendo que se pueden encontrar contradicciones muy evidentes. En esta parte buscamos distinguir el concepto de 'liberalidad' de otros términos que no son opuestos (mala fe - buena fe, responsabilidad contractual - extracontractual), sino que son de lo más 'ingeniosos' o peculiares, quizás más vinculado con una lógica conceptual a buscar evitar efectos administrativos, penales o incluso civiles.

Antes de entrar en el análisis del caso en concreto, es necesario transitar por algunos conceptos, por ejemplo, el de liberalidad. Cuando se nos presenta este concepto, probablemente realizamos 2 vinculaciones: uno de concretización y otro de oposición.

En el primer caso relacionamos las liberalidades a los contratos de donación, probablemente su figura más desarrollada en su contenido legislativamente. En el segundo, tratamos la liberalidad con su opuesto de onerosidad.

Para empezar el análisis tomaremos como punto de partida la definición de Bautista Quispe:

El contrato de liberalidad se identifica por la concurrencia de dos elementos: uno material, que se refiere a la creación o a la transferencia de una situación jurídica de ventaja sin contra-

prestación (o con una contraprestación desproporcionada); y uno finalístico, que se refiere a toda causa concreta relacionada con una finalidad no mercantil [...] (Bautista, 2024, p. 185).

Esta definición nos permite ampliar los supuestos no solo de actos bilaterales (donación) a actos unilaterales (legado) o, incluso, plurilaterales. Cuando existe un acto de liberalidad, esta no se circunscribe a un acto de disposición en sentido estricto en el cual se traslada la titularidad del derecho de propiedad de una esfera jurídica a otra, sino que el traslado es de cualquier situación jurídica de ventaja.

Debemos tener cuidado de limitar las situaciones jurídicas de ventaja solo a las obligacionales (derecho subjetivo, derecho potestativo, carga obligacional), ya que se extienden también a las situaciones jurídico reales, por ejemplo, la facultad, disposición, actos de afectación autónoma, entre otras.

Lo natural en nuestro ordenamiento, tal como adelantamos, es que cuando se aborde las liberalidades estas sean en contraposición con los actos onerosos. Estos últimos entendidos como ventajas y sacrificios mutuos materializados a través de prestaciones y contraprestaciones.

Con esta mínima base conceptual, quedan sin sentido afirmaciones como: "Una liberalidad no es un préstamo, en términos jurídicos estrictos [...] No es un regalo acotado en el tiempo, es un préstamo. Los préstamos son préstamos. Los préstamos tienen la obligación de devolución" (RPP Noticias, 2024a).

Cuando se refiere a préstamo en sentido estricto, es un contrato de mutuo, es decir, se presta una cantidad de dinero a condición que este se devuelva luego de un periodo de tiempo. Este mutuo se puede dar con o sin intereses, eso significa que al término del mutuo puede cobrarse un adicional, utilidad por el aprovechamiento del dinero en el tiempo de vigencia del préstamo: mutuo oneroso.

No obstante ello, nada impide que este préstamo no tenga dicha condición de onerosidad, sino que por el contrario, la devolución solo se realice del capital, en estos casos se indica que el mutuo es gratuito o contiene una liberalidad. Por tanto, los contratos de mutuo o préstamo en sentido lato pueden ser celebrados como liberalidades.

Ahora bien, en caso nos encontramos en un supuesto distinto al caso del dinero, es decir, a la entrega de relojes de alta gama, no estamos frente a un préstamo sino, en estricto, a un caso de cesión

de uso. Esta entrega de posesión temporal puede ser onerosa y también realizada como liberalidad. Si no existe contraprestación, entonces, al término del plazo deberá restituirse la posesión del bien al propietario, sin ningún pago a cambio.

Por todo ello podemos llegar a la conclusión de que la liberalidad no es un concepto que no pueda aplicarse tanto a los contratos de mutuos (préstamos) o las cesiones en uso.

B. Las liberalidades en la LGI

Tomando en consideración lo desarrollado en el punto anterior, podemos profundizar en lo dispuesto en los arts. 17 y 18 de la LGI. Debe quedar claro que los supuestos regulados en el segundo párrafo del artículo 17 no son taxativos: "La prohibición incluye obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos" (2003).

Tal como adelantamos, podemos identificar dos elementos importantes en las liberalidades: (i) transmisión de una situación jurídica de venta; y (ii) el finalístico. Los supuestos identificados en el segundo párrafo del mencionado artículo se refieren a la transmisión de bienes (obsequios y donaciones), prestaciones (servicios gratuitos) o las expectativas de los mismos (ofertas de cargos o empleos).

Sin embargo, como hemos señalado, los actos de liberalidad no se agotan en la adquisición de propiedad, sino que también se pueden dar en un provecho temporal de bienes o servicios, por lo que pueden incluirse el mutuo dinerario, cesión de uso, o, incluso, cualquier derecho real en cosa ajena.

Ahora bien, la norma señala otros supuestos que no considera como liberalidades pero que por su naturaleza sí lo son. Quizá el tenor más adecuado hubiera sido que se indique que los siguientes supuestos de liberalidad no entran dentro de la prohibición del artículo 17 como, por ejemplo, los legados y donaciones a favor del Estado, contribuciones de origen lícito a favor de campañas electorales, entre otras.

Es necesario entender los conceptos que están detrás, porque a veces los dispositivos normativos pueden contener mandatos o exclusiones, los cuales no tienen mayor sentido. Esto genera confusión en los que aplican dichas normas. Lo que genera la exclusión en el artículo 18 no es que no sean liberalidades, aunque la norma lo pueda indicar así, dado que existen supuestos que sí lo son.

IV. LIMITACIONES PENALES

Si bien no necesariamente un acto ilícito penal afecta la validez de los contratos, véase por ejemplo los supuestos de adquisiciones *a non domino*, la regla general es que sí afecte alguno de los elementos o requisitos de validez.

Por lo que, tal como analizaremos más adelante, el ejercicio de la libertad –o libertinaje– de la autonomía privada hace que ante la posibilidad de recaer en una sanción (civil, administrativa, penal) se busque obtener similar resultado utilizando otras normas, evadiendo aquellas a través de estas.

Según lo que se ha ido conociendo en los medios de comunicación, las investigaciones preliminares que se han iniciado en contra de la presidenta⁴ se basan en la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y omisión de consignar declaraciones en documentos.

Así, pues, en el artículo 22 de la LGI, que hemos revisado previamente, se regula la sanción a los funcionarios por la comisión de los delitos contra la administración pública, dentro de los cuales, precisamente, se encuentra el artículo 401 del CP, que regula el enriquecimiento ilícito.

Para ello, analicemos lo que señala dicho artículo:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito
El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido [...]

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antequicio y la acusación constitucional [...]

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento 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 (1991).

María del Carmen García Cantizano ha señalado al respecto: "[...] en el ámbito del enriquecimiento ilícito la materia de desvalorización gira en torno

⁴ Véase a RPP Noticias (2024b).

a los efectos lucrativos que para el funcionario le reporta un genérico incumplimiento de sus funciones, mientras este no se encuentra subsumido en otro tipo penal específico" (2021, p. 115).

Así, pues, la autora considera que mientras no haya otros tipos penales dentro de los cuales pueda subsumirse la conducta en cuestión, será de aplicación, recién en ese momento, una posible configuración del delito de enriquecimiento ilícito, teniendo entonces un carácter subsidiario.

García complementa:

Solo podrá imputarse este delito en el caso de que no se establezca con certeza la procedencia del enriquecimiento del funcionario, pero a su vez ello obliga de todas maneras a definir el origen ilícito del mismo, lo que no puede encontrar un origen distinto al del abuso del cargo (García, 2021, p. 119).

En esa línea, podría hablarse en todo caso de una situación de concurso aparente frente a otros delitos como el cohecho pasivo entre otros de los regulados para los supuestos de corrupción de funcionarios. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no se trata de la situación de concurso, sino que la imputación de la conducta que se analiza deberá ir de la mano, precisamente, con este carácter subsidiario del delito de enriquecimiento ilícito.

Tal como menciona Manuel Abanto: "Así, el enriquecimiento ilícito es, en gran medida, una figura que busca evitar los espacios de punibilidad frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado (conductas que representan ataques más específicos al bien jurídico 'correcta administración pública') (citado en Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimara, 2015, p. 126).

Así, pues, los delitos de corrupción de funcionarios persiguen sancionar aquellas conductas que vayan en contra de una correcta administración pública que, justamente, deben respetar los funcionarios públicos, dentro de los cuales se encuentra el(la) presidente(a) de la República.

Asimismo, en la sentencia emitida por la Primera Sala Especial de Lima, recaída en el expediente 13-2007, del 02 de febrero de 2011, se señaló:

Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales

de la misma categoría –concurso aparente de tipos. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito –*Lex primaria derogat legis ubis diariae*– (citado en Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimara, 2015, p. 127).

Queda claro entonces que no es de aplicación directa la imputación del delito de enriquecimiento ilícito cuando lo que debe hacerse, en primera instancia, es contrastar los elementos típicos de dicho delito frente a los de otros delitos de corrupción de funcionarios, tomando en cuenta el carácter subsidiario, de modo que no debería existir un concurso aparente de los otros delitos frente al de enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, consideramos que el delito especial específico más próximo al delito de enriquecimiento ilícito, para el presente caso, es el de cohecho pasivo propio, regulado en el CP de la siguiente manera:

Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas [...]

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas [...]

El funcionario o servidor público que condicione su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja [...] (1991).

El recurso de nulidad 1875-2015 Junín, respecto de la configuración del delito de cohecho pasivo propio señala:

OCTAVO. [...] Sin embargo, el delito de cohecho pasivo propio exige que el funcionario o servidor público solicite o acepte donativo, promesa o cualquier ventaja para la realización de un acto funcional indebido.

La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia del acuerdo previo o pacto venal en orden de aceptar o recibir, solicitar y con-

dicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece [Conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: Delitos contra la Administración Pública, Ed. Grijley, Lima, dos mil nueve, página cuatrocientos sesenta y cuatro] [...] (2016).

En otras palabras, para la imputación adecuada de este tipo penal, deberá indicarse o, en todo caso, se debe poder demostrar la fuente de la conducta que se regula, es decir, el acuerdo pactado para cometer la conducta ilícita. Dicho de otro modo, en el presente caso debería existir una conexión lógica y demostrable entre 'el préstamo' de los relojes Rolex de parte del gobernador a la presidenta a cambio de que esta actúe en beneficio de este.

Debe tenerse en cuenta que se menciona el término de 'ventaja' o beneficio, el cual consideramos contiene al de 'liberalidad', y se le aplica todo lo antes desarrollado, es decir, que puede incluirse cualquier derecho real en cosa ajena que sea sin contraprestación o mutuo gratuito.

En vista de ello, el requisito que incluye este tipo penal es precisamente que el funcionario público realice un acto en violación de sus obligaciones. Para el presente caso, consideramos que se violaría lo estipulado en la LGI que se desarrolló anteriormente y en lo que calza la prohibición de aceptación de liberalidades de parte de un gestor de interés.

Si bien aún no se ha evidenciado la relación del 'préstamo' de los relojes Rolex a cambio de un favor determinado que, en aras de haberse violado la LGI, debe ser la toma de una decisión pública como, por ejemplo, la promulgación de un decreto supremo, se podría inferir que hay indicios de un acto de corrupción.

Ello pues, como se ha podido apreciar en las declaraciones de los personajes de este caso, se ha intentado justificar⁵ dicho préstamo –intento de obsequio– como un acto generoso en favor de la imagen de la presidenta en eventos protocolares propios del cargo.

La Fiscalía de la Nación deberá realizar la investigación correspondiente para hallar los elementos que permitan la configuración de esta conexión que, de momento, quedan meramente en un supuesto.

Volviendo a la conducta penal que sí es materia de investigación, revisemos el último párrafo del artículo referente al enriquecimiento ilícito:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

[...]

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento 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 (CP, 1991).

Tal como hemos indicado, la configuración de este delito es subsidiario, siendo que debe analizarse que la o las conductas investigadas no calcen, o no puedan calzar, dentro de la configuración de otros delitos de corrupción de funcionarios, y recién en ese momento será aplicable la imputación de este.

No obstante ello, es menester analizar qué significa un incremento ilícito. Para nuestros efectos, el incremento patrimonial se configura en los actos de liberalidad, dado que, a pesar de que no exista una transferencia de propiedad, el uso temporal, en este caso de joyas de alta gama, tiene un valor.

Los actos de liberalidad en el otorgamiento de derechos reales sobre bienes ajenos permiten en dicho periodo que el beneficiario pueda obtener una utilidad, los cuales, pese a ser temporales, generan incrementos en el patrimonio.

Ahora bien, de demostrarse que efectivamente hubo una violación a las prohibiciones de liberalidades estipuladas en la LGI, es decir, que se obtenga algún medio probatorio que permita indicar que a cambio del 'préstamo' de los referidos relojes Rolex por parte del gobernador la presidenta tomó una decisión pública en favor de este, se configuraría el enriquecimiento ilícito.

Para que haya efectivamente una situación de enriquecimiento ilícito, como mencionamos anteriormente, no es necesaria la transferencia de propiedad, sino que bastará que el bien o bienes entregados como actos de liberalidad se hayan dado a título gratuito a través de una cesión de uso.

Si bien existe un trasfondo de que el enriquecimiento ilícito se da por la posesión de bienes con origen ilícito, y que, luego, no se declaran de manera adecuada, en realidad no es necesario que esta condición se cumpla para la configuración del tipo penal:

⁵ Véase a RPP Noticias (2024a).

No es necesario que este provenga de un delito previo, siendo suficiente que su origen esté constituido por actos no ajustados a derecho según los deberes del funcionario público. En esta medida, todo lo que no esté razonablemente justificado será considerado un indicio de incremento indebido del patrimonio del funcionario (Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaraes, 2015, p. 125).

Así pues, que la presidenta haya sido poseedora por la calidad de préstamo en la que dice haber recibido los relojes Rolex, implicaba, según ha declarado y como se mencionó anteriormente, el deber de devolución de los mismos.

No obstante, la situación de la presidenta no quedaría impune, pues el hecho de referir que la recepción de las joyas en calidad de préstamo y posteriormente tener que realizar la devolución, no la exime de que ya haya aceptado un acto de liberalidad que, justamente se encuentra prohibido por la LGI. Así pues, se deberá considerar lo siguiente:

Ahora bien, no se debe confundir el hecho de que el enriquecimiento ilícito es un delito de consumación instantánea con la naturaleza permanente del mismo. Por tanto, si bien el delito se consuma en un primer momento (incorporación del bien) el núcleo del mismo yace en un segundo momento donde se mantiene en el tiempo (la situación de enriquecimiento) y en el que el delito se sigue consumando hasta que se abandone la situación antijurídica (Montoya, Torres, Novoa, Rodríguez y Guimaraes, 2015, p. 124).

En ese sentido, independientemente del modo y título bajo el que la presidenta haya recibido, o aceptado recibir, los relojes Rolex de parte del gobernador regional de Ayacucho, ello no exime el hecho de que por determinado tiempo ella haya poseído dichos bienes cuyo valor individual puede ascender hasta 14 000 USD.

Esto quiere decir que la presidenta tenía la obligación de consignar dicha información en las declaraciones juradas presentadas para su gestión actual. De modo que la omisión de esta información, que está orientada a la transparencia y ética de los funcionarios públicos, podría conllevar a una conducta de corrupción, de la cual no se tiene evidencia fuerte hasta el momento.

A. El deber de declarar

En vista de lo abordado en el punto anterior, es necesario resaltar que todo funcionario público al momento que ingresa al cargo debe realizar una declaración jurada sobre sus bienes, según lo exi-

ge la Ley 30161, Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, la cual, en algunos casos, es publicada en el Diario Oficial El Peruano, como lo indica el artículo 9 de la mencionada ley.

Esta declaración jurada tiene como función poder fiscalizar el patrimonio de los funcionarios públicos, es decir, a aquellas personas cuyo sueldo es otorgado por el Estado a cambio del cumplimiento de las funciones por las cuales ha sido contratado o, en el caso de la presidenta, ha sido entregado a un cargo de alta funcionaria.

Así pues, no es raro que las declaraciones juradas deban ser actualizadas periódicamente a medida que haya cambios, como los incrementos en la esfera patrimonial del funcionario público.

De este modo, en caso haya alguna modificación en el patrimonio declarado durante el mandato del cargo, debe igualmente declararse tal como lo exige la referida ley, siendo que la presidenta, como bien sabemos, no consignó que tenía en su posesión los relojes de alta gama, cuyo valor asciende a miles de dólares, como ya hemos señalado anteriormente.

Ahora bien, en el ámbito penal se regula esto de la siguiente manera:

Artículo 429.- Omisión de consignar declaraciones en documentos

El que omite en un documento público o privado declaraciones que deberían constar o expide duplicados con igual omisión, al tiempo de ejercer una función y con el fin de dar origen a un hecho u obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años (CP, 1991).

Este delito se configura tomando en consideración la obligación de consignar la información requerida en un documento, ya sea público o privado, como literalmente se señala. Así pues, este se encuentra dentro del área de los delitos contra la fe pública, lo que denota la búsqueda de transparencia en las declaraciones brindadas.

En ese sentido, como vimos anteriormente, para la presidenta existe una obligación como funcionaria pública de consignar en una declaración jurada ante la Contraloría General de la República para que sus pertenencias puedan ser monitoreadas por los agentes fiscalizadores que analizan dicha información.

Como se puede observar, este no es un delito especial, es decir, no requiere que una determinada

persona lo cometa, como sí se da en el caso de los delitos de corrupción de funcionarios. Para este tipo penal, basta que exista la obligación –para el presente caso regulada en la Ley 30161– y, por ende, existe la conducta de la persona de declarar la información requerida.

Como se trata de la presidenta, es más claro aún el impacto que tiene la omisión de consignar cierta información en las declaraciones juradas, faltando al deber de transparencia que precisamente se exige y se regula en la LGI.

Así, el acto de liberalidad –el préstamo de los relojes Rolex– y la omisión de consignar dicha información van de la mano en el análisis que hemos venido realizando, pues precisamente se puede presumir que lo que no haya sido debidamente declarado en el documento podría tener un origen ilícito ya que, como hemos visto anteriormente, no es necesario que se presente para que se pueda configurar el delito de enriquecimiento ilícito.

V. EL FRAUDE A LA LEY

Dice el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente 00018-2009-PI/TC:

Se entiende por fraude a la ley a “una conducta que aparentemente es conforme a una norma (a la llamada norma cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto (norma defraudada)” (Atienza y Ruiz, 2006. p. 74).

En concreto, la figura de fraude a la ley se produce mediante la utilización de una norma jurídica válidamente posible, pero a la vez aparente, para lograr con ella fines contrarios a los previstos por el ordenamiento jurídico.

En términos sencillos Escobar indica que:

En términos generales, el fraude a la ley es un mecanismo que intenta impedir que la acción X se realice a la luz del texto de la Regla 1 (“regla de cobertura”) debido a que esa acción vulnera la finalidad de la Regla 2 (“regla defraudada”). El fraude en cuestión, por lo tanto supone que la acción X es (a) conforme con la literalidad, pero no con la finalidad de la regla 1; y, (b) disconforme con la finalidad, pero no con la literalidad de la regla 2. Se presenta, entonces, una situación conflictiva entre (i) la “regla de cobertura” y (ii) la “regla defraudada”: la primera ampara la acción X en términos formales pero

no sustanciales y la segunda prohíbe la acción X en términos sustanciales pero no formales (2021, p. 63).

Tenemos entonces que existe una Regla 2 que prohíbe, limita o restringe una conducta X (regla defraudada), pero que existe otra Regla 1 (regla de cobertura) que ampara de forma literal a X, generándose un conflicto entre ambas reglas, dado que mediante la aplicación de una se ‘saca la vuelta’ a la otra.

A. Caso Ataucuri c. Delosí

Con fecha 17 de febrero de 2011, DELOSI S.A. celebró un contrato de arrendamiento con los sres. Ataucuri (con participación de SIGDELO S.A.) sobre un bien inmueble ubicado en la Av. Bolívar, estipulándose que este iba a durar un plazo de 20 años.

En el contenido del contrato se estipuló, aparentemente, la existencia de dos relaciones de arrendamiento: (i) un primer contrato con DELOSI S.A., cuyo plazo de duración se desarrollaría en los primeros diez (10) años, es decir, desde febrero de 2011 hasta febrero de 2021; y (ii) un aparente segundo contrato con SIGDELO S.A, que sería celebrado en los diez (10) años posteriores, es decir, desde febrero de 2021 hasta febrero de 2031.

Se reguló, asimismo, que el arrendador autorizaba a la arrendataria a subarrendar parcial o totalmente el inmueble a empresas vinculadas en el mismo grupo económico⁶.

Este contrato sería un supuesto de autonomía privada funcional si no es que la posesión del inmueble la mantuvo DELOSI S.A. en la ejecución del supuesto segundo contrato, dado que SIGDELO S.A. le había subarrendado el inmueble.

Tenemos entonces una **Regla 2** en el CC que indica:

Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. [...] Todo plazo o prórroga que excede de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos (1984).

Conforme al miembro de la Comisión Revisora del CC, Jack Bigio, el artículo 1688 del CC es una norma de observancia obligatoria (2003). Al ser una norma imperativa, esta es definida como: “aquellas que no admiten abrogación convencional, por lo que deben ser cumplidas bajo pena de sanción” (Escobar y Cabieses, 2013, p. 121).

⁶ DELOSI S.A. y SIGDELO S.A. pertenecen al mismo grupo económico.

Los privados, en este caso, han utilizado la figura del grupo económico para que dos empresas distintas, pero vinculadas, puedan 'sacarle la vuelta' al artículo 1688. Cada una pacta un contrato de arrendamiento (artículo 1666) respetando el límite legal de los diez años, pero que, en la realidad, la posesión del inmueble sigue siendo del mismo sujeto por los veinte años, dado que habilitan la posibilidad del subarrendamiento.

B. El caso de los Rolex

Luego de la difusión a través de un medio de prensa sobre la colección de los relojes Rolex de la presidenta el día 14 de marzo del presente año, la mandataria declaró al día siguiente a raíz de una pregunta de un periodista:

En principio lo que yo quiero decirle, no a la noticia tendenciosa, sino al Perú entero. Trabajo desde mis 18 años, y lo que tengo es fruto de mi esfuerzo y de mi trabajo. El artículo en particular es de antaño, lo uso muy eventualmente. Y, lo que quiero decir, he entrado al Palacio de Gobierno con las manos limpias, y saldré con las manos limpias, como lo he prometido al pueblo peruano. Y no solo porque lo he prometido, sino porque en mi ADN está no ser corrupta⁷.

Así inició esta travesía de intentar justificar el origen de aquellos relojes Rolex que dio paso a investigaciones por parte de la Fiscalía de la Nación, pues con fecha 18 de marzo de 2024, el Área de Enriquecimiento Ilícito y Denuncias Constitucionales anunció la apertura de investigación preliminar por la presunta comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito y omisión de consignar declaraciones en documentos, regulados en los artículos 401 y 429 del CP.

Unos días después, el 20 de marzo de 2024, luego de distintas vinculaciones entre el gobernador regional de Ayacucho, Wilfredo Oscorima, y la presidenta Dina Boluarte, a raíz de una pregunta de la prensa, el gobernador señaló:

Voy a ser enfático, esto es una patraña de personas malas que quieren hacerle daño a la presidenta de la República. Yo no tengo nada que ver absolutamente en este tema. [...] Me he reunido en muchas oportunidades para ges-

tionar los pedidos que el pueblo me ha pedido y traer obras para nuestra región. [...] No tengo nada que decir, repito, para mí eso es una mentira, una falacia⁸.

Dicha intervención denota la calidad de **gestor de intereses**, mediante la cual el gobernador regional de Ayacucho habría estado manteniendo reuniones con la presidenta.

De otro lado, con fecha 04 de abril de 2024, Humberto Abanto, abogado del gobernador regional de Ayacucho, señaló:

Lo que mi cliente niega terminantemente [es] haber regalado relojes o pulseras a la señora presidenta. [...] Lo que digo puntualmente es que en referencia exclusiva a que él haya regalado algún reloj o alguna pulsera a la señora, él me dice que no lo ha hecho⁹.

Sin embargo, al día siguiente, con fecha 05 de abril de 2024, la presidenta brindó un mensaje a la nación en el cual, entre otros puntos, indicó:

Respecto de los relojes, debo reconocer, que fue una equivocación haber aceptado en calidad de préstamo estos relojes [...] los cuales ya los he devuelto. Y como esos relojes no son de mi propiedad, no estaba obligada a declararlos en la declaración de bienes y rentas¹⁰.

Finalmente, dentro de tantas contradicciones, el abogado Humberto Abanto ha señalado expresamente ante el cuestionamiento de dichas acciones: "Una liberalidad no es un préstamo, en términos jurídicos estrictos [...] No es un regalo acotado en el tiempo, es un préstamo. Los préstamos son préstamos. Los préstamos tienen la obligación de devolución"¹¹. Así, pues, en aras de defender de la opinión pública a su patrocinado, el abogado ha indicado que los préstamos no podrían calzarse por ningún motivo como una liberalidad, las cuales precisamente están prohibidas, salvo excepciones, dentro de los actos de gestión de intereses.

C. El rechazo como regalo y la vulneración de normas

Tal como lo hemos indicado en líneas anteriores, existen obligaciones y delitos que pueden abordarse en el presente caso.

⁷ Véase a TV Perú Noticias (2024).

⁸ Véase a RPP Noticias (2024a).

⁹ Véase a N Portada (2024).

¹⁰ Ello en alusión al gobernador regional de Ayacucho. Véase a Diario El Comercio (2024).

¹¹ Véase a RPP Noticias (2024a).

En primer lugar, podemos abordar la obligación de declarar que, aparentemente, era el primer límite que ha señalado la presidenta.

La declaración del abogado del presidente regional fue clara:

En realidad, el señor Oscorima lo compró con el propósito de obsequiárselo a la señora [...] Su deseo era, fue su intención (de regalarlo). La señora fue muy firme en decirle: Me pones en un problema porque esto tengo que declararlo [...] Cómo voy a explicar que tengo esto¹².

Existe entonces la identificación de los agentes de una obligación que se genera, inicialmente, de declarar en caso sea un acto de liberalidad, entendiéndolo en el marco de una donación.

Ahora bien, tanto bajo la LGI como el CP, pueden ser dispositivos aplicables dado que se configura una liberalidad entendida en el marco que hemos indicado líneas anteriores.

Entendemos que las partes han intentado descartar cualquier supuesto de liberalidad, dado que este podría abrir paso a la vulneración de los artículos 17 y 18 de la LGI, así como estar dentro de los alcances de los delitos de cohecho pasivo o, en todo caso, de enriquecimiento ilícito.

Muestra de ello lo tenemos en la siguiente declaración: "Fue rechazado como regalo y recibido como préstamo [...]. La intención de Oscorima ha sido regalarlo [...]. Las intenciones no cuentan, lo que cuentan son los hechos"¹³.

D. Recibido como préstamo: 'sacar la vuelta' a la norma

Si se ha identificado las normas que limitan el actuar, el fraude a la ley busca, en la autonomía privada y en las disposiciones legales, posibilidades de actuación de manera formal con el objetivo de dejar sin sentido la aplicación de las primeras.

El caso materia de análisis parte de un error conceptual, el colocar a la liberalidad como concepto opuesto al préstamo, no tomando en consideración dos cuestiones importantes: (i) no es un préstamo; y (ii) los préstamos también pueden ser a título de liberalidad.

En primer lugar, cuando se hace cesiones de bienes muebles, nos referimos en estricto a cesiones

en uso y no a préstamos de tipo dinerario. Es importante esta aclaración, dado que los préstamos son mutuos que tienen su propia regulación.

En segundo lugar, en el caso negado que nos encontramos en un préstamo, estos pueden ser a título de liberalidad, dado que puede pactarse que no exista contraprestación.

Por tanto, no nos encontramos en un supuesto de préstamo en ningún sentido. Indicar ello es importante dado que la aclaración nos sirve para también visualizar que el intento de los agentes es evitar la identificación con el concepto de liberalidad.

Hemos indicado que existía la obligación de declarar, y con el argumento de que nos encontramos en un préstamo se buscó evitar dicha declaración (supuesto de fraude a la ley). Dado que hemos fundamentado que estamos en un supuesto de liberalidad, afirmamos que dicha situación debió declararse.

Esto adicionalmente buscó evadir la aplicación del artículo 17 de la LGI y de las normas penales que, con las manifestaciones de los agentes, consideramos que hay razones atendibles que pueden aplicarse al presente caso, dado que los agentes han buscado su inaplicación a través del fraude a la ley.

VI. CONCLUSIONES

En el presente texto hemos buscado mostrar que los mandatarios tienen limitaciones para contratar, lo cual tienen su fundamento en posibles conflictos de interés.

Hemos buscado precisar el concepto de liberalidad, dado que este no solo es útil en el ámbito civil, sino que es útil tanto en el administrativo como en el penal.

Finalmente, podemos verificar cómo los agentes del presente caso han buscado que se les inaplique normas (mandatorias y sancionatorias) a través de supuestos de autonomía privada como de otras normas. 

REFERENCIAS

Atienza, M. & Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos*. Editorial Trotta.

Bautista, U. (2024). *Los contratos de liberalidad. Hacia la comprensión de su naturaleza jurídica*

¹² Véase a RPP Noticias (2024a).

¹³ Véase a RPP Noticias (2024a).

y reconstrucción normativa general. Asociación Civil Derecho y Sociedad.

Bigio, J. (2003). Límites máximos para el arrendamiento de duración determinada. Artículo 1688. En W. Gutierrez (Coord.), *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII*. Gaceta Jurídica.

Diario El Comercio Videos (2024). DINA BOLUARTE sobre el CASO ROLEX: "No debí aceptar que me presten los Rolex". *El Comercio*. https://www.youtube.com/watch?v=oURBFU9_538

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

Escobar, F. & Cabieses, G. (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Ius et Veritas*, 23(46), 114-139. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11964>

García, M. (2021). Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos. *Ius Et Praxis*, 53(053), 111-124. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/ius_et_Praxis/article/view/4970

Montoya, Y., Torres, D., Novoa, Y., Rodríguez, J. & Guimaraes, E. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.

N Portada (2024). Humberto Abanto: No es función de la Fiscalía filtrar la carta de Banchero. *Canal N*. <https://canaln.pe/video/n-portada/humberto-abanto-no-funcion-fiscalia-filtrar-carta-banchero-n2601>

Revoredo, D. (2015). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.

RPP Noticias (2024a). "La presidenta rechazó el regalo de cumpleaños de Wilfredo Oscoriz

ma", señaló abogado Humberto Abanto. *RPP Noticias*. <https://www.youtube.com/watch?v=CPn8TJZhfs>

(2024b). Fiscalía inició diligencias preliminares contra Dina Boluarte por presunto enriquecimiento ilícito. *RPP Noticias*. <https://www.youtube.com/watch?v=E7eyN44CNpY>

Sifuentes, M. (2024). URGENTE Congreso le perdona la vida a los mineros ilegales #LaEncerrona. *Marco Sifuentes*. <https://www.youtube.com/watch?v=fy3IMrDnw8o>

TVPerú Noticias (2024). Presidenta Dina Boluarte en Villa El Salvador, hoy viernes 15 de marzo del 2024. *TVPerú Noticias*. <https://www.facebook.com/noticias.tvperu/videos/244119002123229/>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635, 8 de abril de 1991 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de enero de 2016, Recurso de nulidad 1875-2015 Junín (Perú).

Ley 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de julio de 2003 (Perú).

Ley 30161, Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de enero de 2014 (Perú).

¿CÓMO SE DECLARA LA NULIDAD MANIFIESTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL? UNA PROBLEMÁTICA DE CUARENTA AÑOS

HOW IS THE MANIFEST NULLITY PROVIDED FOR IN ARTICLE 220 OF THE CIVIL CODE DECLARED? A FORTY-YEAR OLD PROBLEM

Fort Ninamancco Córdova*
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

*Article 220 of the Civil Code allows the judge to declare *ex officio* the nullity of a legal act, but only if it is 'manifest'. This capacity of the judge has generated two important questions: what steps must the judge follow to declare the nullity *ex officio*; and how can a manifest nullity be distinguished from a non-manifest nullity?*

In this line, the author of this paper addresses the first question by making an extensive analysis of what is set forth in different case law (files of the Tribunal and Plenary Cassations). However, there is a great deal of work ahead in terms of the standardization of the jurisprudence as well as to achieve a correct articulation between this and the doctrine.

Thus, the author highlights the idea and the need to find a mechanism of steps for the declaration of nullity that contemplates the principles of due process and at the same time is restrictive and efficient in the face of the uses of the parties.

KEYWORDS: Nullity; judge; due process; jurisprudence; mechanisms.

El artículo 220 del Código Civil permite al juez declarar de oficio la nulidad de un acto jurídico, pero solo si es 'manifesta'. Esta capacidad del juez ha generado dos interrogantes importantes: ¿qué pasos debe seguir el juez para declarar la nulidad de oficio? y ¿cómo se distingue una nulidad manifiesta de una no manifiesta?

En esa línea, el autor del presente trabajo aborda la primera interrogante haciendo un análisis extenso de lo expuesto en distinta jurisprudencia (expedientes del Tribunal Constitucional y plenos casatorios). Sin embargo, hay un gran trabajo por delante en cuanto a la uniformización de la jurisprudencia, así como para alcanzar una correcta articulación entre esta y la doctrina.

Así, el autor resalta la idea y la necesidad de encontrar un mecanismo de pasos para la declaración de nulidad que contemple los principios del debido proceso y a la vez sea restrictivo y eficiente frente a los usos de las partes.

PALABRAS CLAVE: Nulidad; juez; debido proceso; jurisprudencia; mecanismos.

* Abogado. Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Profesor Coordinador de Derecho Civil en la Escuela Nacional de Control. *Amicus Curiae* de las Salas Civiles reunidas de la Corte Suprema. Miembro del Consejo Consultivo de la Revista *Gaceta Civil & Procesal Civil*. Expositor ante los Plenos Jurisdiccionales Nacionales Civiles de los años 2015, 2019, 2021 y 2023. Árbitro. Socio fundador de FNC Consultoría y Litigio Civil. Contacto: fort.ninamancco@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 29 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de junio de 2024.

I. LOS PROBLEMAS APlicATIVOS DEL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL: LA SITUACIÓN HASTA ANTES DEL IV PLENO CASATARIO CIVIL

Una simple lectura del artículo 220¹ del Código Civil (en adelante, CC) nos permite advertir que el juez 'puede' declarar de oficio la nulidad de un acto o negocio jurídico. Sin embargo, el juez no puede ejercitar este poder en cualquier caso. Tal declaración exige que la nulidad tenga un requisito: que sea 'manifiesta'. Entonces, la nulidad que no es manifiesta no puede ser declarada de oficio por el juzgador.

Aquí me interesa identificar dos cuestiones cruciales en el campo de la praxis, tal como pudiera advertirlo hace ya un tiempo (Ninamancco, 2014, p. 83):

- ¿Qué pasos debe seguir el juzgador para efectuar la declaración de oficio de la nulidad?
- ¿Cómo podemos diferenciar a una nulidad manifiesta de una que no lo es?

Se tiene que advertir, desde ya, que el objeto del presente trabajo, tal como se anuncia en su título, es la primera cuestión.

Ahora bien, es fácil advertir que la letra del artículo 220 del CC no nos brinda una respuesta a estas cuestiones. Ante la insuficiencia del dato legislativo, la doctrina y la jurisprudencia hicieron su trabajo. Empero, la atención se centró en la primera cuestión, dejándose un tanto de lado la segunda. Esto podría explicarse en el hecho de que la primera cuestión es de orden procesal, en tanto que la segunda es más de carácter sustantivo. Ergo, es comprensible que la doctrina, antes de zanjar cuestiones de fondo, se haya esforzado más en solucionar problemas de orden adjetivo.

Ahora bien, ambas cuestiones han resultado complicadas desde la dación misma del Código Civil. Los primeros comentarios al artículo 220 del CC, que obviamente datan de los años ochenta, se limitaron básicamente a señalar que el juez tenía el poder de declarar la nulidad evidente, sin precisar si podía o tenía que hacerlo al inicio, a mediados o al final del proceso, menos si es que el juez podía hacer tal declaración sin mayor intervención de las defensas de las partes. Con respecto a la segunda cuestión, se sostenía, en buena cuenta, que la nulidad era manifiesta cuando el juez podía detectarla mediante un examen simple del documento que contenía al negocio, o también a través de un sencillo análisis de lo actuado en el proceso respectivo². Nada más se decía por aquellos años³.

Claro está, debía darse un tiempo prudencial al artículo 220 del CC para observar qué problemas concretos podía provocar en nuestra praxis jurídica. Es así que recién a inicios del presente siglo la doctrina empezó a observar los problemas jurisprudenciales en la aplicación del citado precepto civil, notando que se debían tener en cuenta también a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC).

Así, un sector de la doctrina explicó que, durante los años noventa, la declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico, en la jurisprudencia, tenía algunos inconvenientes con el principio de congruencia procesal, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del CPC: "el juez no puede ir más allá del petitorio". Por ende, si nadie alegaba o pretendía la nulidad de un negocio jurídico en el proceso, el juez estaba imposibilitado de declararla. En este contexto, se propuso considerar que la declaración de oficio de la nulidad constituía una excepción al principio de congruencia procesal. La excepción se justificaba en el hecho de entender que el CPC no se adscribe por completo a un enfoque privatista dispositivo, sino

¹ Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación (1984).

A su vez, el artículo 219 señala lo siguiente:

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Derogado
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa. (1984)

² Véase a Lohmann Luca de Tena (1985) y a Vidal Ramírez (1989).

³ De hecho, algunos comentarios no se detenían en estas cuestiones. Véase a Rubio Correa (1989).

que resulta seguir una tendencia mixta, en tanto que tiene algunas normas –como los artículos VI, 194 y 324, por ejemplo– que otorgan amplias facultades de actuación de oficio al juzgador. Considerando –como bien sabido es– que la nulidad constituye una materia que no es de libre disposición para las partes, en tanto que presupone la afectación de intereses generales, se justifica el poder del juez para declarar de oficio las nulidades evidentes (Lohmann, 2002, pp. 56-58).

La congruencia procesal, sin embargo, no debía quedar de lado del todo. Se advirtió que la nulidad, que se declara de oficio, debe tener una relación directa con “la solución de la controversia”. Por más que la nulidad sea manifiesta, no podría ser declarada si no habrá de repercutir en el resultado del proceso (Lohmann, 2002, p. 59).

De igual forma, la declaración de oficio de la nulidad evidente debía rendir cuentas –siempre– con las reglas o principios procesales sobre: (i) competencia, de modo que solo el juez civil podía declararla; (ii) pluralidad de instancias, de tal manera que la primera declaración de la nulidad manifiesta debe ser efectuada por el juez de primera instancia, no por el juzgador de apelación; y (iii) contradictorio y defensa, por lo que el juez que advierte la nulidad manifiesta, “debe advertírselo a las partes, antes de expedir sentencia, para que ellas expongan lo que les parezca apropiado a sus derechos” (Lohmann, 2002, p. 60). Tal rendición de cuentas, claro está, era una tarea pendiente para nuestra jurisprudencia de inicios de siglo (Lohmann, 2002, pp. 56-57).

De otro lado, cuando la declaración de nulidad manifiesta pueda afectar a terceros, estos tendrían que ser incorporados al proceso en calidad de litisconsortes, para que hagan valer su derecho de defensa. Aquí, bajo un interesante enfoque comparatista, se planteó seguir lo desarrollado en el Decreto 71-740, establecido en Francia en 1971, que –en buena cuenta– permite a los jueces declarar nulidades evidentes, a condición de que medie un debate entre las partes o terceros implicados. Por último, se destacó que la nulidad manifiesta debía ser declarada siempre en sentencia, pero nunca en procesos sumarísimos (Lohmann, 2002, p. 62).

Ahora bien, qué sucedía con la segunda cuestión. Pues sobre ella no se discutía tanto, existiendo tan solo dos posibilidades interpretativas: la nulidad manifiesta solo es aquella que resulta de un simple examen del documento que contiene al negocio cuestionado; o puede también ser aquella que resulta de un examen de toda la documentación que el juzgador tiene a la mano al momento de decidir el caso (Lohmann, 2002, p. 60).

Otro sector de la doctrina nos informaba algo similar, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 220 del CC por parte de la jurisprudencia de fines de los años noventa e inicios del presente siglo. Por ejemplo, en un caso, pese a que no se discutió sobre alguna nulidad en primera instancia, una sala superior declaró la nulidad manifiesta en un proceso de prorratoe de alimentos. Conociendo ese mismo caso, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema afirmó que la judicatura podía declarar sin problema la nulidad manifiesta, en cualquier clase de proceso, incluido el sumarísimo, por constituir una auténtica excepción al principio de congruencia procesal (Ariano, 2003, pp. 136-139).

Estos dos sectores de la doctrina tuvieron una coincidencia que se tiene que destacar: sin un cabal contradictorio entre las partes mal podía declararse de oficio alguna nulidad. No obstante, se advertía que era un error considerar que la nulidad manifiesta podía declararse en el fallo de la sentencia. Esto en virtud de las siguientes razones (Ariano, 2003, pp. 140-145):

- a) Conforme al artículo IV del CPC, los jueces no pueden iniciar procesos de oficio, por lo que no podrían formular una pretensión que termine siendo resuelta en el fallo de la sentencia. Esta regla, se dice, no conocería excepciones. De hecho, no se puede decir que el juez puede formular alguna pretensión de nulidad en nombre del interés público, porque esto correspondería tan solo al Ministerio Público, tal como lo indica el propio artículo 220 del CC.
- b) La demanda siempre determina “los límites objetivos y subjetivos sobre los cuales el juez puede (y debe) pronunciarse en su fallo”, lo que encuentra pleno cotejo con el principio de congruencia procesal normado en el artículo VII del CPC. Por consiguiente, el juez no se encuentra autorizado para emitir fallos sobre nulidades que no han sido pretendidas por las partes.
- c) El artículo 428 del CPC indica que la demanda es invariable luego de notificada, por lo que ya no cabría que se incorporen nuevas pretensiones en momentos posteriores, menos que tal incorporación la haga el juzgador. La misma lógica rige para la reconvenCIÓN, por lo que siempre son las pretensiones de las partes las que definen la materia sobre la que el juzgador debe fallar.

Se propone, entonces, que la nulidad manifiesta sea entendida –como se hace en el derecho italiano– como uno de los hechos que pueden ser

'tenidos en cuenta' por el juzgador, 'justamente de oficio', aunque no hayan sido alegado expresamente por la parte demandada (Ariano, 2003, pp. 146-148). De esta manera, el juez podrá considerar nulo un negocio jurídico, pero solamente para definir si la demanda debe ser amparada o no. Ergo, el juzgador siempre fallará tan solo sobre las pretensiones de las partes, pero su análisis puede tranquilamente versar sobre una nulidad, conforme al artículo 220 del CC.

En suma, la nulidad ex art. 219 CC, constituye un hecho impeditivo de la pretensión actora que el juez puede *tener en cuenta de oficio*, vale decir, sin que se precise de la expresa alegación de la parte, a los efectos de desestimar (solo) la demanda. Nada más (Ariano, 2003, p. 149).

En tal contexto, es lícito afirmar que, durante más de un quindenio, la doctrina sobre la aplicación de la nulidad manifiesta fue bastante escasa, siendo que, a nivel jurisprudencial, hasta inicios del presente siglo se entendía que era posible –para el juzgador– declarar la nulidad evidente en el fallo de la sentencia, sin que sea necesario algún contradictorio entre las partes o cuidar el respeto a otras reglas o principios procesales. Tenían lugar, pues, auténticas nulidades manifiestas 'sorpresa'. Empero, hay que decir que no faltaron decisiones que aisladamente trataban de cuidar la congruencia procesal al menos⁴. Esta situación hizo que parte de la doctrina reaccionara, reclamando que el artículo 220 del CC se aplicara, pero respetando el debido proceso. Aunque había una discrepancia sobre la posibilidad de que la declaración de nulidad patente se haga en el fallo de la sentencia. El concepto mismo de nulidad manifiesta, como se comprenderá, quedó en una cuestión problemática de segundo orden.

Si bien es lamentable comprobar que el reclamo no tuvo tanto eco en otros sectores de la doctrina, por fortuna sí tuvo un eco relevante en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de marzo del 2010. Veamos esto con más detalle.

Por un lado, durante los años dos mil, otros comentarios siguieron brindando poca atención a

los problemas operativos del artículo 220 del CC. De una parte, tan solo se indicaba que el juez podía declarar la nulidad manifiesta en el fallo de la sentencia (Torres Vásquez, 2001, p. 701). De otra parte, se sugería lo mismo, pero agregando que no hay violación de la congruencia procesal, en tanto que tal nulidad se relacione con las pretensiones de las partes (Espinoza, 2010, p. 432). Despues, se dejaba constancia, con base en la doctrina italiana, que la declaración de la nulidad manifiesta no tenía que interpretarse necesariamente como una decisión en el fallo, sino que también valía entenderla como una evaluación de la nulidad a efectos de rechazar o estimar la demanda (Espinoza, 2010, pp. 563-564). Pero, al final del día, eco doctrinal hubo, tal como se aprecia en la autora que destacó el papel del debido proceso en la declaración de nulidad evidente, la que podía efectuarse en el fallo de la sentencia, así como ser advertida en cualquier etapa del proceso, siendo que si era identificada por la judicatura de segunda instancia, debía anularse lo actuado y disponer que el juzgador de primera instancia vuelva a sentenciar, considerando la posible nulidad manifiesta⁵.

En el Pleno Jurisdiccional del 2010, en su tema 4, se discutió sobre el *modus operandi* de la declaración de oficio de la nulidad. Por un lado, una primera ponencia postuló que el juez podía declarar la nulidad en la parte resolutiva de la sentencia, pero siempre que la nulidad haya sido fijada como 'punto controvertido' y que se haya dado posibilidad a las partes para el contradictorio respectivo. Por otro lado, la segunda ponencia sugería que los principios procesales no tenían tanta cabida si es que el juzgador se limitaba a señalar la nulidad evidente solo en los fundamentos de la decisión, no en el fallo. La primera ponencia obtuvo una abrumadora victoria de 84 votos contra 11, que incluyen votos por la segunda ponencia y abstenciones.

Valgan verdades, la situación no varió mucho a inicios de la década pasada, incluso se prestó nula atención a lo señalado por el Pleno Jurisdiccional que se acaba de referir. Así, algo más de un año antes de la expedición de la sentencia del IV Ple-

⁴ Véase a Tantaleán Odar (2014). Bien lo nota, aunque de forma crítica. Acá se da cuenta de una decisión de Sala Superior que, según el enfoque jurisprudencial dominante en aquellos años, avalaba la declaración de oficio de nulidad evidente en el fallo de la sentencia, pese a que tal nulidad no era demandada o reconvenida. Este criterio fue corregido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al señalar que el artículo 220 del CC tan solo permitía evaluar la nulidad en la parte considerativa del fallo.

⁵ Véase a Jiménez Vargas-Machuca (2007). La autora menciona que:

[...] como conclusión considero que, si un acto jurídico es nulo por invalidez absoluta, y si además dicha nulidad es manifiesta, la verdadera tutela judicial provendría de la declaración de nulidad por parte del juez, siempre salvaguardando el derecho al debido proceso de las partes, en tanto que si, por el contrario, el juez no lo hiciera y otorgara tutela a un acto de esa naturaleza, dando cabida a la exigibilidad de un acto jurídico manifiestamente nulo, estaría avalando una contravención al ordenamiento jurídico.

no Casatorio Civil, se insistió en la necesidad de entender que la nulidad manifiesta solo podía ser evaluada para estimar o desestimar la demanda, no pudiendo ser declarada en el fallo de la sentencia a efectos de ensayar una interpretación acorde a la congruencia procesal y la iniciativa de parte (Morales Hervías, 2012, p. 13). Por fortuna, por esos mismos días no faltaron voces que tuvieron aproximaciones más interesantes, según las cuales se debía considerar el principio de economía procesal, de tal suerte que el juez debía actuar declarando la nulidad evidente, no dando espacio a innecesarios nuevos procesos judiciales; menos debía permitirse que la declaración de una nulidad evidente pueda, al final del día, depender de la mera voluntad de los particulares, cosa que puede ocurrir si el juez mantiene un rol un tanto pasivo (no declarar la nulidad en el fallo, se entiende) frente a una nulidad manifiesta (Abanto Torres, 2012, p. 25).

II. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD FRENTE A LA SENTENCIA DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL

El 14 de agosto del 2013 se publicó la sentencia del IV Pleno Casatorio Civil que establece reglas vinculantes –al amparo del artículo 400 del CPC– para los procesos de desalojo por ocupación precaria. Una de tales reglas, la 5.3, estableció lo siguiente:

Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico–, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Como es fácil notar, este precedente vinculante optó por la tesis que entendía que la nulidad manifiesta no puede ser declarada en el fallo de la sentencia, sino tan solo ser evaluada en la parte considerativa, a efectos de estimar o desestimar la demanda. No obstante, la regla vinculante no deja de ser bastante parca: simplemente se dice que si el juez ‘advierte’ la nulidad manifiesta, la ‘analizará’ en la sentencia. ¿Ese ‘análisis’ puede hacerse a espaldas de las partes? ¿Qué sucede con el derecho de defensa de las partes cuando el juez ‘advierte’ la nulidad? ¿El juez ‘advierte’ la nulidad y qué debe hacer inmediatamente después? ¿Guardar silencio hasta que llegue el momento de expedir la sentencia?

Una ‘tenue’ referencia a la congruencia procesal aparece en el fundamento 56 de la sentencia de este Pleno Casatorio:

En efecto, la no existencia de un título o el fenecimiento del que se tenía –con el cual justificaba su posesión el demandando– se puede establecer como consecuencia de la valoración de las pruebas presentadas, de dicha valoración es que surge en el juez la convicción de la no existencia de título o que el acto jurídico que lo originó contiene algún vicio que lo invalida, como es una nulidad manifiesta prevista por alguna de las causales del artículo 219 del Código Civil, o en todo caso, cuando siendo válido el negocio jurídico, éste ha dejado de surtir efectos por alguna causal de resolución o rescisión, pero sin que el juez del desalojo se encuentre autorizado para declarar la invalidez, nulidad, ineficacia, etc. de dicho acto jurídico, por cuanto ello corresponde al juez donde se discuta tal situación.

Como en el proceso de desalojo no ‘se discute’ la nulidad del acto o negocio jurídico no corresponde que el juez la declare. Entonces, se aprecia que la explicación para impedir que el juzgador declare la nulidad manifiesta en el fallo de la sentencia, es el principio de congruencia procesal. No obstante, vale insistir, esto no explica el procedimiento que debe seguirse para ‘apreciar’ o ‘advertir’ la nulidad evidente.

A nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes y después de la dación del IV Pleno Casatorio, estaba claro que la nulidad manifiesta no podía ser ‘advertida’ por la máxima instancia judicial, sea de oficio o a pedido de parte. En efecto, la versión original del fundamento 39 de la sentencia del I Pleno Casatorio Civil, publicada el 21 de abril del 2008, afirmaba lo siguiente:

Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220 del Código Civil– que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces; supuesto éste que no se ha considerado en ninguna de las instancias de mérito, no siendo alegada tampoco por la demandante, aspecto que desde nuestro punto de vista también resultaría discutible, toda vez que bien podría haberse demandado la nulidad o anulabilidad de la transacción mencionada; tanto más si es que en otros pronunciamientos casatorios, de criterio distinto al de esta sentencia, no se ha desestimado la procedencia de las excepciones de transacción extrajudicial por tales causales sino porque las mismas no se ajustaban a lo prescrito por el 453 del Código Procesal Civil.

De igual guisa, tampoco podría actuarse de manera oficiosa puesto que (aún existiendo pareceres en sentido diferente) en sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio jurídico del *iura novit curia*, al ser la Casación un recurso extraordinario que sólo permite a la Corte de Casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386 del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicar el citado principio.

La versión entonces vigente del artículo 386 del CPC establecía las “causales para interponer el recurso de casación”, por lo que si se entiende que la Corte Suprema no puede advertir de oficio la nulidad evidente, es claro que también ello se está justificando en el principio de congruencia procesal⁶. Y si la parte interesada le pide a la Corte Suprema que considere una nulidad evidente, pues el Supremo Tribunal considera seriamente las posibilidades de haber pedido tal nulidad en un proceso independiente.

En esta línea, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en decisión del 13 de agosto del 2015, resolvió un recurso de casación, donde la recurrente –entre otras cosas– argumentaba que la sentencia de segunda instancia debió aplicar el artículo 220 del CC, ya que el título de su contraparte se traducía en un acto de disposición de bien ajeno. Vale agregar que sobre la nulidad manifiesta no se había discutido en la Corte Superior. El supremo tribunal declara improcedente el recurso y sobre el argumento de nulidad evidente del título de la contraparte asevera que “la validez o no del mismo, debe ser materia de reclamo en la vía correspondiente, por cuanto se trata de un documento que no ha sido declarado nulo judicialmente” (Cas. 1662-2015-Cusco). Es claro que estamos ante un argumento que no convence, pues el artículo 220 del CC alude a un mecanismo que opera ‘de oficio’, no a pedido de parte, por lo que no es pertinente decir que la nulidad manifiesta debe dilucidarse ‘en la vía correspondiente’. Empero, esta decisión es un botón que muestra la clara resistencia de la Corte Suprema a evaluar nulidades evidentes que no han sido discutidas en la respectiva Corte Superior.

La Corte Superior de Lambayeque nos ofrece un caso interesante: en un proceso de desalojo, los demandantes alegan haber celebrado una com-

praventa con los demandados, en virtud de la cual adquirieron la propiedad del inmueble sub litis. Estos, por su parte, señalan desconocer el contrato, indicando que, en realidad, se había acordado celebrar un mutuo con garantía hipotecaria, pues necesitaban con urgencia una suma de dinero para atender problemas de salud de uno de ellos. En ese contexto, firmaron ‘un documento en blanco’, que fue indebidamente llenado o completado por los demandantes, ‘como un aparente contrato de compraventa’.

El Segundo Juzgado Civil de Chiclayo, en sentencia del 07 de febrero del 2014, declara infundada la demanda, pero no invoca de forma explícita la regla 5.3 del IV Pleno Casatorio: sostiene que la compraventa de los demandantes solo figura en copia legalizada, además de que se han presentado comprobantes de pago de tributos municipales; los demandados, por su parte, han acreditado que sus padres adquirieron la propiedad del inmueble sublitis y que, finalmente, su madre se los dejó vía testamento que obra por escritura pública, además que a la fecha poseen el inmueble en litigio. El juzgado, entonces, concluyó que no se acreditó fehacientemente la propiedad de los demandantes, por lo que la demanda no podía ser amparada.

Aunque el juzgado no lo diga, está considerando que, en realidad, la compraventa de los demandantes no se ha celebrado, dando cabida al argumento de los demandados según el cual hubo ‘un documento en blanco’ que fue ‘llenado como un aparente contrato de compraventa’. De un modo implícito, el juzgado está dando por nulo el contrato de compraventa de los actores, siendo claro que encuadra la causal del artículo 219.1 del CC. Empero, no declara tal nulidad en el fallo, sino que se limita a declarar infundada la demanda.

Los demandantes apelaron, pero no argumentaron la necesidad de que se respete la validez y eficacia de su contrato de compraventa, que podía considerarse acreditado mediante cualquier medio de prueba válido, teniendo en cuenta que la compraventa es un contrato de forma libre (sometido a la regla general del artículo 143 del CC). El argumento de apelación se centró en una supuesta desnaturalización del proceso de desalojo: el juzgado, de forma indebida en proceso de desalojo, se puso a evaluar la titularidad y probanza del derecho de propiedad, cuando debía limitarse a un análisis solo de posesión.

⁶ Véase a Cavani Brain (2018). Vale recordar que si el principio de congruencia procesal “no es otra cosa que la exigencia de correlación entre lo pedido y lo resuelto”, es evidente que el mismo no solo se aplica a la demanda, sino también a los medios impugnatorios, como la apelación y la casación.

La Segunda Sala Civil de la Corte de Lambayeque, en sentencia del 27 de agosto del 2014, nota que el argumento base de la contestación de demanda es la nulidad del título de los demandantes. Empero, de nulidad no puede discutirse en un proceso de desalojo, de modo:

que la adquisición de los actores es válida en tanto no se declare la nulidad del contrato de compraventa; lo cual es tema por resolver en proceso que tenga por objeto establecer si se configuran las causales que invocan los demandados para cuestionar la validez del negocio jurídico.

La Sala Superior, empero, deja constancia de que ha tenido en consideración la regla vinculante 5.3 de la sentencia del IV Pleno Casatorio. No obstante, considera que no existe nulidad manifiesta en el caso concreto, al aseverar que:

el título que ostentan los actores (folios seis a ocho) no es uno que de su análisis se advierta que es notoriamente nulo o inválido. La falta de manifestación de voluntad de los vendedores no constituye un hecho que pueda determinarse de una superficial revisión o con la lectura del contrato.

Entonces, se revoca la sentencia apelada y se declara fundada la demanda. Los demandados, como era de esperarse, interponen recurso de casación (Cas. 3171-2014-Lambayeque), que es resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en decisión del 07 de setiembre del 2015. Observemos esta decisión de la máxima instancia.

Los demandados sustentaron que la Sala Superior no motivó debidamente la ausencia de nulidad manifiesta. La Sala Suprema coincide con ello en su decisión de fondo, declarando fundado el recurso de casación, argumentando lo siguiente en su fundamento séptimo:

Examinada la parte considerativa de la sentencia de vista, se aprecia que la sola mención de que no se advierten vicios de nulidad o invalidez en el Contrato de Compraventa de fecha treinta de marzo de dos mil siete, en modo alguno satisface la exigencia constitucional prevista en el numeral 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, toda vez que esta garantía en el fondo pretende que, en las decisiones judiciales, se expresen en forma clara y suficiente, las razones que llevaron al juzgador a la solución de una controversia sometida a su conocimiento, pues aun cuando el Colegiado Superior

estime que la ausencia de manifestación de la voluntad no puede determinarse a partir de un análisis de lo que fluye del contrato en sí, lo cierto y concreto es que en el Cuarto Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, plasmado en la Casación número 2195-2011/UCAYALI, que el Juzgador en un determinado contexto analizará la nulidad manifiesta del negocio jurídico conforme a lo dispuesto en el artículo 220 del Código Civil, es indudable que dicha prerrogativa importa que se dé a conocer los motivos que lo han llevado a adoptar una u otra conclusión, sobre todo si en el caso concreto, el Juez de la causa ha determinado la no acreditación de manera indubitable del Derecho de Propiedad que invocan los actores sobre el predio sub litis, a partir de los cuestionamientos que se han formulado a la referida instrumental y de lo aportado al proceso [sic].

En buena cuenta, no es difícil notar que, en esta decisión, la Corte Suprema señala que la nulidad de oficio debe ser 'advertida' en el marco de las garantías debido proceso. Aunque el IV Pleno Casatorio Civil no lo diga de modo explícito, la nulidad manifiesta debe ser evaluada respetando las exigencias de la debida motivación, así como otras garantías procesales, se entiende. Es claro que no se puede entender que la Corte Suprema solo reclama respeto al deber de motivación al momento analizar la nulidad evidente. Por ende, es lícito entender que garantías procesales como la pluralidad de instancias y el contradictorio también debían respetarse al momento de aplicar la versión original de la regla vinculante 5.3 del IV Pleno Casatorio.

Por su parte, la doctrina poco o nada dijo sobre la manera en que el juez puede 'advertir' la nulidad evidente, considerando lo que se dictó en la citada regla vinculante 5.3. Poco después de la expedición de este Pleno Casatorio, un sector de la doctrina no se ocupó del asunto, más allá de indicar que hay posesión precaria cuando el poseedor tiene un título que adolece de nulidad evidente (Avendaño *et al.*, 2013, p. 352), siendo que el juez no puede declarar tal nulidad en el fallo, sino tan solo 'analizarla' en los considerandos de la sentencia (Abanto Torres, 2013, p. 66). Existieron, qué duda cabe, trabajos interesantes dedicados a la sentencia del IV Pleno Casatorio, pero estos no se enfocaron en el problema del funcionamiento de la 'advertencia' de la nulidad manifiesta⁷.

Es así que la jurisprudencia se encontraba 'abandonada' por la doctrina, y tuvo que lidiar 'en

⁷ Véase a Quesnay Casusol (2015) y Avendaño Arana y Del Risco Sotil (2016).

soledad' contra los problemas operativos del artículo 220 del CC.

Dentro de un proceso ayacuchano –un tanto complejo– de nulidad de acto jurídico, el juez de primera instancia declaró fundada en parte de la demanda y, además, declaró de oficio la nulidad de una compraventa de 1992, en una sentencia de fecha 27 de setiembre del 2011. Sin problema, la nulidad se estableció en el fallo de la sentencia, aunque no fue demandada ni reconvenida. Se siguió, pues, el criterio imperante en jurisprudencia, sin problema alguno, en tanto que el IV Pleno Casatorio no había sido expedido todavía.

En apelación, la parte derrotada argumentó –entre otras consideraciones– que la nulidad de oficio “no ha sido demandada por ninguna de las partes”, ni tampoco “ha sido invocada por ninguna de las partes”, lo que constituye “lo más arbitrario” de la decisión de primera instancia. Tal parece que no hubo debate o contradictorio sobre la nulidad manifiesta.

La Sala Civil de Ayacucho, mediante sentencia del 25 de octubre del 2012, confirmó la decisión de primera instancia. Agregó que el juzgador está autorizado a declarar nulidades no demandadas o reconvenidas, siempre que sean manifiestas, conforme lo indica el artículo 220 del Código Civil. En este punto, la Sala Superior afirma que, al ser una actuación de oficio, no es necesario que las partes invoquen siquiera algún argumento sobre tal tipo de nulidad. De este modo, pareciera que se entiende que al ser evidente la nulidad, no cabe que el juez se detenga en la posibilidad de debates, sino que tiene que actuar y ‘atacar’ al acto ‘grosamente’ nulo. Cabe insistir en que no estaba en vigencia todavía la sentencia del IV Pleno Casatorio.

Al formular el recurso de casación, se presenta un asunto interesante ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (Cas. 189-2013-Ayacucho). En efecto, con relación a la cuestión de la nulidad manifiesta, se alega que esta no debió debe ser declarada, porque dicha nulidad ya prescribió, conforme a lo dispuesto en el artículo 2001.1 del CC⁸. En esta línea, el recurso sustenta que la declaración de oficio de la nulidad se hizo trasgrediendo la normativa de la prescripción extintiva. La Corte Suprema responde en los siguientes términos, en su sentencia en casación del 06 de marzo del 2014, estando ya vigente el IV Pleno Casatorio:

Finalmente, en relación a la infracción normativa de los artículos 220 parte *in fine*, 1989 y 1990 del Código Civil, considera el impugnante que al declararse la nulidad de la escritura pública del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos, las instancias de mérito no han tenido en cuenta que dicha acción o derecho ha prescrito; sin embargo, debe señalarse que el propio artículo 1992 del Código Civil señala: *El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada*; consideración por la cual, la prescripción no puede ser declarada de oficio a diferencia de la caducidad, según lo sanciona el artículo 220 segundo párrafo del Código Civil, motivo por el cual no se ha incurrido en infracción de los artículos 1989 y 1990 del Código sustantivo, como erróneamente sostiene el demandado (fundamento 13).

¿Qué debemos entender aquí? Si bien es cierto no se ha tenido a la vista el recurso de casación, parece que la cuestión de la prescripción no fue invocada en la apelación. Pero si el juez de primera instancia actuó sin que nadie ‘invoque’ la nulidad manifiesta, ¿en qué momento podría alegarse la prescripción extintiva? Aquí la Corte Suprema parece sugerir una idea interesante, aunque también susceptible de controversia: la prescripción opera a pedido de parte, por lo que no tiene cabida en un mecanismo que opera de oficio. La declaración de nulidad manifiesta, al operar de oficio, no puede ser impedida por una excepción de prescripción extintiva.

La preocupación por el respeto a las garantías procesales, al declarar la nulidad evidente, aparece –aunque de modo un tanto impreciso– en un caso piurano. En un proceso de reivindicación, una asociación demandante postula ser propietaria con base en un título conferido por un municipio. El demandado señala que el título de la asociación es manifiestamente nulo, porque no fue otorgado mediante subasta, sino por medio de una adjudicación directa, lo que violentaba normativa municipal e, inclusive, constitucional, en tanto que el artículo 76 de la Constitución exige que la enajenación de bienes públicos se haga mediante concurso público. Hay que agregar que el municipio no es parte del proceso.

El juzgado de primera instancia, en sentencia del 07 de mayo del 2015, se negó a considerar la nulidad evidente alegada por el demandado, señalando que tal nulidad negocial:

⁸ Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. [...] (1984).

[...] debe ser dilucidada en un proceso independiente, en el que se garantice el derecho de defensa de todas las partes intervenientes en la relación jurídico sustantiva, pues de lo expuesto por el demandado y de las documentales que adjunta, no se advierte que se trate de una nulidad manifiesta que pueda ser declarada de oficio con arreglo a lo previsto en el artículo 220 del Código Civil, por lo que se requiere de un proceso judicial que garantice el debate probatorio en el que intervengan todos los sujetos con legítimo interés.

Sin tanta claridad, la judicatura alcanza a sustentar que no cabe analizar la alegación de nulidad manifiesta del negocio jurídico, porque uno de sus celebrantes no forma parte del proceso. Así, si la municipalidad y la asociación celebraron el acto jurídico cuestionado por el demandado, mal podría discutirse sobre nulidad evidente si es que el municipio es ajeno al proceso.

Mediante sentencia de vista del 04 de noviembre del 2015, la Primera Sala Civil de Piura resalta que el demandado ya ha cuestionado el título de la parte demandante en otro proceso, mismo que se encuentra en trámite. Por ende, a diferencia de la primera instancia, pero llegando a la misma conclusión, la Sala Superior sostiene que no cabe analizar alguna nulidad manifiesta porque se aprecia una evidente falta de interés para obrar del demandado, en tanto que tal interés "ya ha sido satisfecho en el otro proceso en el cual en primera instancia se ha emitido sentencia declarando infundada la demanda, siendo confirmada mediante sentencia de vista siendo esta última objeto de recurso de casación". O sea, si la nulidad ya está siendo dilucidada en otro expediente, no cabe evaluarla de modo oficioso.

En el recurso de casación, el demandado insiste en que las instancias de mérito se han equivocado al negarse a evaluar y notar la existencia de la nulidad manifiesta del título del demandante. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara improcedente el recurso de casación, en decisión del 22 de junio del 2016, rescatando el argumento de la primera instancia en torno a la nulidad manifiesta:

[...] lo cual ha merecido pronunciamiento inhibitorio de las instancias de mérito, al determinar que no se puede emitir pronunciamiento sobre dicha pretensión, por cuanto no forma parte del proceso la Municipalidad interveniente en el acto jurídico que se cuestiona (Cas. 498-2016-Piura, fundamento octavo).

En suma, se aprecia que la jurisprudencia posterior al IV Pleno, y anterior al IX Pleno, sí muestra una

preocupación por respetar las garantías procesales al momento de evaluar o 'advertir' la nulidad evidente, en aplicación del artículo 220 del CC. Empero, tal preocupación no resulta desarrollada de una forma clara y ordenada, cosa por demás entendible, dada la muy escasa doctrina sobre este asunto en particular.

III. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD FRENTE A LA SENTENCIA DEL IX PLENO CASATORIO CIVIL

El 18 de enero del 2017 se publica la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil. Se cambia de rumbo claramente, estableciendo que la nulidad manifiesta se tiene que declarar en el fallo de la sentencia, estableciéndose un mecanismo para cuidar el debido proceso al momento en que opera tal declaración. Empero, hay que resaltarlo desde ya, tal mecanismo se hizo pensando en los procesos sumarísimos, ya que el precedente vinculante se dicta a propósito de los procesos de otorgamiento de escritura pública. En lo que aquí concierne, toca observar lo que señalan las reglas vinculantes 2, 3 y 8:

2. En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutiva de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutiva únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

Como es fácil notar, se dice que el juez del proceso de otorgamiento de escritura pública puede declarar la nulidad evidente en la parte resolutiva de la sentencia. ¿La nulidad de qué acto? Pues del que se pretende formalizar. Sea que se considere o no que existe nulidad manifiesta, el juzgador debe motivar. Desde que se abre el 'contradicitorio' sobre la nulidad manifiesta, más allá de su resultado, el juez tiene que motivar su apreciación sobre la existencia o no de la nulidad evidente en el acto que se pretende formalizar.

3. La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición,

siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes.

Considero que esta regla es la más ‘ambiciosa’, ya que adopta un concepto amplio de declaración de oficio de la nulidad, de tal suerte que la misma puede operar en cualquier proceso de cognición: sumarísimo, abreviado y conocimiento. No es dable, entonces, pretender aplicar este mecanismo oficioso en los procesos de ejecución o en los de naturaleza no contenciosa.

Otro punto relevante es que la declaración de nulidad evidente debe referirse a un negocio que “guarde relación directa con la solución de la controversia”, esto significa que la nulidad puede servir tanto para declarar fundada, infundada o improcedente la demanda respectiva. No se piense que la nulidad solo puede ser declarada para resolver el fondo de la controversia, ya que la regla 3 nunca señala semejante restricción. Señala que la declaración de nulidad debe servir para ‘solucionar’ el proceso. Y, como bien sabemos, al amparo artículo 121 del CPC, la improcedencia de la demanda también es una forma de solución que pone fin al proceso. Dado el concepto amplio que se maneja sobre la nulidad manifiesta en la sentencia del IX Pleno, parece innegable que se tiene que aceptar que la nulidad manifiesta también puede servir para declarar improcedente la demanda. Esta regla, como ya se adelantó también, refleja que el fundamento 60 del IX Pleno se diseñó para los procesos sumarísimos, puesto que para los otros procesos tan solo se indica la exigencia de realizar “el contradictorio entre las partes”. Obviamente, el trámite del fundamento 60 debe aplicarse, en lo posible, a los procesos abreviados y de conocimiento.

8. Se modifica el precedente vinculante contenido en el punto 5.3. del Cuarto Pleno Casatorio Civil (Casación 2195-2011-Ucayali) de fecha trece de agosto de dos mil doce, debiéndose entender en lo sucesivo que: Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, previa promoción del contradictorio entre las partes, declarará dicha situación en la parte resolutiva de la sentencia y, adicionalmente, declarará fundada o infundada la demanda de desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

Esta regla solo es consecuencia ineludible de la regla número 3. Empero, hay una circunstancia

preocupante: la regla sugiere que la nulidad manifiesta solo podría servir para declarar fundada o infundada la demanda, no su improcedencia. Hay que rechazar esta consideración de plano por las siguientes razones: (i) la regla nunca señala que ‘solamente’ se pueda declarar fundada o infundada la demanda con base en la nulidad evidente; y (ii) al no pronunciarse sobre la posibilidad de declarar improcedente una demanda de desalojo con base en la nulidad evidente, simplemente debemos aplicar la regla número 3, que es de orden más general. Por ende, al ser la improcedencia una posible solución al proceso de desalojo, conforme a la regla número 3, cabe dictar tal improcedencia con base en la nulidad evidente. Esto no es incompatible con la regla número 8. ¿Ejemplo? ¿Qué sucede si la parte demandante, dentro de un proceso de desalojo, se presenta con un poder de representación, pero tal poder adolece de nulidad manifiesta? Es claro que el juzgador puede declarar la nulidad del poder y, en consecuencia, improcedente la demanda.

Entrando al contenido de la sentencia del IX Pleno, se aprecia que se deja constancia de que la declaración de oficio de la nulidad manifiesta “podría entrar en colisión con algunos principios que orientan el proceso judicial como son: el principio dispositivo, el principio del contradictorio, el principio de congruencia y el principio de doble instancia” (fundamento 47). La sentencia del Pleno también recuerda el debate doctrinal sobre si la nulidad manifiesta puede o no ser declarada en el fallo de la sentencia, así como las posiciones doctrinales, dadas en el seno de la doctrina española, sobre si la declaración de oficio de la nulidad manifiesta debe respetar o no ciertos principios del proceso.

La sentencia del Pleno Casatorio, en mi opinión, es clara, convincente y concreta: el juez sí puede declarar la nulidad manifiesta en el fallo, ya que es un ‘contrasentido’ que el asunto vuelva a ser analizado en otro proceso, cosa que ocurre si la nulidad solo es analizada en la parte considerativa. Empero, al mismo tiempo, tal declaración debe ocurrir con pleno respeto a los principios procesales. De este modo, se hacen confluir exigencias de orden civil, según las cuales el juzgador no puede permanecer impasible ante un negocio jurídico que traiciona intereses generales; así como también exigencias de orden procesal, conforme a las que el juzgador no puede adoptar decisiones al margen de ciertas garantías básicas (fundamento 58).

El juzgador, entonces, de forma previa a la declaración de oficio de la nulidad evidente, tiene que proceder con “la apertura de este incidente

contradicitorio”, a efectos de cuidar el respeto a los principios procesales implicados (fundamento 59):

- a) En relación con el principio de congruencia procesal, la nulidad manifiesta a discutirse debe guardar “relación directa con el derecho que pretende efectivizar el demandante”. De este modo, resulta claro que la nulidad manifiesta podrá ser declarada solo si tiene relación directa con la solución de la controversia. Si tal relación no existe, el juez no puede evaluar tal nulidad. Así, se trata de conciliar la declaración de oficio de la nulidad, con el principio de congruencia procesal.
- b) Con relación al principio dispositivo, se reconoce que estamos ante una excepción:

[...] excepcionalmente le está permitido al Juez incorporar al debate situaciones o cuestiones no alegadas por las partes como, por ejemplo, la caducidad, la actuación de medios probatorios de oficio, la aplicación de la norma jurídica correcta (*iura novit curia*) y la nulidad manifiesta (2017).

Esta excepción se explica, recordándose a la sentencia del III Pleno Casatorio Civil, diciendo:

[...] la flexibilización de determinados principios procesales (como el de iniciativa de parte, congruencia, formalidad y preclusión) encontró justificación en la especial tutela de las relaciones familiares, en el presente caso la flexibilización de los principios procesales de congruencia e iniciativa de parte encuentra justificación en la tutela de intereses generales que se ven perjudicados de forma manifiesta (2010).

- c) Con relación al principio de doble instancia, se indica que “debe existir pronunciamiento de parte de las dos instancias de mérito, en relación a la posible nulidad manifiesta del negocio jurídico”. De esta manera, si la instancia superior advierte una posible nulidad manifiesta, pero de la misma nada ha dicho la instancia inferior, debe procederse a declarar la nulidad de la sentencia apelada, ordenándose que evalúe tal posible nulidad en un nuevo pronunciamiento. Si la posible nulidad manifiesta es notada por la Corte Suprema, de igual forma debe proceder a dejar sin efecto las decisiones previas y ordenar que se discuta sobre la nulidad manifiesta desde la primera instancia (fundamento

61). O sea, sí cabe alegar la nulidad evidente a nivel de la Corte Suprema, aunque no se haya discutido sobre dicha nulidad en las instancias inferiores, lo que se indica de modo expreso en la regla vinculante 7. Como se podrá advertir, se cambia el criterio adoptado en el fundamento 39 de la sentencia del I Pleno Casatorio.

Para los fines del presente trabajo, sin duda la cuestión más importante se vincula al cuidado del principio del contradictorio: ¿cómo se lleva a cabo el incidente contradictorio? La respuesta se encuentra en el citado fundamento 60, aunque solo pensado en el marco del proceso sumarísimo, y antes de su reforma en virtud de la Ley 31464 (publicada el 04 de mayo del 2022):

Tabla 1: Pasos para el contradictorio

Paso 1	El juzgador advierte que existe una ‘ posible’ nulidad manifiesta.
Paso 2	El juzgador comunica a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta.
Paso 3	Las partes formulan sus posiciones respecto a la posible nulidad manifiesta.
Paso 4	El juzgador decide sobre la presencia o no de la nulidad manifiesta.

Fuente: Elaboración propia

Cada uno de estos pasos tiene características importantes. Veamos:

Tabla 2: Características de los pasos del contradictorio

Paso 1	- Puede ocurrir en cualquier estado del proceso, antes o después de que el mismo se encuentre saneado.
Paso 2	- Debe indicarse a las partes la causal o causales de nulidad que se están considerando como ‘ posibles’. - Debe conferirse a las partes, a efectos de que se ejecute el siguiente paso, un plazo igual al que se tuvo para contestar la demanda.
Paso 3	- Las partes podrán pronunciarse sobre si se verifica o no la nulidad evidente. - Las partes podrán “aportar los medios probatorios que juzguen pertinentes” para confirmar o descartar la presencia de la nulidad evidente. - Las partes podrán formular “excepciones procesales relativas a la nulidad manifiesta”.
Paso 4	- Debe darse en la audiencia única o, en su defecto, en una audiencia complementaria, de ser necesario.

Fuente: Elaboración propia

Pese a la claridad de la sentencia de este Pleno Casatorio, quedan algunas cuestiones relevantes sin responder, tomando en cuenta que se establece que habrá debate sobre pruebas y excepciones procesales entre las partes, respecto a la posible nulidad evidente:

**¿CÓMO SE DECLARA LA NULIDAD MANIFIESTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 220 DEL CÓDIGO CIVIL?
UNA PROBLEMÁTICA DE CUARENTA AÑOS**

- ¿Qué sucede en los procesos que no son sumarísimos?
- ¿Qué ocurre luego de la reforma de la Ley 31464?
- ¿Cabe saneamiento procesal sobre la posible nulidad manifiesta, como si se tratara de una pretensión más del proceso?
- ¿Se deben fijar puntos controvertidos respecto a la posible nulidad manifiesta, lo que implica el respectivo saneamiento probatorio, como si se tratara de una pretensión más del proceso?
- ¿Qué sucede si en el título que estaría afectado por una posible nulidad manifiesta, interviene un tercero que es ajeno al proceso?

¿Qué ha señalado nuestra doctrina sobre el fundamento 60 y las cuestiones que se acaban de plantear? Pues, a decir verdad, no ha prestado atención a estos asuntos de indudable relevancia en el campo de la praxis. Tanto los ensayos sobre la figura de la nulidad manifiesta⁹, como los más recientes comentarios al Código Civil, han preferido detenerse en otros temas relativos a la nulidad evidente¹⁰.

IV. LA SITUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA POS IX PLENO CASATORIO CIVIL: UNA VEZ MÁS EN SOLITARIO

Ante el silencio doctrinal, una vez más la jurisprudencia ha tenido que ‘arreglárselas’ por su cuenta, frente a los problemas de aplicación del fundamento 60 del IX Pleno Casatorio Civil.

Veamos el propio caso al que se corresponde la sentencia del IX Pleno Casatorio.

Regresados los actuados al juzgado civil de Ilo, mediante sentencia del 02 de diciembre del 2021 (Exp. 0510-2013), se declaró nulo el acto jurídico que se pretendía formalizar en el proceso. Se declaró también infundada la demanda. ¿Qué pasos siguió el juzgado para declarar la nulidad evidente? Pues la posible nulidad manifiesta fue advertida en la audiencia única, por lo que la misma quedó suspendida y se confirió a las partes el plazo para que presentaran sus posiciones sobre tal nulidad. Retomada la audiencia, se fijó como punto controvertido la determinación de si el acto que se pretende formalizar adolece o no de nulidad (fundamento segundo).

Como se puede observar, aunque el fundamento 60 no lo indique, la posible nulidad evidente se fija como un punto controvertido. El juzgado, al analizar tal punto, entiende que sí existe nulidad evidente en el título de la parte demandante.

Este criterio fue confirmado por la Sala Mixta de Ilo, mediante sentencia del 1 de julio del 2022. Se avala, pues, que la nulidad evidente se fije como punto controvertido (fundamento 14).

Un interesante caso tumbesino se refiere a las posibles excepciones procesales sobre la nulidad manifiesta. En un proceso de desalojo (Exp. 225-2017), el demandado postuló la nulidad del título de la demandante, pero al mismo tiempo informó a la judicatura que existía un proceso donde se ventilaba la nulidad que estaba alegando. El juzgado civil de Tumbes, de todas maneras, llevó adelante el ‘contradictorio’ de nulidad manifiesta. La demandante no formuló excepción alguna, sino que tan solo atinó a negar la existencia de la nulidad patente. El juzgador no coloca a la nulidad evidente como un punto controvertido propiamente (sentencia del 22 de enero del 2018). Simplemente, en estricta aplicación de la regla 5.3 del IV Pleno Casatorio (modificada por la regla vinculante 8 del IX Pleno Casatorio), advierte que al ser manifiestamente nulo el título de la demandante, la pretensión de desalojo debe desestimarse. Así, en la sentencia del 22 de enero del 2018, declara infundada la demanda de desalojo y nulo el título de la parte demandante. Hay que dejar dicho que es meritorio que el juzgado hayaapelado al precedente vinculante al activar el contradicitorio sobre nulidad manifiesta, pese a que el mismo solo tenía pocos meses de vigencia. En este aspecto, hay una actitud exemplar.

En la Sala Civil de Tumbes, en diferentes sentencias de vista (pues la Corte Suprema anuló una primera decisión de vista por razones formales), del 12 de abril del 2018 y del 01 de julio del 2022, se generó un debate con relación a la posibilidad de que el juzgador active el contradicitorio de nulidad manifiesta, si es que de lo actuado resulta que ya existe un proceso paralelo donde se ventila tal nulidad. La decisión en mayoría –que confirma lo decidido por el juzgado– solo recalca que, en tanto haya motivación para considerar existente la nulidad manifiesta, el juzgador actúa dentro de sus atribuciones al declararla. El voto en discordia, hay que decirlo, sugiere una pregunta de indiscutible relevancia: ¿por qué insistir en el contradicitorio sobre nulidad evidente, si la propia parte

⁹ Véase a Torres Vásquez (2017), Campos García (2017) y Balcázar Quiroz (2019).

¹⁰ Véase a Ninamanco (2014), el Código Civil Comentado (2020) y el Nuevo Comentario del Código Civil peruano (2021).

demandada ha iniciado previamente un proceso para ventilar esta nulidad? Hay que reconocer que, al menos de forma explícita, la sentencia apelada y el voto en mayoría no dan una respuesta clara a esta interrogante.

Un caso limeño refleja los problemas que pueden presentarse entre la primera y segunda instancia al momento de evaluar la nulidad manifiesta. En un proceso de desalojo, la parte demandada alega ser titular de un arrendamiento que resulta oponible a la parte demandante, que es propietaria del inmueble sublitis. Mediante sentencia del 23 de mayo del 2023 (Exp. 091-2023), la judicatura civil de primera instancia declara infundada la demanda, en tanto que entiende que el arrendamiento es oponible a la parte actora.

La Sala Superior, en decisión del 26 de octubre del 2023, anula la decisión de primera instancia, puesto que el arrendamiento alegado por la parte demandada, “ha sido celebrado por quien no se encontraría habilitado, advirtiéndose una nulidad manifiesta”, de modo que el juzgado de primera instancia no tomó en cuenta la regla vinculante del IX Pleno Casatorio Civil que le permite declarar dicha nulidad. Luego reitera que “advirtiéndose la causal de nulidad de acto jurídico –objeto jurídicamente imposible–, por lo que deberá la *A-quo* promover el contradictorio entre las partes, ello conforme al precedente vinculante”.

Nótese que la Sala Superior está prácticamente afirmando que sí existe nulidad manifiesta, puesto que no se expresa en condicional sobre tal nulidad. Pero si la Sala Superior tiene claro que hay nulidad patente, ¿para qué devolvería los actuados a la primera instancia? El juzgado, sin duda, se enfrenta a un inconveniente: luego del contradictorio sobre la nulidad manifiesta, ¿qué sucede si considera que no existe tal nulidad? ¿Estaría desacatando lo indicado por el superior jerárquico?

Un caso cusqueño nos revela otro orden de problemas sobre la pluralidad de instancias: la situación de los terceros ajenos al proceso (pero celebrantes del negocio que adolecería de nulidad manifiesta), y la relación entre la posible nulidad manifiesta y la fijación de puntos controvertidos:

En un proceso de desalojo, la parte demandante señalaba que su título para poseer el inmueble sublitis –un contrato de compraventa– había sido otorgado por una asociación, siendo que la parte demandada sustentó que tal título era nulo por adolecer de objeto jurídicamente imposible. Y es que el inmueble en cuestión constituiría ‘área verde’, que no puede ser objeto de venta.

El juzgado de primera instancia, en sentencia del 9 de setiembre del 2019, entendió que no había nulidad que discutir, en tanto que el área en cuestión estaba lotizada en un proyecto de habilitación urbana que estaba gestionando dicha asociación. No habría, pues, nulidad evidente para el juzgado y, por ende, no tuvo lugar contradictorio alguno sobre nulidad manifiesta. Ergo, la demanda fue declarada fundada.

La Sala Civil de Cusco, en sentencia de vista del 31 de diciembre del 2019, revocó la decisión y declaró la nulidad de oficio del título de la parte demandante. La Sala Superior advierte que, al margen de los trámites que la asociación venga gestionando, lo cierto es que ya hay una habilitación urbana que data de 1989 y que se encuentra debidamente inscrita, en la que el área del inmueble del proceso no está lotizada, sino que resulta ser ‘área verde’. En suma, pues, la Sala Superior advierte que el inmueble objeto del proceso es parte de un área que constituye bien de dominio público, por lo que el título de la parte demandante deviene en manifiestamente nulo, declarándose tal nulidad.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en decisión del 29 de marzo del 2022, casó la decisión de vista y declaró insubsistente la decisión apelada, señalando que la declaración de oficio de la nulidad fue irregular (Cas. 648-2020-Cusco). Así, destaca que la declaración de oficio de la nulidad patente debe hacerse “garantizando adecuadamente el derecho de defensa de las partes y otras garantías procesales a fin de no vulnerar el debido proceso” (fundamento octavo). En este caso, continúa el máximo tribunal, el juzgado de primera instancia debió “emitir pronunciamiento también sobre la nulidad o no del acto jurídico [...] correspondía que el *A-quo* lo incorpore como punto controvertido a fin de determinar la configuración” (fundamento décimo).

Regresados los actuados al juzgado de origen, mediante sentencia del 31 de agosto del 2023, se declaró fundada la demanda, en vista de que no se advirtió nulidad manifiesta, puesto que existe documentación municipal –informes de recaudación tributaria– que indican que el inmueble habría dejado de ser área verde. Se agrega también que la parte demandada no planteó excepción de legitimidad para obrar activa ni tampoco solicitó que se emplace al supuesto verdadero titular del bien, lo que no sería coherente con el argumento de la nulidad evidente. La Sala Civil de Cusco, en decisión del 11 de diciembre del 2023, confirmó la sentencia apelada y recogió tales argumentos.

¿No hubiera sido más sencillo decir que no cabe analizar la nulidad evidente, dado que la asocia-

ción transferente no forma parte del proceso? ¿Es correcto que la Corte Suprema señale que se debe fijar la nulidad manifiesta como un punto controvertido? Pero más dudas surgen: ¿qué sucedía si se la parte demandada formulaba una excepción o se invocaba la presencia del verdadero titular? ¿Allí sí cabría analizar la nulidad evidente?

El enfoque de incorporar a la nulidad manifiesta como punto controvertido ha sido ratificado en un caso chiclayano. Veamos.

En un proceso de otorgamiento de escritura pública, la parte demandada alegó –con pericia en mano– que el título de la parte demandante era nulo. Mediante decisión del 02 de setiembre del 2020, el juzgado de primera instancia incorporó como punto controvertido determinar si el acto que se pretende formalizar adolece de causal de nulidad, otorgándose el plazo a las partes para que “ejerzan su derecho al contradictorio”. El juzgado estimó que sí existía nulidad manifiesta, por lo que declaró nulo el contrato que se pretendía formalizar e infundada la demanda, mediante sentencia del 05 de enero del 2021.

La Primera Sala Civil de Lambayeque, en sentencia de vista del 25 de junio del 2021, confirmó la decisión del juzgado de primera instancia. La apelación básicamente se centró en cuestionar el criterio que advertía que sí se configuraba una nulidad evidente. El procedimiento o mecanismos seguido para tal declaración, en rigor de verdad, no fue cuestionado por la parte demandante. En tal contexto, la Sala Superior señala que es “acorde al marco normativo señalado” (el fundamento 60 de la sentencia del Pleno) que el juzgador fije, a la dilucidación de la nulidad manifiesta, como un punto controvertido.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en decisión del 12 de enero del 2023, desestimó el recurso de casación (Cas. 19666-2021-Lambayeque). Señaló que, conforme al fundamento 60 de la sentencia del IX Pleno, se debe “incorporar como materia controvertida a la validez” del acto que se pretende formalizar (fundamento 7.5). Vale recalcar que, en el recurso de casación, tampoco se habría cuestionado la forma en que se ‘operativizó’ la declaración de oficio de la nulidad evidente. Ergo, la parte vencida, al final del día, no criticó la forma en que se trató la nulidad evidente.

Lo cierto es, sin embargo, que la jurisprudencia reciente no siempre ha considerado que sea necesario fijar la nulidad manifiesta como un punto controvertido. Así lo demuestra un caso huaurino:

En un proceso de desalojo resulta que ambas partes alegaban tener título de propiedad sobre el inmueble sublitís. El demandante, al tomar noticia de la contestación de demanda, solicitó al juzgado que, en aplicación de las reglas del IX Pleno, tramitara la nulidad manifiesta del título de la parte demandada. De hecho, pidió que la cuestión de la nulidad manifiesta se fije como punto controvertido. El juzgado no se pronunció al respecto. Empero, en la sentencia del 28 de marzo del 2019, el juzgado argumentó que el título de la parte demandada no adolecía de nulidad manifiesta, luego de una evaluación superficial del mismo, no teniendo lugar mayores análisis, ya que tal nulidad “no se ha sometido a prueba” (fundamentos 2.15 y 2.16).

La Sala Civil de Huaura, en sentencia de vista del 20 de noviembre del 2019, revocó la decisión, argumentando que el título del demandado sí adolece de ‘invalidz absoluta’, por ser una compraventa donde el vendedor no era dueño del bien materia del contrato. Por ende, resulta nulo por adolecer de la causal de nulidad de objeto jurídamente imposible (art. 219.3 del CC). No obstante, no se declara la nulidad en la parte resolutiva de la sentencia.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación, en sentencia del 09 de agosto del 2022 (Cas. 7692-2020-Huaura). Como se comprenderá, la parte vencida en Huaura alegó que se había violentado la tramitación de la declaración de nulidad manifiesta, puesto que no hubo tramitación del ‘incidente’ de nulidad manifiesta, además que de la supuesta nulidad no fue declarada en el fallo de la sentencia. La Sala Suprema, por su parte, destacó que si bien la nulidad evidente no fue fijada como punto controvertido, sí se llegó a discutir sobre ella, evaluándose los medios probatorios y las alegaciones de las partes. Agrega, además, que la fijación de puntos controvertidos quedó firme, sin que las partes formularan algún recurso impugnatorio contra ella. El fundamento 5.1.3 de esta sentencia en casación resulta de especial interés:

Por consiguiente, no se puede negar que alrededor del tema del título de compraventa como título posesorio de los demandados se generó el debate entre ambas partes y si bien no se incorporó como punto controvertido expresamente, el contradictorio se dio al interior del proceso como se observa de la contestación, absolución de la contestación y correspondientes alegatos, apreciándose que los demandantes actuaron al interior del proceso solicitando expresamente su incorporación como fijación de puntos controvertidos.

Asimismo se aprecia que si bien en la parte resolutiva de la sentencia de vista no se declaró la situación de invalidez del mencionado contrato de compraventa de fecha veintiocho de octubre de dos mil ocho, el considerando duodécimo de la mencionada sentencia, literalmente sí lo hace afirmando: "por lo tanto dicho contrato de compraventa adolece de invalidez absoluta [...] por lo tanto, dicho contrato de compraventa resulta nulo por la causal de nulidad prevista en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil, al tener un objeto jurídicamente imposible".

¿Qué sucede, entonces? ¿Da lo mismo que se siga bien o no el trámite del fundamento 60 del IX Pleno, con tal que se 'discuta' sobre la nulidad manifiesta? ¿Da lo mismo que se declare la nulidad evidente en el fallo de la sentencia, a que se declare solo en la parte considerativa? ¿La regla vinculante 8 del IX Pleno Casatorio Civil resulta inútil o irrelevante?

V. ANÁLISIS CRÍTICO: LOS PASOS A SEGUIR PARA LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD MANIFIESTA

Como se puede apreciar, la jurisprudencia viene experimentando no pocos problemas al momento de tramitar la declaración de oficio de la nulidad manifiesta, además de que las dudas planteadas al final del apartado 3 del presente trabajo, no hallan una respuesta clara en los fallos judiciales. Esta situación, reitero, es comprensible, dado que la doctrina nada ha dicho al respecto.

Hay que procurar, pues, romper con tal silencio. Una aproximación adecuada a las implicancias del fundamento 60 de la sentencia del IX Pleno, puede de empezar con un presupuesto claro y concreto: piénsese en el caso de una demanda de nulidad de acto jurídico, siendo que la causal de nulidad es evidente. Se solicita, por ejemplo, la declaración de nulidad de un contrato de compraventa que supuestamente data del 12 agosto del 2022 y que fue celebrado en Huancayo, porque está acreditado que el supuesto vendedor falleció trágicamente durante la llamada *primera ola* de la pandemia del COVID-19, para colmo, en el extranjero. Se cuenta con los originales de los respectivos certificado migratorio y acta de defunción. En suma, se trata de un caso que puede considerarse como fácil para la parte demandante, puesto que bien podría decirse que se trata de un supuesto de nulidad manifiesta, que se enmarca en el supuesto previsto en el artículo 219.1 del CC.

Ahora bien, pensemos en algunos aspectos básicos de la tramitación de esta sencilla demanda

de nulidad. ¿Las partes podrán presentar pruebas con relación a tal pretensión de nulidad? Obviamente que sí, tanto en la demanda como en la contestación de demanda, las partes ofrecerán sus medios probatorios (arts. 424.9 y 442.5 del CPC). ¿La parte demandada o codemandados podrán formular excepciones? Por supuesto que sí (art. 446 del CPC).

Evidentemente, el juez deberá también proceder al saneamiento del proceso, resolviendo previamente las excepciones que se pudieran haber formulado (arts. 450 y 465 del CPC). A continuación, las partes deberán proponer puntos controvertidos con relación a la pretensión de nulidad, siendo que el juez deberá fijarlos y declarar la admisión o rechazo de los medios probatorios (art. 468 del CPC).

¿Y el punto controvertido podrá ser: "determinar si la compraventa del 12 de agosto del 2022 adolece de la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del art. 219 del CC"? Pues no, no sería posible. Y esto es así por aplicación de la regla vinculante 2 de la sentencia del X Pleno Casatorio Civil: "El juez fijará los puntos controvertidos con precisión y exhaustividad. Los cuales no deben ser una mera descripción de las pretensiones procesales postuladas en el proceso".

El punto controvertido podría ser, por ejemplo, "determinar si el certificado migratorio es genuino", si es que la parte demandada sostiene la falsedad de este documento para alegar que el vendedor sí estaba en Huancayo al momento de la celebración del supuesto contrato. Otro punto controvertido podría ser "determinar si la partida de defunción pertenece a la persona del vendedor", en caso de que la parte demandada alegue que tal documento pertenece, en realidad, a otra persona, por alguna cuestión de homonimia o de error tipográfico en el nombre o número de DNI al momento de redactar la compraventa.

De ninguna manera, vale repetirlo, el punto controvertido puede ser "determinar si la compraventa adolece de la causal de nulidad del inciso 1 del art. 219 del CC", porque tal cosa no pasaría de ser una mera descripción de la pretensión de nulidad.

Llegados a este punto, le hago la siguiente pregunta al amable lector o lectora: si esto sucede en una demanda de nulidad de acto jurídico sencilla, ¿por qué no habría de suceder en el trámite de la declaración de oficio de la nulidad manifiesta? Y es que, así como es posible que una demanda pueda plantear una posible nulidad manifiesta, pues el juzgador también puede hacer tal planteamiento, de oficio.

Para decirlo directamente: el juez, de oficio, incorpora una pretensión al proceso, no un mero punto controvertido. Al contrario, tal pretensión incorporada deberá tener sus propios puntos controvertidos, fijados conforme manda la segunda regla vinculante de la sentencia del X Pleno. Vale aquí recordar aquella doctrina que, a inicios de siglo, criticó la posibilidad de declarar la nulidad manifiesta en el fallo de la sentencia, aseverando que tal cosa solo podría explicarse como una pretensión planteada nada menos que por el juez, cosa que no sería dable en nuestro sistema. Semejante cosa, en cambio, sí sucedía en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, por ejemplo (Ariano, 2003, p. 143).

Dejaré para otra oportunidad las cuestiones –interesantes sin duda– de teoría general del Derecho y de derecho comparado que nos hacen notar que nadie debe escandalizarse por el hecho de que el principio de iniciativa de parte tenga una excepción. Aquí solo diré lo siguiente: la protección de la vida y la libertad humanas tienen límites, por no decir auténticas excepciones, como lo son la consagración del aborto terapéutico (art. 119 del Código Penal y de la cadena perpetua (art. 22 del Código Penal). La presunción de inocencia, para continuar con los ejemplos de grandes principios que –obviamente– tienen sus naturales excepciones, encuentra una gran restricción en la detención preliminar, que se puede llegar a dictar “sin trámite alguno” (art. 261 del Código Procesal Penal). En este contexto, resulta claramente insostenible pretender considerar que el principio de iniciativa de parte no pueda conocer excepciones. De igual forma, vale aquí dejar dicho que las referencias al derecho italiano resultan poco pertinentes, simplemente porque el codificador itálico prescinde por completo de la categoría de la nulidad manifiesta como parámetro para la actuación oficiosa del juez en el campo de la nulidad. La valoración de intereses en juego en el campo de la invalidez, por ende, resulta diferente entre ambos ordenamientos¹¹.

Regreso al ejemplo propuesto: ¿se encuentra una buena razón para que el tratamiento de la nulidad de la compraventa, 12 de agosto del 2022, sea diferente si es que se plantea vía demanda o vía aplicación del trámite de la nulidad manifiesta? A decir verdad, la respuesta resulta evidentemente negativa. Sigamos con el razonamiento con base en dicho ejemplo.

Escenario 1: un sucesor del supuesto vendedor presenta la demanda de nulidad contra la compraventa. Aquí, como ya sabemos, las partes aporta-

rán sus medios de prueba y podrán formular excepciones, el juzgador podrá sanear el proceso y las partes formularán sus puntos controvertidos y se procederá al saneamiento probatorio.

Escenario 2: un sucesor del comprador presenta una demanda de otorgamiento de escritura pública. Aquí el juzgador podría –qué duda cabe– advertir la posible nulidad manifiesta y activar el trámite del fundamento 60 de la sentencia del IX Pleno. Conforme a tal fundamento, las partes podrán aportar pruebas y formular excepciones en torno a la posible nulidad evidente.

¿Por qué en ambos escenarios tendría que haber una diferencia de trámite de cara a la nulidad? Pues por ninguna razón. Una elemental aplicación del principio de igualdad hace que la posición de las partes tenga que recibir el mismo tratamiento de cara a la posible nulidad. No se vaya a decir, obviamente, que el escenario 1 es un proceso de conocimiento, en tanto que el escenario 2 es un proceso sumarísimo, por lo que se justificaría la diferenciación. Esta es una diferencia meramente formal, no sustancial, ya que en ambos escenarios estamos ante el mismo supuesto de posible nulidad manifiesta. Sería inaceptable decir que ambos escenarios merecen un trato diferenciado por el mero hecho de que alguien demandó primero. Cabe aquí recordar lo que ha indicado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente:

La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indiferenciación) (STC 0374-2017-PA/TC, fundamento 14).

Si observamos con cuidado, advertiremos que estas consideraciones resultan respaldadas por la propia sentencia del IX Pleno, en su fundamento 58: es un “contrasentido” que una posible nulidad manifiesta tenga que ser analizada en un “proceso a parte” cuando tranquilamente se puede analizar en conformidad al trámite del fundamento 60. Ergo, la posible nulidad manifiesta es incorporada por la judicatura como una nueva pretensión y merece tratársele como tal. Así de simple.

Entender que la nulidad manifiesta no entra como pretensión, sino como ‘punto controvertido’, solo

¹¹ Véase el Nuevo Comentario del Código Civil peruano (2021), en el mismo tal situación ya fue advertida.

genera una completa confusión con los siguientes problemas operativos. De hecho, tal entendimiento ni siquiera encuentra respaldo en el texto del CPC:

- a) Conforme al tenor del fundamento 60 de la sentencia del IX Pleno, ¿las excepciones actúan como defensa frente a la demanda o frente a “puntos controvertidos”? La respuesta es evidente, carece de sentido la idea de una ‘defensa’ contra los “puntos controvertidos”. “¿Me defiendo contra puntos controvertidos?”. La pregunta es absurda. Este sinsentido se advierte al tomarse en cuenta que caben excepciones sobre la nulidad evidente.
- b) Si el juez advierte la posible nulidad evidente antes de la sentencia –cosa que la sentencia del IX permite–, tendría que ‘desfijar’ los puntos controvertidos, para ‘fijar’ uno nuevo. Pero dado que sobre la nulidad manifiesta cabe también plantear excepciones, entonces lo cierto es que debe ‘revertirse el saneamiento’ para reabrir un debate sobre tales excepciones. Puntos controvertidos ‘desfijados’ y ‘saneamiento revertido’ son, qué duda cabe, galimatías sin sustento legal.
- c) Conforme manda el artículo 468 del CPC, la fijación de puntos controvertidos se hace simultáneamente con la declaración de admisión o rechazo de medios probatorios. Empero, si se persiste en considerar que la nulidad manifiesta entra al debate como un punto controvertido, se debe desobedecer el citado artículo, al establecer primero el dizque punto controvertido para luego proceder al debate probatorio. Tenemos, pues, una violación evidente al principio de preclusión procesal.

Todo se hace mucho más sencillo, en cambio, si entendemos que la nulidad manifiesta es incorporada como una pretensión más por la judicatura, significando una normal y natural excepción al principio de iniciativa de parte. Veamos:

- a) Cuando el juez advierta ‘la posibilidad’ de solucionar el caso con base en la nulidad evidente, procederá a incorporar la pretensión de nulidad, iniciando así el trámite previsto en el fundamento 60 del IX Pleno. El juez solo explica las razones por las que parece ‘posible’ identificar una nulidad evidente. Por consiguiente, en este punto inicial, no corresponde afirmar la existencia de la nulidad manifiesta. Tal cosa no puede hacerse sin el contradictorio correspondiente.

b) El juez incorpora la pretensión de nulidad manifiesta con base en la conexidad que existe con las pretensiones ya en trámite. Se trata, simplemente, de una acumulación objetiva sucesiva, a la luz del artículo 83 y 84 del CPC. Nótese que una interpretación literal del artículo 83 no contradice que el juez pueda ‘proponer’ la posible nulidad manifiesta como pretensión “después de iniciado el proceso”. Por el contrario, la incorporación de oficio de la nulidad manifiesta, como materia controvertida, termina encajando perfectamente con lo dispuesto en el artículo 88.3 del CPC. No se olvide que, conforme al fundamento 58 del IX Pleno, es un “contrasentido” discutir sobre una posible nulidad evidente en dos procesos distintos.

c) La conexidad explica que la pretensión de nulidad incorporada por el juez guarde relación con la solución de la controversia, puesto que el juzgador nunca podría incorporar una pretensión de nulidad que no presente “elementos comunes” con las pretensiones planteadas por las partes en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 del CPC.

Incorporada la pretensión de nulidad manifiesta, las partes pueden ofrecer medios probatorios y formular excepciones respecto de ella. Luego de eso, el juzgado resuelve las excepciones y fija los puntos controvertidos relativos a la nulidad manifiesta, admitiendo o rechazando las pruebas relativas a tal nulidad. Obsérvese cómo todo ‘fluye’ sin problema conforme a los artículos 449 y 468 del CPC.

Los problemas relativos al rol de la segunda instancia también quedan resueltos de forma sencilla:

- a) Si la judicatura superior entiende, a diferencia de la judicatura de primera instancia, que sí hay una ‘ posible’ nulidad evidente, ordenará a la judicatura de primera instancia que incorpore la pretensión de nulidad evidente y la tramite.
- b) Si el juzgado de primera instancia incorporó la pretensión de nulidad manifiesta, pues determinará si la misma existe o no. Esta decisión, claro está, es apelable, correspondiendo a la judicatura superior decidir no ya si cabe incorporar la pretensión de nulidad evidente, sino que simplemente deberá evaluar si tal nulidad está o no presente en el caso concreto.

- c) Qué duda cabe, la decisión misma de incorporar la pretensión de nulidad es apelable, siendo que en este caso la judicatura superior sí podría pronunciarse sobre si cabe o no la incorporación de la pretensión de nulidad evidente. Si no se apela tal decisión, evidentemente el debate en primera y segunda instancia se centrará en si la nulidad evidente está o no presente.
- d) El rol de la Corte Suprema es análogo al de la instancia de apelación. Puede ser que en las instancias inferiores no se haya incorporado la pretensión de nulidad evidente, pero el supremo tribunal puede ordenar la incorporación. De igual forma, dentro de los límites procesales del recurso de casación, la Sala Suprema competente podrá evaluar la validez de la decisión sobre la existencia o no de nulidad evidente, que haya sido adoptada por las instancias de mérito.

La problemática de los terceros también se resuelve fácilmente:

- a) Es claro que si el juzgador es capaz de incorporar la pretensión de posible nulidad manifiesta, esto es que puede generar una acumulación objetiva, pues no debería haber problema en aceptar que puede promover una acumulación subjetiva sucesiva.
- b) Resulta interesante advertir que el texto del artículo 89.1 del CPC no se opone a la idea que se viene sosteniendo: el juez, en virtud de la excepción al principio de iniciativa de parte contenido en el artículo 220 del CC, termina calificando como “un tercero legitimado” para incorporar al proceso la pretensión de nulidad evidente.
- c) Tal como cualquier tercero con interés, que puede formular la demanda de nulidad contra todos los celebrantes del acto jurídico, el juzgador –dentro del marco de la excepción al principio de iniciativa de parte– puede incorporar al proceso la pretensión de nulidad evidente e incorporar al tercero celebrante que no viene formando parte del proceso. Claro está, la intervención de este tercero implicará cuidar su debida notificación con los actuados, sometiéndose al trámite del fundamento 60 de la sentencia del IX Pleno si estima oportuno defender la validez de su acto o negocio jurídico.

Ante el contexto descrito, ya queda claro cómo debiera tramitarse la incorporación de la nulidad

evidente en todos los procesos de cognición. Lo interesante es que, conforme a la reforma de la Ley 31646, el juzgador deberá explicar oralmente las razones por las cuales estima que existe o no la nulidad manifiesta.

¿Qué sucede si, luego de incorporada la pretensión de nulidad evidente al proceso, la parte que se considera afectada, inmediatamente presenta una demanda declarativa, a efectos de solicitar que se declare la validez y eficacia del acto que se pretende cuestionar? Pues una vez incorporada la pretensión de nulidad evidente, nadie puede avocarse a su conocimiento, por simplísima aplicación del artículo 139.2 de la Constitución. Así que el juzgado que ha incorporado la pretensión de nulidad evidente no puede ‘paralizarse’ por las acciones que haga o deje de hacer el que se considere afectado por la posible declaración de la nulidad manifiesta.

Esta cuestión, hay que resaltarla, pone en evidencia la –gran– debilidad de la tesis en favor de entender que la nulidad manifiesta sea tomada como simple punto controvertido. En efecto, si tomamos esta tesis, el que se considere afectado por la posible declaración de nulidad evidente de un negocio, tranquilamente inicia otro proceso vinculado directamente a la validez del acto y paraliza al juzgador que acaba de incorporar el ‘punto controvertido’, alegando la excepción de litispendencia, conforme lo permite el tantas veces citado fundamento 60. Por consiguiente, insistir en que la nulidad manifiesta se analiza como un punto controvertido, no es más que darles armas a los litigantes para ‘inactivar’ el “incidente de nulidad manifiesta” y conseguir que el juzgador se quede ‘atado de manos’ ante la nulidad patente.

Para ir poniendo fin al presente trabajo, pasemos revista a los casos jurisprudenciales ya expuestos:

- a) En el caso tumbesino, se tiene que advertir que el proceso de nulidad previo devino en inocuo en tanto que no se formuló excepción de litispendencia. Nótese que la parte informó al juzgado del proceso de nulidad previo, pero nunca formuló la excepción de litispendencia luego de que el juzgador abriera el ‘incidente’ de nulidad manifiesta. Ergo, no había impedimento procesal alguno para el que el juzgador declare la nulidad manifiesta. Con esto, también, queda ventilada la duda que planteó el voto en discordia sobre la imposibilidad de declarar la nulidad cuando existe un proce-

so previo al respecto. Sebe recordarse que, siempre al amparo del artículo 139.2 de la Constitución, incorporada la pretensión de nulidad evidente, ninguna otra autoridad puede conocer o avocarse a este asunto. ¿Y qué sucede, entonces, con el proceso de nulidad previo? Al no haberse formulado la excepción de litispendencia, es claro que las partes deciden, en conjunto, que el juzgado de la 'nulidad evidente' se haga cargo (en este caso, el juez del desalojo). Analizar con detalle esta cuestión excede los límites del presente trabajo. Prometo al amable lector tratar de ocuparme de este asunto pronto.

- b) El caso moqueguano refleja lo que se viene haciendo en diversas cortes superiores: se incorpora la nulidad manifiesta como punto controvertido, lo que es avalado por ambas instancias. Explicadas las razones para disentir con esta forma de abordar la nulidad, sí debe saludarse que la corte haya declarado la nulidad evidente, sin complicarse demasiado para aceptar que sí había una nulidad manifiesta en el caso concreto.
- c) El caso limeño demuestra los problemas de no advertir que estamos ante la incorporación de oficio de una pretensión de nulidad. Si la primera instancia nada dice al respecto, la Sala Superior sí podría disponer que se incorpore la pretensión de nulidad evidente, a efectos de que el juzgado la trámite. Queda claro, entonces, que el juzgador superior no puede afirmar que existe la nulidad si es que antes no se realizó el contradictorio correspondiente. Si incorrectamente la judicatura superior afirma que existe nulidad evidente y ordena a la judicatura de primera instancia que evalúe tal nulidad, evidentemente el juzgador debe procurar dar debido cumplimiento al precedente vinculante, tramitando la pretensión de nulidad evidente incorporada por la judicatura superior. Más allá de afirmaciones que puedan constar en los fundamentos de la decisión superior, en casos como este, el juzgado de primera instancia simplemente debe tramitar la pretensión incorporada, siguiendo las directrices del tantas veces mencionado fundamento 60.
- d) El caso cusqueño nos enseña que no cabe olvidar el principio de pluralidad de instancias. La incorporación, la tramitación y la declaración de nulidad evidente son cuestiones que deben discutirse en dos instancias, nunca en una sola. Y los jueces cusque-

ños, al final del día, terminan dando en el blanco: por supuesto que es viable declarar manifiestamente nulo el negocio donde intervienen terceros. Claro, como ya se ha dicho, toca incorporarlos debidamente. Sobra decir que no estamos de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema recaída en este caso cuando avala la tesis de incorporación de la nulidad evidente como punto controvertido.

- e) El caso chiclayano nos invita a reflexionar sobre el rol de la defensa en la tramitación de la nulidad evidente. Hemos dicho que la doctrina dejó, en este tema, abandonada a la jurisprudencia. Se supone, sin embargo, que también es el rol de los abogados contribuir con la judicatura para lograr la adopción de mejores decisiones. No es dable, entonces, que la defensa de la parte afectada con la nulidad evidente solo centre sus esfuerzos en desvirtuar o no la presencia de la nulidad manifiesta, que es una cuestión de fondo. Debe también verificar si la forma de la tramitación es adecuada o no, y es que no cabe olvidar que caben también defensas de forma en dicha tramitación.
- f) El caso huaurino nos demuestra que, juríprudencialmente, las cosas están un tanto lejos de ser claras con relación al trámite de la nulidad evidente. Por un lado, si bien se considera que la nulidad evidente debe fijarse como punto controvertido, ello no se considera como indispensable o necesario. Lo importante sería tan solo que haya debate y discusión sobre la nulidad antes de que el juzgador la declare. Ahora bien, la decisión suprema en este caso resulta muy preocupante, porque se considera irrelevante que se haya declarado o no la nulidad evidente en la parte resolutiva o en los fundamentos. Esta diferencia, como ya se ha expuesto, resulta fundamental. No se puede considerar irrelevante la 'modificación' (*overruling*, si se quiere) contenida en la regla vinculante 8 de la sentencia del IX Pleno. El mensaje que da la sentencia en casación –en este caso– es bastante peligroso, ya que compromete la vigencia misma del artículo 400 del CPC: el cumplimiento de las reglas vinculantes de los plenos casatorios civiles es obligatorio, no algo 'opcional'.

Que los cuarenta años del Código Civil sean motivo para meditar sobre el rol de aliado que la doctrina tiene frente a la jurisprudencia. La identifi-

cación de problemas interpretativos relevantes en el campo de la praxis, aunque descuidados en el campo de la teoría, pasa por un saludable diálogo entre el formante doctrinario y jurisprudencial. Pero, ojo, se trata de un diálogo constante, no eventual o esporádico. Por mi parte, espero haber contribuido con algunos granos de arena, al menos, al debate que se espera en torno al *modus operandi* de la declaración de oficio de la nulidad manifiesta. 

REFERENCIAS

- Abanto Torres, J. (2012). La nulidad de oficio declarada por el juez en el Código Civil de 1984. Estado de la cuestión a 76 años de su vigencia. *Actualidad Jurídica*, 219, 25-34.
- (2013). Análisis del precedente vinculante establecido por el Cuarto Pleno Casatorio Civil. *Actualidad Jurídica*, 3, 61-70.
- Ariano Deho, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Jurista Editores.
- Arata Solís, M., Valverde González, M. E., & Cossassa Casanova, S. N. (2016). *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema: Análisis y comentarios críticos de sus reglas* (M. A. Torres Carrasco, Dir.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño Arana, F., y Del Risco Sotil, L. (2016). El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil. En M. A. Torres Carrasco (Dir.). *Los plenos civiles vinculantes de la Corte Suprema: Análisis y comentarios críticos de sus reglas*. Gaceta Jurídica.
- Avendaño Valdez, J., Mejorada Chauca, M., & Morales Hervías, R. (2013). Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de posesión precaria. *Ius et Veritas*, 23(47), 352-358.
- Balcázar Quiroz, J. (2019). IX Pleno Casatorio Civil: nulidad de oficio y el proceso de otorgamiento de escritura pública. Crítica a partir del derecho italiano. *Actualidad Civil*, 66, 105-120.
- Campos García, H. (2016). Breves apuntes respecto de la “nulidad manifiesta” como presupuesto material de su “apreciabilidad” de oficio en el ordenamiento jurídico peruano. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (70), 149-163.
- Cavani Brain, R. (2018). *Teoría impugnatoria*. Gaceta Jurídica.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2007). La nulidad del acto jurídico declarada de oficio por el juez. *Derecho y cambio social*, 4(9).
- Lohmann Luca de Tena, J. (1985). *El negocio jurídico*. Studium.
- (2002). La nulidad manifiesta. Su declaración judicial de oficio. *Ius et Veritas*, 12(24), 56-63.
- Morales Hervías, R. (2012). La inconsistente declaración de oficio de la nulidad del contrato en el Código Civil peruano de 1984. *Actualidad Jurídica*, 219, 13-23.
- Ninamanco Córdova, F. (2014). *La invalidez y la ineficacia del negocio jurídico en la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica.
- Quesnay Casusol, J. (2015). El Cuarto Pleno Casatorio Civil y la indiferencia hacia el Derecho de Contratos. *Ius: Revista de Investigación Jurídica*, 10, 1-14.
- Rubio Correa, M. (1989). *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Tantaleán Odar, R. (2014). *Nulidad del acto jurídico. Problemas casatorios*. Gaceta Jurídica.
- Torres Vásquez, A. (2001). *Acto Jurídico* (2da. Edición). IDEMSA.
- (2017). Nulidad declarada de oficio. IX Pleno Casatorio Civil. *Lex*, 19(15), 127-147.
- Vidal Ramírez, F. (1989). *El acto jurídico en el Código Civil peruano*. Cultural Cuzco.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Cuarto Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de agosto de 2012, Casación 2195-2011-Ucayali (Perú).
- Loi Instituant de nouvelles règles de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code de procédure civile. Decreto 71-74, 09 de septiembre de 1971, Journal Officiel de la République Française (Francia).

Noveno Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, 09 de agosto de 2016, Casación 4442-2015-Moquegua (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de marzo de 2022, Casación 648-2020-Cusco (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 09 de agosto de 2022, Casación 7692-2020-Huaura (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 03 de mayo de 2023, Casación 19666-2021-Lambayeque (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de la República, 02 de diciembre de 2021, Sentencia 141-2021-JCPI (Perú).

Texto Único Ordenando del Código Procesal Civil. Resolución Ministerial 10-93-JUS, 28 de julio de 1993 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de enero de 2021, sentencia recaída en el Expediente 225-2017-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 10 de agosto de 2021, sentencia recaída en el Expediente 00374-2017-PA/TC (Perú).

LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS: ¿BIPARENTALIDAD O MULTIPARENTALIDAD?

THE SOLUTION TO THE CONFLICT BETWEEN THE FACETS OF THE RIGHT TO KNOW ONE'S PARENTS AND TO BE CARED BY THEM: BIPARENTALITY OR MULTIPARENTALITY?

Alex Plácido Vilcachagua*
Universidad del Pacífico

This article examines ten cassation rulings from the Supreme Court of Justice of Peru, showing a preference for two-parenthood in paternity disputes. The decisions privilege the static identity of the child, based on his right to know his biological parents according to the 'Convención sobre los Derechos del Niño'.

Despite occasional recognition of dynamic identity, multiparenting has not been considered by the courts. The decision criteria include DNA testing and possession of family status.

The article recommends that the peruvian Judicial Power consider multiparenthood as an extension of the right to identity and parental responsibility, proposing its formalization in the civil registry to benefit the best interests of the child.

KEYWORDS: Biparenting; filiatory identity; multiparenthood; children's rights; state possession.

Este artículo examina diez sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia del Perú, mostrando una preferencia por la biparentalidad en disputas de paternidad. Las decisiones privilegian la identidad estática del niño, basada en su derecho a conocer a sus padres biológicos según la 'Convención sobre los Derechos del Niño'.

A pesar del reconocimiento ocasional de la identidad dinámica, la multiparentalidad no ha sido considerada por los tribunales. Los criterios de decisión incluyen la prueba de ADN y la posesión de estado de familia.

El artículo recomienda que el Poder Judicial peruano contemple la multiparentalidad como una extensión del derecho a la identidad y la responsabilidad parental, proponiendo su formalización en el registro civil para beneficiar el interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: Biparentalidad; identidad filiatoria; multiparentalidad; derechos del niño; posesión de estado.

* Abogado. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en los Departamentos Académicos de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad San Ignacio de Loyola (USIL), Universidad del Pacífico (UP). Contacto: aplacidov@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 8 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En el caso de la filiación por naturaleza, se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica de la identidad filiatoria, vale decir que quien ha procreado no es quien está criando. En su momento se explicó que “será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria dinámica que no se corresponde con aquél [sic]” (Plácido, 2018, p. 38). Por ello, y en consideración a las previsiones de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se señaló que:

Durante la corta edad –por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase ‘desde que nace’–, el interés superior del niño se centra en el conocimiento del origen biológico, en su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a ‘preservar’ la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que otorgue el interés superior del niño a una u otra faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42)

Este punto de vista se desarrolla en las decisiones del Poder Judicial, donde en la mayoría de los casos se prefiere la verdad biológica, aunque no en pocas ocasiones se valora la verdad afectiva. Así, en el Tema 2 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima, se formuló la pregunta: “¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o la dinámica (afectiva)?”, acordándose lo siguiente:

En los procesos de filiación, en los que se encuentren enfrentadas la identidad estática y la identidad dinámica, la solución del caso dependerá del grado de afecto que se haya generado entre el hijo y el padre de crianza, de tal manera que no existe una solución única sino que dependerá de cada caso en concreto. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022)

De esta manera es que en las definiciones judiciales se impone siempre una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial, es decir, solo un padre y una madre para un mismo hijo. Esto se comprueba en el referido Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se argumenta que:

En efecto, es común que en las audiencias cuando el Juez se entrevista con los hijos, lo cual por cierto resulta ser un imperativo, pues

recuérdese que es importante conocer la opinión del menor; los hijos que han mantenido una relación muy cercana con sus padres de crianza y no con sus padres biológicos, por lo general expresan su intención de querer seguir teniendo como padres a aquellos y seguir llevando su apellido; en cambio existen otros casos, en los cuales no obstante haber sido reconocidos por los padres de crianza, sin embargo no han generado un lazo afectivo con los mismos, y expresan su deseo de querer generar un vínculo con su padre biológico al cual recién conocen. Asimismo, existen hijos que no obstante haber sido reconocidos por personas con las cuales no les une un vínculo biológico, sin embargo nunca se han vinculado con los mismos, y desean de todas maneras vincularse con su padre biológico. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022)

Sin embargo, en algunos casos de impugnación de paternidad se comprueba la concurrencia de padres biológicos y padres afectivos con quienes el hijo ha mantenido o mantiene contacto personal de alguna manera. Seguramente, estas situaciones serán resueltas de acuerdo con los criterios de la Casación 4976-2017-Lima que, a nuestro criterio, constituye el primer caso de multiparentalidad sometido al Poder Judicial. En este caso, a pesar de que el menor reconoce a ambos como sus padres, la solución favoreció la verdad biológica, desconsiderando la dimensión afectiva.

En este caso, y conforme se expone en el fundamento jurídico octavo de la mencionada resolución, el menor fue reconocido por el señor Carlos Alberto Zegarra Cuba, ello bajo la creencia de ser su hijo. Sin embargo, tal reconocimiento fue impugnado por el señor César Humberto Morán Murga, quien demostró ser el padre biológico mediante una prueba de ADN. Por su parte, la madre, la señora Roxana Pierina Oviedo Bedoya, le señaló al menor que el señor César Morán era su padre, permitiendo la convivencia con él durante las visitas que realizaba, al mismo tiempo que consintió que mantuviera una relación parental con el señor Carlos Zegarra.

En este contexto, el fundamento jurídico décimo primero expone lo siguiente:

En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde)

coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas. (Caso 4976-2017-Lima, 2018)

De otro lado, y respecto de la valoración de la opinión del menor, se señaló que:

Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. (2018)

De esta manera, se comprueba que en la decisión judicial ni el padre afectivo ni el padre biológico fueron adecuadamente involucrados; no obstante, las circunstancias aconsejaban una solución de integración en aras del interés superior del niño en este caso concreto. Precisamente, esa solución de integración es la multiparentalidad. Ante la pregunta de por qué siempre se responde desde la biparentalidad en situaciones en las que está presente la multiparentalidad –y, al contrario, esta última es desconsiderada o pasa inadvertida–, la respuesta se encuentra en la propia organización legal de las relaciones paternofiliales, que se basan en el principio binario o de doble vínculo filial, según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno.

No obstante, en estos casos particulares, la multiparentalidad permitirá involucrar a los padres biológicos y a los padres afectivos en el cuidado del hijo. Su consideración va a distorsionar las relaciones jurídicas originadas de la identidad filiatoria por naturaleza que –como se ha precisado– están estructuradas sobre la base de la biparentalidad. Esto impondrá la necesidad de redefinirlas, destacando los roles de coordinación que padres biológicos y padres afectivos deben asumir en la crianza y desarrollo del hijo, pudiendo recurrirse, de ser necesario, a un coordinador parental para tal efecto. Se está ante un contexto en el que se debe resguardar el ‘triángulo afectivo’ en el que se encuentra el niño, pues resulta más beneficioso para este.

Conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a conocer libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres. Asimismo, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos y a preservar la identidad de sus relaciones familiares. De acuerdo con ello, es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria.

Estos derechos del hijo a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, lo que incluye preservar la identidad de sus relaciones familiares, constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria:

Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención). (Plácido, 2018, p. 57)

De ello se concluye que “el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria” (Plácido, 2018, p. 58), por lo que esta identidad no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

En ese sentido, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos, entonces resulta evidente que, en su determinación, al igual que en las relaciones paternofiliales que se derivan de ella (responsabilidad parental) deben considerarse ambas facetas. Por lo tanto, el sistema jurídico tiende a su coincidencia, de modo que quienes hayan procreado al hijo (padres biológicos) sean quienes se encargan de su cuidado (padres afectivos).

Sin embargo, ¿cómo se debe determinar la identidad filiatoria y la responsabilidad parental cuando ambos aspectos no coinciden en una misma persona? Es decir, si la condición de padres biológicos y padres afectivos no recae en las mismas personas, ¿cómo se definen las relaciones paternofiliales? La realidad judicial informa la preeminencia del vínculo biológico sobre el vínculo afectivo cuando no hay esa coincidencia. Como exponen Grosman y Martínez Alcorta:

Una de las ideas más enraizadas en la sociedad es que el cumplimiento del rol parental y el afecto que requiere el desarrollo de esta

función sólo [sic] puede tener lugar plenamente cuando existe un lazo biológico. El simbolismo de la sangre, como vehículo que une a las generaciones y transporta la esencia de las personas, es la fuente del amor. Indudablemente, se reconocen otros nexos y emociones, pero la sangre aparece como la máxima garantía de lealtad, la que presta confianza de que el niño será debidamente cuidado. (2020, p. 164)

No obstante, se viene imponiendo la idea de que la crianza marca el desarrollo del hijo y que, por ello, el aspecto afectivo resulta de mayor relevancia que el biológico. Las mismas autoras señalan:

Como reacción al enfoque meramente biológico, en la década de 70 comienza a elaborarse la idea de la parentalidad psicológica y social. En esta postura se enrola la obra de Anna Freud (psicoanalista), quien con Joseph Goldstein (jurista) y Albert J. Solnit (psiquiatra) defienden el criterio de que únicamente la función parental asumida en los cuidados cotidianos del niño puede definir al 'padre psicológico', verdadero padre del niño. Para esta teoría cualquier adulto puede convertirse en un 'padre psicológico', dependiendo ello de la calidad de la interacción, día a día, del compañerismo y del compartir experiencias. Este rol puede ser cumplido por el padre biológico, por el adoptivo o por otro adulto, pero nunca por alguien ausente, inactivo, sea cual fuere el lazo biológico o legal. Por consiguiente, los lazos de filiación vistos como 'los derechos de la sangre', ya no son considerados necesariamente y en todos los casos correspondientes al interés superior del niño. (2000, p. 164)

Sin embargo, si la identidad filiatoria comprende esos dos aspectos y su determinación incide directamente en las relaciones paternofiliares, ¿por qué no integrar ambas facetas en la solución jurídica, especialmente cuando se comprueba que el hijo ha mantenido o mantiene una vinculación tanto con sus padres biológicos como con sus padres afectivos? De ello se trata la multiparentalidad.

En estos casos, el interés superior del niño exige preservar el 'triángulo afectivo' en el que se encuentra, en tanto este le resulta más beneficioso. Como explica Bossert (2009), refiriéndose a la situación del adoptado frente a sus padres biológicos y padres adoptivos:

El mantenimiento del 'triángulo afectivo', a que he hecho referencia, procede cuando no hay circunstancias que demuestren que resultaría perjudicial para el menor, como, por ejemplo, la pretensión de revinculación con éste [sic]

que formula el progenitor que lo abandonó y se desentendió de él sin razones justificantes y desarrolla una vida de vicios o delitos.

Es decir, a la fórmula jurídica amplia, realista, de carácter humano, de mantenimiento de trato con la familia biológica, también debe aplicársele el principio del interés superior del menor y los tribunales evaluarán con realismo y no con abstracciones y fórmulas dogmáticas el posible daño que la presencia del progenitor biológico podría causar en la formación y el espíritu del niño que crece y se educa en el hogar de quienes él considera sus padres.

En definitiva, en este difícil tema de los afectos cruzados por el niño que invocan guardadores y padres biológicos, la jurisprudencia se orienta por soluciones humanas, realistas, que, preservando los nobles sentimientos, tienden a colocar, por sobre toda afirmación dogmática, lo que es mejor para el menor. (p. 91)

La multiparentalidad reconoce que la parentalidad es una construcción social que gira alrededor de dos polos. Por un lado, el principio de la verdad biológica. El niño debe conocer a sus padres en la medida de lo posible, ya que tiene derecho a saber su origen y sin este conocimiento, se vulnera la construcción de su sentimiento de identidad (artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Por otro lado, se da primacía a una definición social de la parentalidad, según la cual el verdadero padre es aquel que se ocupa efectivamente de tal función (artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) (Grosman y Martínez Alcorta, 2000, p. 166).

Ahora bien, ¿se han presentado supuestos de multiparentalidad en nuestra realidad social imperante? La comprobación personal por el patrocinio de procesos legales familiares y la revisión de pronunciamientos judiciales ha permitido advertir casos concretos de multiparentalidad, los cuales son tratados con una visión biparental y sin ninguna consideración del interés superior del niño.

Con la actual solución judicial que desconoce la multiparentalidad, definitivamente para el niño del caso en concreto, su realidad es desatendida y su identidad filiatoria desconsiderada, a pesar de la presencia tanto de un padre biológico como de un padre afectivo, ignorando el deseo manifiesto del niño de establecer y mantener una relación con ambos. Además, ni el padre biológico ni el padre afectivo realizan ninguna coordinación por cuanto las soluciones judiciales no los integran. Por lo mismo, el rol materno juega un papel antagónico al interés superior del niño.

II. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA MUL-TIPARENTALIDAD

Para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta necesario precisar el contenido y alcances del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, esto dentro del marco de la Constitución Política del Perú (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) sobre la filiación y responsabilidad parental. En la eficacia integradora de este último modelo, y ante la ausencia de regulación en el Código Civil peruano (1984), se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional (STC 5854-2005-PA/TC) establece que:

El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. (2005)

Además, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional agrega que:

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula [...] bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente. (2005)

Como se advierte, este proceso implicó determinar si la Constitución y sus preceptos carecen de valor aplicativo inmediato al suponer un mandato al legislador o si, por el contrario, tienen una vinculatoriedad inmediata sin necesidad de mediación del legislador ordinario. En una primera etapa, la Constitución tendría atribuido solamente un carácter programático. Es en la segunda etapa cuando la Constitución está revestida de normatividad, es decir, de verdadera eficacia jurídica directa.

De esta manera, la Constitución es una norma jurídica y sus preceptos gozan de eficacia jurídica, sin desconocerse las limitaciones impuestas por razón

de la naturaleza de la norma que impidan considerarla directamente aplicable, porque la propia Constitución así lo establezca. Como explica Arce y Flores-Valdés (1986), “tanto desde una perspectiva formal como desde una óptica material, la Constitución es verdadera norma jurídica, porque responde en un todo a los requisitos que el derecho objetivo debe reunir”. Por lo que la eficacia jurídica de las normas constitucionales se justifica en sus destinatarios, quienes “son los ciudadanos y los poderes públicos, lo que refuerza la eficacia jurídica de la norma constitucional frente a todos; con sujeción o vinculatoriedad normativa de la voluntad constitucional” (pp. 99-100).

Adicionalmente, por la supremacía de la Constitución sobre todas las normas ordinarias, esta se erige en canon hermenéutico de las demás normas del ordenamiento jurídico. Así, dichas normas no podrán ser entendidas ni correctamente aplicadas en contra de la carta fundamental, sino de manera acorde a sus esenciales contenidos. En esa línea, Balaguer afirma que:

La Constitución ocupa una posición central en el ordenamiento jurídico, en virtud de la cual puede decirse que la relación entre Constitución y normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía. Esta diferenciación nos manifiesta cómo, además, de su condición jerárquicamente superior sobre el resto de las normas, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Una consecuencia de lo anterior, de gran importancia en cuanto a la interpretación jurídica, es la potenciación de la interpretación sistemática sobre cualquier otra técnica. (1997, p. 42)

Siendo así la determinación de los contenidos esenciales de la Constitución, es necesario considerar la aplicación directa de sus preceptos y principios a los casos específicos que se ajusten a ellos, ya sea de forma inmediata –como fuente en sí, de carácter eminente–, o de modo supletorio, en la medida en que contiene principios generales del Derecho.

Según explica García de Enterría, “la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de norma suprema; por lo que, la Constitución tiene eficacia directa y aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico y, con mayor razón, frente a la legislación preconstitucional” (1985, p. 49). El reconocimiento de esta eficacia jurídica directa e inmediata de las normas constitucionales obliga a los operadores jurídicos a una relectura de las disposiciones del Código Civil peruano a la luz de la Constitución. Esto se hace con el fin de

ajustar el concepto y alcance de las instituciones reguladas por el Código Civil o para definir aquellas no contempladas en aquel.

Complementariamente, no se puede omitir mencionar que entre los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú con posterioridad a la vigencia del Código Civil (1984) se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que entonces forma parte del derecho nacional desde 1990.

Sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional (STC 5854-2005-PA/TC) ha precisado, al comentar el artículo 55 de la Constitución, que:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones. (2005)

Sobre la base de las consideraciones precedentes, el Tribunal Constitucional (STC 00047-2004-AI) ha reconocido el rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (2006). En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte del derecho nacional con rango constitucional, siendo un derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable por los órganos jurisdiccionales para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia. Estos derechos deben ser interpretados conforme a dicho tratado internacional de derechos humanos.

III. EL MODELO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE FILIACIÓN Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

El modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental establecido en la Constitución se puede inferir de las siguientes disposiciones:

Artículo 2:

Toda persona tiene derecho

1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
 2. A la **igualdad** ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica o de cualquier otra índole.
- [...]
7. Al honor y a la buena reputación, a la **intimidad** personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste [sic] se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[...]

Artículo 4:

La comunidad y el Estado **protegen especialmente al niño, al adolescente**, a la madre y al anciano en situación de abandono. También **protegen a la familia y promueven el matrimonio**. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

[...]

Artículo 6:

La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables**. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la **naturaleza de la**

filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. (1993) [el énfasis es nuestro]

Así, el modelo constitucional de filiación y de responsabilidad parental responde a la concepción de familia de la Constitución de 1993. La protección de la institución familiar se debe otorgar independientemente de que su origen sea matrimonial o extramatrimonial (artículos 4 y 5). En consecuencia, también se deben proteger por igual a los hijos concebidos y nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Esto implica, en lo que respecta a la determinación de la filiación matrimonial, la relativización del principio *favor legitimatis* que sustenta la presunción de paternidad matrimonial. La promoción dispensada al matrimonio ya no impide la investigación de la filiación del hijo nacido dentro del mismo, con el fin de que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio *favor veritatis*). No es suficiente una determinación meramente formal.

De otro lado y al reconocer expresamente a la identidad como un derecho fundamental a la par que, a la intimidad, el modelo constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2, incisos 1 y 7). Por cierto, en las soluciones que se adopten para resolver el anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio *favor filii* (artículo 4), lo que determina preferir, en principio, el derecho a la identidad del procreado antes que el derecho a la intimidad de los progenitores. (Plácido, 2018, p. 39)

Esto se debe al principio de promoción de la paternidad y maternidad responsable, (artículo 6), que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fin de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público en esta materia. Asimismo, establece “el deber de los progenitores de reconocer al procreado y, consecuentemente, asumir los roles parentales” (Plácido, 2018, p. 39).

Precisamente, comprobar la existencia de un deber constitucional de asumir el resultado del acto procreativo y, consecuentemente, aceptar los roles parentales derivados del principio de promoción de la paternidad y maternidad responsable, destaca que la asunción de la calidad de madre o padre también está ligada a la voluntad de asumir tal responsabilidad. Al respecto, Plácido sostiene que:

Un planteamiento muy alejado del fatalismo acto biológico (de la unión sexual y posterior procreación). Esto es, la paternidad o maternidad relacionada no ya con la biología sino con el hecho volitivo de tener un hijo; se ha dejado al papel, sino de la voluntad en sentido de acto jurídico, al menos a las iniciativas o comportamientos que tienden a crear o a destruir de hecho un vínculo de parentesco.

Lo cual va a tener su reflejo en el concepto mismo de filiación; en otro momento concebido como el elemento central del estado de las personas y a tal título indisponible, deviene cada vez más dependiente de las intenciones y de las voluntades. Aparece así la idea de una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por un imperativo legal. Al mismo tiempo, la filiación se separa claramente de los valores que antes pretendía garantizar. Durante mucho tiempo, su reglamentación tenía como finalidad la protección de las relaciones sociales: el sistema de parentesco se construía para asegurar la protección de la familia nacida del matrimonio, sobre la base de la presunción de paternidad, en la medida en que ésta [sic], a los ojos del legislador, era garante de orden y de paz. Se preocupaba entonces poco de la verdad biológica o de la verdad afectiva, o incluso de la coincidencia entre las dos, no solo porque la primera era poco controlada, sino porque el objetivo del derecho de la filiación se orientaba hacia la defensa del matrimonio. El interés del niño era nacer y quedar legítimo, y la filiación se construía así pues en función y a favor del matrimonio. Cuando esta concepción cede ante el pluralismo de las parejas y el resultado de las reivindicaciones de la autonomía y ante la necesaria no discriminación de los niños, el derecho de filiación deviene cada vez más autónomo y orientado sobre la voluntad humana. (2018, pp. 14-15)

Siendo así, en consideración al principio de paternidad y maternidad responsable, también se exige el cumplimiento del deber jurídico de contribuir a la determinación de la identidad filiatoria, proporcionando la información necesaria para identificar a los progenitores que no quieren atender con las exigencias constitucionales.

Por otra parte, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que están vinculadas con el modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental, son las siguientes:

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribuna-

- les, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.**
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.
- [...]

Artículo 7

1. **El niño** será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde que nace** a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.**
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. (1989) [el énfasis es nuestro]

Es así como se comprueba que en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), y en directa alusión al modelo convencional de filiación y de responsabilidad parental, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a conocer quiénes son o fueron sus padres. Asimismo, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a ser cuidado por ellos, lo que incluye la preservación de las relaciones familiares.

Este “derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos”, reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), así como el “derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares”, en el artículo 8 de la misma (1989), constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria y, consecuentemente, de la responsabilidad parental.

Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención). (Plácido, 2018, p. 41)

De ello se concluye que el concepto de identidad filiatoria, como pura referencia a su presupuesto biológico, no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria, siendo que no siempre coincide con el dato puramente biológico resultante de la procreación.

El principio del interés superior del niño, como se establece en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se convierte en el criterio determinante para optimizar los derechos fundamentales de la infancia. Así, hay situaciones donde el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquel.

En esa determinación debe considerarse el rol trascendental que tiene la afectividad en la trayectoria de vida del hijo. La propia Convención sobre los Derechos del Niño destaca este elemento afectivo en su preámbulo, “reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (1989, p. 8). Cabe resaltar que esto “no sólo [sic] constituye una pauta interpretativa, sino un claro propósito por alcanzar” (Plácido, 2015, p. 217).

Así, pues, la afectividad, en consideración a los derechos del niño, niña y adolescente, tiene una recepción explícita como principio con rango constitucional en el ordenamiento jurídico peruano. Este principio también se aprecia implícito en el artículo 6 de la Constitución (1993) cuando se dispone que “es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los

hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres". Esta descripción, que es la esencia de la responsabilidad parental, encuentra su sustrato en la afectividad, la cual constituye el fundamento de las funciones encomendadas a los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

IV. LA ORGANIZACIÓN DE LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

La organización histórica de las relaciones paternofiliales se ha desarrollado bajo el principio binario, según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. Ello fue así por cuanto en la modernidad "el orden familiar se apoyaba en tres pilares fundamentales: la autoridad del marido, la subordinación de la mujer y la vigorosa dependencia de los hijos respecto de aquél [sic]" (Mizrahi, 2006, p. 57).

Este orden era la esencia de la familia tradicional, donde "las personas se desarrollaban condicionadas para necesitar seguridad antes que amor, sentimiento considerado anormal, peligroso y hasta subversivo" (Mizrahi, 2006, p. 58). Por tanto, el principio binario ponía en evidencia que el criterio biológico e institucional, en consideración al matrimonio, era lo preponderante para la formación de la familia.

El paso de la modernidad a la posmodernidad marcó la democratización de la familia nuclear y, con ello, el reconocimiento de un espacio destinado a la afectividad, sobre la base de la igualdad y libertad. El surgimiento de la familia nuclear permitió aproximar a sus integrantes, permitiendo un vínculo afectivo entre ellos, basado en la solidaridad y cooperación.

En suma, el matrimonio, que antes generaba un vínculo de autoridad marital y carecía en gran medida de contenido erótico, ha sido reemplazado por la pareja conyugal igualada ante la ley y enlazada a nivel sociológico desde una perspectiva amorosa. Esto ha dado lugar a una diversidad de estructuras familiares, incluyendo las familias coparentales, monoparentales, matrifocales y homoparentales (Mizrahi, 2006, p. 78). De este proceso, la afectividad asumió una importancia creciente en las relaciones familiares y, al igual que el criterio biológico e institucional, acabó por ser considerada como digna de atención y reconocimiento efectivo.

Sin embargo, este devenir histórico no se reflejó en la codificación civil relacionada al Derecho de Familia en el ámbito de las relaciones paternofiliales como la identidad filiatoria y la responsabilidad parental. Por un lado, en el caso de la identidad

filiatoria, que tiene su origen en la procreación, se busca una concordancia entre la filiación y la realidad biológica. Es decir, "la búsqueda es al autor del procreado o a la mujer que ha concebido, para traducir al plano jurídico el vínculo natural de la procreación y entonces proclamar en derecho como padres a los que han sido progenitores" (Plácido, 2018, p. 8).

Por otro lado, la responsabilidad parental corresponde a los padres como correlato de la realidad biológica y se considera que ellos tienen una "posición muy favorable para ayudar al desarrollo de la capacidad del niño de intervenir de manera progresiva en las diferentes etapas de toma de decisiones, para prepararlo a una vida responsable en una sociedad libre" (Plácido, 2018, p. 20).

De acuerdo con ello, según la legislación civil, padre o madre es quien procreó, lo que resulta notorio con las modificaciones introducidas al régimen legal de la filiación por la Ley 27048 y la Ley 28457, junto con sus modificatorias (Leyes 29715, 29821 y 30628).

Si bien la legislación actual tiende a buscar una coincidencia más estricta entre los vínculos paternofiliales y la verdad biológica, esto no se logra de manera absoluta debido a dos razones. Por un lado, existen restricciones destinadas a preservar la tranquilidad familiar, basadas en el principio de protección que evita desórdenes en su organización. Así, se contemplan plazos de caducidad para impugnar la filiación, limitaciones de los sujetos legitimados para promoverla, entre otros aspectos. Por otro lado, está la presunción de paternidad matrimonial, que evidencia que esta no se confiere como un efecto de la procreación, sino del propio vínculo matrimonial.

El desmoronamiento de la familia nuclear, cuya nota relevante es la crisis del matrimonio, ha llevado al "reemplazo de las relaciones de subordinación (modelo jerárquico) por otras de corte igualitario (modelo asociativo)" (Cruz, 2007, p. 59). Esto ha significado el cese de la supremacía indiscutida del padre-marido, del rol puramente doméstico de la madre-mujer y de la posición de sumisión de los hijos. Este cambio ha superado las aludidas restricciones históricas que no permiten la coincidencia entre la verdad biológica y el vínculo paternofilial (Mizrahi, 2006, p. 79), y dio paso a una consideración mayor.

Se estima insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, aunque estemos fuera de los supuestos de la figura adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas bio-

logistas extremas. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que el ser humano constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por tanto, constituye una verdad afirmar que la libre investigación de la paternidad en el mundo actual no implica necesariamente imponer dogmáticamente el hecho de la procreación como única fuente de la filiación.

Por supuesto, la búsqueda de la verdad debe ser admitida sin rodeos. Su ocultamiento es un acto de deshumanización, ya que esta verdad tiene un valor estructurante y es deseada inconscientemente por el niño, quien reclama la autenticidad de su esencia filiatoria. Empero, adviértase que existe –al lado de la biológica– otra verdad que no puede ser ignorada: la sociológica, cultural y afectiva, que también construye la identidad de la persona humana.

Ahora la premisa es que el ‘padre’ es aquel que procrea y cría al hijo. En este sentido, la filiación debe buscar la concordancia entre el aspecto biológico, que es estático, y el aspecto afectivo o sociológico, que es dinámico. Estos aspectos concurrentes son los que hacen que la filiación sea un fenómeno natural (Plácido, 2018, pp. 11-12).

V. EL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS

El derecho del niño a conocer a sus progenitores y a recibir cuidado por parte de ellos está expresamente reconocido en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establece que el niño deberá ser “inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (1989).

En el ámbito regional americano, este derecho se relaciona con el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), afirmando que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Por su parte, también está vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1 de la Constitución (1993).

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporciona un concepto preciso de lo que haya de entenderse por ‘el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos’, ni se establece los criterios necesarios para definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que

los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido, teniendo más bien un contenido esencial, susceptible y necesitado de protección.

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo y culmina con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron por el desconocimiento y posterior reconocimiento restringido de la investigación de la filiación, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz (Plácido, 2005, p. 33).

De ello se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos se puede encontrar en la idea de dignidad.

Este derecho supone, ante todo, la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, el contenido esencial protegido en este derecho se concreta en el interés de toda persona a acceder al conocimiento de quiénes son sus padres y que estos asuman su cuidado, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

En ese sentido, el ‘derecho a conocer a los padres’ se centra en la idea de la asunción voluntaria y, en su caso, la determinación jurídica de la paternidad y la maternidad. Siendo que “a partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial” (Plácido, 2018, p. 43). Por otro lado, el ‘derecho a ser cuidado por los padres’ se basa en el principio de que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental por el padre y la madre atiende mejor al interés de los hijos menores –conforme a la previsión del artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Este principio reconoce “la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa; con prescindencia del origen de la filiación” (Plácido, 2018, p. 98).

Siguiendo a Fernández Segado (1994), en cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos no solo es un derecho subjetivo de defensa, sino que, desde una perspectiva objetiva, es también, por una parte, un

derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales (p. 57).

En su vertiente subjetiva, los derechos fundamentales están pensados también para las relaciones entre particulares y, por tanto, son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque en ese sistema solo quiepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público (Peces-Barba Martínez, 1984, p. 624).

Como conclusión lógica de lo anterior se deriva que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial. En segundo lugar, es necesario una protección positivizada –civil, administrativa o penal– que garantice este derecho no solo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

En cambio, desde la perspectiva objetiva, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos viene a constituir un criterio hermenéutico preferente que debe tenerse en cuenta durante el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos también constituye un derecho específico de la infancia que se sustenta en el principio de afectividad –previsto en el sexto párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño– conforme al cual “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” (1989, p. 8). Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, resultando irrenunciable e imprescriptible.

En concreto, estos derechos del niño se desarrollan en las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental respecto de las cuales sus dos facetas les están referidas. Así, el desarrollo del ser humano se produce dentro de un proceso continuo que se inicia con la concepción:

La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un ‘nuevo’ ser genéticamente diferente a sus progenitores (Fernández Sessarego, 1992, p. 21).

De ello se infiere que desde la concepción está presente la faceta estática, la cual se irá acrecentando a través de toda su vida hasta la muerte, sumando, durante el ciclo vital, otros elementos complementarios de la misma. En ese sentido, “a los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad” (Fernández Sessarego, 1992, p. 22).

Entre esos elementos complementarios están las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y que constituyen la esencia de la responsabilidad parental. Esto es, la faceta dinámica que se materializa en el concepto de ‘posesión constante de estado de hijo’, que “es el goce de hecho de determinado estado de familia y se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres” (Plácido, 2018, p. 55).

Precisamente, la faceta dinámica asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que:

La posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar a la persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paternofilial. (Plácido, 2018, p. 56)

Del precepto contenido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) resulta claro que deben coincidir ambas facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. Vale decir que las calidades de progenitores y cuidadores deben recaer en las mismas personas: los padres del hijo. Es a lo que tiende el sistema jurídico con las instituciones de la filiación y la responsabilidad parental, que quienes te han procreado, te cuiden.

VI. EL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS. LA SOLUCIÓN EXCLUSIVA: LA BIPARENTALIDAD

Como se ha indicado, las dos facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, por lo general, coinciden. De este modo, “las calidades de progenitores y cuidadores recaen en las mismas personas. La idea es: quienes procrean, crían” (Plácido, 2018, p. 60).

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal es el caso de la filiación adoptiva o la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; en el primero se privilegia el vínculo social, mientras que en el segundo, la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden. Por ende, se puede advertir que:

La biología no es la única verdad que prima en la identidad filiatoria, sino que ésta [sic] se combina con la cultura, lo social, psicológico. Aquí es donde se conjugan las facetas estática y dinámica que integran la identidad de una persona. Y es en este contexto donde se divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico. (Gil Domínguez *et al.*, 2006, p. 836)

De ello se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. No es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación, pues al lado de la biológica existe otra verdad que no puede ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también forma parte de la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo (Gil Domínguez *et al.*, 2006, p. 837).

En el caso de la filiación por naturaleza, también se presentan situaciones en las que la faceta estática no coincide con la faceta dinámica. En su momento, se explicó que “será el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer ante una identidad filiatoria que no se corresponde con aquel” (Plácido, 2018, p. 38). Por ello, considerando las previsiones del artículo 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se ha señalado que:

Durante la corta edad –por la alusión en el artículo 7 de la Convención a la frase ‘desde que nace’–, el interés superior del niño se centra en el conocimiento de origen biológico, de su identidad filiatoria estática; pero superada esta etapa, ya existe una comunidad de afectos por la crianza entre padres e hijos, por lo que el interés superior del niño se dirige a ‘preservar’ la identidad filiatoria dinámica. Por supuesto, que esto debe tomarse como un postulado general, pues cada caso marcará el peso que otorga el interés superior del niño a cada faceta de la identidad filiatoria. (Plácido, 2018, p. 42)

La determinación del aludido postulado general es el resultado de una ponderación entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria de una misma persona. Para llegar a ella se parte del cuestionamiento al llamado ‘biologismo’ o ‘biologicismo’, donde el respeto por la identidad filiatoria es entendido como sinónimo de identidad en su faz estática, o sea, en lo ‘biológico’.

Quienes defienden una postura ‘biologicista’ a ultranza, como toda perspectiva extrema, es totalitaria y fanática, por lo cual inhibe un elemento básico en las instituciones de familia, su permeabilidad y flexibilidad.

Las familias no son todas iguales, no todos los padres quieren o pueden criar a sus hijos, por lo tanto, no se puede acortar el abanico de posibilidades desde el plano jurídico. De este modo, “hablar de «dogmas» en este campo del derecho significa hacer lugar a una mirada parcializada, acotada o restrictiva y, por ende, inadecuada” (Herrera, 2008, p. 86).

En este sentido, se consideran acertadas las observaciones que a modo de denuncia esbozan algunos autores, quienes destacan que la visión de la identidad personal como sinónimo de identidad biológica deja de lado la faz dinámica y, por ende, se presenta cerrada y errada. Al respecto, Zannoni sostiene que:

El concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir por sí misma la proyección dinámica de la identidad filiatoria. [...] El criterio de la verdad biológica como determinante de la identidad filiatoria implica privilegiar el dato biológico como su presupuesto. Si bien este dato es trascendente, muchas veces resulta insuficiente para captar la dimensión dinámica de la identidad. [...] desde la perspectiva jurídica el ‘quid’ [sic] estriba en saber si el presupuesto biológico puede hacerse prevalecer llegado el caso, aun contra una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél [sic]. (1999)

Conforme a tales criterios, y en alusión a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se sostiene que estas disposiciones:

No impiden que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una 'verdad biológica' considerada apriorísticamente. O que, por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que supla carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica. (1999, pp. 233-234)

El interrogante central para destruir este dogma es bien sencillo: ¿se condice con el principio rector del interés superior del niño apelar al 'biologismo' o 'biologicismo' a ultranza, a fuerza de cualquier situación fáctico-afectiva planteada? La respuesta negativa se impone, máxime cuando en las cuestiones que involucra la filiación de un niño pueden comprometer distintos tipos de relaciones afectivas, donde sea dable analizar en cada caso la calidad de los vínculos forjados. El tipo de lazos entrelazados entre el niño y su familia de origen, pero también el tipo de relación desarrollada entre el primero y la familia cuidadora y de crianza.

Reprochada la postura biologicista extrema, cabe preguntarse cuál es la perspectiva que mejor se condice con el derecho a la identidad filiatoria en sus dos facetas, *so pena* de incurrir en una visión parcializada en la que caen quienes defienden el mencionado 'biologicismo'. Como se suele decir, 'cada caso es un caso', es por eso que la mejor solución en defensa del derecho a la identidad tanto del niño como de los adultos involucrados consiste en sopesar en cada situación concreta cuál de las dos facetas prima.

En palabras del reconocido constitucionalista alemán Robert Alexy (2002), se trata de ponderar derechos, en este caso, vertientes de un mismo derecho. Este autor sostiene que cuando dos derechos fundamentales colisionan, uno de los dos debe ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el derecho desplazado. La colisión de derechos fundamentales no se resuelve en la dimensión de la validez, sino, por el contrario, se dilucida en la dimensión del peso. La solución de la colisión reside en establecer –teniendo en cuenta las circunstancias del caso– una relación de precedencia condicionada, tomando en cuenta el caso se indican las condiciones bajo las cuales un derecho prevalece sobre el otro, pero bajo otras condiciones la cuestión de prevalencia puede ser solucionada de manera inversa. Se trata de lo que este autor llama 'ponderación', la cual nos permite determinar cuál de los intereses "abstractamente

del mismo rango, posee mayor peso en el caso en concreto" (p. 81).

La ponderación permitirá conocer cuál de ellos debe priorizarse en el caso concreto. Acá no se trata de una colisión entre reglas, sino de principios y valores, por lo cual no se habla de opción sino de juicio de ponderación. En otras palabras, no hay una antinomia en el sentido tradicional, sino una tensión donde uno desplaza al otro en una situación particular según "la capacidad argumentativa de cada uno" (Lorenzetti, 1998, p. 198).

En ese sentido, no podrá desconsiderarse el respeto por los lazos biológicos sin tener en cuenta la llamada faceta dinámica de la identidad filiatoria por naturaleza ni dejar de lado las causas por las cuales la familia de origen se desprendió de un hijo, la edad del niño y el tiempo en que este último ha forjado vínculos con la familia cuidadora y de crianza.

Esta perspectiva, asignada por la ponderación particular de las dos facetas mencionadas, es la más equilibrada al respetar todos los intereses en juego, en especial el del niño. Ello en nada se contradice con algún otro derecho fundamental como es el derecho a vivir y permanecer en la familia de origen, que también repercute en el derecho a la identidad de las personas. Así, *a priori* y en abstracto, lo ideal es que todo niño pueda ser criado por su familia de origen. Es decir, que la identidad filiatoria estática y dinámica coincidan. Lo que sucede es que no siempre ello es posible, por lo cual debe darse cabida al cuidado y crianza como un modo de satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia.

En otros términos, en un primer momento los lazos de sangre –y consigo los afectivos que también se tejen con la familia de origen– deben ser priorizados por sobre cualquier otro. Pero ello debe ser revisado y reinterpretado cuando un niño ha sido separado de su familia y ubicado en otro ambiente familiar. Es muy posible que en ese contexto el niño haya entrelazado vínculos afectivos sólidos con otros referentes distintos a su familia de origen, los cuales constituyen a su identidad en su faz dinámica, por lo cual deben ser sopesados al momento de tomar una decisión.

En suma, en abstracto, la balanza se inclina a favor del mantenimiento de los vínculos biológicos, lo cual se condice con el derecho a vivir y permanecer en la familia de origen. Esta prioridad no significa el apego a los vínculos de sangre a cualquier costo, tal como defienden los que se enrolan en la postura 'biologicista'. Es que siempre la faz estática debe ser evaluada junto a la dinámica, *so pena*

de incurrir en una mirada parcial. La evaluación se vuelve compleja cuando la vertiente dinámica compromete a otro núcleo familiar que el de origen, especialmente cuando está en juego la restitución de un niño a su familia de origen, pero este se encuentra viviendo en otro grupo familiar.

Este enfrentamiento, analizado en el caso en concreto, es el que podrá indicar cuál es el mejor interés del niño. En otras palabras, la mayor o menor fortaleza o consolidación de la relación afectiva entre el niño y su cuidador actual constituye uno de los elementos de carácter dinámico de suma relevancia para, en definitiva, resolver el conflicto planteado. Solo de este modo se podrá evaluar o materializar el mencionado principio indeterminado, eje rector en materia de infancia y adolescencia.

Así, por ejemplo, en el caso del hijo de una mujer casada cuya paternidad es atribuida por la ley al marido sin que sea este el progenitor biológico, o en la situación del hijo que es reconocido por quien no es su padre biológico. En ambas circunstancias, el hijo puede mantener en el tiempo una 'posesión constante de estado', ya sea coincidente o no con la verdad biológica.

Para el primer supuesto, ya se ha explicado que:

Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimatis*) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio *favor veritatis*), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio *favor filii*). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad. (Plácido, 2018, p. 61)

En atención a ello, y recurriendo al test de razonabilidad que exige que la restricción se justifique en la promoción de un fin constitucionalmente valioso, se ha expuesto que:

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. (Plácido, 2018, pp. 61-62)

En lo que respecta a la proporcionalidad, esta exige apreciar que la medida restrictiva satisfaga los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Respecto al subprincipio de idoneidad, se ha precisado que:

La restricción sugerida resulta adecuada al fin propuesto. En efecto y siendo que, en el actual sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, resulta idóneo restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimatis*) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio *favor veritatis*) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. (Plácido, 2018, p. 62)

En lo que respecta al subprincipio de necesidad, se ha señalado que:

La limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimatis*) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos. (Plácido, 2018, p. 63)

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto permite observar el grado de afectación de una u otra faceta de la identidad filiatoria y determinar, sobre la base de la comparación de las intensidades, cuándo resulta legítima la restricción de la identidad filiatoria estática o, en su caso, de la identidad filiatoria dinámica. Así, se ha establecido que:

Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimatis*) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*), éste [sic] no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues éste [sic] no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una 'posesión constante de estado' con aquél. Sólo [sic] si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico. (Plácido, 2018, p. 673)

Esta solución encuentra su confirmación en la consideración primordial al interés superior del niño (*principio pro filii*), que exige su protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia por tener mayor importancia en el orden de prelaciones y jerarquías de la Constitución.

En ese sentido, y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria, ello cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, además, el hijo mantiene una posesión constante de estado, la cual coincide con tal verdad biológica.

El camino para encontrar la solución al caso del hijo que es reconocido por quien biológicamente no es un parente es el mismo. También resulta vital comprobar si el hijo ha mantenido en el tiempo una posesión constante de estado, coincidente o no con la verdad biológica. Esta ruta mantiene indemne el principio binario según el cual nadie puede tener más de dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno. En ambas circunstancias, se pondera una u otra faceta que hacen a las relaciones paternofiliales y se plantea la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria, sea o no concordante con la verdad biológica, si se manifestó en el tiempo a través de la posesión constante de estado de hijo con quien, finalmente, quedará como el parente o madre.

VII. EL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS. LA SOLUCIÓN INCLUYENTE: LA MULTIPARENTALIDAD

El postulado general desarrollado hace primar la biparentalidad en las relaciones paternofiliales y se aplica en situaciones de filiación por naturaleza donde la faceta estática no coincide con la faceta dinámica y debe elegirse entre una u otra, debiéndose optar por preferir por esta última si hay una posesión constante de estado del hijo mantenida en el tiempo.

Sin embargo, ¿cuál debe ser la solución si el hijo ha mantenido o mantiene una posesión constante de estado con quienes se dicen ser sus padres o madres tanto biológicos como afectivos? Es claro que, en estos casos, la faceta estática no se contrapone a la faceta dinámica y viceversa; y, al contrario, ellas coexisten y trascienden definiendo la identidad filiatoria del hijo e incidiendo en el ejercicio de la responsabilidad parental de los padres. En tales circunstancias, la solución debe ser una que integre ambas facetas, lo que se conoce como multiparentalidad.

Como se señaló, para el reconocimiento de la multiparentalidad resultaba necesario precisar el contenido y alcance del 'derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos' dentro del marco de la Constitución (1993) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), pues en la eficacia integradora de este –frente al Código Civil (1984) que no la regula– se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Se trata del recurso al principio de eficacia integradora de la Constitución, que es un principio hermenéutico que orienta y canaliza "el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supremo del Estado", haciendo "más operativa y potente la unidad axiológica y teólogica de la Constitución" (García Toma, 2010, pp. 610-612). A partir de ello, con la acción interpretativa de la Constitución:

Se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben aplicarse. En este contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma que es objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella que se adecúa a los fines y valores que cimientan el *corpus* constitucional. (García Toma, 2010, p. 637)

Es verdad que el principio binario de la filiación, que establece que nadie puede tener más de dos vínculos filiales (uno materno y otro paterno), encuentra su base implícita tanto en el primer párrafo del artículo 6 de la Constitución (1993), que menciona el principio de paternidad y maternidad responsables, así como en el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que establece que ambos padres tienen obligaciones comunes en la crianza y desarrollo del niño. La expresión 'ambos padres' en esta última disposición claramente hace referencia a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Sin embargo, dado que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos constituye el contenido de la identidad filiatoria, es importante tener en cuenta que está estática y dinámicamente constituida por el dato biológico y afectivo, respectivamente. Es evidente que estas facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno.

Cuando no se produce esta concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente

con el hijo, sea del lado materno como también del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe incluir todas esas personas. Esto significa que se puede tener más de una persona por el vínculo materno como también por el nexo paterno. Por lo tanto, el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, ya sea materno o paterno, por lo que la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucionales y convencionales.

La evolución mostrada en el desarrollo del principio binario permite apreciar que:

Hace algunas décadas la definición de 'padres' era bastante sencilla. Estaban los padres 'biológicos', a veces denominados padres 'naturales', y los padres 'psicológicos' o 'encargados del cuidado del niño', que eran, por ejemplo, los (padres) que habían adoptado o criado al niño, que le habían brindado la atención necesaria durante su infancia.

Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de 'padres' incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque solo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir, la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate, ya que las definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres 'sociológicos' o 'afectivos' del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño. (Plácido, 2018, p. 7)

Siendo así, la multiparentalidad es una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos; resultándole, por tanto, pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados.

En cuanto a la denominación del instituto, se comprueba el empleo en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada de los términos 'multiparentalidad' o 'pluriparentalidad' para referirse

a una misma realidad. El primero es desarrollado por la jurisprudencia y doctrina brasileña, siendo que refiere a la posibilidad de una múltiple filiación con todos los derechos y deberes a ella inherentes. El segundo es expuesto por la jurisprudencia y doctrina argentina, reconociendo más de dos vínculos filiales con las obligaciones y derechos que del vínculo paterno/materno-filial emanan.

Si bien etimológicamente los prefijos 'multi' y 'pluri' son de origen latino y se emplean en la formación de nombres y adjetivos con el significado de multiplicidad o pluralidad, respectivamente, se opta por emplear el término 'multiparentalidad' por tener mayor arraigo y desarrollo conceptual por la jurisprudencia y doctrina brasileña, ello en el ámbito sudamericano. En Brasil, Villela (1979) fue quien trató el tema de la afectividad a partir de la paternidad, sustentando expresamente que el parentesco no estaba restringido a una cuestión meramente biológica, visto que "la paternidad en sí misma no es un hecho de naturaleza, sino un hecho cultural" (p. 402) [traducción libre]¹. Asimismo, este autor sostiene que "una cosa, en efecto, es la responsabilidad por el acto de La convivencia sexual, que puede dar lugar a un embarazo. Otra, bien distinta, es la que surge de la situación de paternidad" (p.404) [traducción libre]².

Esta diferenciación, que ahora puede parecer simple, fue de gran importancia para explicar las posibilidades jurídicas de un camino diverso al del biologismo que imperaba en ese entonces. El 21 de septiembre de 2016, en un pronunciamiento que consolidó los desarrollos doctrinarios y pronunciamientos jurisprudenciales, marcando la tendencia definitiva en esta materia, el Supremo Tribunal Federal resolvió el Recurso Extraordinario 898.060-Santa Catarina (Brasil) y estableció, con repercusión general, lo siguiente: "La paternidad socioafectiva, declarada o no en registros públicos, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con efectos jurídicos propios" (2016, p. 4) [traducción libre]³.

Por su parte, en el caso argentino se emplea el término 'pluriparentalidad' desde que fue "aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la Comisión Nº 6 Familia: «Identidad y filiación». Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC,

¹ Texto original: A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural.

² Texto original: Uma coisa, com efeito, é a responsabilidade pelo ato de coabitación sexual, de que pode resultar a gravidez. Outra, bem diversa, é a decorrente do estatuto da paternidade.

³ Texto original: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

que es la voluntad procreacional" (Poder Judicial de Tucumán, 2020).

En cuanto a sus antecedentes jurisprudenciales, Herrera y Lamm dan cuenta de que

El primer caso que atribuyó derechos parentales a más de dos padres fue en Louisiana en la década de los 80. Una mujer casada dio a luz a un niño cuyo padre biológico no era su marido. El niño tenía una relación con ambos hombres y el tribunal dijo que ambos eran padres (conf. U.S. Supreme Court, "Michael H. vs. Gerald D", 491 U.S. 110 [1989], [...]).

Más recientemente, y en el contexto de parejas homosexuales, California, Oregon, Washington, Massachusetts y Alaska han permitido la adopción por un tercer padre, de modo que ninguno de los padres biológicos debió renunciar a la responsabilidad parental y la pareja de uno de los padres se convirtió en el padre legal a través de la adopción. (2014, p.451)

Mientras que, en el plano legislativo, estos mismos autores señalan que:

La Family Law Act (SBC 2011) Chapter 25 de Vancouver constituye la primera legislación sobre la materia. En el Estado de California, en EE.UU., el Senado ha aprobado el 2-7-2012 un proyecto de ley que admite la posibilidad de establecer vínculo filial con más de dos personas. Se trata del proyecto de ley 1476, introducido por el senador Leno el 24-2-2012, tendiente a modificar los artículos 3040, 7601 y 7612 del Código de Familia relativos a la filiación y a añadir el artículo 4052.5.

Cabe tener en cuenta que la propuesta legislativa se presentó luego de que una corte de apelaciones de California estableciera que un niño no puede tener tres padres. Véase el caso *in re 'M.C., NºB222241 (Cal. Ct. App, 2d Dist., 6-5-2011)'*.

Por su parte, Delaware y el Distrito de Columbia han adoptado leyes que permiten terceros padres de facto con los mismos derechos y responsabilidades que los padres adoptivos.

Delaware define a los padres de facto y lo considera un parente legal. Consecuentemente, en ese Estado un niño puede tener tres padres.

En el Distrito de Columbia los estatutos referentes a la filiación establecen que la paterni-

dad le corresponde a la persona que consiente la inseminación de la mujer. Un donante de semen también puede ser un parente, pero sólo [sic] si existe un acuerdo por escrito para tal efecto. Así, cuando tres individuos documentan por escrito que están concibiendo un hijo, todos serán padres y el niño podrá tener tres padres. Además, el DC tiene un estatuto para los 'padres de facto' que define cuando una persona que no es un parente legal puede sin embargo obtener la custodia y derechos de visita y tiene la obligación de pagar manutención de los hijos en igualdad de condiciones con los padres legales. Si el niño tiene dos padres legales, esto puede generar en una tercera persona algunos de los derechos de la paternidad. (2014, p. 451) ⁴

Las situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los siguientes elementos: "a) personas que se comportan como parente y madre y otra persona que se comporta como un niño; b) convivencia familiar; c) estabilidad de la relación; y, d) afectividad" (Lôbo, 2008, p. 6) [traducción libre]⁴.

De acuerdo con ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, la convivencia familiar, los cuidados paternofiliales del día a día, el comportamiento asumido en relaciones familiares estables y las conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico. En ese sentido, Madaleno (2017) precisa que:

El verdadero valor jurídico está en la verdad afectiva y nunca sustentado en la ascendencia genética, porque esta, desligada del afecto y la convivencia, solo representa un efecto de naturalización, casi siempre resultado de una casualidad no deseada, resultado de un descuido no deseado y un pronto rechazo. No pueden ser considerados padres las personas que nunca quisieron desempeñar las funciones de parente o de madre, y en todos los modos y acciones se desconectan de los efectos sociales, morales, personales y materiales de la relación natural de filiación.

La filiación consanguínea debe coexistir con el vínculo afectivo, ya que este completa la relación parental. No se puede aceptar una relación de filiación únicamente biológica sin ser afectiva, expresada cuando el niño es acogido por padres que asumen plenamente sus funciones inherentes al poder familiar.

⁴ Texto original: a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade.

Por otro lado, el antepasado biológico de la mera concepción no puede ser considerado padre, simplemente porque proporcionó el material genético para el nacimiento del niño que nunca quiso crear y que nunca cuidó. (pp. 498-499) [traducción libre]⁵

Complementariamente, Brochado y de Lima (2010) constatan la existencia de una dicotomía entre la filiación biológica y la afectiva, en tanto que la convivencia crea lazos de afectividad y deja marcas en la construcción de la personalidad del hijo. Resaltan que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas en su vida, independientemente de los lazos consanguíneos. De esta manera, destacan la esencia de la socioafectividad como punto de partida para la admisión de la multiparentalidad, afirmando que:

Lo que constituye la esencia de la socioafectividad es el ejercicio fáctico de la patria potestad, es decir, es el hecho de que alguien, que no es padre biológico, se compromete a practicar las conductas necesarias para criar y educar a los hijos menores, como es el ámbito de aplicación de la socioafectividad, de construir su personalidad independientemente de los vínculos consanguíneos que generan tal obligación jurídica. Por tanto, en este nuevo vínculo de parentesco, no es la paternidad o la maternidad la que da lugar a la titularidad de la patria potestad y al deber de ejercerla en favor de los hijos menores. Es el ejercicio mismo de la patria potestad, expresado bajo la apariencia de conductas ob-

jetivas como criar, educar y asistir a los hijos, lo que acaba generando el vínculo jurídico de la paternidad. (p.173) [traducción libre]⁶

Así como la socioafectividad marca la personalidad del hijo para su desenvolvimiento en la sociedad, la multiparentalidad tiene el mismo efecto. Aquí, la coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que ambas deben preservarse. Como explica Dias:

La convivencia de los vínculos parentales afectivos y biológicos, más que un derecho, es una obligación constitucional reconocerlos. No hay otra manera de preservar los derechos fundamentales de todos los involucrados, especialmente cuando se trata de dignidad y afecto.

El derecho de un niño, niña o adolescente a que su acta de nacimiento refleje un espejo de su familia constituye un elemento esencial para la formación y desarrollo de su identidad personal, familiar y social. Tu identificación en el mundo es inseparable de quienes forman parte de tu historia, cuyo ADN llevas en tu alma. (2017, p.433) [traducción libre]⁷

De esta manera, el interés superior del niño exige preservar el 'triángulo afectivo' al resultarle más beneficioso. La fórmula judicial para estas circunstancias debe ser amplia, realista y de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

⁵ Texto original:

O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da naturaliza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação.

A filiação consanguínea deve coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar.

Em contrapartida, não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou.

⁶ Texto original:

O que constitui a essência da socioafetividade é o exercício fáctico da autoridade parental, ou seja, é o fato de alguém, que não é genitor biológico, desincumbir-se de praticar as condutas necessárias para criar e educar filhos menores, como o escopo de edificar sua personalidade independentemente de vínculos consanguíneos que geram tal obrigação legal. Portanto, nesse novo vínculo de parentesco, não é a paternidade ou maternidade que ocasiona a titularidade da autoridade parental e o dever de exercê-la em prol dos filhos menores. É o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

⁷ Texto original:

Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los. Não há outra forma de preservar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo no que diz como a respeito à dignidade e à afetividade.

O direito de uma criança ou adolescente ter retratada em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social. Sua identificação no mundo é indissociável daqueles que fazem parte da sua história, dos quais carrega o DNA em sua alma.

En cuanto a los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos que los de la biparentalidad en la identidad filiatoria y en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos, y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria, importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, así como la maternidad biológica y afectiva. Este reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de las madres o padres biológicos y afectivos en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente, debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes.

En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica, en primer lugar, en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno, lo que se verá complementado con los otros elementos. En segundo lugar, el *tractatus* está vinculado al comportamiento del presunto padre, que hace de forma tal presumible su voluntad de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre. En tercer lugar, la fama o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y afectiva, así como de la maternidad en una misma persona, niño, niña o adolescente implica también reconocer el parentesco biológico y afectivo en las líneas paternas y maternas, dentro de los alcances de esta institución.

En lo que se refiere a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común. Esto comprende, por supuesto, los deberes y derechos de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución (1993).

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la volun-

tad y en la coordinación de sus integrantes. Esto en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables y de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones relativas al hijo común, evitando conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Para este propósito, la intervención de un coordinador parental que coadyuve en la formulación de un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común. Este convenio promoverá el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida y tomando en cuenta el interés superior del hijo.

En estos casos, y considerando el principio del interés superior del niño, la participación del coordinador parental resulta necesaria para la creación de los vínculos paternofiliales y la prevención de conflictos de parentalidad. Sus propósitos para la multiparentalidad difieren de sus orígenes dirigidos a la resolución de tales conflictos parentales, Como explica Crespo:

La figura del coordinador de parentalidad surge en los años 90 en Estados Unidos y Canadá para la normalización de las relaciones parentales después del conflicto matrimonial o de pareja, en contextos de grave conflictividad por diversas causas, en la que se hallan implicados los hijos menores. Parte de la base de que, tras la ruptura matrimonial y las decisiones judiciales subsiguientes, surgen cambios en la organización de la vida familiar que exigen de una adaptación precisa y de una leal colaboración entre los progenitores para que las nuevas situaciones afecten lo menos negativamente posible a la estabilidad emocional de los hijos. (2018, p. 89)

El convenio de multiparentalidad, en lo que se refiere a la creación de los vínculos paternofiliales, está dirigido a desarrollar una adecuada estabilidad emocional del hijo. En cuanto a la prevención de conflictos de parentalidad, tiene por propósito

evitar que surjan durante la convivencia parental y a prever su solución en caso de separación parental. Conforme a ello, el contenido del convenio debe seguir las pautas del plan de parentalidad establecido en el Libro II del Código Civil de Cataluña:

Artículo 233-9. Plan de parentalidad.-

1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos.
2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:
 - a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
 - b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
 - c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
 - d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
 - e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
 - f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
 - g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
 - h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.
3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos. (2010)

Los acuerdos a los que arriben los padres biológicos y padres afectivos, con o sin la participación del coordinador parental, deben reflejar la especial consideración al interés superior del hijo. Es esencial considerar la opinión del hijo en la formulación del convenio de multiparentalidad. En caso de ser necesario, dicho convenio podrá ser objeto de revisión judicial para su modificación.

VIII. LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS EN LA JURISPRUDENCIA CASATORIA

Como se señaló, ante el conflicto entre las facetas del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, en las soluciones adoptadas por el Poder Judicial se observa que en la mayoría de los casos se viene prefiriendo la verdad biológica y no en pocas ocasiones, la verdad afectiva. Así, en el Tema 2 del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en Lima, se formuló la pregunta: “¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o la dinámica (afectiva)?”, acordándose lo siguiente:

En los procesos de filiación, en los que se encuentren enfrentadas la identidad estática y la identidad dinámica, la solución del caso dependerá del grado de afecto que se haya generado entre el hijo y el padre de crianza, de tal manera que no existe una solución única sino que dependerá de cada caso en concreto. (2022)

De esta manera es que en las definiciones judiciales se impone siempre una visión biparental al momento de establecer el vínculo paternofilial, es decir, solo un padre y una madre para un mismo hijo. Esto se comprueba en el referido Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, donde se argumenta que:

Para comprobar lo expuesto, se han revisado diez sentencias en Casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Estas sentencias abordan procesos de impugnación de paternidad, especialmente aquellos en los que surge un conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona, con el objetivo de identificar situaciones de multiparentalidad.

IX. CUESTIÓN PREVIA: ¿SE PUEDE PRESENTAR LA MULTIPARENTALIDAD EN CASOS DE DISPUTA DE MATERNIDADES POR NATURALEZA?

El desarrollo del presente ensayo se basa en analizar procesos de impugnación de paternidad en los que existe conflicto entre padres biológicos y padres afectivos respecto de una misma persona, esto con el fin de identificar situaciones de multiparentalidad. Sin embargo, ¿puede surgir ello en casos de disputa de maternidades por naturaleza? La respuesta es positiva desde que se ha expuesto que la multiparentalidad puede derivar tanto del vínculo paterno como materno.

La referencia a situaciones de multiparentalidad en casos de disputa de maternidades por naturaleza permite apreciar su mayor incidencia, no solo respecto del hijo en común, sino también en relación con las madres, biológica y afectiva.

La maternidad por naturaleza queda determinada por dos hechos, biológicamente demostrables: el parto y la identidad de la madre con el recién nacido. De acuerdo con ello, los supuestos legales en los que procede la impugnación de la maternidad son el parto supuesto y la suplantación del hijo. Este último caso surge cuando el hijo, nacido del parto de una mujer, es atribuido a otra que asume los cuidados maternales.

Así, bajo el título 'La sorprendente historia de los padres cuyos hijos fueron cambiados al nacer y se niegan a remediar el error', la periodista Geeta Pandey de la BBC News Mundo informa del nacimiento simultáneo de dos bebés en un hospital de Assam, un estado en el noreste de la India. Se trata de Riyan y Jonait, dos niños nacidos alrededor de las 7 de la mañana del 11 de marzo de 2015 y que "por accidente [...] acabaron en familias que no son las suyas y con perfiles drásticamente diferentes: una es una pareja hindú y la otra musulmana" (Pandey, 2018).

Fue una de las madres la que percibió que el bebé que le entregaron no era el suyo, debido a los rasgos de los ojos que caracterizan al grupo tribal al que correspondía otra mujer que también tuvo un parto en la misma habitación del hospital. De este modo, "tras una larga batalla judicial y con los resultados de ADN que llegaron dos años y nueve meses después, las autoridades ordenaron el intercambio formal, pero los menores se niegan a abandonar a los padres que los estuvieron criando" (Pandey, 2018).

La periodista Pandey describe la afección emocional de las madres y cómo espontáneamente tratan de superarlo:

Para las madres, sin embargo, el debate interno es visible: hay un vínculo evidente con el bebé que criaron. Pero el niño que llevaron en su vientre también tiene un fuerte peso emocional. Cuando los niños crezcan, dicen las familias, podrán decidir por ellos mismos dónde quieren vivir. Por el momento, las familias están tratando de forjar una relación: unirse de manera periódica, convertirse en amigos, y de algún modo ser parte de la vida de su hijo biológico. (2018)

Situación similar ocurrió en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Bajo el título 'Mateo y Liam:

la historia de los bebés intercambiados al nacer que volverán con sus padres en Perú', la BBC News Mundo da cuenta de la situación que viven dos madres, estas son Maribel Musaja y Yovana Vera, cuyos hijos nacieron el 25 de abril de 2016 y fueron intercambiados al momento de nacer. Se informa que:

Maribel y su esposo Marcos Llaique se realizaron un test de paternidad en julio de este año, tres meses después de tener a su hijo. La pareja se realizó la prueba porque tenía dudas respecto a quién era el padre del menor, Marcos o la anterior pareja de Maribel. Para su sorpresa, la prueba reveló que ninguno de los dos tenía lazos biológicos con Mateo. Conocidos los resultados, sólo [sic] había una explicación posible: el menor fue intercambiado en el hospital donde nació.

El día que nació Mateo, otras 11 madres dieron a luz en el hospital Honorio Delgado de Arequipa. Cualquiera de esos menores podía ser el hijo de Maribel y Marcos. En las siguientes semanas, seis de esas madres, junto a sus bebés, aceptaron someterse a la prueba de ADN cuando conocieron que sus hijos biológicos podrían haber sido intercambiados. Entre las seis mujeres que acudieron al laboratorio estaba Yovana Vera, quien llevó en brazos al pequeño Liam.

Las pruebas genéticas determinaron que Liam es hijo de Maribel Musaja y Marcos Llaique, mientras que Mateo es hijo de Yovana Vera. (BBC News Mundo, 2016)

Igualmente, la redacción de la BBC News Mundo describe la afección emocional de las madres y cómo espontáneamente estas tratan de superarlo, siendo que:

La periodista Claudia Beltrán, que sigue el caso para el diario peruano La República, explicó a BBC Mundo que las madres atraviesan momentos muy difíciles dado que ya se encariñaron con los menores que cuidaron y amamantaron durante casi medio año. Beltrán añadió que desde que el lunes se confirmó el intercambio, las mujeres apagaron sus celulares y evitaron cualquier contacto con los medios.

Es más, Miriam Herrera, la fiscal asignada al caso, afirmó el lunes que las madres desearían quedarse con ambos bebés. De acuerdo a lo que informó la autoridad, las dos mujeres manifestaron su tristeza después de que el lunes recibieron la noticia que les confirmaba que sus hijos fueron intercambiados.

Los menores todavía permanecen en los hogares donde fueron cuidados en los últimos me-

ses. De hecho, ni siquiera queda claro si Mateo y Liam seguirán llamándose así cuando sean restituidos a sus familias. No se sabe con precisión cuántas semanas o meses puede durar este proceso. Es difícil imaginar lo que significará para Maribel y Yovana separarse de los bebés a los que durante meses creyeron sus hijos. (BBC News Mundo, 2016)

Se ha tenido acceso al expediente 00686-2016-0-0401-JR-FT-02, seguido ante el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (2016). De su revisión se comprueba que el Ministerio Público propició una investigación tutelar de restitución y protección de los derechos fundamentales de los niños, la cual fue reconducida por el órgano jurisdiccional a una pretensión de nulidad de reconocimiento de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños Mateo Ismael y Liam Aldair a sus madres biológicas.

Conforme al literal b.2 del fundamento jurídico segundo del expediente referenciado, el juzgado consideró improcedente el pedido del Ministerio Público debido a que el “proceso tutelar está diseñado únicamente para proteger o tutelar al niño, niña y adolescente que se encuentra en estado de abandono” (2016), situación en la que no se encuentran los niños del caso. Por lo tanto, de acuerdo con el literal b.3 del fundamento jurídico tercero, se estimó “imprescindible reconducir la pretensión del Ministerio Público a fin de no permitir que el tiempo avance y se hagan más fuertes los lazos afectivos entre las madres y los hijos no biológicos” (2016).

Asimismo, en el expediente se aprecia la solución inicial que propone el juzgado al conflicto entre la faceta estática y dinámica de la identidad filiatura de los niños. Así, en el literal b.4 del fundamento jurídico segundo, se toma en cuenta el vínculo afectivo para vislumbrar las medidas de tutela anticipada:

Han transcurrido casi cinco meses desde el nacimiento de ambos menores, por lo que la adaptación de éstos [sic] a sus nuevas familias no puede ser inmediata sino progresiva, a lo que se suman los lazos afectivos de los padres que deben ser tratados de manera progresiva con regímenes de visitas e incluso terapias colectivas, porque de no hacerlo estaríamos forzando una entrega que podría ser hasta riesgosa para los niños más aún si tenemos en cuenta que obra una acta fiscal en la que los padres no querían entregar a los niños que consideran como hijos, a pesar de conocer que sus hijos biológicos eran otros: en este sentido, para este Magistrado el problema no se soluciona con un simple intercambio, sino

brindando una protección integral a los niños y a sus familias. (Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2016)

A pesar de ello, en el apartado I) del literal b.2 del fundamento jurídico tercero de la resolución bajo análisis se resalta la importancia del vínculo biológico en la determinación de la identidad filiatoria:

De todo lo dicho es evidente que a pesar de que no existe ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional que haya reconocido de manera expresa al derecho a la verdad biológica, nuestros tribunales lo consideran un derecho fundamental por cuanto deriva del derecho a la identidad, derecho que a nivel nacional si ha tenido un reconocimiento. En este sentido, permitir que los niños MATEO ISMAEL y LIAM ALDAIR continúen con una filiación que no corresponde a su herencia genética conlleva una afectación grave al derecho fundamental a la verdad biológica. (2016)

Los protocolos de pericia psicológica de las señoras Yovana Patricia Vera y Maribel Glorinda Musaja Maqqe dan cuenta de la afectación emocional que el intercambio de los bebés y su entrega a sus familias biológicas produce en ellas. Así, en el Protocolo de Pericia Psicológica 023681-2016-PSC de Yovana Patricia Vera, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye que:

Su estado afectivo emocional revela tensión y preocupación respecto de los eventos ocurridos, expresa tristeza e incertidumbre, se muestra afligida durante la evaluación, evidencia desánimo y sensación de hastío, manifiesta lo siguiente: [...] es una pesadilla por lo que estoy pasando ahorita, cómo se han podido equivocar tanto dios mío? [...]. Asimismo, señala lo siguiente: [...] yo me imaginaba que mi hijo era mío porque confiaba en el hospital, ahora me doy con la sorpresa de que el bebé que estaba criando no era mío, no puedo dormir porque sé que ese bebé se va a ir, no puedo ni describirlo como me siento ahorita, tanto que he llorado que no tengo ni una lágrima [...]. Por otro lado, afirma lo siguiente: [...] tengo una angustia sobre la familia a quien se lo voy a entregar a mi bebé, a su verdadera mamá, me preocupa que la señora no lo vaya a querer a mi bebé, por eso pido a la fiscalía que la siga a la señora para saber cómo lo trata a mi pequeño Liam [...]. (2016)

De otro lado, en el Protocolo de Pericia Psicológica 023680-2016-PSC de Maribel Glorinda Musaja Maqqe, practicado por el Instituto de Medicina Legal de Arequipa del Ministerio Público, se concluye:

- Estado afectivo emocional ansioso-depresivo ante sucesos motivo de investigación y al estar preocupada en tener que dejar al bebé que tiene en su poder.
- La examinada se encuentra en una lucha interna en que por un lado desea tener a su verdadero hijo pero por otro la causa preocupación e incertidumbre alejarse del bebé que ha venido criando como si fuera su hijo del cual se ha encariñado llegando a proponer que puede hacer cargo de los 2 bebés. (2016)

El Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emite sentencia el 26 de septiembre de 2016, declarando fundada la demanda de tutela presentada por el Ministerio Público, reconducida a una demanda de nulidad de reconocimiento de maternidad, declaración judicial de filiación y entrega de los niños Mateo Ismael y Liam Aldair a sus madres biológicas. De acuerdo con el fundamento jurídico segundo de la sentencia bajo comentario, la solución anticipada al conflicto, que tomó en cuenta el vínculo afectivo de la identidad filiatoria de los niños, es reemplazada por una postura definitiva del juzgado que pondrá prioritariamente el vínculo biológico. Así, se expone que:

El Tribunal Constitucional ha establecido que: El derecho a la verdad no sólo [sic] deriva de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44 establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre [...]. Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. En ese mismo sentido está lo afirmado por los vocales de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al afirmar que: para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quienes son sus padres. Este último derecho es un atributo de la identidad de toda persona, lo que ha sido regulado en forma expresa en el numeral 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño que a la letra dice: 'El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, o un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en lo mediado de lo posible, a conocer a sus padres y o ser cuidado por ellos'.

Por lo que el derecho a conocer a sus padres biológicos y a ser cuidados por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia que reclama la prevalencia de la verdad biológica sobre la voluntad creadora del vínculo, derecho reconocido incluso en nuestra Constitución Política.

Resulta evidente que no se alcanzaría la paz social si los derechos fundamentales de la persona, como son el de conocer a los padres y ser cuidados por ellos, no son reconocidos y protegidos: la permisibilidad de la investigación paterno filiar permite un cabal ejercicio y protección de tales derechos, más aún si las investigaciones científicas han avanzado de tal modo que pueden otorgar conclusiones decisivas sobre la realidad del nexo biológico, haciendo posible un derecho constitucionalmente protegido como es el derecho a la verdad. (2016)

La conclusión fue difundida en la página web de del Poder Judicial bajo un título que destaca la postura a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria: 'Juez logró que bebés cambiados en hospital vuelvan con padres biológicos'. En esta publicación, se afirma que:

El juez Giancarlo Torreblanca Gonzales, titular del Segundo Juzgado de Familia de Cerro Colorado (Arequipa), logró que las madres de los bebés intercambiados en el hospital Honorio Delgado de Arequipa entreguen voluntariamente a las criaturas para que vuelvan con sus padres biológicos.

Las gestiones se iniciaron el lunes por la tarde cuando los padres y bebés involucrados en este caso llegaron a las terapias programadas por el juzgado de Familia.

En esas circunstancias, bajo la supervisión de psicólogos, el doctor Torreblanca Gonzales persuadió a las progenitoras Maribel Musaja Maqqe y Yovana Patricia Vera para que dieran de lactar a los niños, convenciéndolas para que pasen la noche con sus verdaderos hijos, de manera que pudieran reforzarse los lazos de afectividad. (Justicia TV, 2016)

La respuesta decisiva en este caso de disputa de maternidades, por naturaleza, demuestra la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la faceta estática de la identidad filiatoria. Esto no contribuye al reconocimiento de la multiparentalidad, a pesar de recaer en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

X. CRITERIOS JUDICIALES PARA IMPONER LA VISIÓN BIPARENTAL EN CASOS DE DISPUTA DE PATERNIDADES POR NATURALEZA

La revisión de las diez sentencias en casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República demuestra una marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad. Se aprecia la negación de la existencia de la multiparentalidad en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

A. Casos en los que se impuso la biparentalidad: privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstan-

cias de cada caso para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria. Esta solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza fue reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, el cual fue realizado en Lima los días 3 y 4 de noviembre de 2022, a propósito del Tema 2 sobre la temática de 'la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación', se dice que:

En los procesos de filiación, ya sea en los que se pretende el reconocimiento de la paternidad o en los que se impugna la paternidad, pues es muy común que en los mismos, la prueba determinante sea la prueba de ADN, en base a la cual se suele resolver dichos conflictos. (Centro de Investigaciones Judiciales, 2022)

En la siguiente tabla se presentan estos casos:

Tabla 1: Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación 2151-2016-Junín	Elías Antonio Mallqui Venturo (demandante) Rossi Janeth Figueroa Baltazar (demandado).	Se acreditó que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente reconoció. No se argumentó la existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.
Casación 2726-2012-Del Santa	Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales (demandados).	Se acredító que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatriunal de una mujer casada. El marido de la madre asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor, quien identifica como su padre al demandante. Ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, en períodos distintos de su vida. Se considera acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.
Casación 04976-2017-Lima	César Humberto Moran Murga (demandante) Carlos Alberto Zegarra Cuba y Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (demandados).	Se acredító que el demandante es el progenitor biológico del menor, quien lleva el apellido del demandado que lo reconoció y a quien reputa como su padre. No obstante, ambos padres, el biológico y el afectivo, se han encargado de las necesidades y atenciones del niño, se considera conveniente para el menor que su identidad dinámica coincida con su identidad biológica y que el juez debe atender a lo que más favorezca al menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.
Casación 2236-2017-Lambayeque	Nemecio Tocto Cruz (demandante) Adela Socorro Ramírez Huancas (demandada).	La prueba de ADN no se llevó a cabo debido a la negativa de la parte demandada a someterse a ella, lo cual fue considerado como un indicio en su contra. Además, se valoró la verosimilitud de las afirmaciones del demandante, quien identificó al presunto padre biológico del menor y presentó una demanda de divorcio contra la madre por la causal de adulterio. Se argumentó también la inexistencia de una posesión constante de estado de familia entre el demandante y el menor.	El reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

Fuente: Elaboración propia a partir de las Casaciones 2151-2016-Junín; 04976-2017-Lima; 2726-2012-Del Santa; y 2236-2017- Lambayeque.

En estos casos, se expone que la primacía de la faceta estática de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta última precisa que el hijo "será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos" (1989).

Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento. Por lo tanto, en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. Siendo así, en caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera por guardar relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: (i) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de un presunto padre; y (ii) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de dos presuntos padres. Ambas circunstancias se verán en adelante.

En primer lugar, en el grupo (i), aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de un presunto padre**, se tiene como referencia a la Casación 2151-2016-Junín y la Casación 2236-2017-Lambayeque, previamente presentadas (revisar Tabla 1).

En ambas casaciones, se evidencian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales, estos son: (i) la impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento; y (ii) la inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor. Sin embargo, ambas también muestran diferencias en cuanto a la existencia o no de posesión de estado de familia entre el demandante y el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad por quien practicó el reconocimiento, en ambos casos se admitió que la normativa actual del Código Civil peruano contiene restricciones ilegítimas al derecho a la identidad. La Casación 2151-2016-Junín, sobre impugnación de la paternidad extramatrimonial, se pronuncia sobre el artículo 395 del Código Civil, el cual postula la irrevocabilidad del reconocimiento. En ese sentido, se señaló que:

No podría negarse el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva para dar solución a la discordancia entre la voluntad declarada de un hijo extramatrimonial, de quien no conocía que no era realmente su hijo y la verdad biológica determinada mediante la prueba de ADN a efectos de establecer el vínculo filial del menor. Es entonces en dicha circunstancia en la que se cuestiona el acto de reconocimiento voluntario en que la voluntad inicial del declarante, en la creencia de que el reconocido era realmente su hijo, cuando en realidad no era el padre, se advierte que el artículo 395 del Código Civil restringe el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, así como el derecho a la identidad del menor que justifica que conozca a su verdadero progenitor, cuando se haya demostrado que no existe nexo biológico entre el demandante y el menor. (2018)

Por otro lado, en la Casación 2236-2017-Lambayeque, sobre impugnación de paternidad matrimonial, se precisó la ilegitimidad de los artículos 364 y 400 del Código Civil. Estos artículos establecen un plazo de caducidad de 90 días desde el parto para impugnar la paternidad matrimonial, y desde que se tuvo conocimiento del acto para impugnar la paternidad extramatrimonial, respectivamente. Así, se argumentó que:

Esta Sala Suprema considera adecuada la inaplicación de los artículos 364 y 400 del Código Civil, pues una interpretación restrictiva de los mismos importaría la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho de filiación, su nombre y la identidad, así como la posibilidad de pertenecer a una familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, y el derecho del padre y de la madre a que se reconozca y ejerza su paternidad. (2018)

En relación con la inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor, en ambos casos se consideró la primacía de la verdad biológica sobre la voluntad declarada por quien desconocía dicha realidad. En la Casación 2151-2016-Junín, se demostró con la prueba de ADN que el demandante no es el progenitor biológico del menor que voluntariamente había reconocido.

En cambio, en la Casación 2236-2017-Lambayeque, aunque no se pudo demostrar directamente la verdad biológica debido a la negativa de la parte demandada de someterse a la prueba de ADN, esta conducta procesal fue valorada como un indicio en su contra que. Este indicio, sumado a la verosimilitud sobre la no paternidad del demandante, la indicación sobre el presunto padre biológico, y la interposición de una demanda de divorcio por

adulterio llevó a considerar la inexistencia de la faceta estática de la identidad filiatoria.

Con relación a la posesión de estado de familia entre el demandante y el menor, en la Casación 2151-2016-Junín, este aspecto no fue expuesto en la demanda y, por lo mismo, no fue considerado en la argumentación la Sala Suprema. En este caso, el análisis se centró únicamente en la faceta estática de la identidad filiatoria, afirmándose que la decisión adoptada es acorde con el interés superior del niño, pues:

No se imposibilita la plena vigencia del derecho del menor a la filiación y a gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, por cuanto al ser contrario a la realidad, el reconocimiento practicado por quien no era el padre biológico del menor se está afectando el derecho fundamental a conocer su verdad biológica. (2018)

En contraposición, en la Casación 2236-2017-Lambayeque, la consideración de la inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante y el niño ha sido determinante para la decisión adoptada por la Sala Suprema. Se destaca que, dado que el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca de privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos, se considera que la verdad biológica debe prevalecer sobre la verdad sociológica. En este caso, si bien el menor fue criado en el seno de una relación matrimonial, a la fecha de interposición de la demanda no existía un estado de posesión consolidado entre el menor y el demandante, en razón a que este último ya no convive con la demandada ni con el menor. Esta situación, se corrobora por el hecho de que ambas partes procesales han reconocido que el demandante ha entablado una demanda de divorcio por la causal de adulterio y tiene una nueva pareja con la cual ha procreado dos hijas.

En la misma línea, se resalta aún más la importancia de privilegiar la faceta estática, considerando que esto permitirá la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico. Así, se precisa que:

En el caso concreto, el núcleo familiar básico que se le asignó al menor se ha desintegrado, pues el menor no goza de la posesión de estado con respecto al demandante, quien además al impugnar su paternidad evidencia que no tiene intenciones de tratar como hijo al menor afectado, cuestión de hecho que revela que la familia no continúa su convivencia normal; es decir, no existe más ese marco familiar real y afectivo

que ha permitido su crecimiento; por lo que no existen razones para pensar que resultaría más beneficioso para el menor proteger una realidad familiar que ya no existe, por el contrario, es probable que aún esté a tiempo de entablar relaciones familiares afectivas con su verdadero padre biológico, por lo que resulta trascendental para resolver el conflicto presentado develar el vínculo biológico y determinar la verdadera filiación del menor, respetando de esta manera el derecho a la identidad de los involucrados. (2018)

Como se ha visto, los casos analizados en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria con la concurrencia de un presunto padre, se basan en la idea que en los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú se privilegia el presupuesto biológico que surge de la procreación. Por lo tanto, debe tenderse a la coincidencia del estado de familia con la verdad genética.

En segundo lugar, en el grupo (ii), aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de dos presuntos padres**, se tiene como referencia a la Casación 04976-2017-Lima y la Casación 2726-2012-Del Santa, previamente presentadas (revisar tabla 1).

Las circunstancias expuestas evidencian elementos comunes en ambos casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante; (ii) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor; y (iii) existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad de quien practicó el reconocimiento, en la Casación 04976-2017-Lima ello no fue un problema, pues el artículo 399 del Código Civil legitima a impugnar el reconocimiento de un hijo extramatrimonial a quienes no hayan intervenido en dicho acto, situación en la que se encuentra el demandante, quien a su vez reclama la paternidad.

En cambio, en la Casación 2726-2012-Del Santa, por tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial se tuvo que recurrir al control de constitucionalidad de los artículos 396 y 404 del Código Civil, que solo lo autorizan cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sen-

tencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se las considera normas que restringen ilegítimamente el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que:

Resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal. (2013)

Respecto a la existencia del vínculo biológico, en ambos casos se acreditó con la prueba de ADN que el demandante era el padre biológico del menor. Asimismo, se acreditó la existencia de la posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor. De este modo, se presentó el conflicto entre las facetas estática y dinámica de la identidad filiatoria, resolviendo la Sala Suprema a favor de la primera.

En la Casación 4976-2017-Lima, resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor no solo con el padre biológico, sino también con el afectivo. En la entrevista sostenida con el juzgado, “manifestó que su papá se llama ‘Carlos Zegarra Oviedo’, así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste [sic] lo visita” (2018). Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal considerar la multiparentalidad y disponer normas de conducta para afianzar a las partes, promoviendo así el interés superior del menor. Sin embargo, debido a las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco eran conscientes de la presencia del menor, no se valoró de esta manera. Por lo tanto, se resolvió a favor de la biparentalidad, privilegiando la faceta estática al considerar que era más favorable para el interés superior del niño en este caso. Así, se expone:

Octavo. En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:

1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo

creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.

3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
4. En un principio la codemandada **Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor)** estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: ‘*Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, éste[sic] ha estado haciendo cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas*’ (cursiva agregada). Luego, agregó: ‘*Que, la suscrita también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión*’ (cursiva y resaltado agregado).
5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: ‘*Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor*'; y, más adelante: ‘*Que efectivamente desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre de S.*’ (cursiva y resaltado agregado).
6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/ 42 174,00) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvención presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.
7. En la continuación de la Audiencia de Pruebas realizada el treinta de octubre de dos mil catorce (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: ‘*Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012*’ (cursiva agregada).

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su

padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propongan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aun no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el interés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápite precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha treinta de abril de dos mil quince (página trescientos sesenta

y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama 'Carlos Zegarra Oviedo' [sic], así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste [sic] lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada. (2018)

Ahora bien, en la Casación 2726-2012-Del Santa, también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado –marido de la madre y padre afectivo de la menor– asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003, cuando se produjo la separación conyugal. Se señala que:

Por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habitaba con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor. (2013)

Desde el año 2003, el demandante y la madre iniciaron una convivencia en compañía de la menor, quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante. De este modo, se afirma que "la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso" (2013).

Considerando la actual posesión constante de estado de familia que la hija sostiene con su padre biológico, en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañando sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña

se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación. (2013)

B. CASOS EN LOS QUE SE IMPUSO LA BIPARENTALIDAD, PRIVILEGIANDO LA FACETA DINÁMICA DE LA IDENTIDAD FILIATORIA

La revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados, considerando las circunstancias de cada caso, para imponer la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria. A continuación, se presentan estos casos en la siguiente tabla:

Tabla 2: Casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación 4430-2015-Huaura	Jorge Antonio Manayay Ramos (demandante) Yelitzia Lucía Verde Agama (demandado).	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 6 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético cuando existe posesión constante de estado de familia con el hijo en el tiempo. Por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación 3797-2012-Arequipa	Simón Coyla Quispe (demandante) Natividad Esther Sucari Chancatuma (demandado).	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico ni se actuó la prueba de ADN que descarte el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético cuando existe posesión constante de estado de familia con el hijo, en el tiempo. Por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación 1622-2015-Arequipa	Esteban Ccopa Ojeda (demandante) Filomena Ana María Gutiérrez Huamán (demandado).	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones del hijo de la madre de la menor, quien ha manifestado que el demandante no es el padre. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 17 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético si existe posesión constante de estado de familia con el hijo en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

**LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS:
¿BIPARENTALIDAD O MULTIPARENTALIDAD?**

Caso	Partes	Circunstancias	Criterio
Casación 950-2016-Arequipa	Joel Eduardo Vilca Flores (demandante) Luis Alberto Medina Vega y Fiorella Kathy Medina Sánchez (demandados).	Con la prueba de ADN se acreditó que el demandante es el progenitor biológico de la hija extramatrimonial de una mujer casada. Por esta condición, no pudo realizar el reconocimiento; siendo el marido de la madre el que asumió la condición de padre legal, por la presunción de paternidad, y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandado y la hija por más de 9 años desde el nacimiento, siendo el padre biológico un desconocido para ella. Preservación de la identidad, en tanto que se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica que denota fehacientemente dicho estado de familia.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético si existe posesión constante de estado de familia con el hijo en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación 3456-2016-Lima	Franklin Roger Bullón Calderón (demandante) Sheila María Ezeta Gutiérrez (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 15 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, por no concurrir situaciones especiales que justifiquen desoir el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético si existe posesión constante de estado de familia con el hijo en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
Casación 1622-2016-Puno	Jaime Raúl Soncco Ramos (demandante) Marleny Quispe Romero (demandado)	El demandante realizó el reconocimiento y asumió la paternidad de una hija extramatrimonial. La impugnación se ampara solo en probables supuestos genéticos. Existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija por 13 años desde el reconocimiento. No se identificó al verdadero padre biológico, pero sí se actuó la prueba de ADN que descartó el vínculo biológico con el demandante. Preservación de la identidad, aplicando la caducidad de la acción y la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento, pues no se satisface el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente tenía ya no es tal, pero en su lugar el juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de este es evidentemente más precaria.	La impugnación de la paternidad de una persona no puede justificarse solo en el dato genético si existe posesión constante de estado de familia con el hijo en el tiempo; por lo que, en dicho caso, debe privilegiarse la faceta dinámica de la identidad filiatoria.

Fuente: Elaboración propia a partir de las Casaciones 3797-2012-Arequipa; 1622-2015-Arequipa; 950-2016-Arequipa; 3456-2016-Lima; y 1622-2016-Puno.

En estos casos, se expone que la primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que precisa: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (1989).

Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofamiliares asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Por eso, es admisible sostener que:

Cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paterni-

dad de una persona, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. (Casación 4430-2015-Huaura, 2017)

De acuerdo con lo anterior, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente ni un elemento necesario para su constitución. Esta relación jurídica puede proceder de un acto de voluntad, como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que debe preservarse frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria, se pueden distinguir dos circunstancias: (i) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de un presunto padre; y (ii) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de dos presuntos padres.

En primer lugar, en el grupo (i), aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria con la concurrencia de un presunto padre**, se tiene como referencia a las casaciones 4430-2015-Huaura; 3797-2012-Arequipa; 1622-2015-Arequipa; 3456-2016-Lima; y 1622-2016-Puno, presentadas anteriormente (revisar Tabla 2).

Las circunstancias expuestas en estas casaciones evidencian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante; (ii) impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos; (iii) existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo; d) no identificación del verdadero padre biológico; (iv) actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante (solo en las casaciones 1622-2015-Arequipa; 3456-2016-Lima; y 1622-2016-Puno); y (v) preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.

En efecto, en todos los casos analizados, el demandante realizó el reconocimiento voluntario y asumió la paternidad de un hijo extramatrimonial. Además, en todos los casos, la impugnación de paternidad se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones improbadas de que el demandante no es el padre. Estas afirmaciones son atribuidas a la madre (casaciones 4430-2015-Huaura; 3797-2012-Arequipa) o a terceros (casaciones 1622-2015-Arequipa; 3456-2016-Lima; y 1622-2016-Puno), y no generan verosimilitud en la excusión.

Igualmente, en todos los casos evaluados existe posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo. Así, en la Casación 4430-2015-Huaura, el trato familiar se desarrolló por 6 años desde el reconocimiento; mientras que, en la Casación 3797-2012-Arequipa, durante 17 años; y en la Casación 1622-2015-Arequipa, durante 16 años. En la Casación 3456-2016-Lima, además de las vivencias familiares por 15 años, se destaca la opinión de la menor, afirmando que:

La menor no ha cuestionado su identidad; de hecho prestó declaración, tal como es de ver

a folios ochocientos cincuenta y ocho, señalando, a la pregunta si conoce al demandante: 'sí lo conozco desde que tengo uso de razón, es mi padre; él es mi imagen paterna, con él he asistido al Colegio en el día del Padre'. Y, más adelante: 'mi papá Roger [...] me sacaba a pasear los fines de semana, siempre iba a la casa de mis abuelitos Fresia y Fernando', para agregar después: 'yo lo considero que es mi padre'. (2021)

En la Casación 1622-2016-Puno se expone la existencia de una posesión constante de estado de familia entre el demandante y la hija durante 13 años. De esta manera:

Ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica). (2017)

Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés superior del niño del caso en concreto, pues de prosperar la impugnación de paternidad, su identidad filiatoria quedará indefinida. Así, en la Casación 3797-2012-Arequipa, se precisa lo siguiente:

El propio Código de los Niños y Adolescentes menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica. (2013)

En la Casación 1622-2015-Arequipa, el perjuicio se pone en relevancia respecto de los efectos personales y patrimoniales que surgen del vínculo paternofilial:

En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste [sic] tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste [sic] es evidentemente más precaria. (2016)

La misma línea de criterio se destaca en la Casación 3456-2016-Lima y en la Casación 1622-2016-Puno. Específicamente en esta última se precisa que:

En esa misma perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: 'el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad'. De otro lado, el mismo código prescribe que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior.

Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por la menor; así, no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene la menor, lo que de ninguna forma, supone preservar el interés superior del niño; más por el contrario, lo menoscaba y perjudica. (2017)

Respecto a la actuación de la prueba de ADN, se debe señalar que en la Casación 4430-2015-Huaura no se practicó la misma, esto debido a la negativa de la madre, justificada en no querer exponer a su hija a una situación traumática, mientras que en la Casación 3797-2012-Arequipa no hay referencia alguna sobre ello.

En cambio, en las casaciones 1622-2015-Arequipa; 3456-2016-Lima; y 1622-2016-Puno, se actuó la prueba de ADN y se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor. A pesar del resultado favorable a la parte accionante, en todos los casos la Sala Suprema señaló que:

Cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato biológico es incuestionable implica otorgar una 'santidad' a un hecho que no puede ceder ante otras realidades. Tal reduccionismo es tan absurdo como el de las presunciones incuestionables que no pueden tolerarse.

De acuerdo con ello, la Casación 1622-2015-Arequipa resalta los perjuicios que provoca para el hijo el desconocer la faceta dinámica de la identidad biológica:

En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. (2016)

En contraste, la Casación 3456-2016-Lima califica como un proceder arbitrario del demandante el pretender desconocer la faceta dinámica de la identidad filiatoria, señalando que:

El mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que no tiene en cuenta la identidad que ha forjado en su relación con su hija. (2021)

En la Casación 1622-2016-Puno se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como

su padre, generando una posesión constante de estado de familia, que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria:

Y que si bien es cierto la prueba del ADN arroja resultado negativo (dato biológico, identidad estética) ha existido un comportamiento reiterado del accionante en reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe como su hija, tanto de manera privada como ante instituciones administrativas (Municipalidad Provincial de Puno) e imprecisión sobre la manera cómo la demandada lo habría engañado, tampoco hay medio probatorio que respalde su dicho; por el contrario, lo que se observa es la actitud de un profesional, mayor de edad, que tiene una relación amorosa y convivencial con la demandada, que libre y conscientemente acepta reconocer a la menor Roshelyn Soncco Quispe, y que a lo largo de sus años ha tenido el status familiar de hija del demandante (identidad dinámica). (2017)

Finalmente, en todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. De los casos analizados, se comprueba que la Sala Suprema ha utilizado argumentos idénticos para la aplicación de los artículos 399 (la restricción de la legitimación activa para impugnar el reconocimiento) y 400 (caducidad de la acción) del Código Civil peruano, garantizando la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria. De este modo, sostuvo lo siguiente:

No puede dejar de merituarse que la voluntad de reconocer a un menor es plena y que de manera libre se aceptó la paternidad con las consecuencias que ello acarrea. Para casos como éstos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de un persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre), que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad, pues amparar razonablemente analizando el caso concreto demandas que no se sujeten a estas consideraciones, significaría que los tribunales de justicia fomenten impugnaciones por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre sobre la identidad de las personas. (Casación 1622-2016-Puno, 2017)

En esa misma línea, en la Casación 3456-2016-Lima se afirmó lo siguiente:

Es verdad que en algunos casos, a pesar del fencimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad

legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda ha sido planteada de manera imprecisa que el demandante no explícita, después de más de catorce años de nacimiento de su hija y en circunstancias en que el demandante no acredita que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar. (2021)

Además, la Casación 1622-2015-Arequipa sostiene que:

Las normas cuya infracción se denuncian (artículos 399 y 400 del Código Civil) y que establecen una clara limitación para el ejercicio de la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, no resultarían opuestas al derecho a la identidad cuando en el proceso no se logre identificar al verdadero padre biológico y simplemente se opte por excluir el apellido del padre que lo reconoció. *Contrario sensu*, cuando se ha logrado identificar plenamente el real origen biológico, la aplicación de las normas referidas si resultarían opuestas al derecho a la identidad de una persona. (2016)

En segundo lugar, en el grupo (ii), aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria con la concurrencia de dos presuntos padres**, se tiene como referencia a la Casación 950-2016-Arequipa, presentada anteriormente (revisar la Tabla 2).

Las circunstancias expuestas en este caso evidencian los elementos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante; (ii) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor; y (iii) existencia de posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor.

En lo que se refiere a la legitimidad para impugnar la paternidad, al tratarse de la impugnación de paternidad del hijo de una mujer casada, para admitir que el demandante tiene legitimidad para cuestionar la paternidad matrimonial, las instancias de mérito tuvieron que recurrir al control de constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, que solo autorizan ello cuando el marido la hubiera impugnado y obtenido sentencia favorable. Como tal circunstancia no concurre en el presente caso, se considera que las normas restringen ilegítimamen-

te el pleno ejercicio del derecho a la identidad. Por ello, se precisó que toda persona tiene derecho "para reclamar la determinación de su filiación o impugnarla, en todo momento, sobre la base de la prueba del vínculo biológico entre progenitor y el hijo o hija, como ha ocurrido en el caso de autos" (Casación 950-2016-Arequipa, 2016).

Sin embargo, también se considera que en este caso "la titularidad de la acción o el interés del demandante se pretende hacer valer con relación a la identidad dinámica determinada de la niña Fiorella Kathy Medina Sánchez, la que prevalece en concordancia con el interés superior del niño" (2016). Para llegar a esta conclusión, la Casación 950-2016-Arequipa resalta la mayor importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria, argumentando que:

El derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: **el estático** que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y **el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal**, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. (2016) [el énfasis es nuestro]

Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, se privilegió la posesión de estado de familia con el demandado (padre afectivo), lo que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor. Se destaca que este aspecto no fue tomado en cuenta por las instancias de mérito, a pesar de estar respaldado por el informe social, la evaluación psicológica y la opinión de la menor, de la siguiente manera:

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámi-

ca que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala '*La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente*' así como del examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: '*A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada*', a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

SEXTO. - De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente: '*[...] que vive con sus hermanos ellos son cuatro [...] todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto; [...] ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver [...] ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. (...)*'. De la declaración glossada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno 'Medina'. (Casación 950-2016-Arequipa, 2016)

XI. NEGACIÓN DE LA MULTIPARENTALIDAD EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

En tres de los casos analizados concurren dos presuntos padres (biológico y afectivo) en la disputa de paternidades, en los que se impuso la biparentalidad como solución, privilegiando, en dos de ellos, la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria. Así se aprecia en las casaciones 04976-2017-Lima; 2726-2012-Del Santa y 950-2016-Arequipa, respectivamente (revisar Tablas 1 y 2).

En la Casación 04976-2017-Lima resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo, quien, en la entrevista sostenida con el juzgado, “manifestó que su papá se llama “Carlos Zegarra Oviedo” [sic], así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que este lo visita”. Esto pudo haber permitido al Supremo Tribunal estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia, por lo que se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así se expone:

- Octavo.** En ese sentido, a fin de absolver las impugnaciones es necesario señalar lo siguiente:
1. El menor fue reconocido por el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, por lo que lleva su apellido paterno, conforme se advierte de la partida de nacimiento de la página diecisiete.
 2. En el escrito de absolución de la demanda, el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba ha señalado que la madre del menor le hizo creer que era su hijo y bajo esa creencia fue que efectuó el reconocimiento.
 3. El demandante César Humberto Moran Murga, impugna el reconocimiento realizado por el codemandado y acredita ser el padre biológico del menor con la prueba de ADN de la página cuatro.
 4. En un principio la codemandada **Roxana Pierinna Oviedo Bedoya (madre del menor)** estuvo de acuerdo en que se esclarezca la identidad del menor, siendo que en su escrito de contestación de la demanda (página ciento cincuenta y cuatro) refirió expresamente: “*Que, es necesario señalar que desde el mes de abril del año 2012, fecha en la que se tenía certeza que el demandante era el padre del menor, éste [sic] ha estado haciéndose cargo de los alimentos del niño y ha estado ejerciendo de facto su derecho de visitas*” (cursiva agregada). Luego, agregó: “*Que, la suscrita también tiene conocimiento que el demandado desea aclarar la paternidad del menor y renunciar a la misma y yo estoy de acuerdo con esa decisión*” (cursiva y resaltado agregado).
 5. En ese mismo sentido el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba, en su escrito de absolución de la demanda (página ciento treinta y siete) señaló: “*Que, es cierto que con el fin de no perjudicar a S. es que se desea que se esclarezca el vínculo paterno filial del menor*”; y, más adelante: “**Que efectivamente**

desea que se aclare la paternidad y que su judicatura acepte la negación de reconocimiento con el fin que el demandante pueda ser legalmente el padre de S.” (cursiva y resaltado agregado).

6. Hay que añadir aquí que el codemandado Carlos Alberto Zegarra Cuba recibió una compensación por parte del demandante, por la suma de cuarenta y dos mil ciento setenta y cuatro soles (S/ 42 174,00) (página doscientos siete), lo que evidencia, conjuntamente con la reconvenCIÓN presentada, en la que pide una indemnización, que no se siente el padre del menor.
7. En la continuación de la Audiencia de Pruebas realizada el treinta de octubre de dos mil catorce (página trescientos dieciocho), la codemandada en su declaración de parte ante la pregunta ¿Si en algún momento usted le dijo a su menor hijo que su padre era César Humberto Moran Murga? Respondió: “*Sí, aproximadamente en el año mayo de 2012*” (cursiva agregada).

Noveno. De lo antes señalado se aprecia claramente que los codemandados tienen una idea de identidad que se amolda según su estado de ánimo, por cuanto para ellos en un inicio lo mejor para el niño era ser reconocido por su padre biológico y ahora ya no están de acuerdo con ello; empero, ello no puede ser permitido por las instancias jurisdiccionales justamente en aras del interés superior del niño que los recurrentes ahora propugnan.

Décimo. Lo que se debe salvaguardar es el derecho del menor de identificarse con el apellido paterno que le corresponde, esto es, con el apellido de su padre biológico y si bien el menor a la fecha se ha venido identificando con el apellido del codemandado, ello ha sido por las decisiones tomadas por los mismos codemandados, quienes han permitido que se siga manteniendo dicha situación, pese a haber aceptado en un inicio el esclarecimiento de la identidad del menor cuando este aun no tenía dos años de edad. Siendo más bien que la conducta de los codemandados es la que ha puesto en peligro el estado emocional del menor, ya que por un lado la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado, lo que sin lugar a dudas trae confusión al menor.

Décimo primero. En ese sentido, los demandados son los que distorsionan la identidad del menor y a fin de no seguir causándole mayor perjuicio, y teniendo como base el in-

terés superior de este, se hace necesario que su identidad dinámica (constituida por una conducta de los demandados que le niega su condición de hijo y un comportamiento del demandante por querer asumir la condición de padre que le corresponde) coincida con su identidad biológica, por lo que este Supremo Tribunal coincide con la decisión tomada por la Sala Superior, no advirtiéndose infracción de las normas denunciadas.

Décimo segundo. Respecto a la denuncia de infracción normativa de los artículos 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes, la recurrente señala que la Sala Superior no ha tomado en cuenta la opinión del menor, quien ha referido que reconoce al codemandado como su padre. En ese aspecto, la denuncia que se hace sobre el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que regula el derecho a la identidad, ha sido contestada en los acápite precedentes.

Décimo tercero. De otro lado, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, en efecto señala que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente, agregando que se debe tener en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Ahora bien, el niño ha sido escuchado, tal cual se aprecia de la audiencia complementaria de pruebas de fecha treinta de abril de dos mil quince (página trescientos sesenta y cuatro), en la cual manifestó que su papá se llama "Carlos Zegarra Oviedo" [sic], así como que sí conoce a César Humberto Morán Murga y que éste [sic] lo visita. Tal declaración ha sido tomado en cuenta por la Sala Superior, conforme se advierte del considerando nueve de la impugnada, por lo cual se ha cumplido con escuchar al niño y evaluar su dicho; en buena cuenta, que el juez deba atender al menor no significa que tenga que hacer lo que este manifiesta, sino, bajo apreciación razonada y evaluación conjunta de las demás pruebas y situaciones existentes (que han sido señaladas en el considerando octavo de la presente ejecutoria), tome una decisión acorde con el interés superior del niño, lo cual se ha cumplido en la sentencia impugnada; más aún, si tal como ha señalado el menor, sí conoce al demandante y este lo sigue visitando, lo cual inevitablemente genera confusión al menor. En ese sentido, la denuncia deviene en infundada. (2018)

Resulta relevante analizar la negación de la multiparentalidad, a fin de dejar sentado que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento. En el fundamento jurídico décimo de la Casación 04976-2017-Lima se expone que "la madre del menor le señaló que el demandante es su padre, habiendo permitido que conviva con él en las visitas que realizaba y por otro ha permitido

que siga manteniendo una relación paternal con el codemandado" (2018). Tomando en cuenta ello y la opinión del menor, se confirma la existencia de la multiparentalidad.

Sin embargo, se consideró que tal situación constituye una puesta en peligro del estado emocional del menor y una distorsión a su identidad. Estas afirmaciones deben ser apreciadas dentro del contexto del caso en concreto. Las actuaciones contradictorias de las partes, que en un inicio están destinadas a esclarecer la identidad del menor y luego mantener la situación preexistente al momento de interponer la demanda, junto con el hecho de que el demandante (padre biológico) pagara una compensación económica al demandado (padre afectivo) por las atenciones brindadas al menor, permiten afirmar que ni siquiera las mismas partes tenían conciencia de la multiparentalidad presente. Por lo tanto, se consideró como una situación que crea confusión en el menor, quien es titular del derecho a la identidad, perjudicando su interés superior. Esto confirma que este caso no constituye un precedente negativo para el reconocimiento de la multiparentalidad.

De otro lado, en la Casación 2726-2012-Del Santa también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, el demandado –marido de la madre y padre afectivo de la menor– asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal; señalando que:

Por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.

Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor, quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante: "la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso".

De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el

afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña en períodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Es en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. Así, se expone:

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación.

En la Casación 950-2016-Arequipa no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor y ambos padres, biológico y afectivo. En este caso, la posesión constante de estado se desarrolló solo entre el demandado (padre afectivo) y la menor. En consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, dado que el padre biológico era un desconocido, optándose por preservar su identidad. De acuerdo con esto, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.

XII. EXISTENCIA DE LA MULTIPARENTALIDAD EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

De acuerdo con lo expuesto, en la Casación 04976-2017-Lima se comprueba la existencia de

elementos configurantes de la multiparentalidad; sin embargo, por incongruentes actuaciones de las partes, estas no tuvieron conciencia de ello. Por este motivo, se consideró como una situación que crea confusión en el menor, quien es titular del derecho a la identidad, perjudicando su superior interés. Ello confirma, por un lado, la negación judicial de la multiparentalidad y, por otro, que este caso no constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Lo mismo sucede con la Casación 2726-2012-Del Santa en la que se comprueba que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en períodos distintos de su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor, lo que evidenciaría la existencia de multiparentalidad. Esta negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

Debe recordarse que situaciones de multiparentalidad se van a presentar cuando concurren los elementos siguientes: "a) pessoas que se comportam como pai e mãe e outra pessoa que se comporta como filho; b) convivência familiar; c) estabilidade do relacionamento; e, d) afetividade" (Lôbo, 2008, p. 6).

Conforme a ello, la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental de una persona para con otra que no es su hijo biológico.

XIII. REDEFINICIÓN DE LA IDENTIDAD FILIATORIA Y DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DESDE LA MULTIPARENTALIDAD

Como se ha mencionado, para el reconocimiento de la multiparentalidad resulta es necesario precisar el contenido y alcance del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, en el marco de la Constitución de 1993 y de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pues en la eficacia integradora de este marco, frente al Código Civil de 1984 que no la regula, se encuentra la fundamentación receptora de la multiparentalidad.

Así, es verdad que el principio binario de la filiación y, por ende, de la responsabilidad parental –según el cual, nadie puede tener más de dos

vínculos filiales, uno materno y otro paterno— encuentra su sustento implícito en la previsión del primer párrafo del artículo 6 de la Constitución de 1993, en alusión al principio de paternidad y maternidad responsables, y en el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño en referencia al principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. De la expresión ‘ambos padres’ contenida en esta última disposición, se comprueba la clara mención a los dos vínculos filiales, uno materno y otro paterno, del referido principio binario.

Ahora bien, dado que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos hacen el contenido de la identidad filiatoria conforme al cual, desde un punto de vista estático, está constituida por el dato biológico y, desde el punto de vista dinámico, está constituida por el dato afectivo. Es evidente que estas facetas deben coincidir en una misma persona respecto de cada vínculo filial, materno o paterno. Sin embargo, cuando no se produce dicha concordancia y cada dimensión de la identidad filiatoria recae en personas diferentes que se relacionan familiarmente con el hijo, tanto del lado materno como del lado paterno, es manifiesto que el enlace filial debe comprenderlas. Al hacerlo, se puede tener más de una persona por el vínculo materno y también por el nexo paterno. Vale decir, que el principio binario no limita la cantidad de integrantes de un vínculo filial, materno o paterno; por lo que, la multiparentalidad también encuentra su sustento en las mencionadas disposiciones constitucional y convencional.

Siendo así, la multiparentalidad redefine la identidad filiatoria y la responsabilidad parental al ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos. Por lo tanto, resultan pertinentes los argumentos de su fundamentación, naturaleza, contenido y alcances ya explicados.

XIV. DETERMINACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA MULTIPARENTALIDAD EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Su regulación determinará considerar que, si bien ‘ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales’, ello no limita el número de integrantes del nexo materno o paterno cuando se presenten situaciones de multiparentalidad.

La previsión normativa de esta última destaca que lo que garantiza la formación de una persona es el ejercicio de las funciones maternas y paternas y la

coexistencia de los vínculos parentales biológicos y afectivos que hacen parte de la trayectoria de vida del hijo, por lo que ambos deben preservarse para su desenvolvimiento en la sociedad.

No obstante, en tanto no se produzca su positivización, el interés superior del niño exige preservar el ‘triángulo afectivo’ en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.

En su organización jurídica debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

Así, respecto de la identidad filiatoria, importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente; como también, en su caso, la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de las madres o padres biológicos y afectivos, en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente, debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común, en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes.

En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Ello se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno, lo que se verá complementado con los otros elementos. Por un lado, el *tractatus*, vinculado al comportamiento del presunto padre en términos de mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre. Por otro lado, la fama o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo por parte de los demás miembros de la familia.

El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria, también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en

las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.

Respecto a la responsabilidad parental, no hay duda de que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, les corresponde asumir el conjunto de responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común. Esto comprende, por supuesto, los deberes-derechos expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución (1993), los cuales refieren a “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”.

Siendo así, debe regir una coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y coordinación de sus integrantes. Esto se debe a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, la convivencia familiar, los cuidados paternofiliales del día a día y el comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.

Esta coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones relacionadas con el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados.

Para lograr esto, contribuirá la intervención de un coordinador parental. Este coordinador puede ayudar a formular un convenio de multiparentalidad que propicie una convivencia familiar adecuada entre los padres biológicos y afectivos con el hijo común. De este modo, se podrá promover el cumplimiento de las responsabilidades parentales bajo el principio de la actuación compartida, esto tomando en cuenta el interés superior del hijo para la creación de los vínculos paternofiliales y como la prevención de conflictos de parentalidad.

XV. CONCLUSIONES

– La revisión de las diez sentencias en Casación emitidas por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú demuestra la marcada predisposición en las decisiones del Poder Judicial a favor de la biparentalidad. De este modo, en aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza, en los que recae la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria en dife-

rentes sujetos, se aprecia la negación de la existencia de la multiparentalidad.

- En general, la revisión realizada permite apreciar los criterios judiciales aplicados para imponer la biparentalidad, ello considerando las circunstancias de cada caso y privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria. La referida solución a los casos de disputa de paternidades por naturaleza es reconocida en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia realizado en Lima los días tres y cuatro de noviembre de 2022, a propósito del Tema 2 sobre la temática de ‘la identidad dinámica y estática en los procesos de filiación’.
- La primacía de la faceta estática de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa que los niños deben ser registrados al nacer y tienen el derecho a un nombre, una nacionalidad y, siempre que sea posible, a conocer y ser cuidados por sus padres (1989). Conforme a ello, el derecho del niño a conocer a sus padres se vincula con el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento. Así, en la partida de nacimiento debe consignarse el nombre de sus verdaderos progenitores, lo que constituye la manifestación concreta del derecho a la identidad. En caso de conflicto entre las facetas estática y dinámica, se debe privilegiar la primera, en tanto guarda relación directa con el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En ese sentido, el reconocimiento practicado por quien no es el padre biológico vulnera el derecho a la identidad filiatoria.
- De los casos en los que se ha privilegiado la faceta estática de la identidad filiatoria, se pueden distinguir dos circunstancias: (i) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de un presunto padre; y (ii) aquellos en los que se impuso la biparentalidad con la concurrencia de dos presuntos padres.
- En aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria con la concurrencia de un presunto padre**, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) impugnación de paternidad por quien practicó el reconocimiento; (ii) inexistencia del vínculo biológico entre el demandante y el menor; y (iii) la inexistencia de posesión de estado de familia entre el demandante y

- el menor. A partir de ellos, se destaca que, como el sistema de protección internacional de los derechos del niño busca de privilegiar la relación jurídica que une al niño con sus padres biológicos, se privilegia la faceta estática por considerar que ello permitirá la posibilidad de que el hijo pueda entablar una posesión constante de estado de familia con su padre biológico.
- En aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta estática de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres**, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) impugnación de paternidad de quien practicó el reconocimiento, importando una reclamación de la paternidad por el demandante; (ii) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y el menor; y (iii) existencia de posesión de estado de familia entre el demandante (padre biológico) y el demandado (padre afectivo) con el menor. Sobre este último elemento, la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico determinó que se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincide con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo.
- La primacía de la faceta dinámica de la identidad filiatoria encuentra su fundamento en el artículo 8.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño que precisa: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. De acuerdo con ello, para establecer un vínculo jurídico de filiación, el soporte biológico no es siempre una razón suficiente ni tampoco un elemento necesario para su constitución, pues tal relación jurídica es posible que proceda de un acto de voluntad como es el caso de la posesión constante de estado de familia. Es la voluntad, que ha modificado el propio concepto de filiación, la que encamina la solución hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida que hay que preservar frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.
- De los casos en los que se ha privilegiado la faceta dinámica de la identidad filiatoria se pueden distinguir dos circunstancias: (i) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de un presunto padre; y (ii) aquellos en los que se impuso la biparentalidad, con la concurrencia de dos presuntos padres.
- En aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de un presunto padre**, se aprecian elementos comunes en todos los casos para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) reconocimiento y asunción de la paternidad de un hijo extramatrimonial por parte del demandante; (ii) impugnación amparada solo en probables supuestos genéticos; (iii) existencia de posesión constante de estado de familia entre el demandante y el hijo; (iv) no identificación del verdadero padre biológico; (v) actuación de la prueba de ADN, con descarte del vínculo biológico con el demandante; y (vi) preservación de la identidad dinámica, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento. Punto trascendente es el referido a la no identificación del verdadero padre biológico, lo que se considera perjudicial al interés superior del niño del caso en concreto pues de prosperar la impugnación de paternidad su identidad filiatoria quedará indefinida. Respecto a la actuación de la prueba de ADN, si bien se demostró que el demandante no es el padre biológico de la menor, se destaca la trascendencia que tiene para el hijo la conducta asumida en el tiempo por quien lo reconoció como su padre, generando una posesión constante de estado de familia que es la esencia de la faceta dinámica de la identidad filiatoria. De acuerdo con ello, todos los casos se preservó la faceta dinámica de la identidad filiatoria, aplicando la caducidad de la acción y la irrevocabilidad del reconocimiento.
- En aquellos **casos en los que se impuso la biparentalidad, privilegiando la faceta dinámica de la identidad filiatoria, con la concurrencia de dos presuntos padres**, se aprecian elementos comunes para la configuración del criterio adoptado por los tribunales: (i) impugnación de paternidad matrimonial por un tercero, importando una reclamación de la paternidad extramatrimonial por el demandante; (ii) existencia del vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor; y (iii) existencia de posesión de

estado de familia entre el demandado (padre afectivo) con la menor. En estos casos, se resalta la mayor importancia de la faceta dinámica frente a la faceta estática de la identidad filiatoria. Por lo mismo, si bien con la prueba de ADN se acreditó el vínculo biológico entre el demandante (padre biológico) y la menor, se privilegió la posesión de estado de familia entre el demandado (padre afectivo) que evidencia la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la menor.

- En aquellos casos de disputa de paternidades por naturaleza en los que recae en diferentes sujetos la faceta estática y la faceta dinámica de la identidad filiatoria, se desconsideró la existencia de la multiparentalidad y se impuso la biparentalidad como solución; privilegiando, en dos de ellos, la faceta estática y, en uno de ellos, la faceta dinámica de la identidad filiatoria.
- En la Casación 04976-2017-Lima resulta importante destacar el trato familiar que sostenía el menor con ambos padres, biológico y afectivo. Esto pudo haber permitido a la Sala Suprema estimar la multiparentalidad presente y disponer normas de conducta a las partes para su afianzamiento, en aras de promover el interés superior del menor. Sin embargo, no fue valorado de esta manera por las incongruentes actuaciones de las partes, quienes tampoco tenían conciencia de su presencia; por lo que se resolvió por la biparentalidad, privilegiando la faceta estática, por percibir que ello es favorable al interés superior del niño del caso. Así la multiparentalidad fue desconsiderada, sin que ello constituya un precedente negativo para su reconocimiento.
- En la Casación 2726-2012-Del Santa también se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. El demandado –marido de la madre y padre afectivo de la menor– asumió la condición de padre legal y se encargó de su crianza efectiva desde su nacimiento en 1999 hasta el año 2003 en que se produce la separación conyugal. Por otro lado, desde el año 2003, el demandante y la madre inician una convivencia en compañía de la menor, quien, conforme al informe psicológico, identifica como su padre al demandante. De esta manera, el Tribunal Supremo observa que ambos padres, el biológico (el demandante) y el afectivo (el demandado), se han encargado de las necesidades y atenciones de la niña, en períodos distintos de

su vida. Sin embargo, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna a lo afirmado por el demandado sobre el cumplimiento del régimen de visitas después de la separación conyugal y que nunca ha negado ser padre de la menor. Por eso, y en consideración a la actual posesión constante de estado de familia que sostiene la hija con su padre biológico, es que en este caso se resuelve a favor de la faceta estática con el propósito que coincida con la faceta dinámica que se viene desplegando en el tiempo. No obstante que la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo, evidenciaría la existencia de multiparentalidad, su negación determina concluir que este caso tampoco constituye un precedente negativo para su reconocimiento.

- En la Casación 950-2016-Arequipa no se comprueba la existencia de trato familiar entre la menor con ambos padres, biológico y afectivo. En efecto, en este caso la posesión constante de estado solo se desarrolló entre el demandado (padre afectivo) y la menor y, en consideración a ello, se resolvió a favor de la faceta dinámica de la identidad filiatoria, siendo el padre biológico un desconocido para ella, por lo que se optó por la preservación de la identidad. De acuerdo con ello, este caso tampoco constituye un supuesto de multiparentalidad.
- Ni el principio binario de la filiación ni la multiparentalidad tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, en tanto no se produzca su positivización en el Código Civil, se recomienda al Poder Judicial considerar en la solución de los casos que se pongan en su conocimiento que el interés superior del niño exige preservar el ‘triángulo afectivo’ en el que se encuentra, lo que le resulta más beneficioso. La fórmula judicial, para estas circunstancias, debe ser amplia, realista, de carácter humano, a fin de preservar los afectos cruzados por el hijo que invocan tanto padres biológicos como padres afectivos, por sobre toda afirmación dogmática.
- En la decisión judicial debe preverse que los efectos de la multiparentalidad, por ser una extensión más del derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos, son los mismos de la biparentalidad en la identidad filiatoria como en la responsabilidad parental, acorde con el principio de igualdad y no discriminación entre padres biológicos y afectivos y el hijo común.

- Respecto de la identidad filiatoria, importa reconocer la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso, la maternidad biológica y afectiva. Tal reconocimiento debe constar en el registro civil para su eficacia *erga omnes*; por lo que se debe ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil que cumpla con la inscripción en la partida de nacimiento del niño, niña o adolescente. Acorde con el principio de igualdad, ello consistirá en inscribir el nombre de los padres biológicos y afectivos en relación con el vínculo materno y paterno, respectivamente; debiéndose asignar sus apellidos al hijo en común en el orden que determine la autonomía de la voluntad de sus integrantes. En este caso, resulta trascendente la consideración de los apellidos paternos y maternos en el nombre del hijo en común, en tanto que ello lo identificará como perteneciente a su familia multiparental. Esto se justifica en el *nomen* que es un elemento de la posesión constante de estado de hijo que surge por el uso del apellido paterno y materno, lo que se verá complementado con los otros elementos: el *tractatus*, que está vinculado al comportamiento del presunto padre de forma tal que haga presumible la voluntad de este de tratarlo como hijo, caracterizado por tres extremos: mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre; y la fama o *reputatio*, que es la consideración de tenerlo por hijo, en virtud de ese trato, por los demás miembros de la familia.
- El reconocimiento de la paternidad biológica y la paternidad afectiva de una misma persona, niño, niña o adolescente, como también, en su caso la maternidad biológica y afectiva, como elementos integrantes de la identidad filiatoria también importa admitir el parentesco biológico y afectivo, en las respectivas líneas paternas y maternas y dentro de los alcances de esa institución.
- En lo que se refiere a la responsabilidad parental, debe declararse que la titularidad y su ejercicio corresponden tanto a los padres como a las madres, biológicos y afectivos. Por tanto, debe disponerse la asunción conjunta de las responsabilidades, derechos y deberes en beneficio del hijo común; ello comprende, por supuesto, los deberes-derechos de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”, expresamente aludidos en el artículo 6 de la Constitución.
- Debe establecerse un régimen de coparentalidad cooperativa basada en la autonomía de la voluntad y en la coordinación de sus integrantes; ello, en consideración a que la multiparentalidad surge de la afectividad compartida, de la convivencia familiar, de los cuidados paternofiliales del día a día, del comportamiento asumido en relaciones familiares estables, de conductas que se exteriorizan en el ejercicio de la responsabilidad parental.
- El aludido régimen de coparentalidad cooperativa se centra en el interés del hijo común y permite desarrollar los roles complementarios en su proceso de crianza y cuidado. Los padres biológicos y afectivos mantendrán espacios de comunicación y podrán llegar a acuerdos sobre las decisiones sobre el hijo común, evitando el surgimiento de conflictos cotidianos y regulando la conducta del hijo común con límites adecuados. 

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arce y Flores-Valdés, J. (1986). *El derecho civil constitucional*. Civitas.
- Balaguer Callejón, M. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bossert, G. (2009). El triángulo afectivo en la adopción. En A. Kemelmajer (Dir.) y M. Herrera (Coord.), *La familia en el nuevo derecho*. Rubinzal Culzoni.
- Centro de Investigaciones Judiciales. (14 de noviembre de 2022). Pleno jurisdiccional nacional de familia. *Poder Judicial del Perú*.
- Crespo Lorenzo, E. (27 de marzo de 2018). Coordinador parental en Cataluña. *Crespo Law-Abogadas de Familia*.
- Cruz Suárez, J. (2007). *La impugnación de la paternidad matrimonial* [Tesis de maestría, Universidad de los Andes].
- Dias, M. (2017). *Manual de Direito das Famílias*. Editora Revista dos Tribunais.
- Equipo editorial del BBC Mundo. (13 de septiembre de 2016). Mateo y Liam: la historia de los bebés intercambiados al nacer que volverán con sus padres en Perú. *BBC News Mundo*.

- Equipo editorial de Justicia TV (21 de septiembre de 2016). Juez logró que bebés cambiados en hospital vuelvan con padres biológicos. *Justicia TV-Poder Judicial del Perú*.
- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *El derecho a la identidad personal*. Astrea.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas.
- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Adrus.
- Gil Domínguez, A., Fama, M. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (tomo II). Ediar.
- Grosman, C., y Martínez Alcorta, I. (2000). *Familias ensambladas: nuevas uniones después del divorcio: Ley y creencia. Problemas y soluciones legales*. Universidad de Buenos Aires.
- Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción* (tomo I). Universidad de Buenos Aires.
- Herrera, M., y Lamm, E. (2014). Artículos 558 a 593. En A. Kemelmajer, , M. Herrera, N. Lloveras (Eds.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014* (tomo II, pp. 395-892). Rubinzel Culzoni.
- Lorenzetti, R. (1998). El Juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores. *Revista Jurídica La Ley*, 1039-1054.
- Lôbo, P. (2008). Socioafectividade no direito de família. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, 10(5), 5-22.
- Madaleno, R. (2017). *Direito de Família*. Forense.
- Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Astrea.
- Pandey, G. (23 de enero de 2018). La sorprendente historia de los padres cuyos hijos fueron cambiados al nacer y se niegan a remediar el error. *BBC News Mundo*.
- Plácido, A. (2005). 'Creditur virginis pregnanti...', volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. *Actualidad Jurídica*, (Tomo 134). Gaceta Jurídica.
- (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Instituto Pacífico.
- (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Instituto Pacífico.
- Villela, J. (1979). A desbiologizacão da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, año XXVII, 380-420.
- Zannoni, E. (1999). Adopción plena y derecho a la identidad personal (la "verdad biológica": ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?). En A. Kemelmajer *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, tomo I, Rubinzel-Culzoni
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS NORMATIVOS**
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil y Comercial de la Nación [CCyCN], Ley 26.994, *Boletín Oficial de la República Argentina*, 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36.
- Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989.
- Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, 16 de septiembre de 2016, Investigación Tutelar 00686-2016-0-0401-JR-FT-02 (Perú).
- Ley 25/2010, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 9 de julio de 2023 (España).
- Michael H. c. Gerald D, 491 U.S. 110 (1989)
- Pericia Psicológica 80-2016-PSC
- Pericia Psicológica 023681-2016-PSC
- Poder Judicial de Tucumán, 7 de febrero de 2020, Expediente 659/17 (Argentina)
- Recurso Extraordinario 898.060 del Supremo Tribunal Federal, 21 de septiembre de 2016 (Brasil).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 de junio de 2013, Casación 3797-2012- Arequipa (Perú).

**LA SOLUCIÓN AL CONFLICTO ENTRE LAS FACETAS DEL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS:
¿BIPARENTALIDAD O MULTIPARENTALIDAD?**

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de mayo de 2016, Casación 1622-2015-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de junio de 2017, Casación 1622-2016-Puno (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de julio de 2021, Casación 3456-2016-Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de abril de 2018, Casación 2236-2017-Lambayeque (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de noviembre de 2018, Casación 4976-2017-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de julio de 2013, Casación 2726-2012-Del Santa (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de septiembre de 2017, Casación 4430-2015-Huaura (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de enero de 2018, Casación 2151-2016-Junín (Perú).

Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de noviembre de 2016, Casación 950-2016-Arequipa (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de noviembre de 25, sentencia recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC (Perú).

“PERO LE JURO QUE NO SOY EL PADRE”: APUNTES SOBRE LOS CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

“I SWEAR I AM NOT THE FATHER”: NOTES ON THE CRITERIA OF THE SUPREME COURT IN PROCEEDINGS CHALLENGING THE RECOGNITION OF EXTRAMARITAL FILIATION

Aldo Santome Sánchez*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The recognition of extramarital filiation is one of the greatest challenges for family law today. In this line, the present article follows a review and jurisprudential analysis of the criteria that the Supreme Court has developed and adopted for the proceedings challenging the recognition of extramarital filiation. In order to do so, the author reviews the concepts of kinship, filiation, family legal relationship and the best interest of the child.

KEYWORDS: Recognition; kinship; filiation; family; contestation.

La impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial es uno de los mayores retos para el derecho de familia el día de hoy. En esa línea, el presente trabajo realiza un recuento y análisis jurisprudencial de los criterios que la Corte Suprema ha desarrollado y adoptado para los procesos de impugnación del reconocimiento. Para lograr aquello, el autor realiza un recorrido por los conceptos de parentesco, filiación, relación jurídica familiar e interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento; parentesco; filiación; familia; impugnación.

* Abogado. Magíster en Persona, Matrimonio y Familia por la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo (USAT). Cuenta con estudios de posgrado en la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Instituciones del Derecho Privado 1, Instituciones del Derecho Privado 2 y Familia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio del Estudio Arroyo, Falen y Sánchez. Contacto: asantome@pucp.edu.pe

El autor agradece a Dafne Fabian Zapata, alumna de Derecho de la PUCP, por su valioso aporte y participación en el contenido de este artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 16 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 29 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En pleno 2024, año en el que se realiza la presente investigación, no caben dudas de que los nuevos fenómenos sociales y los nuevos avances de la tecnología han venido desafiando el derecho, sobre todo el derecho de familia. Al respecto, se debe tener presente que, como mencionaba Rodríguez Iturri, “el concepto de familia no es estático, porque la familia es una institución natural que se desenvuelve dentro de un ámbito social que es dinámico” (2018, p. 18).

Lo anterior sirve para recordar que uno de los principios que deben guiar el accionar del derecho es mostrarse siempre pendiente de los nuevos cambios sociales ocurridos en la sociedad. El objetivo de ello es sencillo: hacer que el derecho se adapte a la sociedad y no la sociedad al derecho.

Sobre el particular, el presente artículo pretende centrarse en uno de los principales retos del derecho de familia hoy en día: la impugnación del reconocimiento de menores de edad. Sobre ello, debemos partir de la idea de que es necesario que un menor de edad cuente con el apoyo emocional y material de sus padres; en ese sentido, es necesario que el ordenamiento jurídico tenga un régimen bien estricto en torno a los progenitores y sus obligaciones como tales. De ese modo, no debería ampararse un régimen mediante el cual un padre o madre pueda desligarse libremente de sus hijos, resolviendo de manera unilateral el vínculo filial como si de un contrato se tratara, ello solo podría sumergir a los menores en un estado de mayor vulnerabilidad y desprotección.

En vista de ello es que el acto de reconocer ser progenitor de un menor deviene en algo tan trascendente que no debería ser modificable de forma libre, tal y como nuestro Código Civil menciona expresamente; sin embargo, ante las nuevas circunstancias que podrían acaecer en el día a día, cabe la duda sobre si esa debería ser la regla en todo tipo de situaciones.

Al respecto, el Código Civil se encargó de regular la figura de la ‘impugnación del reconocimiento’, con el fin de que el acto de reconocer a un menor de edad pueda ser cuestionado válidamente en sede judicial; sobre ello, se debe tomar en cuenta que el mismo Código establece una serie de restricciones a su ejercicio, con el fin de no perjudicar a los menores de edad.

Sin embargo, ha sido la Corte Suprema, mediante varios recursos de casación, la encargada de preci-

sar el régimen mencionado, con el fin de que sea ejercido de una manera más compatible con el resto del ordenamiento nacional. En ese sentido, es conveniente hacer una revisión de los principales criterios elaborados por la Corte Suprema, de modo que se puedan determinar algunas directrices generales en torno al proceso de impugnación del reconocimiento con el fin de esclarecer la viabilidad o no de ciertos casos concretos.

Para ello, será necesario hacer un breve repaso sobre la relevancia del reconocimiento como acto generador de situaciones jurídicas subjetivas entre progenitor e hijos; en ese sentido, se hará énfasis en la regulación que, actualmente, mantiene el Código Civil en torno a dicho acto y al supuesto de la impugnación del reconocimiento. Una vez quede clara la relevancia de esta figura y su desarrollo normativo, será momento de analizar su desarrollo jurisprudencial para su óptima aplicación.

II. EL PARENTESCO COMO INSTITUCIÓN CREADORA DE ‘RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES’

Dentro del derecho de familia, el parentesco viene a ser una de las instituciones más relevantes. La razón es fundamental: es mediante este vínculo que se establecen distintas situaciones jurídicas subjetivas entre los miembros de una familia. Al contrario, mientras no se logre determinar el estado de parentesco entre los miembros de una familia a través de distintos grados y líneas, no podríamos decir que hay de por medio una ‘relación jurídica familiar’.

Tratemos de detallar lo anterior repasando algunos conceptos claves, de modo que los siguientes acápitones puedan ser mejor comprendidos.

El término ‘relación jurídica’ es un término acuñado por la doctrina civilista, que la definió como aquella i) situación jurídica, entendiendo esta como la consecuencia de un hecho jurídico concreto; ii) plurisubjetiva, es decir, que involucra a más de una persona; y iii) concreta, en otras palabras, cuyos intervinientes son plenamente determinados o son al menos susceptibles de serlo¹. Así, mientras no podamos acreditar la existencia del hecho jurídico generador no podríamos concebir la creación de una relación jurídica.

De ese modo es que el parentesco adquiere una relevancia trascendental dentro del derecho de familia, ello debido a que este será el hecho susceptible de crear distintas relaciones jurídicas subjeti-

¹ Al respecto, para una mayor profundización del término, recomendamos: Fernández Cruz, G. (2012).

vas entre las personas vinculadas, que vendrían a constituir una familia. Se debe tener presente que el Código Civil no contempla una definición acerca de cómo entender la idea de 'familia', por más de que se discute en doctrina si ello debería ser agregado; no obstante, nuestra norma únicamente se limita a definir y limitar el concepto de parentesco (Ramos 1994, p. 100).

Por tanto, podríamos decir que si bien el concepto de familia ha experimentado varios cambios sobre su composición, lo que debería estar fuera de discusión es que será el parentesco el que determinará la creación de distintos derechos y obligaciones entre sus miembros, quienes ahora estarán involucrados en una 'relación jurídica familiar'.

III. LA FILIACIÓN COMO CREADORA DE PARENTESCO

Como segundo punto a desarrollar en el presente artículo cabe destacar la filiación como una de las vías mediante las cuales dos personas pueden quedar vinculadas en una relación de parentesco². A grandes rasgos, la filiación buscará estipular la relación entre ascendentes y descendentes, es decir, entre padres y madres con sus hijos e hijas (Fernández Revoredo, 2013). Es evidente que, debido a esa relación, el ordenamiento jurídico ha establecido diversas situaciones jurídicas subjetivas entre estos, procurando ordenar los distintos derechos y obligaciones que podrían surgir.

Sobre el particular, nuestro Código Civil menciona tres vías para crear el vínculo filiatorio: la filiación matrimonial (de los artículos 361 al 376), la extramatrimonial (de los artículos 386 al 414) y la adopción (de los artículos 377 al 385)³.

Al respecto de las dos primeras vías, se puede apreciar la gran relevancia que nuestro Código Civil le dio a la institución matrimonial como fuente

de origen de la familia, bajo una visión tradicional; no obstante, más allá de las críticas hacia lo anterior, lo cierto sobre este punto es que tanto la vía matrimonial como la extramatrimonial buscan crear un vínculo jurídico sustentado en razones estrictamente biológicas, más allá de si la concepción de los menores fue dentro del matrimonio o no⁴.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, como menciona Marisol Fernández:

[...] la regulación en materia de filiación, así como su aplicación, deben tener como norte que cada individuo, desde que nace, tenga nombre y apellidos, que estos datos coincidan con los de su origen biológico y que este sea conocido por el sujeto. Esto, a su vez, le permitirá gozar de una personalidad jurídica. Es importante, destacar que la identidad comprendida en el marco de la cuestión de la filiación tiene un especial impacto en la niñez y adolescencia, población que puede aumentar su grado de vulnerabilidad cuando carece de las garantías para el ejercicio del referido derecho. (2013, pp. 57-58)

Por tanto, la filiación no solo tendrá relevancia para definir las distintas obligaciones y derechos de los progenitores hacia los hijos, sino que conlleva a un aspecto igual de trascendental: consolida el derecho fundamental a la identidad. Toda persona tiene derecho a identificarse con un nombre, lo que conlleva no solo al uso de un prenombre, sino también a portar los apellidos de sus progenitores, con el fin de distinguirse de otros y ejercer sus derechos en sociedad, tal y como lo menciona el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De esta forma, más allá de si el nacimiento fue realizado dentro o fuera del matrimonio, el vínculo de padres y madres con su descendencia es algo que

² Sobre el particular, debe tenerse presente que, según el Código Civil, el parentesco puede formarse tanto por vínculos de consanguinidad como por afinidad. La filiación como tal, permite al hijo o hija no solamente tener un parentesco, sino que le permite introducirse dentro de su árbol genealógico, donde, además, forjará diversos grados de parentesco con sus otros parientes (abuelos, tíos, etc.). De otro lado, el marco normativo reconoce al matrimonio como la vía por excelencia para crear el parentesco por afinidad, creando un lazo entre el contrayente y la familia de su esposo o esposa, como se estipula en el artículo 237 del Código Civil.

³ Al respecto, llama la atención que la adopción esté dentro del título referido a la filiación matrimonial, sobre todo cuando el artículo 124 del Decreto Legislativo N°1297 reconoce puntualmente la posibilidad de que solteros o miembros de una unión de hecho también puedan adoptar.

⁴ Respecto de lo último, mucho se ha discutido doctrinariamente sobre la aún necesidad de tener un trato diferenciado entre ambas vías. Sin embargo, más allá de algunas diferencias puntuales en torno a los métodos de desplazamiento de la filiación, puede que la diferencia principal entre ambas sea la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* (más conocida también como solo presunción *pater is*), la cual opera únicamente en la filiación matrimonial, según lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil. Sobre el particular, la referida presunción determina que el hijo o hija nacido dentro de un matrimonio (o dentro de los 300 días siguientes a su disolución), se presume que es del esposo, sin necesidad de algún acto adicional. Este principio encuentra una excepción y es que dicha presunción no aplicará si es que la madre, al momento de la inscripción, declara expresamente que el menor no es de su esposo, lo cual podría ser considerado arbitrario, ya que se le estaría forzando a reconocer una infidelidad.

merece ser custodiado por el derecho en general, considerando las repercusiones que podría tener para un correcto ejercicio de los derechos de los hijos e hijas.

Finalmente, sobre la tercera vía: la adopción, esta vendría a ser una excepción a lo anterior, ya que se busca crear un nuevo vínculo consanguíneo para el adoptado, pero sin ampararse en la biología, sino más bien en la propia decisión del adoptante de hacerlo parte de su familia. Es decir, la adopción es una institución fascinante puesto que en ella se puede evidenciar un mayor acto de libertad y desprendimiento, ya que sin mediar ningún tipo de obligación legal, una persona decide voluntariamente hacerse cargo de otra con el fin de asegurar su pleno desarrollo, incluso si eso lo lleva a asumir obligaciones que, en principio, le correspondía a los progenitores biológicos del adoptado.

IV. EL ACTO DE RECONOCIMIENTO COMO CREADOR DE VÍNCULO FILIATORIO

Como hemos mencionado en un pie de página anterior, por aplicación de la presunción *pater is*, en la filiación matrimonial basta que los menores nazcan dentro de matrimonio para que se presuma que son del esposo, sin necesidad de contar con algún otro acto jurídico adicional. Al contrario, cabe la pregunta acerca de qué ocurre entonces cuando el nacimiento de los menores se produce en el marco de una pareja que no se encuentra casada. Y es que, en esos casos, sí será necesario la realización de un acto jurídico posterior para acreditar la existencia de una ‘relación jurídica familiar’: el reconocimiento.

Según estipula el artículo 390 del Código Civil, hay hasta tres formas de realizar el reconocimiento extramatrimonial sobre un menor de edad: mediante el registro de nacimientos del Reniec, mediante escritura pública o mediante testamento; es decir, el Código Civil previene que debe mediar una plena voluntad del reconociente para aceptar los derechos y obligaciones que deberá afrontar⁵.

Ahora, debe tenerse en cuenta que este acto es declarativo, mas no constitutivo. Ello quiere decir, en términos sencillos, que la realización del

reconocimiento solamente va acreditar lo ya determinado por la naturaleza en términos de reproducción sexual. Por ejemplo, si un menor fue concebido y nacido en el año 2020, pero su padre recién lo reconoce en el año 2023, ello no quiere decir que este es el padre desde dicho año, ya que ello llevaría a afirmar que un menor no tuvo rastro biológico paterno por tres años, lo cual es biológicamente imposible. La participación del material genético del padre se entiende fue indispensable para la sola creación del nuevo ser humano. El reconocimiento, por tanto, no es constitutivo, no crea una nueva situación hacia futuro, sino que acredita (declara) la existencia de un vínculo anterior⁶.

Lo que no se debe perder de vista es que es a partir del acto del reconocimiento que se le puede comenzar a exigir jurídicamente, a quien lo practica, el cumplimiento de sus deberes como progenitor. Por lo tanto, antes de que haya un reconocimiento o, en su defecto, una sentencia judicial, el progenitor aún no es susceptible de ser demandado para que cumpla con sus deberes (por ejemplo, dar una pensión de alimentos), pero tampoco podrá ejercer sus derechos, como el de ejercer su patria potestad o, en todo caso, solicitar un régimen de visitas para ver a sus hijos.

V. EL RECONOCIMIENTO COMO ACTO IRREVOCABLE, PERO IMPUGNABLE

El reconocimiento, por tanto, es un acto jurídico de suma trascendencia para el derecho de familia, dado que certifica la existencia de un vínculo filiatorio, haciendo susceptible de ser ejercidas las distintas situaciones jurídicas subjetivas entre los involucrados. Sobre el particular, se entiende que, como determina el propio Código Civil, debido a su trascendencia y al beneficio que le supone al menor, este acto es irrevocable y que no admite ningún tipo de modalidad, según se consigna en el artículo 395.

Lo anterior tiene un claro objetivo: asegurar que los menores no sean afectados por decisiones arbitrarias de sus progenitores de querer librarse de todo tipo de obligación en torno a su bienestar. Si se dejara abierta la posibilidad de que el reconocimiento fuese revocable sin expresión de causa, ello podría dejar la puerta abierta a que malos pa-

⁵ Aunque no es materia del presente artículo, se debe destacar que el mismo Código Civil menciona que adicionalmente al reconocimiento, el vínculo filiatorio puede ser determinado por sentencia judicial en caso el progenitor no quiera reconocer voluntariamente a su descendencia. Para más detalle sobre este proceso se debe consultar a Ley 28457.

⁶ Este criterio incluso ya ha sido empleado por la Corte Suprema en la Casación 2151-2016 Junín, en donde afirmó: “[...] En ese orden de ideas, el reconocimiento deviene en un acto declarativo, de eficacia retroactiva, ya que el reconocido es considerado como hijo desde la concepción y no desde el momento en que este se efectúa, por lo que al invocar la anulación o impugnación del reconocimiento se retrotraen los efectos” (2016, considerando 6).

dres puedan dejar en un estado de vulnerabilidad a los menores de forma unilateral. Evidentemente, por una cuestión del interés superior del niño, es que el Código Civil prevé que el acto del reconocimiento no puede dejarse sin efecto por mera decisión del progenitor.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el Código Civil sí regula una figura para desplazar el vínculo filial producto del reconocimiento. Es así que en el artículo 399 del referido cuerpo normativo se hace alusión a la 'impugnación del reconocimiento'. Sobre el particular, el referido artículo nos menciona que el reconocimiento puede ser impugnado "por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395". Del mismo modo, es relevante mencionar que dicho reconocimiento debe ser realizado dentro de los noventa días contados a partir del momento en que se tuvo conocimiento de dicho acto, tal y como se consigna en el artículo 400 del Código Civil.

Lo aludido en el párrafo anterior nos permite considerar tres cuestiones puntuales:

- a) El reconocimiento, si bien no es revocable, sí puede impugnarse, aunque para ello haya que recurrir necesariamente a la vía judicial. Si bien el acto en sí puede ser realizado en RENIEC (a través del registro de nacimiento) o en notarías (a través de escritura pública o testamento), debe tomarse en cuenta que para impugnarlo no es posible acudir a los mismos lugares. Así, dada su trascendencia, este tipo de procesos deben pasar por la justicia ordinaria.
- b) La legitimidad activa para interponer esta demanda, a diferencia de lo que la lógica nos podría decir, no recae en el padre o madre que, habiendo reconocido, desea impugnar dicho acto realizado. Por el contrario, el Código es explícito al decir que este tipo de acción solo puede ser ejercido por el padre o madre que 'no participa' del propio reconocimiento. Es decir, si uno realiza un reconocimiento, según lo dispuesto en el Código, luego no va a ser capaz ni siquiera de impugnarlo judicialmente. Lo anterior nos permite abordar dos ideas fundamentales:
 - La idea del referido artículo consiste en no asemejar la figura de la impugnación con el acto de revocación del reconocimiento. Ya hemos visto que esta segunda figura está claramente prohibida en el

ordenamiento, con el fin de resguardar los derechos de los menores. Por tanto, la lógica del Código Civil se basa en que, así como los padres que efectúan el reconocimiento no puede dejarlo sin efecto de manera unilateral, tampoco deberían tener la potestad de cuestionar por su cuenta dicho acto en sede judicial.

- De otro lado, si bien el padre o madre que efectuó el reconocimiento, en principio, no tiene legitimidad para impugnar dicho acto, el Código sí considera una legitimidad amplia para el resto de actores. En ese sentido, le da la legitimidad al otro progenitor, al hijo o sus descendientes y, en una apuesta sumamente interesante, también a quienes tengan interés legítimo en el acto de impugnación.

Sobre los dos primeros supuestos parece que no hay mucha discusión. En torno a la legitimidad del otro progenitor (el que no participa del reconocimiento ajeno), se entiende que, en determinadas circunstancias, sí podría solicitar el desplazamiento de la filiación del otro con el fin de preservar el vínculo biológico real de sus menores hijos, por ejemplo. Lo mismo con relación a los hijos, se entiende que al estar comprometidos sus derechos, ellos mismos podrían solicitar cuestionar la filiación de alguno de sus padres si es que ellos mismos lo encuentran conveniente.

De otro lado, el Código Civil también contempla la posibilidad de que incluso terceras personas puedan cuestionar el acto del reconocimiento efectuado, siempre que demuestren un claro interés legítimo para ello, el cual también deberá ser acreditado dentro del proceso judicial. Sobre el particular, hay un ejemplo por excelencia que es útil para graficar lo anterior.

Pensemos en el caso de un reconocimiento hecho por un individuo que conoce plenamente que no es el padre de un menor, pero que, tras un acuerdo con la madre, decide realizar el reconocimiento como si en verdad lo fuera. En este caso, el verdadero padre biológico ya no va a poder registrarse como padre, puesto que ya se habrá realizado un reconocimiento antes. Nadie puede tener dos reconocimientos de padres distintos. Con el fin de que el vínculo biológico real del menor sea reivindicado es que se le habilita al verdadero padre para

cuestionar la filiación del falso, a través de un proceso de impugnación de paternidad. No es que el verdadero padre quiera librarse de sus obligaciones, sino al contrario, es que quiere asumirlas en beneficio de los menores. Negarle la posibilidad de impugnar una falsa paternidad es algo que beneficia a los menores, por eso es que el ordenamiento habilita esta posibilidad⁷.

- c) Finalmente, otro punto a tener en cuenta en torno a la impugnación de reconocimiento es el tema del plazo. Como enunciamos anteriormente, el Código Civil en su artículo 400 contempla un plazo de noventa días desde el momento en que se tuvo conocimiento del acto⁸. Evidentemente, ello está pensado en los actores descritos en el artículo 399, mas no en los progenitores que realizaron el acto, ya que sería imposible que alguien "tome conocimiento" posterior de un acto que realizó en un momento y fecha determinados. Por el contrario, sí sería posible que terceros (el otro ascendiente, hijos o personas con interés) tomen conocimiento posterior de dicha acción, sobre todo cuando quien la realiza no lo comunica directamente.

Al respecto, un tema que suele causar mucha controversia sobre lo anterior es el marco de tiempo tan reducido que se otorga para impugnar el reconocimiento, siendo que transcurrido este la acción caduca, extinguendo el derecho. Y es que la razón de dicho plazo es apresurar todo tipo de cuestionamiento sobre la identidad del menor. Al ser algo tan trascendente, el ordenamiento debe procurar que todo tipo de acción sea ejercida cuanto antes, para que todo tipo de afectación sea lo menos fatal posible.

Sin embargo, si bien el Código parte de una premisa entendible y razonable, se debe considerar que la realidad muchas veces presenta casos que podrían exigir un trato diferenciado.

En ese sentido, gracias al avance de la ciencia y la implementación de las pruebas de ADN,

ahora es posible (a diferencia de lo que ocurría cuando el Código Civil fue elaborado), descubrir la verdad biológica incluso mucho después de que el acto del reconocimiento fue realizado o fue tomado en conocimiento.

Por ejemplo, pensemos en el reconocimiento que hace un padre en el año 2012, evento que es plenamente comunicado y conocido por la madre del menor. Según el Código Civil, es a partir de dicha puesta en conocimiento que debería iniciarse el plazo de los noventa días de plazo; sin embargo, habría que repensar sobre qué podría ocurrir si en el año 2020, tras los exámenes pertinentes, se determina que quien hizo el reconocimiento no es el verdadero padre. En el caso planteado ya hay un exceso en el plazo de los noventa días, por lo que la acción, en principio, habría caducado. Debemos tener presente que el cómputo del plazo se determina no a partir de la toma en conocimiento de la posible falta a la verdad biológica (según nuestro ejemplo, conocida en el 2020), sino a partir de la fecha en que se conoció el mismo acto del reconocimiento (el que, según contamos, fue hecho en el 2012). Sobre el particular, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de dirigir el destino de este tipo de situaciones, como veremos más adelante.

VI. ¿Y SI NO SOY EL PADRE?: CRITERIOS HECHOS POR LA CORTE SUPREMA EN TORNO A LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Hasta este punto, queda claro que, respecto de la impugnación del reconocimiento efectuado en beneficio de un menor, el Código Civil propone un marco normativo restrictivo, sobre todo considerando el plazo que otorga para este tipo de acción. Entonces, cabe la pregunta sobre qué opciones podría tener el reconociente, sobre todo considerando que mientras perdure la relación jurídica familiar forjada va a seguir obligado a ejercer sus deberes como padre, aunque biológicamente no lo sea.

Al respecto, la Corte Suprema ha emitido a lo largo de estos años una serie de casaciones en torno

⁷ No debe perderse de vista que estamos hablando de casos de filiación extramatrimonial, ya que en caso de la filiación matrimonial, el Código regula otro proceso, denominado negación o contestación de la paternidad, el cual tiene una lógica particular y diferente. No obstante, por una cuestión de extensión únicamente nos vamos a limitar en el presente artículo a hablar del proceso de desplazamiento de la filiación extramatrimonial.

⁸ Aunque el Código no lo menciona expresamente, debe entender que este plazo debe contarse en días naturales. Sobre el particular, cabe recordar que, considerando el contenido expuesto en el artículo 183 del Código Civil, si no se menciona expresamente que el cómputo del plazo se haga en días hábiles, debe entenderse, por tanto, que el conteo debe hacerse en día naturales (contando incluso sábados, domingos y feriados).

a esta problemática. De esa manera, con el fin de sistematizar de manera clara los principales aportes de su jurisprudencia, vamos a presentar una serie de criterios que podrían ayudar a establecer cuándo es viable realmente iniciar un proceso de impugnación de reconocimiento y qué se debería considerar dentro de estos procesos.

A. No basta con demostrar quién no es el padre, se debe identificar al padre biológico

Sobre el particular, la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia ha determinado que los procesos de impugnación de reconocimiento deberían estar orientados no solo en beneficiar al demandante, sino prioritariamente a los menores de edad. Lo anterior se explica debido a que, impugnando la filiación con un falso padre, el menor puede ir aclarando sus verdaderos vínculos familiares con sus progenitores biológicos, pero siempre que estos puedan ser identificados.

Evidentemente, un proceso mediante el cual, únicamente, se descarta la paternidad de quien hizo el reconocimiento y no se da mayores indicios sobre el verdadero padre no beneficia en nada a los menores, quienes se quedarían en un estado de incertidumbre sobre su historia. De ese modo, ya se determinó en la Casación 1622-2015, Arequipa, lo siguiente:

En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en realidad evidencia que, en los hechos, el niño o la niña involucrado en la controversia, en realidad, no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación [...]. (2015, considerando 12)

Es evidente que la presencia de los padres es sumamente importante no solo por el lado afectivo, sino también desde un ámbito material; por tanto, si un proceso de impugnación solo busca eliminar el vínculo filial sin darle algún tipo de beneficio al menor, no debería tener amparo, por más de que, objetivamente, quien reconoció no sea el padre biológico. Sobre el particular, se debe recordar que las instituciones que imparten justicia en nuestro país deben guiar su actuación por el denominado interés superior del niño, la niña y el adolescente, contemplado en el artículo IX del Código de los

Niños y Adolescentes. De ese modo, cualquier decisión en torno a estos debe siempre velar por su desarrollo y no al contrario.

Con ello adquiere parcialmente sentido el criterio que la Corte Suprema sostuvo en la Casación 3456-2016-Lima. En dicha oportunidad, gracias a un examen de ADN se determinó que el demandante objetivamente no era el padre biológico de una señorita que había reconocido como hija, por lo que se procedió a eliminar su nombre de su partida de nacimiento, aunque preservando el derecho de ella a conservar su apellido, sin que medie por eso algún vínculo filial. Al respecto, se debe tener en cuenta que, al momento en que la causa llegó a la Corte Suprema, la persona reconocida ya era mayor de edad, por lo que no se le debía aplicar el principio de interés superior de la niña. Por tanto, al no tener dicha protección jurídica, se procedió a amparar la demanda del impugnante.

Entonces, como primer criterio, es debido afirmar que si estamos frente a un caso de impugnación de paternidad, y solo se busca eliminar el vínculo filial, no debería ampararse este tipo de pretensiones debido a las repercusiones que podría tener en la esfera de derechos de los niños y niñas menores de edad. No es que los procesos de impugnación sean malos en sí mismos, sino que debe procurarse que en estos se preserven los derechos de los menores. Sobre el particular, se debe destacar también a la Consulta 3873-2014, San Martín, que parte de la lógica anterior, indicando que en este tipo de procesos no solo será vital entender quién no es el padre, sino que también podría ser escenario para identificar a quién sí lo es, mediante la colaboración de otros familiares, por ejemplo.

Finalmente, es por lo mencionado previamente que la Casación 2151-2016-Junín es sumamente criticada. Sobre dicho caso, el demandante impugnó el reconocimiento hecho a favor de un menor de edad debido a que había descubierto que no era el padre biológico, lo que fue corroborado con una prueba de ADN. Al obtener una sentencia favorable en primera y segunda instancias, la madre interpone un recurso de casación con el fin de resguardar los derechos del menor; sin embargo, la Corte Suprema optó por no casar la sentencia de vista. Para sostener su postura, la Corte sostuvo que romper el vínculo filiatorio con su padre no necesariamente era algo negativo para el menor, puesto que este tenía derecho a que en su partida de nacimiento aparezcan los nombres de sus padres biológicos, y dado que el demandante no lo era entonces se le debía retirar de su partida. Eso sí, reconoció el derecho del menor a conservar el apellido del demandante, al menos hasta que

Aldo Santome Sánchez

pueda conocer quién es su padre biológico, lo que, menciona la Corte, deberá ser motivo de un proceso aparte⁹.

Al respecto de lo anterior, la lógica seguida por la corte suprema en la casación antes citada podría resultar sumamente peligrosa para la estabilidad de los menores, ya que al romper el vínculo filial provoca solamente un umbral de incertidumbre en torno a su identidad. En ese sentido, la decisión referida, más que traer un beneficio, le va a traer un nuevo problema a los afectados, los que ahora deberán no solamente ubicar al padre biológico, lo que resulta sumamente complejo en muchos casos, sino que deberán iniciar un proceso de filiación posterior. Mientras tanto, habrá más dudas que certezas alrededor de los menores.

Sobre lo anterior, traemos a colación lo señalado en la Casación 1622-2016-Puno:

[...] Para casos como éstos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de un persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre), que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad, pues amparar razonablemente analizando el caso concreto demandas que no se sujeten a estas consideraciones, significaría que los tribunales de justicia fomenten impugnaciones por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre sobre la identidad de las personas. (2016, Considerando 11)

Por tanto, consideramos que, dadas las repercuiones negativas, hay un acierto de parte de la Corte Suprema en determinar como un criterio la carga de los demandantes para colaborar no solo con la desaparición del vínculo filial, sino con determinación del vínculo biológico real de los menores. Obligarlos a buscar a su padre biológico y luego iniciarles un proceso adicional de filiación, evidentemente, es desproporcional y atenta contra el interés superior del niño.

B. Quien reconoció sí tiene legitimidad para impugnar la paternidad, pero no por meras sospechas o basándose en rumores

Otro punto importante que debe ser tomado en cuenta alrededor de estos procesos gira en torno

a la legitimidad para obrar. Ya mencionamos que el artículo 399 del Código Civil menciona expresamente que no puede impugnar el reconocimiento aquel que lo practicó. Así, si un presunto padre reconoce a un menor de edad como hijo, luego este no podría tratar de impugnar dicho acto, siendo que dicha acción, según lo señalado en el Código Civil, no le corresponde.

De esta forma, debemos tener presente lo señalado por la Casación 2230-2020-Huánuco respecto del marco antes descrito:

[...] no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad del reconociente de desdecirse o retractarse posteriormente de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador de los efectos que puede producir esta destrucción del vínculo jurídico de filiación sobre el desarrollo del hijo reconocido -casi siempre menor- y el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en la familia y la sociedad [...]. (2020, considerando 6)

Por tanto, considerando las graves afectaciones que la impugnación del reconocimiento podría generar en los menores es que el régimen de aplicación de este tipo de acción debe ser lo más restringido posible, aunque ello podría encontrar ciertas excepciones, como procederemos a detallar.

Y es que a partir de la jurisprudencia realizada por la Corte Suprema se ha podido precisar el marco señalado previamente. Así, en la Casación 3797-2012-Arequipa se ha determinado lo siguiente:

La prohibición señalada por el artículo 399 sólo debe entenderse, de forma estricta, cuando el motivo de la impugnación del reconocimiento sean meras sospechas o rumores acerca de que el demandante no sería el padre biológico; es más, ni siquiera la afirmación de la madre acerca de que éste no sería el verdadero padre debería servir por sí sola para sostener la impugnación del reconocimiento. De esta forma, amparar este tipo de demandas conllevaría a que un derecho fundamental, como la identidad, sea cuestionado por la simple voluntad de un padre, aparentemente afectado por algunas expresiones verbales de parte de algunos conocidos, lo que no debería admitirse. (2012)

Entonces, habiendo descartado a las meras sospechas o dudas sembradas por rumores, habría que

⁹ Sobre el particular, cabe mencionar que la sentencia mencionada cuenta con un voto singular emitido por la magistrada Cabello Matamala quien, a diferencia del resto del colegiado, considera que el caso debía volver a segunda instancia con el fin de que se pueda recabar la opinión del menor afectado, la cual no fue tomada en consideración durante el proceso. Sobre este punto se comentará más adelante.

considerar entonces qué tipo de sustento debería acompañar las demandas de impugnación de reconocimiento para que pueda inaplicarse lo señalado en el artículo 399.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha estipulado en reiterada jurisprudencia que el sustento de la impugnación del reconocimiento debe basarse en que este no sea acorde a la realidad biológica. Por un lado, la Casación 3470-2018-Arequipa sostiene expresamente que el artículo 399 no prohíbe al reconociente sostener su pretensión, siempre que esta se ampare en el dato biológico objetivo; de otro lado, en la Casación 2230-2020-Huánuco se sostiene que impedirle al presunto padre impugnar el reconocimiento efectuado cuando no hay un vínculo biológico con el menor, sería una clara contravención al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Considerando lo anterior, se debe destacar el valor de las pruebas de ADN como el medio de prueba idóneo capaz de determinar la existencia o no del vínculo biológico entre reconociente y presunto hijo. De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Suprema ya ha afirmado que la valoración de las pruebas de ADN en los procesos de impugnación de reconocimiento es imprescindible¹⁰. De ese modo, no debería, salvo motivos excepcionales, sentenciarse ningún caso de impugnación en donde no se haya actuado como medio probatorio un examen de ADN.

Naturalmente, uno de los principales problemas que lo anterior trae consigo es qué podría ocurrir cuando la madre del menor, cuyo reconocimiento busca ser impugnado, no colabora con la toma de muestras de ADN. Es evidente que si no existe una buena relación entre el reconociente y la madre del menor, hay una alta probabilidad de que esta prefiera no participar en la obtención de medios probatorios que, a lo mejor, podría ayudar a su contraparte. Sobre el particular, la Corte Suprema ha afirmado, mediante Casación 4018-2017-Pasco, que ese tipo de situaciones tampoco deberían llevar a una sentencia favorable al demandante de manera directa; en ese sentido, menciona que tampoco puede presumir la falsedad del dato biológico por la renuencia de la madre a participar de la toma de muestras. Antes de ello, se debería, en primer lugar, aplicar todas las medidas necesarias para forzar la colaboración con el proceso, aplicando las facultades

coercitivas del juez señaladas en el artículo 53 del Código Procesal Civil.

C. No basta con la prueba de ADN: se debe tener presente la opinión de los menores y su identidad dinámica

A propósito de las pruebas de ADN, si bien estas pueden aportar información trascendental para determinar la ausencia de vínculo con el reconociente, estas por sí solas no deberían ser suficientes para determinar el término de la filiación. Sobre el particular, la Corte Suprema ha señalado que, en vista del interés superior del niño y la niña, debe considerarse también una aproximación a su autopercepción personal, es decir, a la percepción acerca de la identificación con su entorno. De esa forma, no solo se debería prestar atención al factor biológico, que forma parte de la denominada identidad estática, sino también a la identidad como factor dinámico.

En ese sentido, traemos a colación lo señalado por la Casación 950-2016-Arequipa, la que afirma lo siguiente:

[...] El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano¹¹. (2016, considerando 2)

¹⁰ Para mayor detalle, se pueden consultar la Casación 4018-2017-Pasco y la Casación 1590-2019-Cusco.

¹¹ Esta misma idea, aunque con un menor desarrollo conceptual ha sido considerada en otras sentencias emitidas por la Corte Suprema, como la Casación N°1900-2014, Loreto; Casación N°3470-2018, Arequipa; Casación N°1622-2016, Puno; o la Casación N°4430-2015, Huaura.

Cabe mencionar que la defensa de la identidad dinámica antes ya fue desarrollada incluso por el mismo Tribunal Constitucional. Sobre ello, debemos tener presente la sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC, en donde el máximo intérprete de la Constitución sostuvo que la identidad del individuo no solo está conformada por aquellos factores objetivos e inalienables, sino que también existe una esfera subjetiva del individuo que va forjándose poco a poco, conforme va desarrollándose en sociedad y creando su propio proyecto de vida.

Por ello, cabe la posibilidad de que los menores de edad reconocidos por una persona (por más que, biológicamente, no sea su verdadero progenitor) sí desarrollen una identidad en torno a ese aparente vínculo de parentesco. De ese modo, cabe la posibilidad de que se desarrolle lo que la doctrina ha llamado un 'estado de familia'¹².

En ese sentido, los menores de edad son susceptibles de haber creado lazos de identificación con el reconociente, incluso de afecto con este y sus familiares. Por tanto, cortar de plano ese vínculo podría traer serias repercusiones en su esfera personal, sobre todo a nivel psicológico.

En ese sentido, la Casación 2340-2015-Moquegua hace un interesante aporte:

[...] Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive.

Es pertinente señalar que, si bien es cierto no se practicó el examen de ADN a la menor, por inconveniente de la madre demandada, de lo cual el Juez podría extraer conclusiones de su conducta, según lo previsto en el artículo 282 del Código Procesal Civil; sin embargo, esta norma procesal invita al juez a actuar con prudencia respecto a la conducta asumida por las partes en el proceso, y es clara en dar a ésta un valor complementario y subsidiario, no resultando suficiente por sí sola, ni puede constituirse en elemento único de decisión; más aún si se trata de un proceso en el que se cuestiona la identidad de la niña, por la que siempre debe velarse por el principio de su interés superior, que se yergue en la cúspide a la que deben

apuntar todos los derechos de los cuales el niño es titular en la doctrina de la protección integral. (2015, considerando 9 y 10)

Analizando lo anterior, podemos apreciar un par de cosas. Por un lado, que el estado de familia es una cuestión que se va asimilando de manera progresiva. Así, cuando un menor va creciendo, poco a poco va interactuando con su alrededor, para lo cual utiliza los apellidos de sus progenitores; de ese modo, se va autopercibiendo bajo un nombre a nivel público. De otro lado, se debe tener presente que existe la posibilidad de que el menor y el reconociente, antes de que este último descubra que no es el padre, hayan podido tener una relación de amor y cariño mutuo. Sería totalmente contrario al interés superior del niño borrar todos esos recuerdos de un momento a otro.

Luego, habrá otro tipo de circunstancias donde la situación antes comentada no ocurra. Un ejemplo de ello ocurrió en el caso que motivó la Casación 1132-2021-Arequipa, donde se corroboró que el menor cuyo reconocimiento se estaba cuestionando no tenía un estado de familia con el reconociente. En dicho caso, el menor siempre se refirió a este como 'tío', ya que su madre le indicó desde pequeño que se refiera de esa manera al reconociente, considerando que ella sabía bien que no era el padre biológico.

En ese sentido, para considerar adecuadamente la existencia del estado de familia, resulta crucial conocer la percepción del menor. De esa manera, se podrá tener una certeza sobre cómo se siente el menor respecto del reconociente, si a lo mejor siente aprecio por este, si lo reconoce como su verdadero padre, si encuentra en este una figura con la que identificarse, etc. Un ejemplo de lo anterior se dio en la Casación 2726-2012-Del Santa, en donde el informe psicológico practicado a la menor en cuestión reveló la apreciación de esta en torno a su presunto padre, a quien identificaba como protector y cariñoso, revelando un claro vínculo entre ambos.

Lo anterior tiene un sustento en lo señalado expresamente en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que afirma que los Estados parte se comprometen a darles a los menores la oportunidad de ser escuchados, en todo procedimiento que les afecte, ya sea directamente o por medio de un representante. Al respecto, queremos

¹² Sobre el particular, el estado de familia es considerado como el estado cuya característica es que "forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres" (Cicu citado en Varsi 2013, p. 68).

destacar especialmente un fragmento del voto singular de la magistrada Cabello Matamala en la ya comentada Casación 2151-2016, Junín:

El juez tiene la obligación de evaluar la capacidad del niño a formarse una opinión autónoma, teniendo en cuenta criterios cronológicos, psicológicos, culturales y sociales; para lo cual podrá requerir asistencia especializada; de manera que, desde una mirada judicial, el derecho del niño a ser oído implica que pueda expresarse en sus propias palabras sobre las decisiones que le afecten (como es el grado de afinidad, cariño, costumbre, empatía respecto de la persona que lo acompañó en toda su niñez y desarrollando el papel de parente) y que sus puntos de vista sean tomados en consideración, según sus actitudes, edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. (2016, considerando 8)

Al respecto, y como hemos venido sosteniendo, el factor genético no debe ser el único a considerar dentro de los procesos de impugnación de reconocimiento. Las personas también tenemos una esfera dinámica y afectiva que debe ser considerada, con mayor razón si se trata de menores de edad. Por tanto, debe ponderarse la prueba biológica conjuntamente con otros factores, como es la consolidación de un estado de familia en el menor reconocido, y para determinar la existencia de dicho estado es vital que se pueda escuchar la voz del menor, de tal manera que se pueda comprender adecuadamente qué siente respecto del reconociente. La idea es, como se ha venido afirmando, que siempre prevalezca el interés superior del niño. Lo anterior no quiere decir que el factor biológico no importe en estos procesos; sin embargo, no será lo único importante.

D. El plazo de caducidad puede ceder solo si con ello se beneficia a los menores

Otro punto que puede resultar trascendente respecto de los procesos de impugnación de reconocimiento es el tema del plazo. Como ya hemos dicho, el artículo 400 del Código Civil menciona que el plazo para interponer este tipo de acción es de noventa días calendario desde la toma de conocimiento del acto, es decir, desde la realización del reconocimiento. Si bien la colocación de un plazo tan corto toma sentido cuando consideramos que este tipo de acciones podrían perjudicar a los menores de edad, su aplicación en casos concretos ya ha sido exceptuada en varias ocasiones por la justicia ordinaria.

Sobre el particular, la Corte Suprema ha considerado lo siguiente:

[...] a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales, límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional¹³.

Al igual que lo que ocurre en el caso de la legitimidad para obrar, estamos ante otra norma jurídica que cede en la práctica jurisdiccional, siempre con el fin de considerar valores de carácter constitucional. Sobre el particular, tiene una consideración especial la Consulta 3873-2014-San Martín, en donde la Corte Suprema realizó un test de proporcionalidad con el fin de justificar lo anterior. Al respecto, destacamos lo siguiente:

[...] la técnica de la ponderación implica un examen de validez constitucional del artículo 400 del Código Civil, ante la colisión de derecho que este presenta, ya que prima facture se concretizar el instinto constitucional de la familia en abstracto, restringiendo la acción de impugnación de paternidad a un plazo de caducidad, empero se restringiría el derecho a la identidad del menor y su familia de pertenencia biológica a una familia. (considerando 6.11)

Sobre el particular, la Casación 1612-2017, Arequipa sostuvo una posición similar a la antes descrita, sobre todo considerando que los cuestionamientos biológicos son, prácticamente en todos los casos, producto de un examen de ADN practicado por los reconocientes, quienes podrían tomar conocimiento de que no son los verdaderos padres de sus hijos incluso cuando ya han transcurrido varios años. Cabe mencionar que, por una cuestión temporal, este tipo de circunstancias no fueron contempladas por el legislador que elaboró el Código Civil de 1984. De ese modo, y ante la ausencia de una modificación normativa al respecto, es que la jurisprudencia considera que sí sean susceptibles de ser conocidos en sede judicial.

Al respecto, debe tomarse en consideración que la inaplicación de lo señalado en el Código Civil no debería hacerse para beneficiar a los reconocientes, sino que se debería hacer en favor de los derechos de los menores de edad. Como es de conocimiento, las cortes pueden aplicar el denominado control difuso con el fin de inaplicar

¹³ Esta misma fórmula puede encontrarse tanto en la Casación 1303-2013-San Martín (considerando 11) y Casación 3797-2012-Arequipa (considerando 16).

normas jurídicas que, sin ser inconstitucionales en sí, su aplicación sí podría chocar con ciertos principios defendidos por el ordenamiento, entre estos, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Como comentamos anteriormente, la grave afectación que podrían sufrir los menores en torno a su identidad debería comprometer a las instancias encargadas de impartir justicia a estar dispuestas, como *ultima ratio*, a sacrificar la aplicación de una norma jurídica concreta. Por tanto, si el plazo de noventa días ya ha transcurrido, no se debería declarar la improcedencia del caso, sino que debería evaluarse si podría beneficiarse el menor al ser parte de un proceso donde se discutirá su origen biológico, si es en su beneficio, conforme hemos tratado hasta este punto, sí debería admitirse la demanda.

E. No debe confundirse la impugnación del reconocimiento con la invalidez del reconocimiento

Habiendo comentado lo anterior, puede apreciarse que la impugnación del reconocimiento no es un proceso sencillo para los reconocientes, siendo que, a diferencia de lo que podría creerse, no basta con acreditar mediante una prueba de ADN que uno no es el padre biológico. En ese sentido, cuando esta acción no sea compatible con los criterios mencionados previamente, muchos abogados recomiendan iniciar, en lugar de una demanda de impugnación, realizar una de nulidad de acto jurídico, con el fin de declarar la invalidez del reconocimiento (Del Águila, 2023, p. 60). Vale decir, se busca ello como una alternativa ante las diversas dificultades que podrían existir en los procesos de impugnación.

Respecto a ello, cabe mencionar que esta posibilidad incluso ha sido reconocida previamente por la misma Corte Suprema en la Casación 2274-2004-Lima (citada en la Casación 2337-2018-Lima), en la que se mencionó lo siguiente:

[...] Se admite que el reconocimiento de un hijo [extramatrimonial] puede ser controvertido mediante la acción de impugnación de reconocimiento (en la que se ataca el nexo biológico entre el reconociente y el reconocido) y también a través de la acción de invalidez o ineficacia; es así que siendo el reconocimiento de la paternidad (o en su caso, de la maternidad) un acto jurídico de declaración unilateral, es susceptible de las causales de nulidad y anulabilidad, pues la irrevocabilidad de dicho reconocimiento supone la existencia de un acto jurídico válido y con todos los elementos es-

tructurales, en tanto que cuando se aduce su nulidad se alega que el acto carece de aquellos elementos [...] nuestro ordenamiento procesal y sustantivo no prohíbe que el reconociente pueda demandar la invalidez o ineficacia del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al acto jurídico, la pretensión contenida en la demanda sub judice guarda relación con los hechos invocados por el actor y contiene un petitorio jurídicamente posible, subsecuentemente, se trata de un caso justiciable, cuyo rechazo resultaría arbitrario [...]. (2018, considerando 13)

Al ser el reconocimiento de un menor de edad un acto jurídico donde media una plena voluntad de la persona, susceptible de generar consecuencias jurídicas, resulta posible de ser cuestionado bajo los supuestos de invalidez que el Código Civil sostiene en su Libro II, es decir, la nulidad y la anulabilidad. Al respecto, como razona la Corte Suprema, si bien no hay una habilitación expresa dentro del Libro de Familia para ello, tampoco se encuentra ningún impedimento, considerando las particularidades de cada caso, por lo que sí se podría cuestionar un reconocimiento bajo estas figuras.

En tal sentido, debe tenerse presente que no es que la acción de invalidez sea subsidiaria a la acción de impugnación, o que esta es una 'vía alternativa', argumentar ello sería un error. En ese sentido, debe considerarse que ambas figuras parten de supuestos diferentes, tal y como fue desarrollado en la Casación 2286-2015-Cajamarca, donde se mencionó lo siguiente:

Cabe precisar que la acción de impugnación del reconocimiento ataca o controvierte el presupuesto biológico que lo implica: El nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido; y, la acción de invalidez, ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que atañen a su eficacia constitutiva o estructural como tal. De tal modo que en la acción de invalidez no está en juego, ni se discute, si quien reconoce es en verdad el padre o la madre del reconocido – como en la acción de impugnación del reconocimiento – sino el vicio sustancial que impide la eficacia del acto jurídico. (2015, considerando 6)

En ese sentido, el recurso de impugnación de reconocimiento parte de la premisa de que este acto fue realizado de forma válida, de conformidad con nuestro ordenamiento, sin que medien las circunstancias descritas en los artículos 219 y 221 del Código Civil. Al respecto, debe tomarse en consideración que los procesos de nulidad de acto jurídico son conocidos por los jueces civiles,

mas no por los jueces de familia, quienes tienen la competencia sobre los procesos de impugnación de reconocimiento.

De esa manera, podemos pensar en el caso de un reconociente quien, argumentando supuestos engaños de parte de la madre de un menor, decide plantear una demanda de anulabilidad del acto jurídico por causal de dolo (artículo 221, inciso 2 del Código Civil). El accionante podría aducir que la demandada ha provocado que incurra en error, por lo que el acto no es válido considerando que su voluntad estaba viciada. A propósito, esta fue la premisa del caso analizado en la Casación 1196-2019-Lima Este; sin embargo, en dicha oportunidad el accionante únicamente adjuntó como medio probatorio un examen de ADN que corroboraba que no era el padre, mas no adjuntó prueba alguna que demuestre el dolo de la demandada. Al respecto:

[...] de ahí que la pretensión planteada no puede ser analizada en la vía estrictamente civil-patrimonial (como anulabilidad de acto jurídico), sino que, por los derechos que fluyen del acto jurídico materia de nulidad (acta de nacimiento del menor de edad) y estando a que la menor se ha identificado con el apellido del accionante, al ser empleado en su vida diaria, la decisión que se emita, podría afectar el desarrollo de la menor [...] corresponde que la controversia sea dilucidada en un proceso de impugnación de paternidad [...]. (considerando sexto)

En ese sentido, es necesario para que se pueda conocer la causa en un proceso de invalidez que se acrediten adecuadamente las causales invocadas. No basta, en ese sentido, que solo se haga alusión a una prueba biológica, considerando que las implicancias de ello deben ser revisadas en un proceso de impugnación de paternidad. Sobre el particular, lo mismo puede encontrarse en la Casación 4018-2017-Pasco, donde el accionante argumentó estar inmerso en un caso de simulación absoluta, al haber reconocido a un menor que no era su hijo biológico; no obstante, nunca argumentó adecuadamente el sustento de dicha causal, argumentando únicamente la existencia de una prueba de ADN que determinó que no era el padre.

En síntesis, si el accionante se encuentra fuera de plazo o no cumple con los requerimientos para llevar a cabo la impugnación de paternidad, no es habilitante para iniciar un proceso de invalidez del acto jurídico. Del mismo modo, se debe decir que, si el demandante tampoco sustenta su pretensión de invalidez debidamente dentro de los supuestos normados por el Libro II del Código Civil, lamentablemente habría que indicarle que no hay nada que se pueda hacer al respecto.

Claro que luego ha habido casos donde este tipo de acciones sí prosperan, aunque son muy escasas. Por ejemplo, se puede citar el caso de la Casación 2337-2018-Lima, en donde se argumentó un pedido de nulidad del acto jurídico debido a que, en dicho caso, el accionante afirmó que tomó conocimiento de que, al momento de hacer el reconocimiento de un menor de edad, ya existía una partida previa, donde figuraba el nombre de otro progenitor, hecho que no fue comunicado debidamente por la madre. Sobre ello, si bien la Corte permitió a la hija (ya mayor de edad cuando el caso llegó a la Corte Suprema) conservar el apellido del accionante, determinó que sí se debía anular este segundo reconocimiento, considerando lo señalado en el artículo 219, inciso 3 del Código Civil, referido a un objeto jurídicamente imposible. Ahora, cabe destacar que la consecuencia de lo anterior tampoco dejó a la implicada en un estado de indefensión, puesto que, al reconocer la validez del primer reconocimiento, se le reconoció al menos un vínculo con su origen biológico.

Por tanto, la aplicación de las causales de invalidez en torno a las partidas de nacimiento de los menores de edad sí es susceptible de ser usada; no obstante, se debe tener un cuidado especial de llevar el análisis de estos casos por una cuestión 'estrictamente civilista', considerando que hay menores de edad de por medio. En ese sentido, no debería sorprender que muchas de estas solicitudes sean rechazadas por entender que deben ser los jueces de familia quienes se encarguen de evaluar el caso concreto, salvo que haya cuestiones tan evidentes como la descrita en el párrafo precedente.

VII. CONCLUSIONES

Considerando las principales cuestiones revisadas en las páginas anteriores, podemos establecer las siguientes conclusiones a modo de cierre:

- El parentesco es una de las principales instituciones dentro del derecho de familia, al ser el sustento mediante el cual las personas quedan vinculadas con el fin de ejercer las situaciones jurídicas subjetivas propias de una familia. La filiación es uno de los métodos para determinar el parentesco al determinar el vínculo biológico existente entre progenitores y descendientes. Según el Código Civil, esta puede ser matrimonial como extramatrimonial, así como puede ser constituida mediante la adopción.
- Dentro de lo correspondiente a la filiación extramatrimonial, a diferencia de la matrimonial, sí es necesario la realización de un

- acto en concreto para acreditar el vínculo filial: el reconocimiento. Al respecto, este ha sido entendido como un acto declarativo mediante el cual queda acreditado un vínculo consanguíneo, haciendo al reconociente susceptible de ser exigido al cumplimiento de sus obligaciones como progenitor.
- Sobre el particular, debido a la trascendencia que tiene el reconocimiento para la esfera de derechos de los menores de edad es que el ordenamiento jurídico ha establecido una serie de restricciones para protegerlos. Así, se ha estipulado un marco normativo mediante el cual el reconociente no va a poder revocar dicho acto de manera unilateral; no obstante, sí se permite que este pueda ser impugnado, aunque no por el mismo reconociente y dentro de un plazo de noventa días desde la toma de conocimiento del acto.
 - Sin embargo, considerando los avances de la ciencia y de la sociedad misma, la Corte Suprema se ha encargado de precisar algunas cuestiones alrededor del proceso de impugnación de paternidad:
 - Que no debe buscarse únicamente romper el vínculo filiatorio, ya que ello podría introducir a los menores en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre respecto de su origen. De ese modo, se deberá identificar al verdadero padre biológico, con el fin de no dejar al desamparo a los niños y niñas.
 - A diferencia de lo sostenido en el Código Civil, la Corte Suprema sostiene que los reconocientes sí tienen legitimidad para iniciar estos procesos, pero no pueden sustentarse únicamente en meras sospechas o rumores en torno a que el accionante no sería el padre biológico. Es decir, debe haber una comprobación genética hecha por una prueba de ADN, la que resulta imprescindible en este tipo de procesos.
 - No obstante lo anterior, la prueba biológica no deberá ser la única a ser evaluada. De ese modo, debe tenerse presente la identidad dinámica de los menores, la cual puede salir a la luz a partir de su participación activa dentro del proceso.
 - La Corte Suprema también ha establecido que el plazo de caducidad mencionado en el artículo 400 puede ser inaplicado, siempre y cuando se pueda dilucidar un beneficio para los menores.
 - No debe confundirse el proceso de impugnación de reconocimiento con el proceso de invalidez del reconocimiento. Ello debido a que ambas figuras se sustentan en supuestos diferentes. Así, no es que la vía de la invalidez sea subsidiaria en caso no se cumplan los requisitos exigidos para la impugnación.
 - Finalmente, considerando todo lo revisado, debe tenerse presente que el proceso de impugnación de reconocimiento no es un proceso que busque beneficiar a los accionantes, sino debe procurar que sea un beneficio para los menores afectados, considerando la grave afectación que se les podría generar. 

REFERENCIAS

- Del Aguila, J. (2023). *Mi primer juicio de familia. ¿Qué le digo al juez?*. Lima: LP Pasión por el Derecho.
- Fernández Cruz, G. (2012). La Obligación. En R. Morales & G. Priori (eds.), *De las obligaciones en general: Coloquio de iusprivatistas de Roma y América Cuarta reunión de trabajo* (pp. 19-36). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández, M. (2013). *Manual del Derecho de Familia*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ramos, C. (1994). La idea de familia en el Código Civil Peruano. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (30), 97-107.
- Rodríguez, R. (2018). *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de mayo de 2016, Casación 1622-2015-Arequipa (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de setiembre de 2017, Casación 3456-2016-Lima (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 08 de enero de 2018, Casación 2151-2016-Junín (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de julio de 2019, Casación 4018-2017-Pasco (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 03 de setiembre de 2020, Casación 1590-2019-Cusco (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 de junio de 2013, Casación 3797-2012-Arequipa (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 04 de setiembre de 2017, Casación 4430-2015-Huaura (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de junio de 2017, Casación 1622-2016-Puno (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de julio de 2022, Casación 3470-2018-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de noviembre de 2016, Casación 950-2016-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de mayo de 2022, Casación 2230-2020-Huánuco (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 08 de marzo de 2016, Casación 1900-2014-Loreto (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de mayo de 2016, Casación 2340-2015-Moquegua (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de julio de 2013, Casación 2726-2012- Del Santa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de marzo de 2023, Casación 1132-2021-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 10 de mayo de 2018, Casación 1612-2017-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 30 de diciembre de 2015, Casación 1303-2013-San Martín (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de junio de 2006, Casación 2274-2004-Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de junio de 2019, Casación 2337-2018-Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 11 de enero de 2017, Casación 2286-2015-Cajamarca (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de junio de 2022, Casación 1196-2019-Lima Este (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de marzo de 2015, Consulta 3873-2014, San Martín (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 20 de abril de 2006, sentencia recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC (Perú).

Payet Rey Cauvi Pérez

prcp.com.pe

T: 511 612 3202

**Av. Víctor Andrés Belaúnde 147, Edificio Real 3, Piso 12
San Isidro, Lima - Perú**

NOTAS SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PRENUPCIALES (Y MARITALES)

NOTES ON THE VALIDITY OF PRENUPTIAL (AND MARITAL) AGREEMENTS

Yuri Vega Mere*
Universidad de Lima

In Peru, fears persist about the reform of family law; after 40 years of the Civil Code (1984), the author persists and incorporates new reasons to agree to its 'contractualization' as a reflection of a society that is less and less willing to marry. We are faced with a regulation that prolongs the marital crisis and is counterproductive for the system itself.

The article uses the American experience and the initiatives of the Uniform Law Commission or the American Law Institute to demonstrate the complementarity that can exist between the freedom of the parties to enter into marital or premarital agreements and the subsequent judicial scrutiny. It is emphasized that a modernization of family law does not involve the renunciation of the family law principles.

KEYWORDS: Contractualization; marriage; legislation; United States; society.

En el Perú, persisten temores en torno a la reforma del libro de derecho de familia; luego de 40 años de vigencia del Código Civil de 1984, el autor persiste e incorpora nuevas razones para acceder a su 'contractualización' como reflejo de una sociedad que cada vez está menos dispuesta a contraer matrimonio. Estamos frente a una regulación que prolonga la crisis matrimonial y es contraproducente para el propio ordenamiento.

El artículo se sirve de la experiencia norteamericana y de las iniciativas de la Uniform Law Commission o el American Law Institute para demostrar la complementariedad que puede existir entre la libertad de las partes al momento de celebrar acuerdos matrimoniales o prematrimoniales y el posterior escrutinio judicial. Se enfatiza que una modernización del derecho de familia no involucra la renunciar de los principios propios de la rama.

PALABRAS CLAVE: Contractualización; matrimonio; legislación; Estados Unidos; sociedad.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Perú). Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa, Perú). Socio principal en Estudio Muñiz (Lima, Perú). Contacto: yvega@munizlaw.com

El autor agradece y manifiesta su profunda admiración hacia el profesor Brian H. Bix.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 25 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 11 de julio de 2024.

I. LA ERA DE LAS ‘FAMILIAS POR CONSENSO’ O DE LA ‘CONTRACTUALIZACIÓN’ DEL DERECHO DE FAMILIA

Una reciente obra del profesor de la Universidad de Minnesota, Brian H. Bix, bajo el título *Families by agreement. Navigating choice, tradition and Law* (2023) llegó a mis manos cuando me aprestaba a escribir estas líneas y tuve la suerte de encontrar argumentos de la solidez que proviene de la pluma del profesor Bix que, además, tiene un importante correlato en la historia del derecho de familia en los Estados Unidos de América y en su riquísima jurisprudencia sobre el objeto de este ensayo¹.

Si bien el tema inicial de este trabajo se centraba en los acuerdos prenupciales, la historia de un instrumento tan importante como el Uniform Premarital and Marital Agreements Act del 2012 (en adelante, UPMAA), redactada por un grupo de trabajo creado por la Uniform Law Commission² (en adelante, ULC) en el país del norte, y del que el principal *reporter* o ponente fue, precisamente, el profesor Bix, me animó a extender algunas de las ideas que se proponen para los acuerdos prenupciales a los pactos matrimoniales debido a la necesidad de no generar un régimen diferente para acuerdos que pueden tener una regulación similar con pequeñas diferencias según se explicará más adelante.

No debo dejar de señalar que este tema lo he abordado en otras oportunidades (Vega Mere, 2014; 2022). Sin embargo, la más reciente publicación del profesor Bix (2023) comprende temas que exceden los convenios pre y post nupciales y, además, abarca todos aquellos acuerdos que hoy en día se concluyen al interior del derecho de familia en los Estados Unidos y que son una muestra inocultable de la expansión del orden privado dentro de dicha disciplina. Esa expansión no es otra cosa que la posibilidad que tienen los miembros de un grupo familiar –y a veces uno de ellos con

terceros– de poder contratar o convenir sobre determinados tópicos que han estado tradicionalmente sujetos a reglas imperativas: acuerdos no solo sobre los derechos y deberes que nacen del matrimonio, sino también entre convivientes (*co-habitation agreements*), entre esposos para reconciliarse o separarse (*separation agreements*), entre los padres adoptivos y biológicos para adoptar a un hijo –sin perjuicio de la aprobación judicial–, sobre el uso de técnicas de reproducción asistida y la expansión del arbitraje en el derecho de familia, entre otros.

Estas *families by agreement* o familias por consenso, y todas aquellas situaciones que hoy nacen de acuerdos dentro del derecho familiar, revelan un incremento –¿o un reconocimiento?– de la autonomía privada en este campo que son, en rigor, una inocultable realidad que existe desde hace varios lustros y que algunos autores han bautizado como la ‘contractualización del derecho de familia’ o *contractualization of family law*, en palabras de Jules y Nicola (2014).

La doctrina local, lamentablemente, no repara en esta tendencia. Asumo que la sola idea de aludir a ‘privatizar’ espacios siempre colmados con una regulación legal de matiz obligatorio ha de causar cierta perplejidad. Una muestra de ello es el silencio que guardó el equipo de especialistas conformado por el grupo de trabajo encargado de proponer reformas al Código Civil que concluyó en un Anteproyecto bajo los auspicios del Ministerio de Justicia publicado en el año 2019 y que jamás se pronunció sobre la propuesta que presenté para incorporar normas sobre los acuerdos prenupciales y maritales tomando como referencia la experiencia de los Estados Unidos de América. Ante la falta de pronunciamiento, publiqué el texto de la propuesta en la cuarta edición de mi libro que recoge diversos ensayos de derecho de familia (Vega Mere, 2019, pp. 207-250). El Anteproyecto solo hizo precisiones en algunos artículos del Código sobre el régimen patrimonial del matrimonio, pero

¹ No es, ni por asomo, la primera gran contribución del profesor Brian Bix. Si tuviera que referir sus otros trabajos sobre la misma materia me vería obligado a citar, cuando menos, los siguientes: ‘Bargaining in the shadow of love: Premarital Agreements and how we think about marriage’, ‘The public and private ordering of marriage’, ‘The ALI Principles and agreements: seeking a balance between status and contract’, ‘The private ordering and Family Law, Agreements in Family Law’, así como el ensayo que escribió conjuntamente con la profesora Barbara Atwood, ‘A new Uniform Law for premarital and marital agreements’, en el que explica los alcances de la UPMAA (2012) que luego se comenta en el texto. El profesor Bix tiene otros ensayos sobre el mismo argumento y por ello su libro recoge algunas de las ideas que ha expuesto a lo largo de 25 años.

² La Uniform Law Commission –antes National Conference of Commissioners on Uniform State Laws– es una organización no personificada, sin fines de lucro, establecida en 1892 que elabora o propone leyes uniformes sin valor oficial (*soft law*) para aproximar las legislaciones de las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos, en diferentes y muy amplias áreas. Cuenta con aproximadamente 350 comisionados que son nombrados por los gobernadores estatales. Deben ser abogados y el hecho de que los nombre un agente oficial no convierte el trabajo de la ULC en derecho con sanción gubernamental. Por el contrario, las propuestas que alcancen luego deberán ser difundidas y promovidas por los comisionados en sus Estados para alcanzar el anhelo de legislación (*statute law*) uniforme.

fueron variaciones dentro del tratamiento legal actual que me parece no solo parco sino, sobre todo, encasillado en una visión superada que da la espalda a los acuerdos que hoy en día pueden celebrarse en este terreno.

Por otro lado, resulta paradójico que hayan sido los cambios que se han dado fuera de las murallas del Código Civil aquellos que han introducido esos espacios en los que la autonomía se erige como la primera opción para observar los procedimientos que conducen a la disolución del vínculo matrimonial. Me refiero, como ya lo he hecho antes, a los acuerdos de separación convencional y ulterior divorcio que se asemejan a los *marital settlement agreements* del Derecho estadounidense, regulados por la Ley 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Tanto es así que el artículo 4 de esta ley exige a los cónyuges que buscan la separación convencional: (i) no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad; y (ii) carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar un acuerdo de sustitución o liquidación del mencionado régimen patrimonial.

Si se analiza con cuidado los requisitos de dicha ley que facilita la extinción del matrimonio, se advierte que además de haberse liquidado notarialmente la sociedad de gananciales –por acuerdo–, debe haber un régimen definido para el ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad. Como es fácil de notar, todos estos aspectos no patrimoniales pueden provenir de una sentencia o –he aquí lo que fue novedoso– de un acuerdo conciliatorio alcanzado entre los esposos en trance de divorciarse. En breve, esta ley ha favorecido los pactos entre los aún cónyuges sobre materias que siempre fueron reservadas a la competencia de los jueces³.

Es curioso, además, que el orden legal se muestre complaciente con los acuerdos de separación y no con aquellos que deseen celebrar los esposos o los pretendientes a ese *estatus*. Sin duda hay una explicación y es que la posibilidad de recurrir a esos convenios –es decir, a los *marital settlement agree-*

ements o *separation agreements*– coadyuva al cierre de una crisis matrimonial y evita o disminuye los niveles de litigio judicial. Lo mismo ha ocurrido en la experiencia norteamericana.

En cuanto a los acuerdos prenupciales y posmaritales, el único espacio con el que cuentan los cónyuges es el de variar de régimen patrimonial, usualmente de manera monolítica: o es uno o es otro el régimen que se puede elegir, sin variaciones o matices que, sin embargo, bien podrían implementarse, pero solo cuando se separan patrimonios, pues en ese caso los interesados podrían introducir algunos cambios dado que no podrían pactar en contra del tratamiento normativo de la sociedad de gananciales si este es el que se les aplicará.

Los acuerdos premaritales o conyugales tienen como finalidad regular los derechos, deberes, responsabilidades, etc.; entre futuros esposos o esposos sin dejar el futuro de ese conjunto de materias a la suerte y poder organizar sus propias vidas sobre la base de reglas claras que disminuyan o eviten discusiones e incertidumbre. En estos convenios se deciden las titularidades de las adquisiciones durante y para después del matrimonio, además del soporte entre los cónyuges en ambos casos, la contribución al hogar común, los seguros y sus beneficiarios, la asunción de deudas durante y luego del matrimonio, entre varias otras materias que no son de poca importancia y que tienden a buscar o establecer un tratamiento acorde al interés de los partícipes que no coincide con el régimen legal aplicable supletoriamente en ausencia de pacto.

Dado que dichos acuerdos buscan variar o desplazar el régimen legal, no es extraño que se muestre temor de admitirlos por esa razón. Es altamente previsible que se alegue, como ha sucedido y ocurre aún en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América, que se trata de asuntos en los que priman las políticas públicas y los principios de protección del matrimonio con el fin de evitar abusos e injusticias. Sin embargo, este punto de partida en contra de su admisibilidad revela un prejuicio e ignora que, en nuestro medio, no son escasos los acuerdos de separación de patrimonios entre esposos que han adquirido propiedades y derechos en los que la distribución no solo no es equitativa, sino bastante asimétrica. Y dado que no existen parámetros legales o requerimientos mínimos para que esas separaciones se consideren exigibles (*enforceables*) los resultados podrían ser menos ventajosos que en caso de contarse con

³ Si hay mayores 'incapaces' –en realidad, necesitados de la designación de un 'apoyo'–, ello exigirá el recurso de la vía judicial.

una disciplina como la que existe en el país del norte para las capitulaciones objeto de este ensayo.

Dos noticias no dejan de ser importantes para conocer mejor el contexto actual. Según una noticia publicada en la plataforma digital única del Estado, el 17 de febrero de 2022, la mayoría de peruanos al día de hoy prefiere distanciarse del régimen de la sociedad de gananciales y casarse con bienes separados. En la misma plataforma, una noticia del día 31 de enero de 2024 da cuenta que en el año 2023 se inscribieron casi 9 mil acuerdos de separación de patrimonios en el Registro Personal.

Dentro de este mismo escenario local, encontramos –además– una regla del Código Civil que prevé la cesación de la obligación alimenticia entre marido y mujer al disolverse el vínculo conyugal (artículo 350, primer párrafo). Un acuerdo premarital o marital que determine modifique o extinga cualquier expectativa alimentaria de uno de los esposos en caso de terminación del matrimonio no parece posible de un juicio descalificador *a priori* si la propia ley hoy lo admite y sanciona como regla por *default*.

Con el ánimo de fundamentar la conveniencia de la admisión de tales acuerdos, me valdré de la experiencia registrada en los Estados Unidos de América, sin perjuicio de hacer las advertencias y precisiones allí donde resulte del todo necesario dada la incursión en un sistema que pertenece a la familia del *common law*.

II. UN VISTAZO A LA EXPERIENCIA LEGAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. Rápida referencia a la era previa a la admisión de los acuerdos premaritales

Como parte de la herencia del derecho inglés (Blackstone, 1838) en los Estados Unidos al matrimonio se aplicaba el principio de 'cobertura': hombre y mujer devenían uno solo y, en consecuencia, no podían contratar. Ello, sin perjuicio del estado de sumisión al que se sometía a la mujer, que no tenía capacidad para contratar sin la intervención de su marido (Kent, 1858; Schouler, 1870) y de que los bienes que se adquirían lo eran a nombre del marido quien, además, se hacía de los rendimientos. A cambio, el esposo velaba por la cónyuge. Esa era la institución pública del matrimonio con fuertes matices religiosos que no admitía pactos en contra (Friedman & Grossman, 2011).

La unidad provista por el matrimonio (*unity of person*) hizo inviable la posible celebración de acuerdos premaritales o maritales con escasas excepciones para acuerdos prenupciales con el fin

de asegurar el goce de ciertos bienes por parte de la esposa como una suerte de *separate property* (Madden, 1930).

Luego aparecería la llamada *community property* o propiedad común que fue importada por el *common law* de colonias influenciadas por las leyes de España y Francia (Louisiana, Texas, California, Washington, Idaho, Arizona, Nevada y Nuevo México) con la que se superó la vieja idea de que lo adquirido era solo del esposo (Ellman, 2002) y que terminó por imponerse.

Los años 70 y 80 del siglo pasado fueron una etapa de grandes cambios en el derecho familiar estadounidense. No solo se abandonó la idea de culpa o *fault* como regla para conceder el divorcio. También hubo notables cambios en la admisión de los acuerdos de convivencia que tuvo su más difundido empuje gracias al caso *Marvin c. Marvin* resuelto en 1976 por la Corte Suprema de California y en otros tópicos del *Family Law* que no recibieron un tratamiento uniforme sino variopinto por el alto número de jurisdicciones estatales.

B. Hacia la admisión de la validez de los premarital y marital agreements: las propuestas de ley uniforme

Uno de los principales cambios que experimentó el derecho familiar del país del norte en los años 80 de la centuria pasada fue la mayor aceptación de los acuerdos premaritales. Como se ha sostenido (Bix, 1998, pp. 148-149) se trata de acuerdos relativos a los derechos y deberes de los esposos durante el matrimonio y luego de su disolución por divorcio o muerte.

La finalidad fundamental de los *prenuptial agreements* es alejarse del régimen normativo por medio de pactos que alteran las reglas –tradicionalmente consideradas como inmodificables– sobre la distribución de activos, el pago de deudas, el soporte entre las partes (*alimony*) o bien sobre la custodia y alimentos a favor de los hijos que es –este último punto– el núcleo duro y que, en cualquier caso, no pueden empobrecer la situación de los descendientes –sobre todo en el derecho norteamericano en el que desde hace buenas décadas se recurre al *best interest of child* para denegar la ejecución de determinados pactos–. Carece de sentido utilizar dichos acuerdos para repetir lo que la ley sanciona. Además, nada impide que por medio de estos acuerdos se concedan más derechos a uno de los futuros esposos que aquellos que la ley garantiza en caso de divorcio.

En los Estados Unidos de América, históricamente las Cortes fueron menos hostiles a los acuerdos

premaritales aplicables a la muerte de uno de los esposos y muy desconfiadas en los casos en que se invocaba la ejecución de estas capitulaciones por divorcio al presumirse que el eventual desbalance de un *premarital agreement* podía ser un incentivo para el divorcio si este resultaba más 'barato' o concedía –más– ventajas a uno de los consortes (Atwood & Bix, 2013, p. 318). No faltaron argumentos que aludían a la diferente capacidad de negociación o a la forma o procedimiento con el que se pudieran haber celebrado, lo que determinó que el escrutinio que realizaran los jueces fuera más severo a fin de saber si había mediado coerción o falta de adecuada información.

Bix señala, entre los varios factores que cabalgaban en contra de su admisión, la consideración de la condición de 'cónyuge' como un estatus –con derechos y deberes– inmodificable por pactos privados por responder a políticas públicas, la protección de terceros –usualmente los descendientes–, la mediación de coerción⁴, el aprovechamiento de la debilidad o vulnerabilidad de una de las partes y propuestas de acuerdos que solo favorecían a quien fomentaba el pacto (*one-sided terms*), la llamada racionalidad limitada o *bounded rationality*⁵ (Bix, 2023, pp. 12-25).

La diversidad de decisiones de las jurisdicciones estatales sobre los *premarital agreements*, sin embargo, no ofrecía un buen panorama a los interesados. A ello se sumaba, por lo menos en la misma época, una evidente erosión de la institución matrimonial que generaba más rechazo si no permitía los acuerdos sobre los temas que son objeto de los *prenups*.

La urgencia de contar con un tratamiento homogéneo y de mayor certidumbre dio lugar a que en el año 1983 la Uniform Law Commission (ULC)⁶ presentara una propuesta de Ley Uniforme que

fue acogida en diferentes Estados –en 27–, algunos con un texto similar –13 Estados– y otros con variaciones y mayores requerimientos. Lo puntual, en todo caso, fue ofrecer parámetros o reglas que favorecían la ejecución de los *prenups* y que permitiera a los futuros contrayentes contar con un más amplio margen de libertad en la elaboración de sus acuerdos, sin perjuicio del escrutinio de las cortes para verificar la observancia de los parámetros mínimos anclados, en lo fundamental, en la voluntariedad y en el acceso a una adecuada información de los activos del otro contrayente.

No debo dejar de remarcar que la Uniform Pre marital Agreement Act (en adelante, UPAA) fue, como todas las propuestas de la ULC, *soft law* por tratarse de una propuesta sin sanción estatal, pero que gozó –como suele ocurrir con las iniciativas de dicha institución– de un alto grado de autoridad y persuasión por basarse en la experiencia registrada por la jurisprudencia, las regulaciones estatales y el aporte de abogados, jueces y profesores universitarios.

La UPAA favoreció la celebración y ejecución de un *premarital agreement* en respuesta a un gran número de personas que deseaban casarse y continuar sus carreras fuera del hogar (Curry, 2010, p. 355) y, sobre todo, sin preocupaciones sobre futuras discusiones en torno a sus relaciones patrimoniales, especialmente quienes gozaban de independencia económica y aquellos que pensaban contraer segundas nupcias, situación que se hizo algo bastante usual en los Estados Unidos debido a que por entonces se contaba con estadísticas que indicaban que casi un 50% de los matrimonios concluían en divorcio.

Bajo esa premisa, el objetivo de la UPAA fue proveer un sentido de confianza y una buena dosis de predictibilidad de las decisiones judiciales y de poner en manos de quien se negara a cumplirlo la

⁴ No son extraños los casos en la jurisprudencia en los que se ha discutido –y admitido o denegado– los reclamos por haber puesto a la futura esposa al borde del colapso al plantearle la alternativa de firmar el acuerdo a pocos días del matrimonio o cancelar la boda. Factores sociales –como la exposición a la vergüenza– han tenido no poca gravitación.

⁵ La *bounded rationality* explica el proceso de la decisión adoptada por quien busca un resultado satisfactorio, pero no necesariamente óptimo. El reconocido profesor de la Universidad de California, Berkeley, Melvin Aron Eisenberg, escribió en 1995 un ensayo provocador sobre la materia: 'The limits of cognition and the limits of contract'; donde explicó el proceso de contratación. Según este autor las asunciones relativas a que las partes obran con total conocimiento y buscan racionalmente maximizar la utilidad esperada no son reales debido a que los contratantes tienen limitaciones cognoscitivas. Contratar implica acciones adoptadas sobre la base de lo que ocurrirá en el futuro y este siempre se caracteriza por la incertidumbre. Eisenberg (2000) aludía a tres clases de limitaciones cognitivas: (i) la racionalidad limitada; (ii) límites a la disposición o disposición irracional; y (iii) la capacidad defectuosa. La racionalidad limitada –que es la que interesa aquí– tiene relación con la imposibilidad de asimilar o acopiar toda la información necesaria durante el proceso de contratación para adoptar una decisión óptima: no hay siempre tiempo, ni energía, ni capacidad de memoria –pues las personas no son computadoras y pueden tener problemas para organizar la data que acumulen–. Tomar información requiere todos esos recursos y muchos actores no quieren asignar recursos, los costos son elevados o bien realizan elecciones sobre determinados rangos de ignorancia racionalmente asumida. Otros procesan de manera imperfecta la información por la inhabilidad de entenderla o por la complejidad de las decisiones que deben adoptarse.

⁶ Algunos grandes proyectos, como el 'Uniform Commercial Code', fueron trabajos realizados por la ULC de manera conjunta con el American Law Institute.

prueba de falta de libertad o de información. Es decir, se promovía su ejecución salvo que se probaran circunstancias que hubieren reducido la libertad o el acceso a la información.

El § 3 de la UPAA (*Content*) enunció los temas que podían ser objeto de acuerdos:

- 1) los derechos y obligaciones de las partes en las propiedades de cada uno de ellos adquiridos en cualquier momento;
- 2) el derecho a comprar, vender, usar, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, asignar, hipotecar, disponer o de otro modo administrar o controlar la propiedad;
- 3) la disposición de la propiedad al momento de la separación, disolución del matrimonio, muerte o la ocurrencia o no ocurrencia de algún otro evento;
- 4) la modificación o eliminación de la asistencia o soporte de un esposo al otro;
- 5) la elaboración de un testamento o de un fideicomiso, o cualquier otro acuerdo, para llevar adelante los diferentes aspectos del acuerdo;
- 6) los derechos y la disposición del beneficio derivado de la póliza de un seguro de vida;
- 7) la elección de la ley aplicable; y
- 8) cualquier otro asunto incluyendo derechos

personales y obligaciones que no impliquen el desconocimiento de normas de orden público. (1983) [traducción libre]⁷.

Los derechos de un menor a la asistencia de sus padres no podían ser afectados por un acuerdo premarital, lo que de alguna manera explica las materias que podían ser parte del convenio en la medida que no se cause perjuicio a los hijos.

En cuanto a los requisitos formales, encontramos que el convenio debía ser escrito y firmado por ambas partes. No se exigía lo que la doctrina del *common law* denomina *consideration*, esto es, alguna contraprestación, pues es unánime la opinión en el sentido de que basta la celebración del matrimonio (§ 2, *Formalities*).

De acuerdo con el § 6 (*Enforcement*), la parte que no quería cumplir con el acuerdo debía probar —como se señaló— que (i) no lo celebró voluntariamente; o (ii) que había existido aprovechamiento que generó una situación asimétrica (*unconscionability*⁸) y que antes de la celebración (a) no recibió una revelación razonable sobre los activos y finanzas de la otra parte; (b) no renunció a participar de dichas propiedades aun cuando se le hubiere entregado información; y (c) no pudo ni podría ha-

⁷ Texto original:

(1) the rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located;

(2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property;

(3) the disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event;

(4) the modification or elimination of spousal support;

(5) the making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement;

(6) the ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy;

(7) the choice of law governing the construction of the agreement; and

(8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty. (UPAA, 1983)

⁸ La *unconscionability* es una figura nacida en la jurisdicción de la *Equity* con la se cuestionaba un contrato o una o más cláusulas de un contrato por ser abiertamente injusto o desproporcionado al ser producto del mayor poder de negociación de una de las partes o de una estrategia que se vale de la diferencia de habilidades. Usualmente, esta figura se aprecia cuando existe falta de equivalencia o asunción de riesgos sin que ello se compense y que puede ser resultado del aprovechamiento derivado del fraude, del engaño, de un conocimiento mucho más sofisticado, entre otras circunstancias. La doctrina anglosajona distingue, *grosso modo*, entre la *procedural unconscionability*, que se relaciona con la forma en que se celebró un acuerdo (cuando media coerción, influencia indebida, fraude, aprovechamiento del desconocimiento o de la ignorancia, etc.) y la *substantive unconscionability* que tiene relación con el contenido del acuerdo (desproporción, contenido contrario al orden público, etc.) que se muestra injusto especialmente al momento de su ejecución. No solo puede aparecer en los contratos por adhesión o de consumo. Hoy en día esta figura encuentra acogida en el Uniform Commercial Code, sección 2-302 y en el Restatement (Second) of Contracts, § 208. Sobre ella, véase a Principles of Contract Law (Hillman, 2004); Contracts (Farnsworth, 2004); Contract Law and Theory (Posner, 2011); Embracing unconscionability's safety net function (Schmitz, 2006); A contractarian approach to unconscionability (Spector, 2006); y, especialmente, el trabajo más representativo luego de la promulgación del Uniform Commercial Code, es decir, el ensayo Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause (Leff, 1967), que además de contar los entrelazos de las diversas propuestas discutidas por los grupos de trabajos fue, según lo señala la propia doctrina estadounidense, el trabajo que propuso la distinción entre la *procedural unconscionability* y *substantive unconscionability*. En el Derecho comparado se suele aproximar esta figura a la de lesión, pero me parece que es mucho más rica y tiene matices similares a los del abuso de derecho, así como a las cláusulas abusivas en el caso de contratos masivos o estandarizados, entre otros aspectos. Es imposible que pueda dedicar más espacio a este tema, al menos por ahora.

ber tenido información sobre los activos y deudas del otro contratante.

La UPAA fue acogida y convertida en ley en 27 Estados y en el D.C.: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Columbia D.C., Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, New Jersey, North Carolina, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin. Y, claro, como no podía ser de otra forma, no siempre la actuación o sanción respondió al modelo uniforme propuesto, generándose, por ende, criterios diferentes (Curry, 2010). Algunas legislaciones o regulaciones impusieron plazos previos a la celebración del matrimonio, asesoría legal independiente y, en general, una mayor protección o visión paternalista (Bix, 2006, p. 4).

En el año 1990, la Corte Suprema de Pennsylvania decidió un caso que llegó a ser un *leading case* y que tuvo una orientación más 'privatista' que la propia UPAA. Me refiero *Simeone c. Simeone* (581, A.2d 162) cuyo enfoque marcadamente 'contractualista' se asemeja al matiz que tuvo *Marvin c. Marvin* para los *cohabitation agreements* de las parejas no casadas. En *Simeone c. Simeone*, la Suprema Corte de Pennsylvania sancionó un conjunto de reglas sobre los acuerdos prenupciales (Standler, 2009, p. 6; Bix, 1998, p. 156). Para este tribunal, las decisiones que negaban exigibilidad a los *premarital agreements* descansaban en la creencia que las partes no tenían un mismo nivel de habilidades y que las mujeres no gozaban del conocimiento para entender la naturaleza de tales convenios. Sin embargo, la sociedad había evolucionado al punto que las mujeres no podían ser consideradas más tiempo como la 'parte débil' del matrimonio. Al contrario, el estereotipo de la mujer como ama de casa al lado del hombre que trabaja fuera del hogar no era más un modelo vigente. Las esposas se habían convertido en generadoras de renta e ingresos. Por ello, resultaba insostenible conservar la presunción de la mujer como alguien desinformado, no cultivado, no educado y expuesto a sufrir desventajas en caso de suscribir un convenio prenupcial. La mujer de finales del siglo pasado tenía, para el referido tri-

bunal, una educación importante, conocimientos de finanzas, era capaz de generar ingresos y tener activos. Al tener la misma condición que el varón no era posible mantener una visión paternalista que no calzaba más con la realidad.

Para los jueces de Pennsylvania que resolvieron este famoso caso, sin descuidarse la especial naturaleza del matrimonio y de las relaciones entre los padres e hijos, los *prenups* también pueden ser revisados aplicando los remedios contractuales que protegen a las partes de la coerción, de la inducción a error, del fraude, de la inequidad al momento de celebrarse o de los cambios de circunstancias que acontecen con el transcurso del tiempo. Para todo ello resultaba conveniente echar mano a tales remedios sin apartar, llegado el caso, los principios del derecho de familia.

Tras algunos años de trabajo a cargo de un grupo de expertos, en el año 2000, el American Law Institute⁹ (en adelante, ALI), bajo la conducción del reconocido profesor Ira Mark Ellman, como *Chief Reporter*, dio a conocer los denominados *Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recomendations*.

La propuesta del ALI aborda muchas más materias dentro de la cual se incluyó el Capítulo 7 (*Agreements*) referido no solo a los *prenups*, sino también acuerdos maritales, *separation agreements* y los acuerdos entre concubinos (*domestic partners*).

En general, todos los acuerdos no solo deben sujetarse a las políticas del Estado sino que, además, la propuesta prevé el cumplimiento de ciertos requerimientos: ausencia de coerción, consentimiento informado, un plazo (30 días) previo a la boda para analizar sus alcances, asesoría legal independiente, un lenguaje claro sobre los alcances de las renuncias a las que quedaría expuesta una o ambas partes con respecto a los derechos que la ley sanciona a los contrayentes e información –por lo menos aproximada– de los ingresos y activos de la otra parte (Bix, 2006, p. 7).

La propuesta exhibe una posición mediadora dado que el ALI consideró aplicables los principios de la

⁹ El American Law Institute (ALI) fue fundado en 1923 por un grupo de destacados jueces, abogados y profesores a quienes se conoció como The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law. Este Comité señaló, en su momento, que dos de los principales defectos del Derecho americano eran la incertidumbre y la complejidad que tenían directo reflejo en la administración de justicia. La falta de certeza, según se comenta en la presentación del ALI, provenía de la falta de consenso en los principios fundamentales del *common law* en tanto que la complejidad fue atribuida a la avasalladora diferencia entre lo resuelto por las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos. Al crearse el ALI su misión fue promover la clarificación y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales para asegurar una mejor administración de justicia y para incentivar el trabajo de los estudiosos y el desarrollo científico. En 2023 se cumplió el primer siglo de fundación del ALI y se publicó un extraordinario libro compilatorio de ensayos bajo la edición de Andrew S. Gold y Robert W. Gordon: *The American Law Institute. A Centennial History* (2023).

contratación (autonomía privada) sin renunciar a la invocación de las normas y principios del derecho de familia.

Por otro lado, la premisa de la que parte la propuesta es la presunción de que el acuerdo prematrimonial satisface las exigencias mínimas de celebración. La presunción es rebatible y ante su eventual cuestionamiento quien sostenga la validez del *prenup* deberá probar: (a) que fue firmado al menos 30 días antes del matrimonio; (b) que ambas partes tuvieron asesoría legal independiente y oportunidad razonable para gozar de ella antes de firmar cualquier convenio; y (c) que si se firmó sin asistencia legal para cada parte el acuerdo se redactó en un lenguaje sencillo y comprensible para un adulto de inteligencia ordinaria sin entrenamiento legal sobre: i) la naturaleza de los derechos y pretensiones que surgirían a la disolución del matrimonio que han sido modificados y los alcances de dicha modificación; y ii) que ambas partes tienen conocimiento que sus intereses respecto del acuerdo podrían ser adversos.

El ALI también propuso una regulación para los *marital agreements*. Estos, a diferencia de los *prenups*, enfrentaron otra clase de dificultades debido a que las cortes americanas partían de la premisa de que, al existir matrimonio, había surgido una serie de derechos fiduciarios entre los esposos (un *estatus*) y, en consecuencia, la alteración o descnocimiento de los mismos se mostraba como un enfrentamiento contra el régimen legal aplicable (*legal framework*), especialmente en lo que atañe a la participación en la propiedad adquirida y en el soporte alimentario (*alimony*) luego del divorcio entre los ex esposos.

Aun cuando no son pocos los autores que en el derecho estadounidense describen al matrimonio como un contrato, al fin de cuentas se le considera como una institución regulada por el Estado sin que ello niegue que su origen debe ser una unión libre y voluntaria¹⁰.

En la propuesta del ALI se prevé que en todos aquellos casos en que se limite las pretensiones de una de las partes para acceder a pensiones compensatorias –esto es, por dejar de tener el

tipo de vida que se tuvo durante el matrimonio– o en la participación de la propiedad marital, la parte que invoca el acuerdo debe probar que la otra parte conoció, al menos de modo aproximado, el patrimonio e ingresos del ejecutante o que la parte que cuestiona el acuerdo fue provista de una declaración con dicha información. Por ello, no se trata de una detallada revelación de los activos y renta. Solo exige un '*general knowledge*'. Es más, si las partes han vivido juntos por muchos años y han compartido y mezclado sus finanzas, o han sido socios en negocios, ese conocimiento podía satisfacer el requerimiento de acceso a la información significativa, aunque en la mayoría de casos ello no ocurra.

El § 7.05 de los *Principles* contempla una serie de recomendaciones para que la ejecución de un convenio prenupcial o marital no se traduzca en una injusticia sustancial. Por ello, se propone que una corte debe considerar si la ejecución de un acuerdo occasionaría una injusticia sustancial si y solo si la parte que se resiste a su cumplimiento muestra que ha ocurrido un cambio material de circunstancias, lo que alude, sin duda a la figura de la *hardship* que comparte rasgos comunes con la teoría de la imprevisión. Esta regla conduce a una revisión del acuerdo, a una *second look* con la que ya no se enjuicia las condiciones en que se alcanzó un acuerdo, sino la variación de circunstancias que no pueden soslayarse: el nacimiento de hijos –o su adopción–, el transcurso de un tiempo prolongado cuyas consecuencias no fue posible anticipar pero que tienen un directo impacto sobre los términos del acuerdo, o bien sea sobre los trabajos, ingresos, deudas, edades, tiempo del matrimonio, con el fin de no permitir un resultado injusto que no sea tolerable.

En el año 2012, la ULC presentó una nueva propuesta para regular tanto los convenios prenupciales como los maritales que se diferencian fundamentalmente por el tiempo de celebración, pero cuyo objetivo es el mismo: modificar –o afirmar– el régimen legal de derechos y obligaciones en caso de disolución del matrimonio. El *reporter* o ponente fue el profesor Brian H. Bix. Se trata de la Uniform Premarital and Marital Agreement Act (UPMAA).

¹⁰ La referencia a 'estatus' y 'contrato' nos recuerda la famosa reflexión o conclusión del jurista escocés Henry Summer Maine (1822-1888), precursor de la antropología del derecho, quien en su famosa obra *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861) sentó importantes ideas sobre la evolución de las sociedades al caracterizar a las civilizaciones pasadas como aquellas en las que los individuos se encontraban insertos en estratos socialmente definidos por cada comunidad y en virtud de los cuales se determinaba su posición legal, en tanto que en las sociedades modernas las personas se han liberado de esos 'estatus' de pertenencia –o sujeción, añadiría– y se desenvuelven de manera autónoma y sobre la base de decisiones y acuerdos que Maine describió como la evolución del estatus al contrato. La edición que he tenido a la vista es la reimpresión –del año 1963– de la décima edición de 1884, con una valiosa introducción y notas de Frederick Pollock.

Una de las novedades de la UPMAA es que la sección 5 deja abierta la posibilidad de que se apliquen otros principios legales del *common law* o las denominadas *equitable doctrines*, entiéndase aquellas provenientes de la jurisdicción de la *Equity* a cargo del canciller¹¹.

En la exposición de los motivos de la UPMAA se señala, además, que se pueden aplicar los principios contractuales, lo que pone fin a las hesitaciones de las cortes sobre la posibilidad de invocarlos:

This section is intended to make clear that common law contract doctrines and principles of equity continue to apply where this act does not displace them. Thus, it is open to parties, e.g., to resist enforcement of premarital agreements and marital agreements based on legal incompetency, misrepresentation, duress, undue influence, unconscionability, abandonment, waiver, etc. (2012)

Ello quiere decir que para la UPMAA no hay incompatibilidad entre los principios y reglas de dicho Act y las instituciones contractuales como la coerción, el fraude, la *unconscionability* y otros remedios.

A esta solución se asemeja, curiosamente, el artículo 464 del Código Civil de la República Popular de China que aplica los principios contractuales a instituciones familiares, *mutatis mutandi*, sin conocer la naturaleza del acuerdo familiar al cual se aplica:

Article 464.-

A contract is an agreement on the establishment, modification, or termination of a civil juristic relationship between persons of the civil law. An agreement on establishing a marriage, adoption, guardianship, or the like personal relationships shall be governed by the provisions of laws providing for such personal relationships; in the absence of such provisions, the provisions of this Book may be applied mutatis mutandis according to the nature of such an agreement. (2020)

Si bien el Código Civil chino tiene una fuerte influencia occidental, su lectura revela la lectura de instrumentos como los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales y los principios europeos de derecho contractual. Y si se analiza su gestación a partir del proyecto de 2002, también se sostiene que ha recibido influencia del *common law* (Zhang, 2009, p. 480) como sucede con la regulación del *anticipatory breach of contract*.

Siguiendo la línea de los *principles of the law of family dissolution*, la sección 9 (f) de la UPMAA permite la llamada *second look*¹² o segunda revisión de los acuerdos a la luz de las circunstancias que existen al momento de la ejecución del convenio rehusándose la misma en caso de existir una notoria dificultad o un mayor sacrificio (*hardship*).

Quizá la parte que convenga glosar por la importancia que tiene dentro de esta iniciativa es la *section 9, Enforcement*:

- a) De acuerdo con esta sección (y sin seguir el mismo orden en el que está expuesta), no se podrá ejecutar un acuerdo premarital o marital si la parte contra la que se pide su ejecución forzada prueba:
 - (1) que su consentimiento no fue voluntario o fue resultado de una amenaza (*duress*)¹³;
 - (2) que no tuvo asesoría legal independiente al momento de la celebración que le diera tiempo razonable para (i) decidir si retiene al abogado con el que cuenta como su asesor, (ii) localizar un abogado que le provea asesoría independiente, obtenerla y considerar aquello en lo que se le asesore;
 - (3) salvo que haya tenido asesoría legal independiente al celebrarse el convenio, el *agreement* no contuvo un llamado expreso sobre la renuncia de derechos de acuerdo con el texto que propone este modelo de Ley uniforme, ni un lenguaje claro de los derechos y obligaciones modificados o a los que se ha renunciado;

¹¹ Que históricamente morigeró las soluciones severas o rigurosas de las Cortes del *Common Law* o los vacíos de las soluciones que conformaban, precisamente, el cuerpo de dicho Derecho por medio de principios, decisiones y reglas derivadas de los precedentes judiciales.

¹² La calificación la tomo de Ellman (2002).

¹³ Como dice el prestigioso profesor Charles Fried (1981) en su conocida obra *Contract as promise. A Theory of Contractual Obligation*, una promesa dada bajo *duress*, aunque hecha con conocimiento, no es formulada libremente. Paradigmáticamente, es una promesa inducida por la amenaza de la fuerza –a diferencia del fraude– y por ello es una promesa hecha en respuesta a una presión impropia. Por ello añade:

Duress is a vice of the making of the agreement. Moreover, the vice is not the least bit cognitive: The victim of duress is all too aware of what is happening and what will happen to him. Duress relates not to rationality or cognition but to freedom or volition. Just as contract as promise excludes obligations assumed by people who do not know what they are doing – madmen, people who do not understand the language, people laboring under mistaken assumptions, people who are too confused to understand the significance of their undertakings- so also excludes cases in which a person's assent is not voluntary. (p.93)

- (4) que antes de firmar el acuerdo no tuvo acceso a la adecuada revelación de información de las finanzas de la otra parte¹⁴. (UPMAA, 2012) [traducción libre]¹⁵

Quizá, como anticipé, lo más interesante es que se prevé que una corte puede denegar la ejecución de un *prenuptial agreement* o de un *marital agreement* si uno de los términos del acuerdo, analizado de modo sistemático, es *unconscionable* al momento de la celebración o si su ejecución resultaría en una *substantial hardship* debido a un cambio material de circunstancias que surge luego de la suscripción del acuerdo.

Esta nueva propuesta de Ley Uniforme no tiene muchos años como para poder haber encontrado acogida todas las jurisdicciones estatales. Ha sido acogida en algunos pocos Estados como Colorado y Dakota del Norte; y es objeto de propuesta en otras legislaturas. El tiempo decidirá. Fuerza persuasiva y autoridad le sobra.

III. HACIA LA BÚSQUEDA DE LOS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEN LA REGULACIÓN DE ACUERDOS PRENUPCIALES Y MARITALES

El proceso o tendencia de afirmación de espacios personales en un campo tradicionalmente reservado al Estado y a sus decisiones de consagrar leyes o normas que protegen a los miembros de la familia, pero que, en no pocos casos, restringen la libertad de ellos mismos, no es reciente. Tiene varias décadas en otras latitudes y en el medio se ha infiltrado con timidez, pero sin reacciones, con la promulgación de la Ley 29227.

Por ello, mantener la imposición por *default* de un régimen patrimonial tanto para los esposos como para los concubinos –artículo 5 de la Constitución y 326 del Código Civil– es conservar una solución que va contra la corriente. El descenso de los índices de nupcialidad acompañados del aumento de

la convivencia y dentro del primero el incremento de las parejas que se casan separando sus patrimonios es una realidad a la que el legislador sigue cerrando los ojos.

Los acuerdos de separación que la ley actualmente permite pasar de un régimen a otro –como bloques– sin que se pueda gozar de amplios márgenes de maniobrabilidad. Lo cierto, sin embargo, es que si la pareja de esposos conviene en no tener bienes en común y luego se divorcia –y la ley sanciona, como regla, el cese de la obligación alimentaria– el resultado podría ser similar a la de algunos acuerdos premaritales o maritales y quién sabe si con menos información que la que se exige en sistemas legales como el estadounidense, país en el que –como se ha visto– no se consiente dejar en la indigencia al cónyuge que no tuvo libertad o que no tuvo información al celebrar tales acuerdos y al esposo al que los hechos sobrevinientes lo podrían exponer a una situación de injusticia.

Algunos de los acuerdos de separación que se concluyen en nuestro medio entre cónyuges y que son abiertamente asimétricos pueden responder a diversas causas: protección del patrimonio familiar por la actividad empresarial de alguno de los esposos; el acuerdo exigido por el cónyuge que ha sido víctima de una infidelidad o falta como precio para mantener el matrimonio; el ocultamiento de los bienes para que no se compartan con un hijo habido fuera del matrimonio; el cese de la actividad laboral o productiva de uno de los consortes y a quien se le asigna bienes para generar fondos provenientes del arrendamiento o similares como fuente alternativa de ingresos; etc.

En la misma línea de constatación de lo que acontece en el plano de los hechos, también es cierto que no todos los acuerdos de separación de patrimonios son asistidos con asesoría legal independiente ni siempre a quien se le pide una cuota de mayor desprendimiento tiene la habilidad para

¹⁴ Para la UPMAA, una parte tiene adecuada revelación de las finanzas si: (i) recibe una descripción razonablemente cuidadosa y una estimación de buena fe del valor de las propiedades, deudas e ingresos de la otra parte; (ii) renuncia expresamente en un documento separado y firmado a la revelación de la información de las finanzas de la otra parte más allá de que haya tenido esa revelación; o (iii) ha tenido adecuado conocimiento o una base razonable para tener conocimiento de la información del valor de las propiedades, deudas e ingresos de la otra parte.

¹⁵ Texto original:

- a) A premarital agreement or marital agreement is unenforceable if a party against whom enforcement is sought proves:
 - (1) the party's consent to the agreement was involuntary or the result of duress; (2) the party did not have access to independent legal representation under subsection (b);
 - (3) unless the party had independent legal representation at the time the agreement was signed, the agreement did not include a notice of waiver of rights under subsection (c) or an explanation in plain language of the marital rights or obligations being modified or waived by the agreement; or
 - (4) before signing the agreement, the party did not receive adequate financial disclosure under subsection (d). (UP-MAA, 2012)

comparar la situación previa que se crea con el convenio con aquella que tenía antes del mismo y que le muestre qué pierde y qué gana. Tampoco existen procedimientos específicamente creados o causas previstas normativamente para revisar los pactos celebrados que se mantienen sin ninguna suerte de reacomodo pese a un cambio drástico de circunstancias que no es soportable con la distribución de bienes que se hizo antes de enfrentar un escenario diferente.

Lo que pretendo poner sobre la mesa es que no contamos con el mejor tratamiento normativo de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Y por ello creo que, al igual que en muchos otros terrenos en que hemos echado mano a la experiencia extranjera –recuérdese si no, a quienes piensen lo contrario, en la influencia del *Codice Civil* en materia contractual–, en esta materia la experiencia del país del norte me parece sumamente aleccionadora dado que ha sabido compatibilizar los principios fundamentales del derecho de familia con aquellas instituciones contractuales que pueden ser aplicadas a los *prenuptial y marital agreements* porque no pueden escapar de su naturaleza contractual.

Además, si nos hallamos ante acuerdos de orden patrimonial, como lo he sostenido (Vega Mere, 2022, pp. 497-530) no encuentro ningún impedimento en recurrir a la aplicación de los remedios negociales y contractuales ya sea por mediar algún vicio de la voluntad, o porque haya existido aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de una de las partes como aquella prevista en la regulación de la lesión o alguna otra circunstancia de similar importancia, o bien para revisar el acuerdo por cambio de circunstancias y sin perjuicio de poder echar mano a la ejecución forzada cuando ello no afecte la libertad o no se trate de un deber de naturaleza patrimonial y quién sabe –y aquí radica mi mayor duda y reserva– si llegado el caso dar espacio a la resolución que podría tener consecuencias quizás imposibles de gobernar o de ofrecer una apropiada solución. A ello añadiría siempre el remedio de la indemnización cuando corresponda resarcir un daño si no existe ningún otro remedio que pueda corregir la eventual injusticia.

A estas alturas creo que nadie puede dudar que más allá de la relación afectiva entre esposos –o de los futuros cónyuges teniendo en cuenta que los *prenups* cobran efectos cuando se produce el matrimonio– los asuntos que se regulan en estos acuerdos tienen una inocultable naturaleza patrimonial y, en consecuencia, rasgarse las vestiduras por aplicar los remedios contractuales sería abiertamente hipócrita bajo la excusa de alegar la presencia de intereses no económicos, que nadie niega ni podría asolapar.

Por ello, con una coincidencia que saludo cuando leo el artículo 464 del Código Civil chino del año 2020, en el año 2017 propuse la incorporación de la regulación de acuerdos prenupciales y matrimoniales con apenas 9 artículos y cuya finalidad explíquela a través de una Exposición de motivos al grupo encargado de proponer las reformas al Código Civil, con un texto inspirado en la UPMAA de los cuales destaco el artículo 5 que creo necesario compartir:

Artículo 5.- Normas del derecho contractual y normas del derecho de familia

5.1.- Son aplicables a los acuerdos prenupciales y maritales las normas que regulan el contrato en cuanto resulten compatibles con su naturaleza y contenido. De ser el caso, serán de aplicación las normas sobre los vicios de la voluntad, la lesión, la excesiva onerosidad y aquellas otras que sean apropiadas a los acuerdos celebrados.

5.2.- En caso de conflicto entre un acuerdo prenupcial o de un acuerdo marital con alguna norma de derecho familiar de cumplimiento ineludible, prevalecerá esta última. Sin embargo, el juez evaluará la posibilidad de aplicar los pactos que contienen aquellos acuerdos y las normas que regulen alguna materia familiar en la medida que no se desplace ningún principio constitucional o de orden público.

5.3.- Ningún acuerdo prenupcial o marital podrá ser contrario a las normas sobre las responsabilidades de los padres hacia sus menores hijos ni podrá impedir la relación entre progenitores y descendientes. Tampoco podrá ampliar o restringir las causales de separación de cuerpos o divorcio ni propiciar la disolución del vínculo conyugal.

Todo ello nos conduce a reafirmar que dentro de esta provincia la libertad de contratar jamás ha sido desterrada a pesar de que su ámbito de actuación sea más restringido fuera de ella.

La notable diferencia –que, sin embargo, luego se relativiza– entre lo que se podría leer en un sistema normativo como el nuestro sobre la materia y la propuesta de implementar esta clase de convenios es que no se deja en manos del Estado todas las decisiones. La única coincidencia es que si los dos esposos no dicen nada sobre el particular se les aplicará el régimen legal por *default* que elija el legislador, pero si antes eligen un *prenup* o después varían el tratamiento legal que tienen como cónyuges en sus relaciones patrimoniales por un acuerdo marital decidiendo cómo tratarán las propiedades que adquieran durante el matrimonio y luego del mismo, así como el soporte o asistencia que se proveerán entre ellos, el resultado, al final del camino, no diferirá del que actualmente se lograría con la disciplina legal, pero con una gigan-

tesca carencia: al no dar el adecuado espacio ni las reglas contractuales apropiadas que sepan hacer convivir los acuerdos que alcancen los interesados con los principios del derecho familiar.

Mientras ello no ocurra, los pactos de separación podrían –no todos, por supuesto– ser asimétricos y permanecer en la sombra sin ninguna clase de escrutinio y ser mirados con indiferencia sin asignarles la naturaleza de verdaderos contratos, sujetos a determinados límites, y necesitados no solo de poder conjugar las materias que aborde con una avalancha de ingredientes personales y emocionales muchos de los cuales –sobre todo los primeros– tienen apoyatura normativa que no pueden ignorarse. Y al no reconocérseles la esencia que portan también es evidente que seguirá sucediendo lo que viene ocurriendo en países como el nuestro que forman parte de los sistemas que pertenecen al *civil law*: no se echa mano a los medios contractuales que, curiosamente, son los que refuerzan la institución misma del contrato. Y que, como lo demuestra la experiencia estadounidense, coadyuvan a que en su aplicación esos remedios también reafirmen la indiscutible importancia de los principios del derecho de familia.

IV. CONCLUSIONES

Las líneas que preceden nos permiten arribar a algunas conclusiones:

- El Código Civil ofrece a los futuros esposos o a los cónyuges opciones cerradas o ‘monolíticas’ de los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio. Al elegir uno u otro, el ámbito de maniobrabilidad es bastante limitado, especialmente en el caso de la sociedad de gananciales. La ley asigna consecuencias al estatus que organiza y no permite introducir cambios.
- Son escasos los acuerdos de separación de patrimonios en los que futuros esposos incorporan pactos que modifican el marco normativo aplicable, hasta donde la ley lo admite.
- Resulta más frecuente, en cambio, que en los casos de sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes los cónyuges puedan encontrar espacios para acuerdos mejor adaptados a sus intereses y, en algunos casos, para resultados asimétricos [no es la regla, por lo demás] no sujetos a ninguna revisión que podrían ser menos favorables que permitir una libertad similar a la que conceden los *prenuptial* y los *marital agreements* en la experiencia de los Estados Unidos de América.

– La evolución de la normativa y de las diversas soluciones que ofrece el país del norte ha llegado un punto en el que la transparencia por el intercambio de información o por la puesta a disposición de la misma, los procedimientos y plazos previstos para la celebración de los acuerdos prenupciales y maritales garantizan un consentimiento suficientemente provisto de la data relevante y del tiempo para meditar sobre las diferencias entre el régimen legal aplicable en ausencia de tales acuerdos y los derechos y deberes que derivan de los convenios que se propone celebrar. De ser necesario, se asegura la asistencia de asesoría especializada, a la que se puede renunciar, llegado el caso.

– La formulación de propuestas de regulación de estas materias, por parte de organizaciones tan prestigiosas como la Uniform Law Commission o el American Law Institute en distintas etapas muestra, además, una interesante y rescatable confluencia de instituciones y remedios típicamente contractuales en un terreno tan sensible como el derecho de familia, pero que –por lo visto– ha aportado soluciones no solo coherentes con la naturaleza patrimonial de esta clase de acuerdos sino que, además, nunca ha supuesto un desplazamiento de los principios propios del derecho de familia cuando ellos deban actuarse como ocurre cuando se trata de los derechos de los menores de edad o de ciertas directrices o políticas irrenunciables.

– Pero sí parece haber un indudable mayor grado de maniobrabilidad para modificar el régimen legal sancionador a favor de la pareja matrimonial siempre y cuando no medien casos que aquí calificaríamos como vicios de la voluntad –que en la experiencia estadounidense se tratarían de modo parecido, pero no idéntico a través de figuras como el *fraud*, la *misrepresentation*, la *duress*–, o no hubiera habido situaciones de asimetría o aprovechamiento que no se identifican necesariamente con la lesión –me refiero a la *unconscionability*– y sin perjuicio de someter los acuerdos a una segunda revisión o mirada (*second look*) en su etapa de ejecución para evitar situaciones de injusticia que nos podría hacer recordar situaciones imprevisibles –*hardship?*–, lo que en conjunto nos revela que ese margen de actuación para apartarse de la disciplina normativa no es una solución que desproteja a los cónyuges. Antes al contrario, estoy más que convencido que las diferentes iniciativas estudiadas, pero, sobre todo, la UPMAA de la que fue

ponente el profesor Brian Bix representa una extraordinaria propuesta de la que bien podríamos servirnos para dar un toque de modernidad a nuestro derecho de familia y abrir vasos comunicantes entre esta provincia del derecho y los remedios contractuales que nuestra doctrina en materia familiar parece ignorar sin justificación alguna. 

REFERENCIAS

- Atwood, B. & Bix, B. (2013). A new Uniform Law for premarital and marital agreements, *Arizona Legal Studies, Discussion Paper*, 13-02.
- Bix, B. (1998). Bargaining in the shadow of love: Premarital Agreements and how we think about marriage. *William & Mary Law Review*, (40), pp. 145-207.
- (2004). The public and private ordering of marriage. *University of Chicago Legal Forum*, pp. 290-311.
- (2006). The ALI Principles and Agreements: seeking a balance between Status and Contract. Available at SSRN 607921.
- (2010). The private ordering and Family Law. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, (23), pp. 249-285.
- (2013). Agreements in Family Law. *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, (4), pp. 115-131.
- (2023) Families by Agreement: navigating choice, tradition and Law. Cambridge University Press.
- Blackstone, W. (1838). Commentaires on the Laws of England. *W.E. Dean, Printer & Publisher*, (1).
- Curry, A. (2010). The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the States. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, (23).
- Eisenberg, M. (1995). The limits of cognition and the limits of contract. *Stanford Law Review*, (46), p. 211y siguientes.
- (2000). The emergence of dynamic Contract Law. *California Law Review*, (88), pp. 1781 y siguientes.
- Ellman, I. (2002). Marital Agreements and Private Autonomy in the United States. En S. Jens (Ed.), *Marital Agreements & Private Autonomy in Comparative Perspective*. Hart Publishing Ltd., Kindle.
- Farnsworth, E. (2004). *Contracts*. Aspen Publishers.
- Fried, C. (1981). *Contract as promise. A Theory of Contractual Obligation*. Harvard University Press.
- Friedman, M. & Grossman, J. (2011). *Law and the Family in 20th Century America*. Princeton University Press.
- Gold, A. & Gordon, R. (2023). *The American Law Institute. A Centennial History*. Oxford University Press.
- Hillman, R. (2004). *Principles of Contract Law*. Thomson West.
- Jules, A. & Nicola, F. (2014). The contractualization of Family Law in the United States. *American University, Washington College of Law Research Paper*, (11), pp. 1-44.
- Katz, S. (2007). New Directions for Family Law in the United States. *Boston College Law School Faculty Papers*, paper 202.
- Kent, J. (1858). *Commentaries on American Law* (Vol. 2, 9na ed.). *Boston, Little, Brown and Company*.
- Leff, A. (1967). Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, *University of Pennsylvania Law Review*, 485.
- Madden, J. (1931). *Handbook of the Law of persons and domestic relations*. West Publishing Co.
- Maine, H. (1963). *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*. Beacon Press.
- Posner, E. (2011). *Contract Law and Theory*. Wolters Kluwer.
- Schmitz, A. (2006). Embracing unconscionability's safety net function. En *Alabama Law Review* (Vol. 58), pp. 73-118.
- Schouler, J. (1870). *Treatise on the Law of the domestic relations*. Boston, Little, Brown, and Company.
- Spector, H. (2006). A contractarian approach to unconscionability. En *Chicago-Kent Law Review* (Vol. 81).
- Standler, R. (12 de septiembre de 2009). *Prenuptial and Postnuptial Contract Law in USA*.

- Strasser, Mark. (2002). *Some observations about DOMA, marriages, civil unions, and domestic partnerships*. Capital University Law Review.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos [Sunarp] (17 de febrero de 2022). Crecce preferencia de peruanos por casarse bajo el régimen de separación de patrimonios. *Plataforma Digital Única del Estado Peruano*. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/584322-crece-preferencia-de-peruanos-por-casarse-bajo-el-regimen-de-separacion-de-patrimonios>
- (31 de enero de 2024). Cerca de 9 mil parejas optan por la separación de bienes para su matrimonio. *Plataforma Digital Única del Estado Peruano*. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/899979-cerca-de-9-mil-parejas-optan-por-la-separacion-de-bienes-para-su-matrimonio>
- Uniform Commercial Code [UCC] (1951). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)
- Uniform Premarital Agreement Act [UPAA] (1983). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)
- Uniform Premarital and Marital Agreements Act [UPMAA] (2012). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)
- Vega Mere, Y. (2014). Sobre la conveniencia de admitir y regular los acuerdos premaritales y maritales. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (66), 133-151.
- (2019). Sobre la conveniencia de admitir y regular los convenios premaritales y maritales. En *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, pp. 207-250.
- (2022). ¿Son aplicables los remedios contractuales a las capitulaciones matrimoniales? en *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectiva desde el derecho contractual nacional y comparado*. En S. García (Ed.), Instituto Pacífico, pp. 497-530.
- Zhang, L. (2009). Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino. *Revista Chilena de derecho*, (36), 3, pp. 467-503.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil de la República Popular de China (民法典) (promulgado por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo, 28 de mayo de 2020, vigente desde el 1 de enero de 2021), P.R.C. (China).

Ley 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo de 2008 (Perú).

Marvin v. Marvin, 18 Cal. 3d 660, 557 P.2d 106 (1976)

Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (1990)

APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO PERUANO: DIFICULTADES Y COMPLICACIONES

APPLICATION OF SUCCESSION REPRESENTATION IN PERUVIAN LAW: DIFFICULTIES AND COMPLICATIONS

Erika Zuta Vidal*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The representation under the Law of Succession originated with the purpose of protecting a lineage of descendants whose ascendant was entitled to inherit, but did not do so. This representative and important figure of the Law of Succession has faced numerous problems and complications. In this respect, this article will define the concept of inheritance, its requirements and legal nature, as well as its limitations and its jurisprudential development.

KEYWORDS: Succession; representation; family; kinship; descendants.

La representación sucesoria se originó con el objetivo de amparar a una estirpe de descendientes a cuyo ascendiente le correspondía heredar, pero no lo hizo. Esta figura tan representativa e importante del Derecho de Sucesiones se ha enfrentado a numerosos problemas y complicaciones. En esa línea, el presente artículo definirá el concepto de sucesiones, sus requisitos y naturaleza jurídica, así como sus limitaciones y su desarrollo jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Sucesiones; representación; familia; parentesco; descendientes.

* Abogada. Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Licenciatura de Educación para el Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de los cursos de Familia, Clínica Jurídica de Derecho de Familia y Sucesiones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultora, autora y expositora en temas vinculados al derecho de Familia, Sucesiones, acceso a la justicia y responsabilidad social. Contacto: zuta.ei@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 21 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 21 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

La muerte de un familiar cercano trae dolor, pero también genera preocupación sobre lo que se avenía. Hay factores que deben ser considerados, tales como verificar si el causante dejó testamento o no, quiénes tienen derecho a heredar y cómo se va a distribuir el patrimonio hereditario. Pero qué sucede si alguien a quien le correspondía heredar murió antes que el actual causante, por ejemplo, si una hija muere antes que su padre y esta hija tiene descendientes. ¿Qué pasa con la parte que le hubiera correspondido a esta hija? En esa línea es que surge una de las figuras más representativas del derecho de sucesiones y que da lugar a muchas dudas y complicaciones en su aplicación; y, en ese sentido, busca no dejar desamparada a una estirpe de descendientes cuyo ascendiente debió heredar y, con ello, proteger a los integrantes de la familia. Es así que surge la representación sucesoria.

En el siguiente artículo abordaremos qué se entiende por sucesiones y parentesco, para luego circunscribirnos al tema de fondo que es la representación sucesoria, cuál es su naturaleza jurídica, detallar los requisitos, señalar los supuestos en los que opera y, además, se desarrollarán las clases de representación sucesoria de manera práctica y se explicarán algunos supuestos en los cuales esta figura no es aplicable y puede generar confusiones. Finalmente, analizamos algunos interesantes casos resueltos por la jurisprudencia con la finalidad de examinar la aplicación práctica de la representación sucesoria.

II. SUCESIONES

Según la Real Academia Española, suceder es ir detrás de alguien o de algo, seguirlo en el tiempo o en el espacio, pero también es pasar a ocupar el puesto o a desempeñar la función de alguien o de algo. En el derecho, “el término sucesión expresa una situación jurídica a través de la cual una persona reemplaza o sustituye a otra, para recibir las obligaciones o derechos, en todo o en parte” (Aguinaga, 2014, p. 31). Sin embargo, al enmarcarlo dentro del concepto de sucesión hereditaria debemos de partir de la existencia de un causante, quien deja de ser persona y desde el momento de su muerte se transmiten, a sus sucesores, sus bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia.

No obstante, Lohmann señala lo siguiente:

[...] la sucesión no solamente es la transmisión –como dice el artículo 660 CC– o la subrogación en el activo (bienes y derecho) o pasivo (deberes y obligaciones) del causante por parte

de los sucesores [...] no puede dejar de observarse que la muerte determina *ipso iure* que la herencia quede automáticamente puesta a disposición del llamado a la herencia, por lo que no es del todo cierto que desde el momento de la muerte se sea heredero y que se produzca la transmisión a este. Se producirá, sí, pero solo si hubiera aceptación a la calidad de heredero y por ende a la recepción del patrimonio relicito; viceversa, nada se transmitirá si el llamado a heredar no acepta. (2023, p. 19)

Por lo tanto, la transmisión se consolida con la aceptación y los efectos se retrotraen al momento de la fecha de la muerte del causante. Luego, tendremos tres elementos que aparecen en una sucesión hereditaria: (i) causante, *cujus*, es quien origina la sucesión con su fallecimiento; (ii) sucesor o causahabiente, quien por mandato de la ley o del testamento es llamado a recibir el patrimonio hereditario, puede ser heredero o legatario; y (iii) el patrimonio o la herencia, es el objeto de transmisión sucesoria y comprende todo el patrimonio dejado por el causante, lo cual incluye el activo y el pasivo.

Asimismo, es preciso comprender que:

En el derecho de sucesiones, la calidad de heredero se encuentra sustentada en la vocación hereditaria (vocatio hereditatis). Al morir una persona, es común que los parientes que le sobrevivan quieran o crean que tienen derechos a heredarlo, pero ¿quién tiene derecho a heredar al causante (de *cujus*)? Como decimos usualmente, al tratar este tema, tendrá derecho a heredar aquella persona que sea la “llamada a suceder al causante”, esto es, aquella que tenga vocación hereditaria respecto a aquél. (Bustamante, 2006, p. 124)

En nuestro ordenamiento podemos encontrar que existe la sucesión testamentaria, la sucesión legal o intestada y también pueden darse casos de sucesión mixta. La sucesión testamentaria o testada es aquella que parte de la existencia de un testamento, donde es la voluntad del causante la que prima frente a lo señalado por la ley; no obstante, existirán requisitos de forma y de fondo que deben ser tomados en cuenta para que el testamento sea válido en su totalidad. Por ejemplo, que se haya incluido a todos los herederos forzados y se haya respetado la legítima. En la sucesión testamentaria pueden existir herederos o legatarios.

Por otro lado, la sucesión legal o intestada tiene su fundamento en la ley y opera ante la falta de testamento o porque existiendo testamento este es nulo, ineffectuado o está incompleto. En esta sucesión únicamente aparecen herederos y es el artículo

815 del Código Civil¹, el que establece los supuestos donde opera la sucesión intestada y, además, el artículo 816² regula órdenes sucesorios y establece quienes son los herederos legales.

La sucesión también puede ser mixta cuando habiendo testamento este es insuficiente o se ha declarado la invalidez o caducidad de algunas disposiciones y necesitamos emplear las reglas del código civil para distribuir adecuadamente la herencia. Es preciso señalar que la representación sucesoria puede operar tanto en la sucesión testamentaria, como en la sucesión intestada; pero no opera con todos los herederos.

III. PARENTESCO Y ÓRDENES SUCESORIOS

Al interior de las familias, los integrantes forman vínculos que no solamente son consanguíneos, sino también afectivos, de cuidado, de respeto, de vida en común, entre otros. Sin embargo, nuestros familiares más cercanos son reconocidos jurídicamente como parientes en nuestro ordenamiento y son quienes pueden gozar de derechos sucesorios. Por consiguiente, podemos entender el parentesco como toda relación jurídica que existen entre personas que forman parte de una familia. Así, podemos definirlo:

El parentesco se refiere a los vínculos reconocidos jurídicamente, entre los miembros de una familia. Esta relación se organiza en líneas, se

mide en grado, y tiene como característica la de ser general, permanente y abstracta. Es el vínculo jurídico entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción. Al ser reconocida esta relación se generan derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia o parientes. (Pérez, 2010, p. 113)

En nuestro ordenamiento se hace referencia al parentesco consanguíneo por adopción y por afinidad. Este último está vinculado al matrimonio como generador de parentesco entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro.

La relación de parentesco se establece en función de líneas y grados³. Veamos de manera gráfica cómo funciona el parentesco (ver gráfico 1 en la página siguiente).

A manera de ejemplo, podemos señalar que la hija será pariente de línea recta descendente de primer grado de consanguinidad y el hermano será pariente en línea colateral, de segundo grado de consanguinidad.

Es preciso indicar que, tal como lo señala el artículo 236 del Código Civil⁴, en el caso de línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado de consanguinidad. Por ello, en el gráfico mostrado, se ha considerado hasta ese grado.

¹ Artículo 815.- La herencia corresponde a los herederos legales cuando:

1. El causante muere sin dejar testamento; el que otorgó ha sido declarado nulo total o parcialmente; ha caducado por falta de comprobación judicial; o se declara inválida la desheredación.
2. El testamento no contiene institución de heredero, o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye.
3. El heredero forzoso muere antes que el testador, renuncia a la herencia o la pierde por indignidad o desheredación y no tiene descendientes.
4. El heredero voluntario o el legatario muere antes que el testador; o por no haberse cumplido la condición establecida por éste; o por renuncia, o por haberse declarado indignos a estos sucesores sin sustitutos designados.
5. El testador que no tiene herederos forzados o voluntarios instituidos en testamento, no ha dispuesto de todos sus bienes en legados, en cuyo caso la sucesión legal sólo funciona con respecto a los bienes de que no dispuso. La declaración judicial de herederos por sucesión total o parcialmente intestada, no impide al preterido por la declaración haga valer los derechos que le confiere el Artículo 664 (1984).

² Artículo 816.-

Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes; del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho; del cuarto, quinto y sexto órdenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercer y cuarto grado de consanguinidad.

El cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros órdenes indicados en este artículo (1984).

³ **Grados:** se determina por el número de generaciones de ascendientes y descendientes.

Líneas: varios grados forman la línea de parentesco. Así tenemos que en nuestro ordenamiento tenemos línea recta ascendente y línea recta descendente y línea colateral.

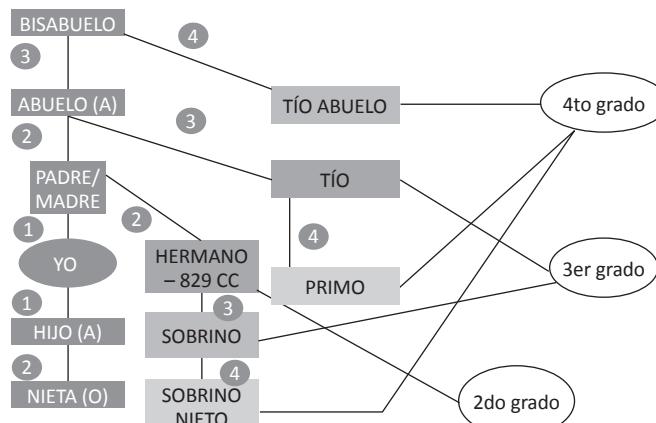
⁴ Artículo 236.-

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado (1984).

Figura 1



Fuente: Elaboración propia

Es de vital importancia comprender el parentesco para involucrarnos en el derecho de sucesiones y, asimismo, para la aplicación de la representación sucesoria. Los parientes que hemos detallado en el gráfico son aquellos quienes pueden ser considerados en una sucesión, al amparo de lo señalado en el artículo 816 del Código Civil, el cual refiere los siguientes órdenes sucesorios:

- Herederos del primer orden: los hijos, las hijas y demás descendientes, quienes son los parientes en línea recta descendente y son considerados todos los grados.
- Herederos del segundo orden: el padre, la madre y demás ascendientes, quienes son los parientes en línea recta ascendente y son considerados todos los grados.
- Herederos del tercer orden: el/la cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho. No son parientes, pero la relación de unión de hecho o matrimonio, les otorga la calidad de herederos.

Estos tres primeros órdenes sucesorios son, además, herederos forzosos, es decir, son quienes tienen derecho a la legítima, la cual constituye una parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos. Es preciso señalar que en los dos primeros órdenes sucesorios se debe considerar que los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos. Por ejemplo, si un causante tiene a todos sus hijos vivos y a sus nietos vivos, los hijos excluirán a los nietos por ser más próximos en grado.

Además, los parientes en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad también están reconocidos en los siguientes órdenes sucesorios y

aquí el grado de parentesco cobra relevancia para posicionarse en un determinado orden:

- Herederos del cuarto orden, los parientes colaterales del segundo grado de consanguinidad; es decir, los hermanos.
- Herederos del quinto orden, los parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad; es decir, los tíos y sobrinos.
- Herederos del sexto orden, los parientes colaterales del cuarto grado de consanguinidad; es decir, los primos, tíos abuelos y sobrinos nietos.

Como vemos, los parientes por afinidad no los encontramos en ninguno de los órdenes sucesorios y de todos los parientes detallados anteriormente y que pueden formar parte de una sucesión, no en todos los casos se puede aplicar representación sucesoria, veremos más adelante qué herederos están involucrados en esta figura.

IV. ASPECTOS GENERALES DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

A. Concepto de representación sucesoria

El derecho de representación –*ius repreasentatio-nis*– es una figura creada por el Derecho romano mediante la cual se permitía que en una sucesión hereden hijos y la descendencia de los hijos pre-muertos del causante. Ello por consideraciones sociales, de justicia y equidad a fin de no dejar una estirpe desamparada. Esto se mantuvo, en distintas legislaciones de Europa occidental de raíz romana. No obstante, es preciso señalar que esa figura no era tan amplia como en la actualidad, es así que no se podía representar a personas vivas (*viventis non datur repreasentatio*), por lo tanto,

no cabía representar al hijo indigno ni tampoco a quien hubiera repudiado la herencia, sino únicamente se permitía en el supuesto de premoriencia (Arjona, 2012, pp. 106-107).

Así tenemos que con Justiniano se consagra la representación sucesoria, así las *Institutas* (III, 1,6) señalaba lo siguiente:

Cuando existe un hijo o una hija, con un nieto o una nieta habidos de otros hijos son llamados juntamente a la herencia del abuelo y el más próximo en grado no excluye al más distante. La equidad aconseja, en efecto, que los nietos y nietas sucedan en lugar del padre. (Aguilar, 2020, p. 324)

Coincidimos con el profesor Aguilar en el sentido de que la representación sucesoria es una institución autónoma, con características propias, que no depende de otras (2014, p. 129), la cual permite que descendientes más alejados concurren con descendientes más próximos, porque los primeros llamados a heredar no pueden o no quieren hacerlo. Por ejemplo; en una sucesión pueden concurrir como herederos: hijos y nietos.

Algunas definiciones encontradas son las siguientes:

- Albadalejo, quien señala que hay derecho de representación cuando el llamamiento a suceder se dirige a alguien para que haciendo las veces de otra persona que no hereda, suceda al difunto en puesto de ella y desempeñando su papel (Rizo, 2007, p. 3).
- [...] el representante ocupa el mismo lugar que hubiera ocupado el representado en la sucesión del difunto; tiene sus mismos derechos y obligaciones; concurre a la sucesión con las personas con las cuales hubiera corrido el representado y excluye a quienes él hubiera excluido [...] (Borda, 1991, p. 291).
- [...] La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o una madre que, si hubiese podido o querido suceder, habría sucedido por derecho de representación (Echevarría, 2011, p. 175).
- [...] la representación sucesoria es un derecho establecido por ley mediante el cual los

descendientes más próximos en grado sucesorio al heredero originalmente llamado pueden acceder a la herencia del causante cuando aquél no quiere o no pudo recibir la cuota hereditaria que pudo corresponderle, la cual será distribuida entre dichos descendientes ulteriores por estirpe, de modo tal que no afecte el derecho de los restantes herederos originarios del causante que recibirán sus correspondientes cuotas⁵.

Por otro lado, muchas veces esta figura es equiparada a la representación regulada en los artículos 145 al 167 del Código Civil, que refiere que un acto jurídico puede ser realizado mediante representante, potestad que puede provenir de la ley o del interesado. No obstante, esta figura dista de la representación sucesoria a la que estamos haciendo referencia. En ese sentido, Ferrero (2013) señala lo siguiente:

La representación *mortis causa* es una institución totalmente autónoma y distinta de la representación ínter vivos. Mientras la representación sucesoria nace con la muerte del causante, la representación ínter vivos se extingue con ella. Además, en esta última se actúa a nombre de otra persona; en aquella, si bien es verdad que el representante "hereda en el lugar y en el rango del representado, no hereda en nombre del representado, sino en su propio nombre. (pp. 288-289)

Este mismo autor también hace la atingencia que lo que reciben los descendientes no es la herencia, sino el derecho de delación, es decir, a decidir si la acepta o la repudia. "En consecuencia, por la representación no se recibe la herencia, sino que una persona quede situada en la posición jurídica que otra persona ha dejado vacante. Es esa posición jurídica la que, a su vez, contiene la mera posibilidad de recibir la herencia". Es así que, también se debe tener claro que el representante ocupa el lugar del representado por derecho propio (Lohmann, 2023, p. 229). Por lo cual, es preciso resaltar que el representante sucede al causante y no al representado y por lo cual no existen dos sucesiones.

B. Naturaleza jurídica de la representación sucesoria

A partir de lo desarrollado por el profesor Benjamín Aguilar (2020, pp. 325-331) y el profesor César Fernández (2014, pp. 157-160), explicaremos algunas teorías que han tratado de desarrollar la naturaleza jurídica de la representación sucesoria, así tenemos:

⁵ Sentencia de la Corte Suprema, Sala Civil Permanente 1407-2019, 22 de marzo de 2022, fundamento tercero.

- Teoría de la ficción jurídica: es definida en el Código de Napoleón como “una ficción de la ley cuyo efecto es hacer que los representantes ocupen el lugar, grado, y los mismos derechos que el representado” (Aguilar, 2020, p. 325). Esta teoría, si bien ha ido perdiendo vigencia, aún se mantiene en la legislación chilena, tal como vemos a continuación:

[...] La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder [...] (2000)⁶.

No obstante, hay que tener en cuenta que lo que hereda el representante deriva del causante, es un derecho propio y no proviene del representado. El profesor Fernández señala que no es correcto afirmar que todo ocurre como si el representado sobreviviera y agrega: “El Derecho no puede fundarse en ficciones porque es negación del Derecho que se sustenta en hechos reales o verdaderos” (2014, p. 158).

- Teoría de la subrogación: surgió en el Derecho francés y señala que la representación sucesoria es un supuesto de subrogación legal, por lo cual tiene lugar cuando el representante se coloca en el mismo grado, orden y prelación del representado y recibe lo que le hubiese correspondido a este. Pero si asumiera la posición jurídica del representado, entonces también sería renunciante, indigno, desheredado o premuerto y, por lo tanto, no tendría la posibilidad de heredar porque el representado nunca fue heredero.

Esta teoría hay que analizarla críticamente, puesto que el representado nunca tuvo válidamente algún derecho sucesorio, nunca fue heredero y, por lo tanto, no podemos inferir que exista subrogación. En la representación estamos ante un único llamamiento sucesorio que es directamente al representante, por derecho propio, no hubo sucesión a favor del representado.

- Teoría de la sustitución legal: esta teoría sostiene que la representación no depende de la voluntad del causante, sino que el repre-

sentante ocupa el lugar del representado por virtud de la ley. Es preciso considerar que al representado lo sustituyen sus descendientes (representantes), sin embargo, en el artículo 740 del Código Civil ya se hace referencia al derecho de sustitución, pero emanada de la voluntad del testador. Con lo cual, de asumir esta teoría, existiría una sustitución que emana del testador y otra que emana de la ley; pero ambas tendrían la misma naturaleza. No obstante, la única sustitución jurídica que existe en el derecho sucesorio es aquella que hace el mismo testador.

- Teoría del mandato: el mandato concluye al morir el mandante y depende de la voluntad de este, mientras que la representación sucesoria inicia con la apertura de la sucesión del causante y se fundamenta en la ley. Además, el mandatario no actúa para beneficio propio, sino en favor del mandante; en la representación sucesoria, el representante actúa por su propio derecho y para su beneficio.
- Teoría de la institución autónoma: la representación es una institución que se fundamenta en la ley, con características propias que se explican por sí mismas y no dependen de otras y que posibilita que opere una excepción en la regla sucesorial que señala que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más remoto, incorporada en nuestro ordenamiento en el artículo 817 del Código Civil. Por lo tanto, para el profesor Fernández, su naturaleza es *sui generis* y es un tipo especial de sucesión *mortis causa*, que se halla sujeto a un régimen legal (2014, p.160).

C. Requisitos para que opere representación sucesoria

Es preciso tener en cuenta algunas consideraciones para que la representación sucesoria opere, es así que podemos encontrar los siguientes requisitos:

- Existencia de los siguientes elementos:
 - Un causante o *de cuius*. Para que exista una sucesión y se aplique la figura de la representación sucesoria es necesario que haya una persona que fallezca, quien apertura la sucesión.

⁶ Artículo 984.- Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación (2000).

- Representado, aquel que no puede o no quiere heredar y que, a su vez, tiene descendientes.
 - Representante, descendiente del representado más próximo en grado. El cual debe ser hábil para heredar al causante, es decir, no debe haber sido declarado indigno o desheredado.
 - Concurrencia con otros herederos de grado más próximo al causante, lo cual no es requisito esencial para su tipificación. En línea recta descendente es eventual; no obstante, en línea colateral si es obligatorio (Fernández, 2014, p. 157).
- b) Al ser una excepción a la regla que los parentes más próximos excluyen a los más remotos, únicamente puede aplicarse en los casos que estén expresamente contemplados en la norma. Los supuestos de representación sucesoria están regulados en los artículos 681 al 685 del Código Civil y son: en línea recta descendente de manera ilimitada y representación sucesoria colateral de manera limitada. En este último caso solo procede en los casos de concurrencia de hermanos y sobrinos.
- c) Que el representado esté incurso en alguna de las cuatro causales: indignidad, desheredación, renuncia y premoriencia. En el siguiente acápite explicaremos con mayor
- detenimiento los cuatro supuestos donde se aplica la representación sucesoria.
 - d) Que el representado tenga descendientes, quienes serían sus representantes y quienes, además, sean los más próximos en grado.
 - e) Representantes estén hábiles para heredar al causante, que no incurran en algún supuesto de desheredación o indignidad (Fernández, 2014, pp. 155-156).
- D. Supuestos en los cuales aplica representación sucesoria**
- La representación sucesoria se puede aplicar en cuatro casos:
- Premoriencia: se da cuando el primer llamado a heredar ha premuerto (muerte o declaración judicial de muerte presunta) y este tiene descendientes. Dado que la muerte pone fin a la persona (artículo 61 del Código Civil⁷), los muertos no son sujetos de derechos y no pueden heredar.
 - Indignidad: es una sanción civil que conlleva a la exclusión de un sucesor que es considerado indigno, según las causales establecidas en alguno de los supuestos del artículo 667 del Código Civil⁸. Debe ser declarada por sentencia y promovida por alguno de los otros sucesores llamados a suceder a falta o en concurrencia con el indigno (artículo 668 del Código Civil⁹).

⁷ Artículo 61.- La muerte pone fin a la persona (1984).

⁸ Artículo 667.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios:

1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.
2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior.
3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad.
4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado.
6. Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante.
7. Es indigno de suceder al hijo, el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a sus posibilidades económicas, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, si estuviera imposibilitado de procurarse sus propios recursos económicos. También es indigno de suceder al causante el pariente con vocación hereditaria o el cónyuge que no le haya prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo y se hubiera planteado como tal en la vía judicial (1984).

⁹ Artículo 668.-

La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado (1984).

- Desheredación: es la exclusión de un heredero forzoso realizada por el causante en su testamento, basándose en alguna de las causales que se encuentra en regulada en el Código Civil. Existen causales específicas según el tipo de heredero forzoso (descendiente, ascendiente y cónyuge) que se pretenda desheredar (artículos 744 al 756 del Código Civil) y también se pueden utilizar las causales de indignidad (artículo 747 del Código Civil).
- Renuncia: acto jurídico unilateral, gratuito, indivisible, simple, expreso, solemne y retroactivo, mediante el cual el sucesor expresa su voluntad de apartamiento de su calidad de heredero y del correspondiente derecho hereditario (Fernández, 2014, p. 139). La renuncia forma parte del derecho de delación que es la potestad que tienen los sucesores de aceptar o no herencias y legados. En el caso de optar por renunciar esta debe ser expresa, hecha en escritura pública o acta otorgada ante el juez, en caso de incumplimiento de las formalidades, entonces será declarada nula (artículo 675 del Código Civil¹⁰). El plazo

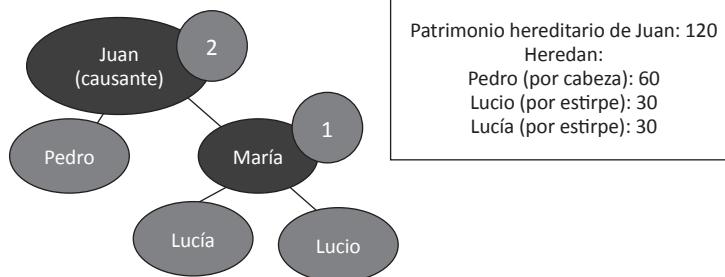
para renunciar es de 3 meses si se encuentra dentro del territorio nacional o 6 meses si se encuentra fuera del territorio nacional (artículo 673 del Código Civil¹¹). Existen autores como Lohmann que discrepan con que la renuncia genere representación sucesoria y en el caso de este autor lo considera como una exageración legal, porque esta renuncia necesariamente actúa en favor de los descendientes del renunciante, por lo cual, estaríamos ante transmisión forzosa o impuesta (2023, p. 238).

En el caso de representación sucesoria, el reparto se hace por estirpe, es decir, los representantes heredan en su conjunto lo que le hubiese correspondido a su representado.

Veamos el siguiente caso:

Juan tiene dos hijos: Pedro y María. Esta última falleció hace un par de años, dejando a dos hijos: Lucía y Lucio. Posteriormente, fallece Juan y los primeros llamados a heredar serían sus hijos Pedro y María, pero esta última está muerta y tiene descendientes. Así tenemos lo siguiente:

Figura 2



Fuente: Elaboración propia

Heredarían a Juan: su hijo Pedro y sus nietos Lucía y Lucio, estos dos últimos heredan en representación sucesoria de su madre María y por estirpe. Es decir, ambos heredan lo que hubiese heredado María. Por lo tanto, en este caso, Pedro, Lucía y Lucio no heredan una cuota igual.

V. CLASES DE REPRESENTACIÓN SUCESORIA

En nuestro ordenamiento existen solo dos formas en las que se aplica la representación sucesoria:

A. Representación sucesoria en línea recta descendente

Está regulada en los artículos 681 y 682 del Código Civil y opera, de forma ilimitada, tanto en la sucesión intestada como testamentaria y en los casos de premoriedad, renuncia, declaración de indignidad y desheredación. Uno de los supuestos puede ser cuando heredan los hijos, en conjunto, con los nietos, bisnietos, etc.

Veamos el siguiente ejemplo:

¹⁰ Artículo 675.- La renuncia debe ser hecha en escritura pública o en acta otorgada ante el juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. El acta será obligatoriamente protocolizada (1984).

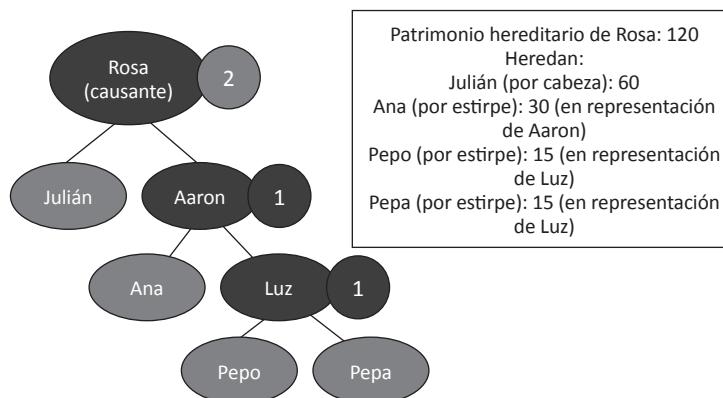
¹¹ Artículo 673.-

La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa (1984).

Rosa tuvo dos hijos: Julián quien está vivo y Aaron quien murió hace algunos años. Este último además tiene dos hijos: Ana y Luz, esta última tiene

dos hijos Pepo y Pepa: Es así que, cuando Rosa muere tanto: Aaron (hijo de Rosa) y Luz (nieta de Rosa, hija de Aaron) ya estaban muertos.

Figura 3



Fuente: Elaboración propia

Como vemos en este gráfico, Aaron (hijo de la causante) y Luz (nieta de la causante) murieron antes que Rosa; por lo tanto, en ambos casos hay premoriencia. Los descendientes de Aaron y de Luz heredan por estirpe lo que le hubiese correspondido a su representado. Como la representación sucesoria en línea recta descendente es ilimitada va a generar, en este caso, que concurren hijos, nietos y bisnietos.

B. Representación sucesoria en línea colateral¹²

Está regulada en el artículo 683 del Código Civil¹³ y opera tanto en sucesión intestada y testamentaria y en los casos de premoriencia, renuncia y declaración de indignidad. No procede en los casos de desheredación puesto que no estamos ante herederos forzosos y bastará con no incluirlos en el testamento, sin alegar alguna causa, para que no hereden. Además, únicamente se aplica cuando el testador no opte por el derecho de sustitución (artículo 740 del Código Civil¹⁴); es decir, cuando el testador nombre como heredero a un hermano y no señale sustituto, en caso de que el hermano no pueda o no quiera heredar.

Debemos tener claro que estamos ante una sucesión donde no existen herederos forzosos y, además, la representación sucesoria es limitada. Por lo tanto, solo corresponde en un único caso, cuando heredan los hermanos (parientes colaterales de segundo grado de consanguinidad, cuarto orden sucesorio) en conjunto con los sobrinos (parientes colaterales de tercer grado de consanguinidad, quinto orden sucesorio). Para que opere esta representación por lo menos tienen que haber existido tres hermanos, uno que acaba de morir (causante), uno que puede heredar y un hermano que no puede o no quiere heredar y tiene descendientes. Es preciso señalar que “si el causante deja únicamente sobrinos, la sucesión no se desplaza en la forma colectiva del grupo que hereda por estirpes, sino por la vía individual de la sucesión por cabezas” (Castillo, 2023, p. 88).

Vamos a entender mejor este supuesto con el siguiente ejemplo:

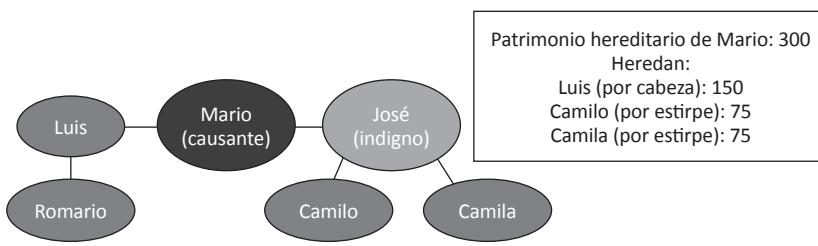
Mario no tiene herederos forzosos, pero tiene un hermano vivo, Luis, y otro que fue declarado indigno, José, y este último tiene descendientes, Camilo y Camila, tal como vemos en la siguiente figura:

¹² En este caso, los llamados a heredar son los parientes colaterales de segundo grado de consanguinidad (cuarto orden sucesorio) en conjunto con los sobrinos (parientes colaterales de tercer grado de consanguinidad y que se encuentran en el quinto orden sucesorio).

¹³ Artículo 683.- En la línea colateral sólo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681 (1984).

¹⁴ Artículo 740.- El testador puede designar sustituto a los herederos voluntarios y a los legatarios para el caso en que el instituido muera antes que el testador, o que renuncie a la herencia o al legado o que los pierda por indignidad (1984).

Figura 4



Fuente: Elaboración propia

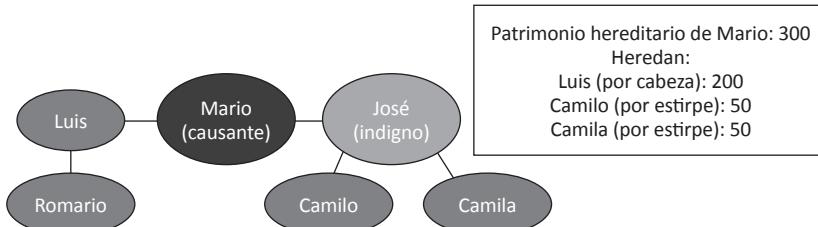
En este supuesto, según el artículo 816 del Código Civil, correspondería heredar a los herederos de cuarto orden, es decir, los hermanos. No obstante, uno de los hermanos, José, ha sido declarado indigno y tiene descendientes. Es así que heredaría a Mario: su hermano Luis, quien hereda por cabeza, y sus sobrinos Camilo y Camila, estos últimos heredan por estirpe, representando sucesoriamente a José. Como vemos concurre un hermano (heredero de cuarto orden) con sobrinos (herederos de quinto orden). La representación sucesoria ha permitido que los sobrinos concurran en un orden que no les correspondía. Por otro lado, en el caso que Luis muera antes que Mario y José sea indigno, correspondería heredar a los sobrinos (Romario, Camilo y Camila) y ellos heredarían por cabeza, es decir, a cada uno le correspondería 100. En este último supuesto no opera representación sucesoria, sino es una transmisión sucesoria al amparo de los órdenes contemplados en el artículo 816 del Código Civil.

Otro de los supuestos de la representación sucesoria colateral se da cuando concurren hermanos

germanos –llamados también carnales, enteros, bilaterales o de doble vínculo (que tienen el mismo padre y la misma madre) y hermanos de un único vínculo (quienes tienen solo el mismo padre o solo la misma madre)–. El artículo 829 del Código Civil nos señala: “En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medios hermanos, aquellos recibirán doble porción que estos” (1984). En el caso de representación sucesoria colateral concurren hermanos con sobrinos y estos deben heredar lo que le hubiese correspondido a su representado. Es así que tenemos el siguiente ejemplo:

Mario no tiene herederos forzados, pero tiene un hermano vivo, Luis, y otro que fue declarado indigno, José, y este último tiene descendientes, Camilo y Camila. Luis además es hermano de padre y madre y José es hermano únicamente de padre. Por lo tanto, Camilo y Camila heredan, en conjunto, lo que hubiese correspondido a José, según el artículo 819¹⁵ del Código Civil, tal como vemos en la siguiente figura.

Figura 5



Fuente: Elaboración propia

Como vemos, a José le hubiese correspondido heredar la mitad de lo que hereda Luis y ese monto es que le corresponde por estirpe a Camilo y Camila. Este artículo es muy cuestionado puesto que se considera que vulnera el derecho a la igualdad en los hermanos cuando en ambos casos se trataría de hermanos reconocidos como parientes colaterales de segundo grado de consanguinidad. No obstante,

para muchos existe una mayor cercanía con los hermanos de doble vínculo que los de un único vínculo y es válida la diferencia. Pero también es cierto que esa distinción únicamente se hace entre hermanos y no en los demás parientes colaterales.

Por otro lado, en el caso que Luis muera antes que Mario y José sea indigno correspondería heredar a

¹⁵ Artículo 819.- La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante (1984).

los sobrinos (Romario, Camilo y Camila) y los tres heredarían una cuota igual, es decir, la repartición sería por cabeza y a cada uno le correspondería 100. En este último supuesto no opera la distinción que existe entre hermanos de doble o único vínculo ni tampoco es aplicable representación sucesoria, sino es una transmisión sucesoria al amparo de los órdenes contemplados en el artículo 816 del Código Civil.

VI. CASOS EN LOS CUALES NO OPERA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Solo en los dos casos antes señalados opera representación sucesoria. Sin embargo, veamos algunos supuestos en los cuales existe confusión en si debe o no aplicarse representación sucesoria. Así tenemos los siguientes supuestos:

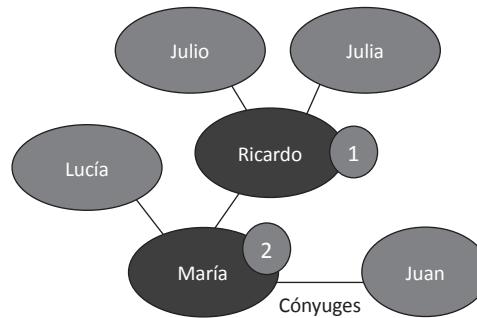
A. No opera representación sucesoria en línea recta ascendente

En el supuesto que corresponda heredar a ascendientes tenemos la regla que el ascendiente más próximo siempre excluye al más remoto, la cual no admite excepción. Por lo tanto, en este caso, nos ceñiremos a lo regulado por el artículo 816 del Código Civil, el cual nos refiere que son herederos de segundo orden: los padres y demás ascendientes.

Veamos el siguiente ejemplo:

María está casada con Juan y no tiene hijos, pero sí tiene a su madre viva: Lucía. El padre de María, Ricardo, murió hace algunos años, pero sí tiene vivos a sus abuelos paternos: Julio y Julia. Nos preguntamos si María fallece, ¿quiénes la heredan?

Figura 6



Fuente: Elaboración propia

Heredan a María: su esposo Juan y; además, su madre Lucía. En este caso, se ha tomado en cuenta el orden sucesorio regulado en el artículo 816 del Código Civil (Lucía –madre– es heredera de segundo orden y Juan –cónyuge– es un heredero de tercer orden, a este último se le permite concurrir con herederos de segundo orden) y el artículo 817 del Código Civil (los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos, la madre de María excluye a los abuelos paternos). Por lo tanto, no cabe representación sucesoria de los abuelos paternos respecto al padre de María.

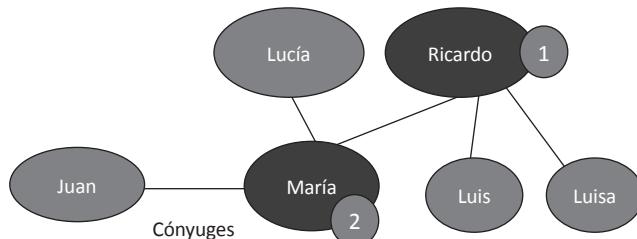
B. No opera representación sucesoria en los casos de los descendientes de los ascendientes

En este supuesto nuevamente tenemos el caso que corresponde heredar al segundo orden sucesorio (padres y demás ascendientes), pero estos no pueden heredar y tienen descendientes.

Veamos a continuación el siguiente supuesto:

María está casada con Juan, pero no tienen hijos. María tiene a su madre viva: Lucía, mas no tiene a su padre vivo. Pero su padre tiene dos hijos: Luis y Luisa (hermanos de María). Nos preguntamos si María fallece, ¿quiénes la heredan?

Figura 7



Fuente: Elaboración propia

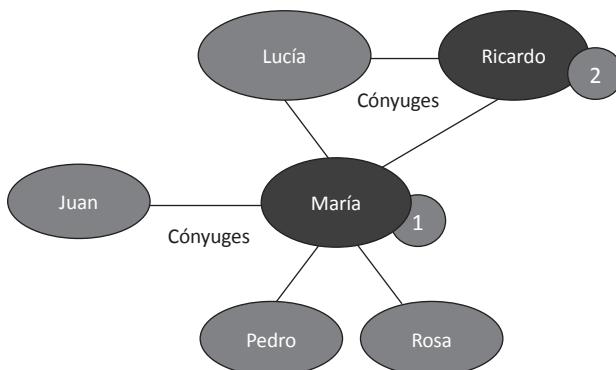
Al igual que en el caso anterior, heredan a María: su esposo Juan y su madre Lucía, por los mismos fundamentos indicados en el supuesto anterior. Vemos en este caso que a pesar de que el padre de María está premuerto y tiene descendientes no opera representación sucesoria porque esta opera en el caso de línea recta descendente partiendo siempre del causante.

C. No opera representación sucesoria en el caso del cónyuge o integrante sobreviviente de la unión de hecho

La representación sucesoria en línea recta descendente solo opera en relación a hijos y demás descendientes (nietos, bisnietos, etc.) no opera en relación al cónyuge. Así, por ejemplo, tenemos el siguiente caso.

María está casada con Juan y tienen dos hijos: Pedro y Rosa. María fallece y posteriormente fallece Ricardo (padre de María) quien está casado con Lucía. María no puede heredar a su madre porque premurió. Nos preguntamos: ¿quiénes heredan a Ricardo?

Figura 8



Fuente: Elaboración propia

Heredan a Ricardo: su esposa Lucía y sus nietos, Pedro y Rosa, hijos de María por representación sucesoria, pero no Juan (cónyuge de María), puesto que respecto de él no opera representación sucesoria, solo opera para los descendientes. Además, Pedro y Rosa heredan por estirpe lo que le hubiese correspondido a María.

VII. PRINCIPALES PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LA APLICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Veamos a continuación algunos casos resueltos en la jurisprudencia en los cuales se ha abordado la figura de la representación sucesoria.

A. ¿Procede representación sucesoria del hijo afín?

Vamos a analizar este supuesto, tomando como referencia la Casación 1773- 2006. Es así que tenemos los siguientes hechos del caso:

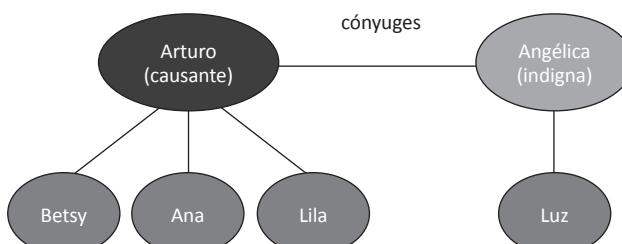
- El señor Arturo, fruto de un primer compromiso, tuvo tres hijas: Betsy, Ana y Lila.
- Posteriormente, el señor Arturo se casa con la señora Angélica, con quien no tuvo hijos. Sin embargo, la señora Angélica

tenía una hija de su primer compromiso llamada Luz.

- El señor Arturo fallece y la señora Angélica fue declarada indigna por haberlo denunciado calumniosamente (artículo 667 inciso 3 del Código Civil).
- Luz inicia una demanda de declaración judicial de representación sucesoria por la indignidad de su madre Angélica, cónyuge supérstite de don Arturo, respecto de quien se han declarado herederas sus hijas Betsy, Ana y Lila. Al amparo del artículo 670, Luz solicita que se le incluya en la sucesión del señor Arturo.
- Las hijas del señor Arturo plantean una excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante. En primera instancia se declara infundada la excepción; en segunda instancia, se declara fundada. Luz plantea el recurso de casación señalando que se ha realizado una interpretación errónea del artículo 681 del Código Civil.

Veamos gráficamente este caso:

Figura 9



Fuente: Elaboración propia

El recurso de casación es declarado infundado. Entre los principales fundamentos tenemos:

- La señora Luz no ha acreditado tener una relación sucesoria en línea recta del causante ni tampoco se encuentra en el supuesto de representación sucesoria colateral porque no es sobrina del causante.
- Si bien el artículo 670 del Código Civil señala que los derechos sucesorios que pierde el heredero pasan a sus descendientes, debe ser concordado con lo señalado en los artículos 681 y 683 del Código Civil (supuestos aplicables a representación sucesoria)
- Luz no se encuentra en el supuesto del artículo 681 del Código Civil porque no es descendiente de Arturo.

Como vemos, en el gráfico no se evidencia la línea recta descendente partiendo del causante, no debemos olvidar que el derecho de los representantes es un derecho propio que proviene por ser heredero del causante. Luz es pariente afín del causante, pero dicho parentesco no se encuentra reconocido dentro del orden sucesorio regulado en el artículo 816 del Código Civil ni tampoco como posible de representación sucesoria al amparo del artículo 681¹⁶ o del artículo 683 del Código Civil.

Si bien el artículo 670 del Código Civil establece que la indignidad es personal y, por lo tanto, solo afecta a Angélica, no estamos ante un supuesto de representación sucesoria. Luz no es descendiente del causante, sino de la cónyuge del causante. Por lo tanto, en el caso planteado corresponde la herencia exclusivamente a las tres hijas del causante. Este caso nos permite entender cómo se aplica la representación sucesoria, pero al mismo tiempo tener en cuenta que en nuestro ordenamiento los hijos afines no forman parte de los órdenes suce-

sorios ni tampoco gozan de representación sucesoria con relación al cónyuge de su progenitor. No obstante, es preciso señalar que las familias ensambladas o reconstituidas existen en la realidad y con ello aparece también la multiparentalidad por la cual la maternidad y/o la paternidad pueden ser ejercidas por varias personas. Si bien existe jurisprudencia nacional que ha abordado este tipo de familias, no existe una regulación ni tampoco el reconocimiento de derechos sucesorios para los hijos afines.

B. ¿Representación sucesoria o transmisión sucesoria seguidas? ¿El yerno/la nuera puede tener derechos sobre herencia de los suegros/as?

Debemos diferenciar entre el derecho de representación en caso de premoriedad y el derecho de transmisión, donde el que hereda sobrevive al causante, es decir, primero muere el causante y luego muere uno de sus herederos. En ese sentido, coincidimos con Ferrero (2013) quien, citando a Barbot, refiere: “en el derecho de representación el representado no ha recibido; en cambio cuando hay transmisión el transmitente ha recibido, aunque no haya realizado ningún acto de heredero, porque a la muerte del causante recibió de pleno derecho” (p. 291). En los siguientes casos, analizaremos dos sentencias en las cuales se confunden estas dos figuras.

1. Partición de herencia

De la Casación 2026-2016-Junín se advierten los hechos siguientes:

- La señora Guillermina tiene varios hijos, siendo una de las hijas: Hermelinda, quien se encontraba casada con Alejandro y se encontraba viva en la fecha en la cual muere su madre.

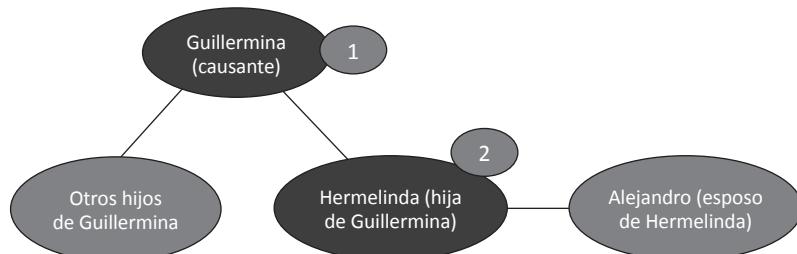
¹⁶ Artículo 681.- Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación (1984).

- La señora Guillermina fallece dejando patrimonio hereditario, siendo sus herederos sus hijos. Recordemos que una de sus hijas es Hermelinda.
- Posteriormente, Hermelinda fallece estando casada con Alejandro y quien es, además, su único heredero.

- Alejandro inicia una demanda de participación de la herencia de su suegra Guillermina y demanda a sus cuñados.

Veamos a continuación, gráficamente este caso:

Figura 10



Fuente: Elaboración propia

Los demandados (otros hijos de Guillermina) alegan que Alejandro solicita que se divida y parta un inmueble sobre el cual no tienen ningún tipo de vocación hereditaria, porque el derecho que alega proviene de estar casado con Hermelinda, lo que es un imposible jurídico, puesto que no es un heredero reconocido en el artículo 816 del Código Civil y no cabe representación sucesoria del cónyuge. Dado que en primera y segunda instancia se declara fundada la demanda de Alejandro, los demandados denuncian infracción normativa del artículo 681 del Código Civil¹⁷, que es el referente a representación sucesoria en línea recta descendente.

En casación, la sala señala que Alejandro no pretende heredar por representación a su suegra Guillermina, puesto que según lo estipulado en el artículo 681 del Código Civil ello implicaría ser descendiente de la señora Guillermina y no lo es. Quien hereda a Guillermina es su hija Hermelinda, dado que ella la sobrevivió y Alejandro es el sucesor directo de Hermelinda.

Por lo tanto, en este caso no estamos ante un supuesto de representación sucesoria, sino nos encontramos ante dos transmisiones sucesorias seguidas: (i) sucesión de Guillermina, cuyos herederos son Hermelinda y sus hermanos. Hermelinda sobrevive a Guillermina y, por lo tanto, es heredera de la primera causante y se le transmite su heren-

cia; y (ii) sucesión de Hermelinda, cuyo heredero es su cónyuge, Alejandro. En esta segunda sucesión, a Hermelinda ya se le había transmitido la herencia de su madre Guillermina¹⁸. Luego, todo ello es heredado por su único sucesor: Alejandro. Como vemos en este caso, un yerno puede terminar teniendo derechos sobre el patrimonio hereditario de su suegra, no por ser su heredero ni por representación sucesoria, sino porque puede exigir lo heredado por su cónyuge. Estamos en este caso ante dos transmisiones sucesorias. En este caso, cobra vital importancia identificar claramente las fechas de las muertes de los causantes involucrados, porque ello impacta en quienes puedan tener derechos sobre un determinado patrimonio.

2. Declaración de herederos y petición de herencia

Sinalizamos el Expediente 00195-2022-0-0201-JR-CI-01¹⁹, los hechos son los siguientes:

- La señora Fabiana tuvo cinco hijos: Gerónimo, Serafina, Nicolosa, Cirilo y Tomás. Cirilo falleció antes que su madre Fabiana y sin dejar descendientes (al menos es lo que se puede desprender del caso).
- Tomás estaba casado con Josefa y tuvieron dos hijos: Dayvis y Lisset.

¹⁷ Artículo 681.- Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación (1984).

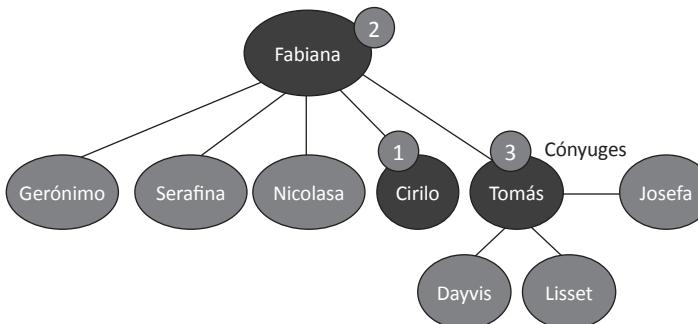
¹⁸ Según el artículo 660 del Código Civil, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores.

¹⁹ Resolución de la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Áncash, sentencia de segunda instancia.

- Fabiana fallece el 6 de agosto de 2010.
- Tomás fallece el 3 de diciembre de 2019.
- Dayvis plantea una demanda de declaración de herederos y petición de herencia a fin de

que se le incluya tanto a él, su hermana Lisset y su madre Josefa dentro de la sucesión de su abuela Fabiana.

Figura 11



Fuente: Elaboración propia

En este caso, tanto el juzgado de primera instancia como la sala en segunda instancia declaran fundada en parte respecto a las pretensiones de Dayvis y Lisset (nietos de la causante) de ingresar a la sucesión de Fabiana declarándose herederos por representación de Tomás (hijo de la causante) y declaran infundada respecto a la pretensión de Josefa de ingresar a la sucesión de Fabiana por representación de Tomás, sustentando que no cabe representación sucesoria del cónyuge sino solo de los descendientes.

En este caso, consideramos que la sentencia no ha tenido en cuenta que en este caso no debió aplicarse las reglas de la representación sucesoria, sino se debió tomar en cuenta que se estaba ante dos transmisiones sucesorias. Es trascendental, revisar las fechas de las muertes de Fabiana (6 de agosto de 2010) y Tomás (3 de diciembre de 2019) y con base en ello podemos tener en cuenta que al momento de la muerte de Fabiana (madre), su hijo Tomás estaba vivo y, por lo tanto, es él quien la hereda. Por lo tanto, no existió premoción de Tomás en la sucesión de su madre Fabiana, sino que él fue quien heredó a su madre en conjunto con sus otros hermanos vivos: Serafina, Gerónimo y Nicolasa.

Al morir Tomás, se forma una nueva sucesión y su masa hereditaria incluye lo que recibió de su madre Fabiana. Por lo tanto, quien tenía derecho a la parte heredada por Tomás respecto a la herencia de su madre Fabiana era su sucesión conformada por su esposa Josefa y sus hijos Davis y Lisset. En ese sentido, no se debió aplicar representación sucesoria porque no hubo premoción de Tomás; por lo tanto, Josefa también tenía derechos al igual que sus hijos, por ser todos herederos de Tomás. Es así que en esta sentencia se aplica indebidamente

la representación sucesoria porque aquí estábamos ante dos transmisiones sucesorias. Es relevante tomar en consideración las fechas de las muertes de los involucrados.

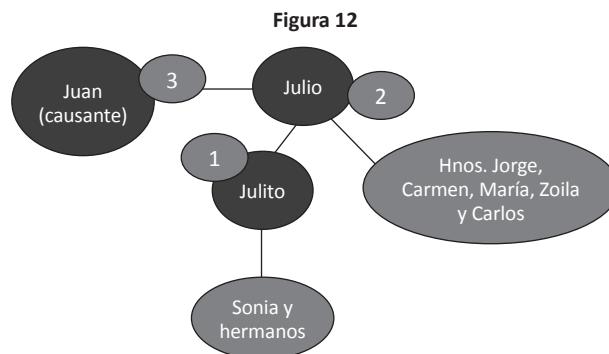
C. ¿Hasta qué grado de parentesco procede la representación sucesoria colateral?

Como hemos visto anteriormente, la representación sucesoria colateral es limitada y no opera en todos los casos. A continuación, analizaremos el siguiente caso sobre petición de herencia, recogido en la Casación 4462-2015-Lima.

Los hechos son los siguientes:

- Juan y Julio son hermanos, tienen la misma madre, pero distinto padre.
- Julio tiene varios hijos de distintos compromisos: de un primer compromiso tiene a Julito; de un segundo compromiso, tiene varios: Jorge Luis, Carmen Rosa y María; y de un tercer compromiso, tiene a Zoila y Carlos.
- Julito tiene varios hijos, entre los que se encuentra Sonia.
- Julito fallece en el año 2005 y Julio fallece en el 2010.
- Juan fallece en el año 2012 sin dejar herederos forzados y teniendo como parientes vivos a sus sobrinos y sobrinos nietos.
- Sonia plantea la demanda de petición de herencia de la sucesión de Juan y la dirige contra los hijos de Julio (hermano del causante), actuales sucesores.

Veamos a continuación gráficamente el caso planteado:



Fuente: Elaboración propia

En este caso se alega representación sucesoria colateral y Sonia demanda acción petitoria de herencia y refiere que a ella y sus hermanos les corresponde ingresar a la sucesión de Juan en representación de su padre, quien era el sobrino del causante.

Tanto en primera y segunda instancia se declara infundada la demanda de Sonia. En primera instancia se señaló que Sonia y sus hermanos carecen de vocación hereditaria para suceder a Juan, por dos razones: (i) porque ellos son parientes colaterales de cuarto grado de parentesco (sobrinos nietos) y son excluidos por los demandados, quienes son parientes colaterales de tercer grado de consanguinidad (sobrinos); (ii) tampoco pueden heredar en representación de su padre, Julito, porque falleció antes de la muerte del actual causante y quedó fuera de la sucesión.

En segunda instancia confirmaron la sentencia y precisaron que según lo previsto en los artículos 681 y 683 del Código Civil se desprende que la representación en línea recta es ilimitada a favor de los descendientes de los hijos, pero en línea colateral se encuentra limitada exclusivamente a la herencia de los hermanos y no es aplicable a este supuesto. En casación declararon infundado el recurso de casación.

A partir de esta casación es preciso recordar cuándo se aplica la representación sucesoria colateral, según lo señalado en el artículo 683 del Código Civil:

- Tiene que heredar un hermano del causante, en este caso el señor Juan no tenía hermanos vivos que lo heredaran;
- El hermano del causante tiene que concurrir con sobrinos del causante. Si bien hay sobrinos vivos, no se da la concurrencia con hermanos;
- La representación sucesoria en línea colateral es limitada y solo opera si concurren

hermanos y sobrinos, lo cual no se da en este caso.

Por lo tanto, aquí no aplica representación sucesoria y lo que corresponde es ceñirnos a lo señalado en el artículo 816 del Código Civil, que nos indica los órdenes sucesorios y además lo señalado en el artículo 817, los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos. Así, tenemos que los sobrinos (quinto orden sucesorio) excluyen a los sobrinos nietos (sexto orden sucesorio).

VIII. CONCLUSIONES

- La representación sucesoria opera como una excepción a la regla: los parientes más próximos en grado excluyen a los más remotos lo cual está reconocido en el artículo 817 del Código Civil, ello a fin de proteger a los descendientes de un heredero que no puede o no quiere heredar; es así que, su función termina siendo no dejar desamparada a una estirpe que forma parte de la familia.
- Es una de las figuras del derecho de sucesiones más representativa y que nos trae dificultades en su aplicación puesto que no opera siempre y hay que analizar rigurosamente cada supuesto para ver si es o no aplicable.
- Cabe la representación sucesoria en cuatro supuestos: premoriencia, renuncia, indignidad y desheredación. Es decir, se produce en el caso que un representado no pueda o no quiera aceptar la herencia y este tenga descendientes.
- No en todos los casos que exista alguien que tenga vocación sucesoria, calce en los cuatro supuestos anteriores y tenga descendientes implica que se aplique la representación sucesoria. Así tenemos que esta figura únicamente opera en caso de representación sucesoria en línea recta descendente, la cual es ilimitada y en representación sucesoria

en línea colateral, la cual es limitada y opera únicamente en el supuesto que concurren hermanos y sobrinos.

- Para analizar si en un determinado caso se debe aplicar o no representación es importante tener en cuenta quiénes tienen vocación sucesoria, la fecha de la muerte del causante y los parientes que podrían heredar. Muchas veces existe confusión entre representación sucesoria y transmisiones sucesorias seguidas, siendo en este último caso aplicable exclusivamente los órdenes sucesorios. 

REFERENCIAS

- Aguilar, B. (2014) *Manual de Derecho de Sucesiones*. Instituto Pacífico.
- (2020) *Relaciones familiares y herencia*. Instituto Pacífico.
- Arjona, J. (2012). Derecho de representación sucesoria y repudiación. *Anuario de Derecho Civil* (ADC) (tomo LXV), 103-271.
- Borda, G. (1991). *Manual de Sucesiones* (11ma ed.). Editorial Perrot.
- Bustamante, E. (2006). La vocación hereditaria en el derecho sucesorio peruano. *Foro Jurídico* (05), 124-130.
- Castillo, M. (2024). *Derecho de Sucesiones* (1ra ed). Gaceta Jurídica.
- Echeverría, M. y Echeverría, M. (2011). *Derecho sucesoral*. Universidad Libre Colombia.
- Ferrero, A. (2013). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2014). *Manual de Derecho Sucesorio*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lohmann, J. (2023). *Derecho de Sucesiones* (3ra ed.). Gaceta Jurídica.
- Pérez, M. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Nostra Ediciones.
- Rizo, N. (2007). Algunas reflexiones sobre la “naturaleza” jurídica de la representación Sucesoria. *Actualidad civil* (AC) (20, tomo 2), 2329-2354.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil [Cod. Civ.], 16 de mayo de 2000 (Chile).
- Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Áncash, sentencia recaída en el Expediente 00195-2022-0-0201-JR-Cl-01 (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de diciembre de 2006, Casación 1773-2006- Lambayeque-Jaén (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de mayo de 2016, Casación 4462-2015-Lima (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de octubre de 2016, Casación 2026-2016-Junín (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de marzo de 2022, Casación 1407-2019-Lima (Perú).

MÁS ALLÁ DEL TÍTULO Y MODO: TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN EL PERÚ A 40 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

**BEYOND THE TITLE AND MODE: TRANSFER OF PROPERTY IN PERU
40 YEARS AFTER THE 1984 CIVIL CODE**

Guillermo José Arribas Irazola*
Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

After 40 years of effectiveness of the 1984 Civil Code, the author reviews and questions the group of rules that regulate the transfer of property in Peru. Taking into special consideration the fact that the general rules of transfer of property in the book of Real Estate Law ('Derechos Reales') have not had any modification since its issuance in 1984, the author develops these rules together with those that complement our system of transfer of property, and the main discussions that have taken place on these matters in the last 40 years.

In each case, the coherence of the system and the relevance of potential modifications are evaluated. The author proposes concrete reforms to this section of the Civil Code in order to ensure the adaptability of the rules of property transfer to new times.

KEYWORDS: *Property Rights; Civil Code; transfer; system; reform.*

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil de 1984, el autor revisa y cuestiona el grupo de normas que regulan la transferencia de la propiedad en el Perú. Teniendo en especial consideración el hecho de que las reglas generales de transferencia de propiedad en el libro de Derechos Reales no han tenido ninguna modificación desde su emisión en 1984, el autor desarrolla estas normas junto con aquellas que complementan nuestro sistema de transferencia de propiedad, y las principales discusiones que se han dado sobre estas materias en los últimos 40 años.

En cada caso, se evalúa la coherencia del sistema y la relevancia de potenciales modificaciones. El autor propone reformas concretas a esta sección del Código Civil con el objetivo de asegurar la adaptabilidad de las normas de transferencia de propiedad a nuevos tiempos.

PALABRAS CLAVE: *Derechos Reales; Código Civil; transferencia; sistema; reforma.*

* Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado principal del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Perez (Lima, Perú). Contacto: garribas@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 02 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de 40 años desde que Lucrecia Maisch von Humboldt y Jorge Avendaño prepararon el proyecto del libro de Derechos Reales de nuestro actual Código Civil. Este 2024 el Código Civil cumple 40 años, y con él, también el mencionado libro. Dentro de los varios artículos que se tratan en el Libro de Derechos Reales del Código Civil, me enfocaré principalmente en una sección que no ha tenido ninguna modificación desde su entrada en vigencia: los modos de transferencia de propiedad de bienes muebles e inmuebles.

Nuestro Código Civil regula los modos de transferencia de propiedad en dos artículos: el 947¹ para bienes muebles, y el 949² para bienes inmuebles. Los modos de transferencia de propiedad son parte de una lista más amplia de modos de adquisición de la propiedad, dentro de los cuales se encuentran, entre otros, la accesión y la prescripción adquisitiva de dominio. La diferencia principal es que los supuestos de transferencia de propiedad implican un mecanismo derivativo de adquisición de propiedad. Es decir, la propiedad se adquiere de una persona que la otorga. En cambio, en supuestos como la accesión y la prescripción adquisitiva, el mecanismo de adquisición de propiedad es originario. El derecho se adquiere por cumplir con un supuesto de hecho previsto en la ley, no por la transferencia del derecho por un tercero (Ennecerus, 1935, pp. 19-35).

Si bien todos los mecanismos de adquisición de propiedad son importantes, los supuestos de transferencia son probablemente los más usados. Día a día se generan incontables negocios jurídicos donde se pacta la transferencia de un derecho de propiedad. La compraventa de un terreno, de una botella de agua o de una criptomoneda, en todos los casos las normas previstas en los artículos 947 y 949 de nuestro Código se aplican para determinar a partir de qué momento se transfiere el derecho de propiedad correspondiente.

A pesar de no haber sido modificado en todo este tiempo, el artículo 949 es además quizá la norma de Derechos Reales que más discusión ha generado en la doctrina nacional desde la aprobación del Código Civil en 1984³. Los principales debates consisten en si es aplicable la teoría del título y modo⁴ y cuál debería ser el modo ideal para la adquisición de los bienes inmuebles en el Perú⁵.

Hay quienes consideran que la teoría del título y modo sí es aplicable tanto a la transferencia de bienes muebles como inmuebles, siendo en el caso de los bienes muebles el modo es la tradición, y en el caso de los bienes inmuebles, la obligación de enajenar (De la Puente, 1994, pp. 9-16). En cambio, hay quienes consideran que la teoría del título y modo será aplicable solo a la transferencia de bienes muebles, con la tradición, y que en el caso de los bienes inmuebles se ha adoptado la teoría del solo consenso, siguiendo a la doctrina francesa⁶.

Respecto de 'modo' ideal para la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles, hay quienes consideran que debería dividirse el sistema no en muebles e inmuebles, sino en bienes registrados y no registrados⁷. Para el caso de los bienes registrados, el modo debería ser la inscripción, y en el caso de los no registrados, se podría mantener un sistema similar al actual. De otro lado, hay quienes sostienen que el modo debe mantenerse como la sola celebración del contrato, atendiendo a las características particulares del Perú⁸. Se prioriza la ejecución de transacciones en el mercado inmobiliario sobre la seguridad en el derecho de quien adquiere estos derechos con inscripción en el registro.

En el presente artículo se revisa la discusión que hasta ahora se ha tenido sobre los artículos 947 y 949, así como las normas complementarias que comprenden nuestro sistema de transferencia de propiedad, marcando las limitaciones de las distintas posiciones, así como las oportunidades de mejora. Con base en estos comentarios, se propone

¹ Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (1984).

² Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984).

³ Otra institución que ha sido ampliamente discutida en estos 40 años es la del poseedor precario (artículo 911 del Código Civil). A pesar de esto, las discusiones sobre el poseedor precario son, sobre todo, interpretativas (¿quién es el poseedor precario?), mientras que los debates sobre el artículo 949 se han centrado también en cuál debería ser el mecanismo de transferencia de propiedad de bienes inmuebles, más allá de lo actualmente regulado.

⁴ Véase a Forno Florez (1993); De la Puente (1994); Escobar Rozas (2002).

⁵ Véase a Fernández Cruz (1994); Bullard (2004).

⁶ Véase a Forno Florez (1993); Fernández Cruz (1994).

⁷ Véase a Avendaño (1997 y 2001); Bullard (2004).

⁸ Véase a Fernández Cruz (1994).

en la última sección de este escrito modificaciones puntuales a algunos artículos del Código Civil en su 40 aniversario.

II. SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD: ESTADO ACTUAL Y APARENTE CONTRADICCIONES

A. Regla general: artículos 947 y 949

1. Muebles e inmuebles

El Código Civil clasifica los bienes como muebles e inmuebles en los artículos 885⁹ y 886¹⁰. En doctrina, un bien mueble es aquel susceptible de movimiento, mientras que un bien inmueble es uno que se mantiene fijo en un lugar determinado¹¹. Un ejemplo de bien mueble sería una pelota, que puedo lanzar para que mis perros, Luna y Viktor, atrapen y la regresen a mí. En cambio, el ejemplo tradicional de bien inmueble será un terreno, el cual está fijo en un espacio geográfico en nuestro planeta desde que se tiene conciencia de su existencia y que, sin importar los años, seguirá estando en principio el mismo puñado de tierra¹². Machu Picchu o el Coliseo Romano son testimonio de ello.

No obstante, el Código Civil no aplica textualmente la doctrina de bienes muebles e inmuebles. En

realidad, los artículos 885 y 886 realizan un listado antojadizo pensando en los mecanismos de transferencia de propiedad de estos bienes, y la posibilidad de otorgarlos en garantía. Por esto, por ejemplo, dentro del listado de bienes inmuebles tenemos a las naves y embarcaciones, que claramente se pueden mover. También encontramos dentro de la lista de bienes muebles e inmuebles derechos inmateriales, como las concesiones para explotar servicios públicos en los inmuebles, y los derechos de propiedad intelectual para los muebles; sin embargo, ninguno de estos se puede mover o no mover, pues son abstracciones jurídicas incorpóreas.

Con este contexto, el Código Civil regula la regla general de transferencia de estos dos únicos tipos de bienes en los artículos 947, para bienes muebles, y 949, para bienes inmuebles. Estos artículos tienen el siguiente texto desde la emisión del Código Civil en 1984:

Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

⁹ Artículo 885.- Son inmuebles:

1. El suelo, el subsuelo y el sobre suelo.
2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
4. Las naves y embarcaciones.
5. Los diques y muelles.
6. Derogado.
7. Las concesiones para explotar servicios públicos.
8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
9. Derogado.
10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
11. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad (1984).

¹⁰ Artículo 886.- Son muebles:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
4. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.
6. Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.
7. Las rentas o pensiones de cualquier clase.
8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
9. Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.
10. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885 (1984).

¹¹ Véase a Planiol y Ripert (1932); Francisco Avendaño; Jorge Avendaño (2017).

¹² Es cierto que a lo largo de cientos de años puede existir una modificación en la tierra que, en teoría, modifique la ubicación de los terrenos. Sin embargo, este proceso es tan espaciado en el tiempo que no se considera.

2. Título

Como punto común de ambos artículos, ninguno dice expresamente que el presupuesto para poder transferir la propiedad a título derivativo es la existencia de un negocio jurídico que así lo indique. No obstante, en ambos casos se hace referencia a un acreedor que tiene derecho a recibir el derecho de propiedad.

Ambas normas regulan de manera implícita que la transferencia de propiedad a título derivativo requiere como justificativo base un negocio jurídico en donde una persona se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra. Usualmente, este negocio jurídico será un contrato de compraventa, pero podría ser otro, como un contrato de donación.

La existencia de este negocio jurídico base donde una persona se obliga a transferir la propiedad a otra es la causa que habilita la transferencia y se conoce como el 'título' (Albaladejo, 1994, pp.139-146; Avendaño y Avendaño, 2017, p. 73). Si es que no existe el mismo, no interesa que se cumpla con el 'modo' que comentaremos en la sección siguiente. La propiedad no se transferiría.

3. Modo

La distinción entre ambos artículos estará en el momento en el que se considera que se transfiere el derecho de propiedad del transferente al adquirente (en un contrato de compraventa del comprador al vendedor). Para el artículo 947, la transferencia de propiedad se dará cuando se realice la tradición o en algún otro supuesto que indique la ley. Para el artículo 949, será cuando se genere la obligación de enajenar, cuando la ley lo indique, o cuando las partes pacten que ocurra. Indagaremos sobre estos puntos.

El hecho jurídico a partir del cual se considera que se ha transferido la propiedad de un bien es lo que en doctrina se define como el 'modo' de transferencia de propiedad (Albaladejo, 1994, pp.139-146; Avendaño y Avendaño, 2017, p. 73). Para el

caso de los bienes muebles, el modo es aparentemente claro: la tradición. Según los artículos 900 y siguientes, la tradición es a su vez el modo de transferencia de la posesión. Si bien la manera sencilla de referirse a la tradición podría ser la entrega, es bastante más complejo que esto.

Dentro de los supuestos previstos en el Código Civil, la entrega física del bien del deudor en favor del acreedor es solo uno de los varios supuestos considerados en la ley como 'tradición'. Desde los romanos se flexibilizó este principio para reconocer otros supuestos en donde, si bien no ocurría la entrega tradicional, el contexto empujaba a flexibilizar la regla (Planiol, 1932, pp. 535-536; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 324-326). Esto lo encontramos en el Código Civil en los artículos 901¹³, 902¹⁴ y 903¹⁵ del Código Civil. En el 901, por ejemplo, se considera que se transfiere también la posesión cuando el bien lo recibe la persona que el acreedor ha designado para ello. El 902 prevé dos supuestos donde se considera que ha ocurrido la tradición: cuando el bien transferido sigue en posesión del transferente, pero cambia su título posesorio (por ejemplo, pasa de ser propietario a arrendatario) y cuando el bien transferido está en posesión de un tercero (por ejemplo, se vende un inmueble que está arrendado a un tercero) se considera que la tradición se da con la sola firma del contrato, pero es efectiva al tercero solo desde que se le notifica. Finalmente, el 903 marca como hito de la tradición la entrega de documentos que dan derecho al adquirente a recoger los bienes que se le han enviado, o retirarlos del almacén cuando se encuentran sujetos al régimen de almacenes generales. Es importante resaltar que los artículos sobre tradición tampoco han tenido ninguna modificación desde la entrada en vigor del Código Civil en 1984.

Si bien en los casos especiales de tradición que hemos indicado, el adquirente no recibe físicamente el control físico sobre el bien transferido, también se consideraría entregada la posesión y, en aplicación del artículo 947, transferida la propiedad del bien. Además de la tradición, el artículo 947

¹³ Artículo 901.- La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirla o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece (1984).

¹⁴ Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.
2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito (1984).

¹⁵ Artículo 903.-

Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario (1984).

permite que la propiedad de los bienes muebles se transfiera según lo previsto en una norma legal especial. Tal es el caso de la transferencia de automóviles, donde la adquisición de propiedad ocurre a partir de la inscripción en el registro del nuevo propietario.

Algo que no se dice expresamente en los artículos referidos a la tradición y el artículo 947 es que la ley no permite pactar ni un modo distinto de tradición ni un modo distinto de transferencia de propiedad de bienes muebles. Es decir, la autonomía privada de las partes no puede considerar un camino distinto al propuesto por los artículos 900 y siguientes, y el artículo 947. Esta limitación es importante porque, por ejemplo, cuándo podríamos considerar que se ha realizado la tradición de un derecho incorporal si no hay propiamente entrega física. El caso de la transferencia de acciones de una sociedad es un ejemplo de ello, si bien el artículo 91 de la Ley General de Sociedades señala que la sociedad reconoce como accionista a quien se encuentre registrado en el libro de matrícula de acciones, la ley no tiene una norma especial que señale a partir de cuándo se considera transferida la propiedad de la acción. Es siempre posible hacer una interpretación en el sentido que la tradición se entiende ocurre cuando se tiene el control fáctico sobre la acción, pero no se ve una razón para que se limite la facultad de las partes de determinar en el contrato a partir de cuándo se entiende producida la tradición o la transferencia de la propiedad.

Respecto del artículo 949, la ley indica que el 'modo' sería la sola 'obligación de enajenar'. Sobre si la obligación de enajenar es realmente un modo distinto al negocio jurídico que fundamenta la transferencia ha habido harta discusión, como veremos en la sección III siguiente. Sin embargo, por ahora es importante indicar que, sin perjuicio de la posición que se tome, en la práctica la conclusión es la misma: la regla general de transferencia de propiedad de bienes inmuebles implica que el hito jurídico en el que se transfiere el derecho sea la celebración del contrato, el cual contiene la supuesta obligación de enajenar. Es decir, no hay una separación entre título y modo, o ambos ocurren en un mismo momento.

No obstante, a diferencia del artículo 947, el artículo 949 sí permite que las partes pacten algo distinto a la regla general del solo consenso como hito de transferencia de la propiedad. Una manera de verlo es que ante la imposibilidad del legislador de ofrecer un modo de adquisición de propiedad lo suficientemente convincente, renuncio a imponer de forma imperativa un hito de transferencia de propiedad.

B. Supuestos de excepción

Si bien los artículos 947 y 949 son las reglas generales para transferencia de propiedad de bienes muebles e inmuebles, el Código Civil contiene algunas reglas de excepción. Dentro del libro V de los Derechos Reales tenemos solo una de estas excepciones: el artículo 948, para la transferencia de bienes muebles por un no propietario. Sin embargo, otros libros del Código Civil incluyen normas que, dentro de un determinado contexto, podrán suponer también una excepción a lo previsto en el artículo 947 y 949. Tal es el caso de los artículos 1135 y 1136, en el Libro VI de Obligaciones (concurso de acreedores de bienes muebles e inmuebles), el artículo 1542 del Libro VII de Fuentes de las Obligaciones (venta de bienes en locales abiertos al público), o el artículo 2014 del Libro IX, de los Registros Públicos (tercero adquirente de buena fe registral). De todos estos artículos, el único que ha sido modificado desde la entrada en vigencia del Código Civil es el artículo 2014, como se comentará más adelante.

No es el propósito de esta sección realizar un estudio exhaustivo de cada una de estas instituciones que, en determinados contextos, pueden ser un supuesto de excepción a las reglas previstas en los artículos 947 y 949 para transferencia de propiedad de bienes. Lo que se buscará es hacer una mención general enfocada en la relación que tienen dichos artículos con las normas generales de transferencia de propiedad del Código Civil. En otras palabras, la conjugación de los artículos 947 y 949 con estas normas de excepción generan un sistema de transferencia de propiedad coherente en nuestro Código Civil?

1. Adquisición de *non domino*

El artículo 948 es aplicable a la transferencia de propiedad de bienes muebles. La norma indica lo siguiente:

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. (1984)

Bajo esta norma, un no propietario transfiere a un tercero la propiedad de un bien mueble. Si es que el tercero tiene buena fe, y recibe el bien con el objeto de adquirir la propiedad, entonces adquiere la propiedad de este, siempre y cuando no se trate de un bien perdido o que haya sido adquirido por el transferente no propietario en infracción a

la ley penal (por ejemplo, vía hurto o apropiación ilícita). En otras palabras, en el conflicto entre el propietario y el tercero adquirente de buena fe de un bien mueble, el Código Civil prefiere al tercero adquirente de buena fe (debiendo entenderse esta buena fe como una buena fe conocimiento, siguiendo las reglas previstas en la sección de posesión del libro de derechos reales). El legislador toma esta decisión en consideración a la relevancia que otorga a la posesión en la propiedad de los bienes muebles.

Sin perjuicio de lo anterior, lo clave para la revisión que hacemos en esta sección es determinar si el artículo 948 ha sido consecuente con el modo de adquisición de propiedad que se indica en el artículo 947 sobre transferencia de bienes muebles. La respuesta es parcialmente positiva. Más allá de la justificación para preferir al tercero que adquiere de buena fe el derecho de un *non domino*, la norma señala como requisito para la adquisición del tercero la entrega del bien mueble. Como se explicó al comentar el artículo 947, nuestro Código Civil señala como modo de adquisición de propiedad de los bienes muebles la tradición, que supone la entrega de posesión, fáctica o ficta, del bien sujeto a transferencia y, de forma consecuente, el artículo 948 señala que para que la adquisición del tercero esté protegida, será necesario que dicho tercero 'reciba' el bien.

Afirmo que el 948 es parcialmente consecuente con el artículo 947, porque este último señala como modo de adquisición de propiedad la tradición, y el artículo 948 la indica como una de las condiciones para la adquisición del tercero que reciba el bien. ¿Recibir el bien es sinónimo de que se realice la tradición del bien? La tradición supone siempre una entrega de posesión, pero esta puede ser física (la entrega misma) o jurídica (alguno de los supuestos de tradición ficta). Si bien considero que lo correcto es interpretar el artículo 948 considerando que el tercero puede recibir el bien bajo cualquier supuesto de tradición previsto en el Código Civil, lo propio hubiese sido referirse aquí también expresamente a que se realice la tradición en favor del acreedor del bien mueble.

En resumen, si bien considero que el texto del artículo 948 no es el más adecuado, sistemáticamente podemos interpretar que es consecuente con el artículo 947 al considerar que el tercero podrá adquirir la propiedad del bien si recibe su posesión, o, en otras palabras, si se realiza cualquier tipo de tradición del bien a su favor. Lo anterior, por supuesto, siempre que se cumplan con los otros requisitos para la validez de la adquisición previstos en el artículo 948 (que el tercero sea de buena fe, que reciba el bien como propietario, y que el trans-

ferente no haya adquirido el bien en infracción de la ley penal, o que se trate de un bien perdido).

2. Venta en locales abiertos al público

El artículo 1542 es una versión más comprensiva del artículo 948. La norma indica:

Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. (1984)

A diferencia del artículo 948, no se hace referencia a la calidad de no propietario del vendedor, ni tampoco a ningún requisito del adquirente (que actúe de buena fe o que reciba el bien como propietario). En sencillo, si una persona compra un bien mueble en una tienda o local abierto al público, recibiendo una factura o póliza del vendedor, el tercero habrá adquirido comprado la propiedad del bien conforme a ley. Esto aún si el tercero sabía que el bien no era de propiedad del vendedor, o si los bienes eran perdidos u obtenidos de alguna forma en infracción a la ley penal. Si bien siempre sería posible plantear algún argumento de abuso de derecho para casos excepcionales de mala fe del comprador, el artículo tiene como objetivo blindar aquellas ventas que se realicen en locales comerciales que operan legalmente, emitiendo comprobantes de pago.

La norma trata de proteger el tráfico jurídico de los bienes muebles en locales comerciales o abiertos al público. Además de la importancia que el Código Civil da a la posesión de los bienes muebles, en este artículo también se considera el sistema comercial en general de venta de bienes muebles en locales comerciales. Realizar una revisión sobre la validez del título de propiedad de los vendedores en locales de *retail* sería simplemente prohibitivo. Imaginemos comprar un kilo de arroz en un supermercado y solicitar al cajero de turno los documentos que prueban que el supermercado es efectivamente el dueño del arroz. Sería algo tan impensable como imposible de resolver para el cajero considerando las relaciones comerciales complejas que se generan dentro de una compañía, para explicar caso por caso como un producto llega a las góndolas de las tiendas (distintos proveedores, marcas propias y marcas de terceros, maquilas, entre otros).

Sin embargo, el rol protagónico de la posesión sigue presente en el artículo. Al ser un artículo redactado dentro del libro de Fuentes de las obli-

gaciones no cuenta con la precisión terminológica que se presenta en el libro de Derechos Reales, pero es lógico interpretar que para que adquiera el cliente en la tienda o en el local abierto al público es necesario que se realice a su favor la tradición del bien mueble, siguiendo lo previsto en el artículo 947.

Sin perjuicio de la concordancia indicada con el artículo 947, en este artículo se podrían realizar dos posibles mejoras. Primero, indicar textualmente que el comprador adquiere la propiedad del bien una vez que se realice la tradición a su favor. Segundo, señalar de forma general que, para obtener la protección indicada, el vendedor debe emitir un comprobante de pago válido como lo es una factura, pero también una boleta de venta.

3. Concurso de acreedores

El concurso de acreedores para bienes muebles e inmuebles se encuentra regulado en el libro V del Código Civil, sobre las Obligaciones. Lo que la norma pretende resolver es cuál de los acreedores debe ser preferido cuando un deudor se ha obligado a entregar un mismo bien a distintos acreedores. Es muy importante considerar que los artículos 1135 y 1136 no regulan la preferencia de acreedores con base en un título de adquisición de propiedad principalmente, sino en general a cualquier concurrencia de acreedores en la entrega de un bien, sin importar el título (compraventa, arrendamiento, usufructo, donación, entre otros).

Si bien para efectos del presente artículo centraremos la atención en el potencial concurso de acreedores con base en títulos de adquisición de propiedad, estas normas no se agotan ni tienen su enfoque principal en la transferencia del derecho real de propiedad. Sin embargo, bajo situaciones particulares, estas normas podrán ser excepciones a lo indicado en los artículos 947 y 949 del Código Civil.

a. *Concurso de acreedores de bienes muebles*

El concurso de acreedores de bienes muebles se regula en el artículo 1136 según lo siguiente:

Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. (1984)

Como se observa, el artículo establece como presupuesto para que cualquier acreedor participe en el concurso que haya actuado de buena fe. Sin perjuicio de las discusiones que pueden existir sobre qué tipo de buena fe es requerida en este caso, coincido en que consistiría en que el acreedor no tenga la posibilidad de conocer las obligaciones paralelas de entrega del bien que ha generado el deudor (Avendaño y Avendaño, 2017, p. 76-77).

Si tenemos múltiples acreedores de la entrega de un bien mueble cierto, un solo deudor, y todos concurren de buena fe, la norma establece como escalón de preferencia prioritario a aquel acreedor respecto del cual el deudor hizo tradición del bien. Si es que el deudor no ha realizado la tradición del bien a ningún acreedor, entonces será preferido aquel que tenga fecha cierta más antigua (por ejemplo, escritura pública, firmas legalizadas, entre otras). Si no se ha realizado ni tradición ni tampoco cuenta ningún acreedor con título de fecha cierta, entonces será preferido aquel acreedor que tenga documento privado más antiguo.

Aún si todos los acreedores en el concurso lo son respecto de títulos de transferencia de propiedad (compraventa o donación, por ejemplo), ser el acreedor preferido no los hará automáticamente propietarios. Esto porque el artículo 1136 no establece un cambio de la regla general de transferencia de propiedad del artículo 947 y, siendo así, será necesaria la tradición para que se consolide la transferencia de propiedad. Podría ser el caso, por ejemplo, que el acreedor preferido lo sea por tener fecha cierta más antigua, en cuyo caso será el acreedor preferido, pero se requerirá la tradición para hacerlo propietario.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1136 sí puede generar una excepción al artículo 947 del Código Civil. Por ejemplo, en caso de que uno de los acreedores haya recibido la tradición del bien mueble, pero no cuente con buena fe. En este supuesto, por aplicación del artículo 1136, se debería considerar que la tradición no logra los efectos de transferencia de propiedad previstos en el artículo 947. La existencia del modo sería insuficiente, resultando ineficaz.

Si bien es posible que el artículo 1136 excepcionalmente cause que un comprador de bien mueble no adquiera la propiedad del bien por tradición, el artículo en general está alineado con la tradición como modo de adquisición de propiedad de bienes muebles. Esto porque la máxima preferencia para los acreedores de un mismo bien mueble de un solo deudor es la tradición, y la tradición es según el artículo 947, el modo general de adquisición de propiedad de bienes muebles.

Finalmente, existen bienes muebles registrados en donde la inscripción en los registros públicos debería ser considerada para efectos del concurso de acreedores. En este sentido, la diferencia de bienes muebles e inmuebles para el concurso de acreedores podría estar desfasada, siendo más exacto dividir las reglas de concurso entre bienes registrados y no registrados.

b. *Concurso de acreedores de bienes inmuebles*

El concurso de acreedores de bienes inmuebles está regulado en el artículo 1135 según lo siguiente:

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primamente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. (1948)

El 1135 sigue la misma lógica que el artículo 1136 pero para los bienes muebles. En ese sentido, el presupuesto para que diversos acreedores de un mismo deudor respecto de un inmueble determinado puedan concurrir bajo este artículo será que cada uno individualmente haya tenido buena fe. Respecto de los acreedores que sí participen en el concurso, se plantea también un orden de prelación. En el caso del artículo 1135, sin embargo, la primera preferencia la tendrá el acreedor que haya inscrito su derecho en registros públicos. Si no hay inscripción se prefiere a aquel que tiene fecha cierta más antigua y, en su defecto, aquel que tenga documento privado más antiguo.

El artículo 1135 permite observar dos aspectos importantes en contraste con el artículo 1136. El primero es que a diferencia de este último artículo la prioridad máxima del concurso no está alineada con el modo de adquisición de propiedad prevista en la regla general de transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Como se explicó, el artículo 949 establece por regla general como modo de adquisición de propiedad la existencia de la sola obligación de enajenar, sin embargo, el artículo 1135 indica que el acreedor preferido será aquel que inscribe su derecho.

Desde ya se puede apreciar una aparente desconexión entre la regla general de transferencia de propiedad prevista en el libro de Derechos Reales, y el artículo 1135 del libro de Obligaciones. Esto causa que el 1135, a pesar de que regule un concurso de acreedores de la entrega de un bien inmueble (Obligaciones), sea una excepción más

común a la regla de transferencia de propiedad del 949 en comparación con lo comentado para los artículos 1136 y 947 en la transferencia de bienes muebles. Según la regla general del artículo 949, aquel acreedor que tenía su título de adquisición en un documento privado, por regla general, ya era propietario del bien desde el momento en que se celebró el contrato. Sin embargo, esa adquisición en el orden de prelación del artículo 1135 será de último rango. Si es que algún otro acreedor tiene documento privado de fecha posterior, pero en fecha cierta, o si logran la inscripción en los registros públicos, automáticamente la adquisición de aquel acreedor con documento privado de fecha más antigua será ineficaz.

Un segundo aspecto para comentar es que el artículo 1135 no da ninguna relevancia a la posesión y la entrega misma del bien. Esto parece discutible, sobre todo considerando que el concurso de acreedores es por la obligación de entrega del bien inmueble determinado, y no en específico sobre la obligación de entrega en un contexto de transferencia de propiedad. Más aún, al no dar un valor a la entrega física del inmueble, se desconoce que existen muchos inmuebles en el Perú que no están inscritos (ya sea porque no están inmatriculados o, lo que es bastante común, porque no se ha formalizado su independización en los registros públicos). Considero que omitir un rango de preferencia a la tradición en estos casos es un error.

4. Tercero adquirente de buena fe registral

El tercero adquirente de buena fe registral está regulado en el artículo 2014 del Código Civil, dentro del libro IX, de los Registros Públicos. Muchas veces la discusión del artículo 2014 se centra en el contexto de bienes inmuebles, pero es importante resaltar que esta norma es parte de la sección general del libro de los Registros Públicos, y es aplicable a cualquier bien registrado, sea mueble o inmueble. Esta aclaración concuerda con la sugerencia de modificación realizada respecto del concurso de acreedores, en donde propongo que la división sea entre bienes registrados y no registrados, en lugar de bienes muebles e inmuebles.

El artículo 2014 es el único de los artículos tratados en este texto que ha tenido una modificación desde la emisión del Código Civil en 1984. A continuación, presento tanto el texto original como la modificación aprobada por la Ley 30313, publicada el 26 de marzo de 2015:

Texto original, 1984:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el

registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Texto vigente (modificado en el 2015):

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El contexto del artículo 2014 supone que un tercero adquiere un derecho de alguien que según la información registral tiene derecho para concederlo. Por ejemplo, el tercero quiere comprar un inmueble y lo adquiere del titular registral. Sin embargo, es posible que ese propietario registral no sea el propietario real. Por ejemplo, el bien ha sido adquirido por un tercero por prescripción adquisitiva de dominio, o se ha resuelto el contrato que le dio derecho al propietario registral a efectivamente adquirir la propiedad del bien en cuestión. En este escenario, el Código Civil establece una norma de excepción, donde el tercero mantendrá el derecho aún en caso el derecho del transferente se anule, rescinda o resuelva, y, según el texto actual modificado, se agrega también en caso se cancele, haciendo alusión a la cancelación de un asiento registral.

Tanto la norma original como la modificada señalaban como requisitos para el tercero adquirente de buena fe registral que sea efectivamente un tercero, que el título que le daba el derecho en cuestión fuese a título oneroso, y que lograse la inscripción de este derecho. Sobre ser un tercero, ello implica que la persona que alega la protección de buena fe registral no sea parte en el acto que se anula, rescinda o resuelva, o del título que se cancela en los registros públicos. Siguiendo la lógica de la compraventa, el tercero es justamente el que celebra un segundo contrato

de compraventa, que no presenta ningún vicio, pero que se encuentra en riesgo porque cuando efectivamente compró su vendedor legalmente ya no era propietario.

Respecto del hecho de que el tercero tenga buena fe registral, se ha dado bastante discusión¹⁶, e inclusive una sentencia del Tribunal Constitucional en el 2020¹⁷. A mi parecer, esta buena fe registral es la posibilidad razonable de conocer la inexactitud del registro. Ello implica una revisión de la información registral. Sobre esto, antes de la modificación del artículo en el 2015, existía controversia sobre cuál era la información registral por revisar, ¿solo el asiento registral o también los títulos archivados que sustentaron la inscripción? La modificatoria del 2014 zanja la discusión incluyendo tanto los títulos archivados como los asientos de inscripción como parte de la buena fe registral. La revisión de los títulos archivados, además, era la práctica común para la revisión de un inmueble desde antes de la modificatoria del artículo. Esta revisión para los predios inscritos por prescripción adquisitiva de dominio se hace por el periodo de 10 años, esto es así previsto en el artículo 950 del Código Civil: “la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años [...]”.

Sobre la buena fe se debe considerar además el último párrafo del artículo 2014, que indica que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Ello parece correcto considerando que según el artículo 2012, la información de los registros públicos se presume conocida por todos, sin admitir prueba en contrario. No obstante, esta línea abre la discusión de si es que el tercero adquirente de buena fe debe hacer una revisión extra registral del bien a adquirir. Por ejemplo, si se trata de un inmueble, ¿debe visitar el lugar para evaluar si es que existen algunos poseedores ilegítimos en el terreno? Este aspecto también ha formado parte de la discusión sobre el 2014. A mi parecer sí es necesario que se haga la revisión. Considero fundamental no dejar de lado los efectos de publicidad de la posesión en el Perú. Ello en especial considerando los altos grados de informalidad¹⁸. Ello acotado como es lógico a una revisión razonable del estado del bien a ser adquirido, que es además lo común en las transacciones de compraventa de inmuebles en la actualidad.

¹⁶ Véase a Arata, Arribas, Del Risco, Lama y Mendoza en la Mesa Redonda: la transferencia de inmueble en el Perú, los artículos 1135 y 2014 del Código Civil sobre la adquisición a través del *non domino* (2023) y Ortega (2023).

¹⁷ Véase a la Sentencia del expediente 0018-2015-PI/TC.

¹⁸ Véase a Arribas (2024).

Respecto de los últimos dos requisitos del artículo 2014, tenemos que la adquisición del tercero sea de forma onerosa y que la adquisición sea inscrita en los registros públicos. Sobre lo primero, se requiere un sacrificio económico. En el caso de un contrato de compraventa, sería el precio de venta a pagar al vendedor. Respecto del segundo, la adquisición del tercero tiene que ingresarse y quedar inscrita en los registros públicos para reclamar la protección. No basta tener buena fe registral, es necesaria la inscripción.

¿Cómo conjuga el 2014 con los artículos 947 y 949? En el contexto de transferencia de propiedad, quien vende lo hace luego de haber perdido ya su derecho de propiedad. Es decir, es una especie de adquisición *a non domino* como el artículo 948, pero priorizando los registros públicos como modo de adquisición. Esto es porque, tanto en el caso de bienes muebles como inmuebles registrados, si quien actúa como vendedor ya no era propietario en ese momento, no tendría capacidad para transferir el derecho conforme a las reglas generales de los artículos 947 y 949. Es por la existencia de este artículo que quien inscribe, cumpliendo con los requisitos antes indicados, se convierte en propietario.

El 2014 importa una doble excepción tanto al 947 como al 949. Primero, se permite que un no propietario transfiera válidamente el derecho que mantiene inscrito en los registros públicos a un tercero, y, segundo, el modo de adquisición no será la tradición para los bienes muebles, ni la celebración del contrato para el 949, sino la inscripción en los registros públicos. Antes de la inscripción, el tercero formalmente no ha adquirido la propiedad del bien comprado, aún si se le hace tradición en el caso de un bien mueble, o si se celebra el contrato en el caso de los bienes inmuebles.

III. TÍTULO Y MODO: DISCUSIONES ALREDOR DE LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Desde la entrada en vigor del Código Civil de 1984, se ha discutido en varias ocasiones sobre las normas que regulan la transferencia de propiedad. En esta sección me refiero a las dos discusiones que a mi modo de ver han sido más relevantes. Estas son (i) la obligación de no enajenar o el solo consenso como modo de transferencia de propiedad de bienes inmuebles; y (ii) la inscripción en registros públicos o el solo consenso como modo de transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles.

Sin perjuicio de que a lo largo del tiempo muchos autores han participado de estas discusiones, me centraré en quienes dieron origen a la controversia: para el primer caso Manuel de la Puente y Hugo Forno, para el siguiente Alfredo Bullard y Gastón Fernández.

A. Obligación de no enajenar o el solo consenso

Manuel de la Puente y Lavalle fue, como Jorge Avendaño, miembro de la comisión reformadora del Código Civil de 1936 que concluyó con la emisión del Código Civil de 1984. Entre otros, De la Puente consideraba que los contratos solo podían generar, modificar o extinguir relaciones obligatorias (1991, pp. 95-96). Hugo Forno no estaba de acuerdo con esta posición, y en 1993 publicó en la revista *Ius et Veritas* el artículo titulado *El contrato con efectos reales*, donde argumentando sobre la posibilidad de que los contratos creen relaciones jurídicas distintas a las obligaciones, abrió el debate al que hacemos referencia en esta sección¹⁹. El artículo de Forno provocaría la respuesta de Manuel de la Puente en la misma revista, la que fue publicada el año 1994²⁰.

De la Puente, partiendo de la lógica de que los contratos solo pueden contener relaciones obligatorias, argumentaba que el artículo 949 mantenía la teoría del título y modo, siendo el modo de adquisición para la propiedad de los bienes inmuebles la sola obligación de enajenar (1994, pp. 9-16). En cambio, Forno señalaba que la firma del contrato mismo generaba la transferencia de propiedad, considerando, entre otros, que una obligación de no enajenar no puede existir, pues esta no supone una prestación (1993, pp. 77-87).

En realidad, la discusión de los autores se basaba en una discusión sobre todo terminológica, en tanto ambos consideraban que la transferencia de propiedad según el artículo 949 ocurriría con la sola celebración del contrato. Para De la Puente, la supuesta obligación de enajenar nacería con la firma del contrato que la contenía. En el caso de Forno, al ser el solo contrato lo que a su modo de ver generaba la transferencia de propiedad, su celebración sería suficiente para generar dicho efecto.

Ambos autores hacen un recuento comparativo para ubicar a nuestro artículo 949 dentro de los sistemas legales de transferencia de propiedad en el mundo. No hay mayor discusión sobre que el Código Civil de 1984 es un heredero del artículo 1138 del Código Civil francés, el cual estable-

¹⁹ Véase a Forno (1993).

²⁰ Véase a De la Puente (1994).

ce, para bienes muebles e inmuebles, que el solo consentimiento de las partes hará al acreedor del bien propietario del mismo. Esta norma fue el resultado de un proceso evolutivo que se inició desde el Derecho romano, donde se flexibilizaron los mecanismos de tradición requeridos para perfeccionar la transferencia de propiedad (Planiol, 1932, pp. 535-536; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 324-326).

Tanto los romanos como los redactores del Código napoleónico de 1804 tenían como objetivo facilitar los rituales que se encontraban alrededor de la transferencia de propiedad o, visto desde una perspectiva económica, reducir los costos de transacción. De manera previa al Código Civil francés, la transferencia derivativa de dominio requería la tradición como modo de adquisición de propiedad que, salvo que se estuviera en algún supuesto de tradición ficta, implicaba una toma física del control del bien para que pudiese considerar transferido el derecho de propiedad. En 1804, previo a los automóviles o los aviones, esto podría implicar semanas de viaje del comprador y el vendedor, con la compañía de notario, por tierra de una localidad francesa a otra para poder concluir la compraventa. El tiempo que se requería para completar la transacción la hacía demasiado costosa. Incluso de forma previa a la emisión del Código Civil francés, los notarios comenzaron a incluir una cláusula dentro de los contratos de compraventa indicando que con la firma del documento la posesión ya había sido transferida, a pesar de que los notarios y las partes del contrato sabían que el comprador aún no había tomado control físico del bien (Planiol, 1932, pp. 542-544; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 326-329).

El consensualismo francés se importó al Perú solo para los casos de transferencia de bienes inmuebles. El antecesor del Código Civil 1984, es decir, el Código Civil de 1936, indicaba en el artículo 1172: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”. El actual artículo 949 del Código Civil siguió también el consensualismo francés, aunque en esta norma se reemplazó la obligación de dar por la obligación de ‘enajenar’, aspecto no considerado ni en el Código Civil francés ni en el Código Civil de 1936.

En este contexto, resultaría difícil afirmar que el artículo 949 contempla una clara división entre el título y el modo para la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Al contrario, se puede afirmar como señala implícitamente De la Puente,

y explícitamente Forno, que el solo consenso generará por regla general la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en nuestro sistema legal. Aún si consideráramos como lo hace De la Puente que es la sola obligación de enajenar lo que genera la transferencia de propiedad, no hay discusión sobre que el artículo, tal como lo hace el 1138 del Código Civil francés, no requiere el cumplimiento de dicha obligación, sino solo su existencia. Es decir, con la sola celebración del contrato y creación de la obligación de enajenar se transfería la propiedad del bien.

Dicho esto, ¿existe la obligación de enajenar? Esto ha sido ampliamente discutido por autores en el Perú²¹. La exposición de motivos del Código Civil no explica por qué se dio este cambio, limitándose a señalar que se replicó la fórmula del Código Civil de 1936 (Maisch, 2015, pp. 251-252), aunque respecto a este no se siguió el mismo texto.

Entendiendo a la obligación de enajenar como la obligación de transferir a título derivativo la propiedad de un bien, considero que sí existirían diversas prestaciones que el deudor tendrá que cumplir para que efectivamente se perfeccione la transferencia del derecho de propiedad. Para comenzar, está la entrega del bien, en tanto la posesión es la base del poder de exclusión de los derechos reales. Además de la entrega, dependiendo del bien, tendremos otras obligaciones. En el caso de un predio, por ejemplo, la entrega de las cartillas de impuestos municipales, la colaboración para dar de alta el derecho de propiedad del comprador en la municipalidad, y de baja la propiedad del vendedor. En el caso de inmuebles inscritos en los registros públicos, también será necesaria la colaboración del vendedor para lograr la inscripción del derecho en el mismo registro, lo que podrá implicar la firma de una escritura pública además del propio contrato de compraventa.

Me parece que lo central no es si conceptualmente se pueden encontrar prestaciones dentro de una supuesta obligación de enajenar, sino que el artículo indica que la sola obligación de enajenar, su sola existencia, más allá de la ejecución o no de esta, genera la transferencia de propiedad. El Código Civil de 1936 y el Código francés contemplaron lo mismo, pero refiriéndose a la obligación de dar. Bastaba con que existiera la obligación de entregar el bien para que por regla general se transfiriera la propiedad del bien inmueble. Esto no significaba que si se celebraba un contrato de compraventa de bien inmueble y el vendedor no transfería en la realidad la posesión del bien, el comprador no pu-

²¹ Véase a Forno (1993); Escobar (2002).

diese demandar el incumplimiento de la obligación de entrega, y requerir que se haga la tradición. Por esto, el artículo 1172 señala que la ‘sola obligación de dar’ genera la transferencia de propiedad, y no el cumplimiento de la obligación de dar, que sería la tradición.

El legislador de 1984 trató de innovar, en el sentido que de la sola lectura del artículo 1172 no queda claro que el título que genera la obligación de dar sea uno que genera la transferencia del derecho de propiedad. Un contrato de arrendamiento, de usufructo o de superficie, también incluye la obligación de dar una ‘cosa inmueble determinada’. No obstante, en ese intento por aclarar el texto original de la norma, generó una terminología *sui generis* dentro de las clasificaciones del derecho de obligaciones, aspecto que ha sido varias veces reclamado por distintos autores²². La precisión se debió realizar no respecto de la obligación de dar, sino en el título que creaba la obligación de entrega, debiendo ser este último uno en el cual el deudor se obligaba a transferir la propiedad del bien.

B. Inscripción en registros públicos o el solo consentimiento

Desde la comisión que se encargó de la preparación del Código Civil de 1936, ya se evaluaba si es que la inscripción en los registros públicos debía o no ser constitutiva para efectos de la transferencia del derecho de propiedad. Así lo propuso en ese momento el Dr. Solf y Muro, pero fue rechazada porque, como explicaría en su momento el Dr. Olaechea, aún no había los registros públicos en muchas provincias (Maisch, 2015, pp. 251-252). En caso de que se hubiera admitido esta postura, el artículo 949 del Código Civil habría sido muy similar al artículo 947, con la única diferencia que el modo de transferencia sería la inscripción en los registros públicos en lugar de la tradición²³. Finalmente, esta opción no fue recogida, y se siguió, en cambio, la fórmula consensualista del Código Civil francés.

Lo mismo ocurrió en la preparación del Código Civil de 1984. Tanto Jorge Avendaño como Lucrecia Maisch von Humboldt consideraban de forma favorable que la inscripción fuese el modo de adquisición de propiedad para los bienes inmuebles. Sin embargo, se concluyó finalmente que los registros públicos aún no tenían una consolidación suficiente para realizar el cambio (Maisch, 2015, pp. 251-252).

Maisch von Humboldt veía como esperanzador el trabajo que se venía realizando en asentamientos humanos con los procesos de titulación para transformar el registro en constitutivo de derecho (2015, p. 252). Si bien los registros públicos existen en el Perú desde 1888, el sistema de inmatriculación de las propiedades tradicionalmente funcionó en base a la descripción del área del inmueble que se indicaba en la solicitud de inscripción. Al no tener una base de datos integrada como hoy sería posible con un sistema de coordenadas georeferenciadas, en muchos casos se pueden observar superposiciones registrales. Esto sobre todo en el ámbito rural, donde las extensiones eran más grandes y los documentos que sustentan la propiedad pueden tener particularidades sobre todo luego de la reforma agraria del general Velasco Alvarado (por ejemplo, partidas expropiadas que nunca se cerraron, partidas independizadas de las cuales no se dejó constancia en la matriz, entre otros). Sin embargo, durante los procesos de titulación de propiedad informal, sí se hizo el esfuerzo de generar un registro no solo documental, sino con base en planos georeferenciados.

Es más, como bien da cuenta Maisch von Humboldt, de acuerdo a la normativa solo se consideraba propietario a aquellos poseedores de lotes en los asentamientos humanos que contaban con derecho inscrito. Con base en esto, Maisch von Humboldt consideraba que en poco tiempo el registro inmobiliario en general podría adoptar las innovaciones que se habían iniciado con el registro en los procesos de titulación (2015, p. 252), y cambiar el Código Civil para que finalmente el registro fuese constitutivo de derecho, tal como el Dr. Solf y Muro propuso desde antes del Código Civil de 1936.

Jorge Avendaño, por su parte, propuso cambiar la clasificación de bienes, de bienes muebles e inmuebles a bienes registrados y no registrados (1997, pp. 36-37). No existía una obligatoriedad de inmatricular inmuebles que no se encontrarán aún inscritos en los registros públicos, pero respecto de los cuales efectivamente hubiera inscripción, así como de cualquier otro que estuviese inscrito en los registros públicos, como vehículos o embarcaciones, serían todos considerados como bienes registrados. Junto con esta modificación, se habría previsto que los bienes registrados se transferían con su inscripción, y para los demás se mantendría un sistema como el que hoy tenemos.

Esta controversia continuó luego de la emisión del Código Civil de 1984. El intercambio más co-

²² Véase a Escobar (2002); Fernández (1994); Forno (1993).

²³ Véase a Avendaño Valdez (1997 y 2001).

nocido es el que se dio entre Alfredo Bullard y Gastón Fernández²⁴.

Bullard, utilizando las herramientas del análisis económico del derecho, consideraba que lo fundamental en un sistema de transferencia de propiedad era permitir al adquirente excluir a cualquier tercero. Con base en esto, consideraba que un sistema de transferencia de propiedad basado en el solo consenso generaría unas propiedades precarias, susceptibles frente al reclamo de terceros que, al no conocer la adquisición del comprador, podrían comprar nuevamente el bien al anterior propietario. Por esta razón, consideró en la línea de Solf y Muro, Jorge Avendaño y Lucrecia Maisch von Humboldt, que el registro debía ser constitutivo de derecho para la transferencia de los bienes registrados, y argumentó en favor de la propuesta de Jorge Avendaño para la clasificación de bienes en registrados y no registrados.

Gastón Fernández, al contrario, en la línea de Olaechea en el Código Civil de 1936, y la postura que terminó primando también en la emisión del Código Civil de 1984, consideraba que se debía mantener el sistema consensualista francés en nuestro Código Civil. Fernández señala que existen dos tipos de seguridades que el legislador debe considerar al momento de diseñar un sistema de transferencia de propiedad: la seguridad dinámica y la seguridad estática. La seguridad dinámica prioriza el tráfico de bienes, es decir, facilita las transferencias de propiedad. Por otro lado, la seguridad estática, prefiere la protección al adquirente, fortalece la oponibilidad de su derecho. Si se prefiere la seguridad dinámica, entonces es coherente mantener un artículo como el 949 del Código Civil, que reduce al solo consenso el requisito para transferir la propiedad de un bien inmueble. En cambio, si se prefiere la seguridad estática, se adoptaría un sistema como el diseñado por Jorge Avendaño e impulsado por Alfredo Bullard, en tanto que al ser los registros públicos legalmente conocidos por todos, según el artículo 2012 del Código Civil, sin admitir prueba en contrario, estos serían un mecanismo objetivo para informar y reforzar el derecho del adquirente.

Fernández, sin embargo, consideraba que no era adecuado aún tener un registro constitutivo básicamente, porque resultaría muy costoso y porque los registros públicos aún no eran lo suficientemente sofisticados (1994, pp. 149-173). Sobre lo primero, para inscribir una transferencia en los registros públicos es necesario elevar el contrato de

compraventa o donación, por ejemplo, a escritura pública. Esto implica además la autorización de la minuta por un abogado, al ser este un requisito para elevar el contrato a escritura pública. Una vez ingresado el contrato, también es posible que se planteen observaciones por el registrador, las cuales el comprador o vendedor probablemente no podrán subsanar sin asesoría legal. Todo esto supone costos de transacción que encarecen en tiempo y recursos la consolidación de la transferencia de propiedad. Respecto a lo segundo, el autor indica que existen aún muchos terrenos en las áreas rurales donde la información registral puede presentar errores que no hacen 100% confiable lo previsto en los registros.

Sin perjuicio de lo anterior, como hemos explicado en la sección II, y Alfredo Bullard también lo comenta²⁵, es importante considerar que nuestro sistema de transferencia de propiedad no funciona solo en base a los artículos 947 y 949, sino que existe un conjunto de artículos que complementan estas normas (948, 1135, 1136, 1542, 2014). Estas normas, que para el caso de los bienes inmuebles dan una relevancia especial a los registros públicos, relativizan las posiciones de Bullard y Fernández.

Si bien es cierto que según el artículo 949 uno es propietario del inmueble por regla general desde la sola celebración del contrato, este no estará 100% protegido mientras que no haya logrado inscribir su derecho en los registros públicos (artículos 1135 y 2014). De otro lado, más allá del registro, la sola celebración del contrato de compraventa es suficiente para adquirir la propiedad, y podrá preferirse sobre otros coacreedores cuando estos hayan celebrado sus contratos de compraventa sin buena fe, a sabiendas de que habían existido ventas previas.

En este contexto, ¿cómo se debe transferir la propiedad en el Perú hoy?

IV. REVISANDO LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

Como se ve de lo descrito en las secciones precedentes, la principal atención en la discusión sobre los modos de transferencia de propiedad ha estado relacionada con el artículo 949 del Código Civil y la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles. Ello quizás hace sentido considerando que los bienes inmuebles son supuestamente los bienes de mayor valor, y que existe un consenso

²⁴ Véase a Bullard (2004); Fernández (1994).

²⁵ Véase a Bullard (2006 y 2011).

implícito respecto de que la posesión es el mejor mecanismo de prueba del derecho de la propiedad para los bienes muebles. Por esto el artículo 947 ha mantenido a la tradición como modo de adquisición de la propiedad, y además no se permite pacto en contrario. Creo que esto es un error, y vale la pena repensar algunos conceptos.

Supuestamente, la característica principal de los derechos reales es ser oponibles ante cualquier persona por su titular (*erga omnes*). Esto tiene una doble dimensión, por un lado, el propietario tiene derecho a elegir quién puede acceder a su bien, y por otro, tiene derecho a recuperar su bien de cualquier tercero que lo haya tomado sin su autorización (acción reivindicatoria). La exclusión a la que muchas veces se hace alusión al hablar del derecho de propiedad, se refiere a esta oponibilidad.

La exclusión tiene un aspecto físico y otro legal. El propietario tiene derecho fáctico en decidir quién puede poseer o modificar su bien, en tanto él tiene control físico sobre el bien. Es por esto que se ha indicado al desarrollar la facultad de exclusión en diversos sistemas de propiedad en la historia que esta facultad puede al principio ser violenta o poco sofisticada, pues si no hay un consenso sobre a qué tenemos derecho como propietarios, esos derechos se van a tener que delinear por el ejercicio continuo de la protección del bien (Merrill, 1998, p. 747).

Sin embargo, en el tiempo aparece una dimensión legal de esta facultad de exclusión, que es justamente la posibilidad que tiene el titular de exigir a un Estado que haga valer su derecho de propiedad, ya sea porque alguien lo ha despojado indebidamente de su bien, o porque alguien perturba su tenencia. Ya no hay necesidad de emplear la fuerza para proteger el derecho, sino que se puede acudir a la magia inmaterial del Derecho para que el Estado lo respalde en las cortes, pudiendo utilizar la fuerza pública en caso de que la decisión no quiera ser acatada por el tercero.

De otro lado, la posesión es para la propiedad también un sistema de publicidad de derechos, al igual que los registros públicos. Es por esto que Carol Rose indica que el poseedor al controlar un bien es como si estuviera enviando un mensaje a todo interesado señalando que el es el propietario, y que, si alguien quiere el bien, debe tener primero su consentimiento (1985, pp. 73-88). Para el caso de los bienes muebles, esta relación de la posesión con la propiedad puede ser más intensa

porque justamente uno puede llevar de un lugar a otro estos bienes, mostrando el ejercicio del derecho de propiedad. En cambio, para el caso de los bienes inmuebles esto es más complejo porque uno no puede llevar consigo un terreno donde se ha construido un edificio de cinco pisos. No obstante, la posesión tiene también un rol fundamental en el ejercicio del derecho de propiedad, porque finalmente uno es propietario de un bien para servirse del mismo, ya sea directamente, o a través de su explotación, por ejemplo, alquilándolo a un tercero.

Tanto la posesión como la información registral funcionan como un mecanismo de anuncios que informan a los terceros sobre los derechos que un propietario puede tener. El contenido de estos anuncios está supuestamente dado por el Derecho, pero sabemos que en la realidad no funciona siempre así. Es por esto que, por ejemplo, más del 50% de las viviendas en el Perú no tienen un título de propiedad, sino que se mantienen con base en la posesión y propiedad informal²⁶. Si bien el Derecho debe tener reglas objetivas que resuelvan el conflicto de derechos, considero importante dar flexibilidad y espacio para que los privados decidan cómo y cuándo quieren transferir tales derechos de propiedad. Esta autonomía privada complementará al sistema, dándole más oportunidades de permanecer de forma efectiva en el tiempo, porque podrán cambiar conforme vaya cambiando la sociedad.

¿Cómo, por ejemplo, se transfiere la propiedad de un bien mueble inmaterial como un *BITCOIN* si no hay un soporte físico respecto del cual se pueda realizar una tradición?; ¿por qué las partes no pueden indicar directamente en el contrato según su autonomía privada desde cuándo es que se adquiere el derecho?

Pensando en bienes inmuebles, de otro lado, ¿cómo es que se viene aplicando el artículo 949? En la práctica inmobiliaria transaccional vemos que es muy raro indicar que el momento de adquisición de la propiedad del bien se dará con la inscripción en los registros públicos. Esto se da por diversas razones, pero considero que principalmente porque las partes tienen formas más eficientes de evitar la espera a la inscripción para consolidar la transferencia de propiedad. Si la transferencia ocurre con el registro, y el registro puede tomar al menos un mes en completarse, el comprador debe esperar ese plazo para comenzar a poseer el predio comprado, o a cobrar la renta que paga el inquilino que está en el bien al vendedor. Esto no

²⁶ Véase a Arribas (2024).

hace ningún sentido para el comprador, quien prefiere adquirir la propiedad lo más rápido posible, ni para el vendedor, que lo que quiere es recibir el precio también cuanto antes.

Por esto, se acuerdan supuestos intermedios como supeditar la transferencia de propiedad a la firma de la escritura pública, y retener parte del precio de venta a la inscripción en los registros públicos, o dejar el saldo de precio en custodia notarial para que el dinero esté resguardado hasta que se cumpla la condición del registro y el vendedor ya no esté sujeto a ningún riesgo de pago.

Creo que alegar la falta de sofisticación de los registros públicos hoy en 2024, después de más de 200 años de historia del registro, no es un argumento vigente. Es cierto que en el registro pueden existir contratiempos o errores, pero es un sistema consolidado, con profesionales especializados, y un sistema catastral que progresivamente va aclarando los títulos de propiedad. Considero que esta no es razón para no tener un registro constitutivo. Sin embargo, sí lo es la falta de practicidad de tener una norma imperativa como se ha implementado en el artículo 947 para determinar el 'modo' de adquisición de propiedad.

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil, creo que el 'salvo pacto en contrario' previsto en el artículo 949 debería de recibir mayor importancia en el debate académico, y es que justo es ese apartado el que en gran medida ha permitido que nuestro sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles haya funcionado hasta hoy sin modificaciones. El límite de la autonomía privada en estos casos estaría en los límites previstos en las normas de conflicto de derechos, como serían el concurso de acreedores o el tercero adquirente de buena fe registral.

V. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil, considero que las siguientes modificaciones podrían dar la flexibilidad que este requiere para mantener su vigencia y aplicabilidad en los siguientes años:

- Artículo 947.- La transferencia de propiedad de un bien mueble determinado se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
- Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble producto de la tradición, adquiere el dominio,

aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

- Artículo 949.- La transferencia de propiedad de un bien inmueble determinado se efectúa a su acreedor con el solo consentimiento de las partes, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
- Artículo 1135.- Cuando el bien se encuentra inscrito en los registros públicos y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor a quien el deudor hizo tradición de él, o, en defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
- Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse no se encuentra inscrito en los registros públicos y lo reclaman diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
- Artículo 1542.- Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si se ha realizado la tradición, y se encuentran amparados con algún comprobante de pago válido, como boletas o facturas, o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitarse las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. 

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (1994). *Derecho civil. Derecho de bienes, derechos reales en cosa ajena y registro de la propiedad* (tomo III). Bosch.
- Avendaño, J. (1997). La clasificación de los bienes en función del registro. *Revista Jurídica del Perú*, (10), 35-38.

- (2001). Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad. En F. Cantuarias (ed.), *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (pp. 167-175). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Avendaño, F. y Avendaño, J. (2017). *Derechos Reales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Arata, M., Arribas, G., Lama, H., Mendoza, G., Ravina, R. & Del Risco, L. (2023). Mesa redonda: la transferencia de inmueble en el Perú, los artículos 1135 y 2014 del Código Civil sobre la adquisición del non domino. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (83), 321-333.
- Arribas, G. (2024). ¿Propiedad sin ley?: por qué las leyes de titulación y la prescripción adquisitiva no resuelven el problema de la 'propiedad informal'. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 1-29.
- Bullard, A. (2004). La propiedad inconclusa. *Ius et Veritas*, 14(29), 100-108.
- (2011). Parchando el Código: la reforma a 'media caña' del libro de reales. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), 99-122.
- De la Puente, M. (1991). *El contrato en general* (tomo I, vol. XI). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (1994). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*, 5(9), 9-16.
- Enneccerus, L. (1934). *Derecho Civil: parte general*. Bosch.
- Escobar, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *Ius et Veritas*, 13(25), 46-60.
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*, 4(7), 77-87.
- Fernández, G. (1994). La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (30), pp. 149-173.
- Maisch, L. (1982). *De los derechos reales: proyecto para un nuevo Libro cuarto del Código civil y exposición de motivos*. Editorial Desarrollo.
- (2015). Derechos Reales. En D. Revoredo (comp.), *Código Civil: exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.
- Mazeaud, H, Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1978). *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Merrill, T. (1998). Property and the right to exclude. *Nebraska Law Review*, (77), 730-755.
- Ortega, C. (2023). El principio de fe pública registral hoy: ¿todavía existe?. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (83), 75-106.
- Planiol, M. y Ripert, J. (1932). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés* (tomo III). Cultural.
- Rose, C. (1985). Possession as the origin of property. *The University of Chicago Law Review*, 73-88.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Ley 30313, Ley de oposición a procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 de la quinta y la sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049, Diario oficial *El Peruano*, 26 de marzo de 2015 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (Perú).

LA PRESCRIPCIÓN DEL ‘PROPIETARIO’ Y SU IMPACTO EN LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS VINCULADOS A LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

THE STATUTE OF LIMITATIONS OF THE ‘OWNER’ AND ITS IMPACT ON THE SOLUTION OF THE PROBLEMS RELATED TO THE DETERMINATION OF THE RIGHT TO PROPERTY

Alan Augusto Pasco Arauco*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The acquisitive prescription or usucaption turns out to be one of the most important figures in our regulations regarding property. As it turns out, it is not only a way to acquire the domain, but the only reliable way to prove ownership status.

Along these lines, the present work makes a study of the concept of usucaption and its function as ‘proof of dominance’. This gives way to an analysis of the argument surrounding the ‘owner’s statute of limitations’, by examining national jurisprudence on the matter.

Finally, to expose the practicality in the acceptance and application of the concept at a casuistic level. The author concludes that, through the acceptance of the theory of the ‘owner’s prescription’ and a correct application of it, it is possible to solve a series of controversies linked to the determination of the true owner.

KEYWORDS: Property; prescription; property rights; acquisition.

La prescripción adquisitiva o usucapión resulta ser una de las figuras de mayor importancia en nuestra normativa respectiva a la propiedad. Resultando ser no solo una forma de adquisición del dominio, sino la única forma confiable para probar el estatus de propietario.

En esta línea, el presente trabajo realiza un estudio del concepto de usucapión y su función como ‘prueba de dominio’. Dando paso a un análisis respecto a la argumentación que rodea la ‘prescripción del propietario’, mediante la examinación de jurisprudencia nacional al respecto.

Para finalmente, exponer la practicidad en la aceptación y aplicación del concepto a nivel casuístico. El autor concluye que, mediante la aceptación de la teoría de la ‘prescripción del propietario’ y una correcta aplicación del mismo, es posible dar solución a una serie de controversias vinculadas a la determinación del verdadero propietario.

PALABRAS CLAVE: Propiedad; prescripción; derecho de propiedad; adquisición.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derechos Reales y Garantías en la Facultad de Derecho de la PUCP, así como en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociado Senior del Estudio Hernández & Cía (Lima, Perú). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4318-4279>. Contacto: apasco@ehernandez.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 01 de mayo de 2024, y aceptado por el mismo el 19 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Alguna vez a alguien le preguntaron –no recuerdo, honestamente, de quién se trataba ni bajo qué circunstancias fue formulada la interrogante– qué ocurriría si no existiese la prescripción adquisitiva o si la misma fuese proscrita de nuestro ordenamiento jurídico. La respuesta fue contundente: si no existe la prescripción, no existe la propiedad.

Si uno piensa en la prescripción como forma de adquisición del dominio podría considerar equivocada dicha respuesta. Así, la prescripción podrá extinguirse, pero siempre habrá otros modos para adquirir el dominio: los contratos traslativos (compraventa, permuta, donación, dación en pago), la herencia, mezcla, avulsión, apropiación, accesión, etc.

Sin embargo, la respuesta resulta totalmente acertada si uno piensa en la prescripción como la única forma genuinamente confiable para que alguien pruebe su estatus de propietario. Ni los contratos traslativos ni las inscripciones registrales son certas al cien por ciento, pues siempre existe un espacio para discutir la validez y/o eficacia del título adquisitivo, incluso cuando han accedido al registro. Si esto último es correcto (me explayaré sobre el tema en el acápite IV), entonces es un acierto afirmar que no podemos prescindir de la prescripción sin correr el riesgo de generar una incertezza absoluta respecto de quién es dueño de qué.

El problema es que hasta el día de hoy nuestra doctrina no ha sido contundente a la hora de admitir que alguien que cuenta con un título negocial adquisitivo (usualmente una compraventa) pueda valerse de la prescripción adquisitiva. Y la posición de nuestra jurisprudencia tampoco es la más feliz, ya que no solo encontramos fallos que rechazan la tesis de la prescripción del propietario, sino que incluso cuando han tratado de defenderla se la ha terminado confundiendo con la prescripción ordinaria o con la prescripción en su función de saneamiento registral (me explayaré sobre este punto en el acápite III).

Para abordar adecuadamente el tema, he decidido dividir este breve trabajo en 6 acápitones:

- a) Primero haré énfasis en las funciones que típicamente se le atribuyen a la usucapión, las cuales no están referidas a la prescripción del propietario (acápite II).
- b) Luego analizaré la usucapión en su función de 'prueba del dominio' y cómo esta se vincula con la prescripción del propietario (acápite III).

- c) Como siguiente paso me abocaré a precisar por qué razón, más que de la 'prescripción del propietario', debiéramos hablar de la 'prescripción de quien cuenta con un título negocial adquisitivo'. Aprovecharé la ocasión para formular una crítica a quienes justifican la prescripción del propietario en base a una supuesta 'segunda causa de adquisición del dominio' (acápite IV).
- d) En el acápite V haré un breve recorrido por los plenos jurisdiccionales de los últimos 14 años para graficar cómo es que ha sido discutida la prescripción del propietario y las confusiones en las que se ha incurrido.
- e) En el acápite VI haré un recorrido similar, pero esta vez con relación a las sentencias casatorias en donde la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema en cuestión, identificando sus aciertos y errores.
- f) Cerraré este trabajo dando cuenta de aquellos casos prácticos (todos ellos vinculados a discusiones sobre el mejor derecho de propiedad) que podrían ser resueltos adecuadamente si se admitiese la tesis de la prescripción del propietario (acápite VII).

II. LAS FUNCIONES DE LA PRESCRIPCIÓN

Para delimitar adecuadamente el campo de análisis, lo primero que debemos hacer es detallar las distintas funciones que puede cumplir la prescripción y que no se vinculan necesariamente con la prescripción del propietario.

A. Función adquisitiva

El legislador peruano no habría podido ser más explícito en cuanto a la función adquisitiva que cumple la prescripción; esto es algo que se desprende con absoluta claridad de la literalidad del artículo 950 del Código Civil (en adelante, CC): "**La propiedad inmueble se adquiere** por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años" (1984) [el énfasis es nuestro].

Esta función se ve reforzada si reparamos en que el prescribiente también puede contar con un título adquisitivo fallido ('justo título'), es decir, puede tratarse de alguien que trató infructuosamente de **adquirir** el dominio de manera regular mediante un negocio jurídico de transferencia.

A ello responde que nuestro sistema jurídico distinga la prescripción larga o extraordinaria (que

favorece a quien ni siquiera intentó de adquirir regularmente el dominio, como sería el caso de los poseedores precarios), de la usucapión corta u ordinaria (que favorece a quien cuenta con un ‘justo título’, léase, un intento infructuoso de adquisición). En cualquiera de estos casos, quienes recurren a la prescripción lo hacen buscando alcanzar aquello (derecho de propiedad) que no obtuvieron en la vía regular.

Asimismo, no está de más recordar que cuando la usucapión desarrolla su función adquisitiva se genera aquello que la doctrina denomina ‘adquisición originaria’:

La circunstancia de que la usucapión consiste en un modo de adquirir derechos que al mismo tiempo es causa de que los pierda otra persona que no consta que haya querido perderlos, ha motivado que se discutan estas dos cuestiones: la de si se trata de un modo originario o derivado de adquirir y la del fundamento de la institución.

Es dominante la opinión de que el usucapiente realiza una adquisición originaria porque no adquiere el derecho por transmisión del anterior titular. El usucapiente no se apoya en el derecho del anterior titular, sino que la ley se lo atribuye en consideración a las circunstancias que concurren [...] precisamente porque el derecho del usucapiente no tiene por base el del anterior titular, se necesita la posesión y el transcurso del tiempo. (Puig Bruta, 1989, p. 104)

B. ¿Función de saneamiento contractual?

¿Sería correcto afirmar que la usucapión ordinaria (en donde se exige –además de la buena fe– la presencia del justo título) corrige los defectos del título (contrato) que emplea el prescribiente? ¿Podríamos decir que en estos casos la usucapión funciona como un mecanismo de ‘saneamiento’ contractual?

Sin ánimos de analizar a detalle a la prescripción ordinaria, debemos recordar que el justo título no es otra cosa que un acto jurídico que si bien tiene la vocación de transferir el dominio, no lo consigue dado que el otorgante carece de ‘legitimidad para contratar’. Si bien dicho título no convierte al adquirente en propietario, al menos le permite recurrir a una usucapión más corta.

Pensemos en Vicente, quien en su momento fue el propietario de un predio no inmatriculado (léase, que no cuenta con partida registral). Hace muchos años tuvo que viajar al extranjero y dejó a Edwin, amigo del vecindario, encargado de la cus-

todia del predio. Dado que los años transcurrieran y Vicente no daba señales de vida, Edwin decidió vender el inmueble, valiéndose para ello de unos documentos que había fabricado y que lo ‘acreditaban’ como dueño. Roger, el comprador, desconocía absolutamente la ajenidad del bien, por lo que de buena fe celebró el contrato y pasó a tomar posesión.

Han pasado más de cinco años desde la venta y Vicente acaba de retornar al país. ¿Cómo podría defenderse Roger frente a un eventual intento de Vicente de recuperar la posesión?

No hay dudas de que Roger califica como un prescribiente ordinario, pues cuenta con justo título (contrato de transferencia que no logró convertirlo en dueño pues fue otorgado por quien no era el propietario) y buena fe (desconocía la ajenidad de lo que se le vendía), habiendo además poseído por más de cinco años de forma pública, pacífica, continua y comportándose como dueño.

¿Esta prescripción consumada por Roger convierte su compraventa en un acto jurídico plenamente eficaz? La respuesta es negativa. Si Roger ha logrado convertirse en propietario ha sido gracias a la prescripción y no al ‘saneamiento’ o ‘purificación’ de su contrato. Dicha compraventa seguirá adoleciendo de los mismos vicios o defectos que la acompañaron desde el momento de su celebración (falta de legitimidad en el transferente); en otras palabras, seguirá siendo un acto jurídico improductivo de efectos legales.

Y esto representa una diferencia importante con la fe pública registral, dado que esta sí tiene el efecto de sanear o corregir los vicios de ineeficacia que traía consigo el título de quien inscribe su adquisición. Veamos esto con un ejemplo:

Juan es el propietario registral de un predio. A efectos de que la Sunat no lo embargue, celebra simuladamente una compraventa a favor de su mejor amigo, Pedro, y para que la operación sea más creíble inscribe la transferencia en el registro. Ambos saben que la operación es simulada y dejan constancia de ello en un (contra)documento (el cual, obviamente, no hacen público), en donde declaran que Juan sigue siendo el dueño aun cuando el registro diga lo contrario.

Sin embargo, traicionando la confianza de Juan y aprovechándose que cuenta con la inscripción a su favor, Pedro pone en venta el bien y termina celebrando una transferencia a favor de Raúl, quien desconoce el acto simulado que lo precede y confía genuinamente en que la persona que se lo vende es el propietario.

Desde un punto de vista civil el contrato entre Pedro y Raúl es ineficaz, pues aquel carece del derecho que pretende transferir. No obstante, gracias a su buena fe más la inscripción de su título, Raúl adquiere inmunidad frente a cualquier acción de nulidad o ineficacia que en el futuro llegue a plantear Juan. Por ende, en este caso sí podemos afirmar que la inscripción saneó el vicio de ineficacia que afectaba a la compraventa, y esa es la razón por la cual Raúl no necesitará de la prescripción adquisitiva para considerarse un propietario en toda regla.

A diferencia de lo que ocurre con la aplicación del principio de fe pública registral, la prescripción adquisitiva no cumple una función de saneamiento contractual. Es por ello que: (i) los vicios que trae consigo el justo título seguirán afectándolo incluso luego de consumada la usucapación; y (ii) el título de propiedad del usucapiente será su prescripción adquisitiva consumada, y no su justo título 'saneado' o 'corregido'.

C. Función de saneamiento registral o regularización del trácto

Son frecuentes los casos en donde alguien, pese a ser un propietario en regla y venir comportándose como tal desde hace muchos años, no ha logrado –por diversas circunstancias– acceder al registro. Esto quiere decir que existe una dissociación entre la realidad (Juan es el propietario) y la información que corre inscrita en los registros públicos (el bisabuelo de Juan figura como propietario).

Contribuye a esta situación el hecho de que en nuestro ordenamiento la inscripción sea facultativa. A ello se debe que muchas personas entiendan 'consumado' su proceso adquisitivo con el hecho de tener en su poder el título (la compraventa, por ejemplo) y haber tomado posesión, sin importarles trasladar esta información al registro. Esto trae como consecuencia que mientras en la realidad el bien ha sufrido cambios físicos (construcciones, ampliaciones, demoliciones, etc.) y ha sido objeto de diversas transferencias de dominio (cuatro ventas en los últimos veinte años), el registro sigue publicitándolo con sus características originales y da cuenta de un propietario que al día de hoy ya no lo es.

Si bien este desfase no hace 'menos' propietario a quien adquirió el derecho por los canales regulares (compraventa, testamento, donación, sucesión intestada, etc.), sí le podría generar algunos inconvenientes operativos. Por ejemplo, un propietario sin derecho inscrito no podrá utilizar su activo como forma de apalancamiento para la adquisición de créditos (al no figurar en el registro no podrá ins-

cribir garantías), o sufrirá un importante castigo en el precio cuando desee vender el bien.

La prescripción adquisitiva permite corregir este desfase, pues acerca la realidad al registro. Dos ejemplos del día a día me permitirán graficar esta situación:

(i) Ejemplo 1

La señora Leonor fue propietaria de un bien hasta el año 1990, cuando se lo dio en anticipo de legítima a su único hijo, José. Este conservó el dominio hasta 1998, cuando decidió venderse a su hermano, Jorge, quien a su vez hizo lo propio en el año 2005 a favor de su hija María. María fue la propietaria hasta el año 2009, cuando se lo dio en donación a su hermano Raúl.

Hasta el día de hoy Raúl no solo se ha mantenido como propietario, sino que además ha venido ejerciendo la posesión del predio de manera ininterrumpida. Sin embargo, a nivel registral sigue figurando como dueña la señora Leonor, ya que ninguno de los actos de transferencia posteriores llegó a acceder al registro.

Dado que el bien nunca salió del patrimonio familiar, ninguno de los adquirentes se preocupó por inscribirlo a su favor, pues tenían plena confianza que ningún miembro de la familia desconocería la transferencia efectuada y mucho menos cuestionaría su condición de propietario. Sin embargo, el día de hoy Raúl necesita acceder al registro, pues solo así podrá inscribir una hipoteca a favor de la institución bancaria que le acaba de aprobar un crédito.

La forma normal de regularizar esta situación sería inscribiendo cada uno de los actos de transferencia que se han venido dando (Leonor-José, José-Jorge, Jorge-María, María-Raúl), pero para ello se requiere (en aplicación del principio registral de titulación auténtica) que dichos actos se encuentren elevados a escritura pública; si solo se contase con documentos privados, las partes de cada acto (transferente y adquirente) deberán suscribir la respectiva escritura pública.

Ahora bien, aun cuando todos los intervenientes estén de acuerdo en hacer tal regularización, podrían existir hechos que imposibiliten dicha tarea. Por ejemplo, bastará que alguno de los miembros de la cadena haya fallecido para que se genere un problema significativo: será necesario tramitar la respectiva sucesión intestada para que sean los herederos declarados quienes suscriban la respectiva escritura pública. Pero ¿qué tal si no existe consenso o interés de los miembros de la sucesión en llevar adelante dicho trámite? Nótese, además,

que esta situación podría presentarse en más de un eslabón de la cadena, es decir, podría afectar a más de uno de los adquirentes, con lo cual esta forma de regularizar el registro terminaría siendo prohibitiva (o incluso materialmente imposible) en términos de tiempo y costo.

Es en este tipo de escenarios en donde la prescripción puede desplegar, en toda su magnitud, su función de saneamiento registral o regularización del tracto (entiéndase por ‘tracto’ la cadena de transferencias de propiedad). Nadie duda que Raúl es un propietario en regla, pues todos y cada uno de los actos que lo precedieron fueron celebrados de forma perfectamente válida y eficaz, de modo que aquel llegó al dominio a través de una adquisición derivativa sólida. Es claro, entonces, que Raúl no necesita de la prescripción para ‘convertirse’ en propietario; lo que requiere es ‘utilizar’ a la prescripción como un vehículo que lo transporte hasta el registro.

En conclusión, Raúl deberá plantear su demanda evidenciando su condición de propietario y precisando que el rol o función de la prescripción del cual quiere aprovecharse es el saneamiento registral. Será la sentencia que obtenga en dicho proceso el título que le permitirá acceder al registro y publicitar su calidad de propietario.

(ii) Ejemplo 2

Una empresa inmobiliaria inició la ejecución de un proyecto residencial con todos los permisos en regla. La construcción culminó hace varios años, habiéndose vendido todas las unidades inmobiliarias. En su momento, cada adquirente tomó posesión de su respectivo departamento, situación que se mantiene hasta la fecha. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la empresa no ha logrado inscribir la conformidad de obra del proyecto, por lo que a nivel registral las unidades no existen y los adquirentes tampoco figuran como propietarios. Es decir, para efectos registrales existe un único terreno (sin edificación) a nombre de la inmobiliaria. En un inicio la empresa trató de subsanar las observaciones formuladas por el registro, pero dados los diversos intentos fallidos, decidió desentenderse del tema y dejó a los propietarios con el problema a cuestas.

No hay duda que cada adquirente se convirtió en propietario de su respectivo departamento gracias al contrato suscrito en su momento con la inmobiliaria (o para ser más precisos: fue la finalización de la obra –existencia del departamento– lo que gatilló la adquisición del dominio). Sin embargo, el problema registral se mantiene y dichos adquirentes padecen un problema similar al de Raúl.

No está de más precisar que este no es un caso de laboratorio; es común encontrar proyectos inmobiliarios ejecutados en su integridad, con compradores ocupando sus respectivas unidades desde hace muchos años, pero sin que ello encuentre reflejo en el registro.

¿Qué podría hacer cada propietario para regularizar su situación? La función de saneamiento de la prescripción es el vehículo idóneo para superar esta clase de inconvenientes. Así, a través de su demanda de prescripción, el comprador no negará su estatus de propietario ni pretenderá convertirse en lo que ya es; por el contrario, el objetivo de dicha acción será únicamente (al igual que Raúl) contar con un título formal (la sentencia) que le permita acceder al registro y gozar de todas las ventajas derivadas de tal situación.

En conclusión, en problemas como los recién descritos (registro desfasado por la realidad), la prescripción se presenta como la solución integral a través de su función de saneamiento o regularización del tracto. Negar esta función implicaría dejar en el desamparo legal a un considerable número de personas, obligándolas a seguir viviendo de espaldas al registro e impidiéndoles gozar de los beneficios que la inscripción trae consigo.

III. LA PRESCRIPCIÓN EN SU FUNCIÓN DE ‘PRUEBA’ DE LA PROPIEDAD: LA PRESCRIPCIÓN DEL PROPIETARIO

No debemos confundir la prescripción en su función de saneamiento registral con la prescripción en su función de prueba de la propiedad. Es esta última la que, en el fondo, da lugar a los genuinos casos de ‘prescripción del propietario’.

Así, hay casos en donde una demanda de prescripción no puede ser justificada con el argumento de querer llegar al registro. Pensemos en los predios no inmatriculados, es decir, aquellos que nunca han accedido al registro, pero respecto de los cuales existen larguísimas cadenas de transferencias de propiedad (ya sea por contratos de enajenación o sucesiones hereditarias) y posesión.

En supuestos como este, alguien (llámemosle Juan) podría tener un contrato de compraventa que encaja perfectamente en la historia de transferencias que se han venido dando (sucesivamente) sobre el bien y que además cuenta con la antigüedad necesaria para iniciar un procedimiento de inmatriculación (abrirle al predio una partida registral). Es decir, dicha persona no necesita de la usucapación para llegar al registro.

Y lo mismo podría ocurrir con los predios que están debidamente inmatriculados. Pensemos en Pedro, quien figura como propietario inscrito gracias a la compraventa otorgada por quien en su momento tuvo tal estatus. Si Pedro pretendiese demandar la usucapación difícilmente podría fundamentar su pedido con fines de 'saneamiento registral', pues ya figura en la partida como dueño.

Ahora bien, alguien podría preguntarse con toda razón: ¿qué necesidad tienen Juan y Pedro de recurrir a la prescripción adquisitiva? La respuesta es simple: dado que en nuestro sistema jurídico la acción reivindicatoria es imprescriptible (artículo 927 CC), siempre podrá aparecer alguien cuestionando la cadena de transferencias o incluso la inscripción.

Esto tiene absoluto sentido si tomamos en cuenta que nuestro sistema de transferencia de propiedad (inmobiliaria) está construido sobre la base de: (i) el consensualismo; (ii) un registro con efecto protector en tanto exista buena fe; y (iii) un registro no convallidente de vicios de invalidez. ¿Qué consecuencias genera esto para el propietario que basa su derecho en una adquisición derivada (es decir, una transferencia celebrada con el anterior titular)? Veamos.

A. Problema 1: el consensualismo

De conformidad con nuestro artículo 949 del CC, el solo acuerdo de voluntades convierte al adquirente en propietario. Sin embargo —y como es lógico—, para que esto pueda aplicar se necesita que el transferente sea el dueño del bien, pues de otro modo no se entendería cómo es que puede convertir a su contraparte (adquirente) en nuevo propietario. Por ende, antes de comprar un predio necesito analizar la situación jurídica de mi transferente, pues si resulta que este no es el propietario, el acto de transferencia no me servirá de nada.

Ahora bien, lo interesante es que este mismo análisis debería hacerlo respecto de la persona que le vendió el bien a quien hoy me lo está vendiendo. Es más, tendría que seguir remontándome y analizar la situación de todos los que precedieron a mi vendedor y que en algún momento fueron propietarios.

Para no marear al lector, graficaré esta situación. Imaginemos que, hasta donde yo (interesado en comprar) he llegado a tener conocimiento, el bien ha sido objeto de las siguientes transferencias:

Gráfico 1



Fuente: Elaboración propia

Para que funcione el consensualismo y yo pueda sentirme seguro de mi adquisición tendría que analizar la situación desde E (inmediato vendedor) hasta A (el más remoto transferente), para constatar que cada uno de ellos ostentó la propiedad en su debido momento. Bastará con que esto no se cumpla en cualquiera de los casos (imaginemos que descubro que C no llegó a ser propietario porque su contrato tuvo alguna clase de anomalía o patología), para que automáticamente todo quede viciado, pues significará que todos los que vinieron luego de él (incluido yo) no llegaron a convertirse en propietarios. ¿Y a qué nos expondría esto? A que en cualquier momento (porque la acción reivindicatoria es imprescriptible) el verdadero dueño (o en todo caso, sus herederos) tomen acciones legales buscando recuperar lo que les pertenece.

Y la situación es más incierta si tenemos que cuenta que no es que A haya sido el primer propietario y transferente del bien. Producto de la historia de transferencias a la que yo pude tener acceso y conocimiento, A fue el punto de inicio de la historia, pero esto no quiere decir que antes de él no haya habido nadie. Lo cierto es que A adquirió el bien de alguien, y el transferente de A también lo recibió

de alguien y así podríamos remontarnos doscientos años hacia atrás.

¿Cuál es la lección de todo esto? El consensualismo nos dice que podemos confiar en él y sentirnos seguros de nuestra adquisición siempre que realicemos una tarea: confirmar que cada uno de los intervenientes en la cadena de transferencias haya sido propietario del bien al momento en que lo transfirió. El problema es que esta tarea es de imposible cumplimiento.

Conclusión: confiar en el consensualismo: (i) no me garantiza que el acto de enajenación otorgado a mi favor (compraventa, donación, permuta, etc.) me haya convertido en propietario; y (ii) no neutraliza la posibilidad de que mañana más tarde alguien accione (exitosamente) contra mí alegando ser el propietario.

B. Problema 2: protección del registro condicionado a ciertos requisitos (entre ellos, la buena fe)

Como ya se dijo, será suficiente que existe alguna patología en algún punto de la cadena de transfe-

rencias para que todo lo demás quede viciado, viéndose abajo cual castillo de naipes. Frente a este riesgo, el registro otorga cierto nivel de protección.

Volvamos al ejemplo recién expuesto y pensemos que, por alguna razón, C no llegó a adquirir la propiedad, pese a lo cual celebró posteriormente una transferencia a favor de D y así sucesivamente. Esto traerá como consecuencia que B se mantenga como el dueño, mientras que C, D, E y yo contaremos con actos de transferencia que no llegaron a convertirnos en propietarios (C se lo vendió a D sin ser el dueño; D hizo lo propio a favor de E y este a mi favor).

Ahora bien, si todas estas transferencias fuesen inscritas el registro me protegería (como también protegería a C, D o E si alguno de ellos hubiese decidido no vender el bien y quedarse como el último adquirente); así, la norma (artículo 2014 CC) señala que los vicios no publicitados (ausencia de dominio en quien vende el bien) no pueden afectar al adquirente.

No obstante, esta protección registral no es absoluta, pues está sujeta a una serie de requisitos, entre ellos (y probablemente el más importante y debatible) el de la buena fe, lo cual significa que quien invoca la protección del registro (yo, en el caso planteado) debe: (i) haber confiado en que aquello que publicitaba el registro era cierto (es decir, creer genuinamente que el vendedor era el dueño); y (ii) haber desconocido el vicio que afectaba la cadena de transferencias (que C no había llegado a convertirse en propietario).

Estos requisitos que impone el artículo 2014 CC son comprensibles si tenemos en cuenta que la protección que el registro le brinda al último adquirente trae como correlato la afectación de quien hasta ese momento es el verdadero propietario (B). Es decir, si alguien quiere protección a expensas del verdadero dueño, tendrá que merecerla, y ello implica que cumpla con los requisitos legales (buena fe, onerosidad, inscripción, etc.). Sin embargo, y aquí está la paradoja, son esos mismos requisitos los que dejan abierta la posibilidad de que lo inscrito termine siendo cuestionado más adelante.

En efecto, siempre habrá la posibilidad de que mañana más tarde B (o algún heredero) invoque su condición de propietario para accionar en contra del último adquirente inscrito, cuestionando que este haya cumplido con los requisitos que la norma impone. De llegar a acreditarse ello, no habrá inscripción que valga, debiendo dicho adquirente restituir el bien a quien nunca dejó de ser propietario (B o sus herederos).

Conclusión: incluso un adquirente inscrito no queda inmune frente a los reclamos que (ilimitadamente en el tiempo) pueda formular el verdadero propietario, siempre que este acredite que dicho adquirente no cumplió con (alguno de) los requisitos del artículo 2014 CC. Entonces, confiar y actuar en base al registro: (i) no me garantiza al cien por ciento que el acto de enajenación otorgado e inscrito a mi favor (compraventa, donación, permuto, etc.) me haya convertido en propietario; y (ii) no neutraliza la posibilidad de una acción reivindicatoria planteada exitosamente en mi contra.

Y ojo que con esto último no estoy diciendo que el adquirente inscrito esté igual de desprotegido que aquel que confía únicamente en el consensualismo (sin duda alguna, una acción reivindicatoria tendrá menos probabilidades de éxito contra el adquirente inscrito, pues deberá acreditarse su mala fe, lo cual suele ser una tarea complicada). Lo que digo es que, incluso en un escenario de inscripción, existirá algún nivel de incertidumbre o zozobra en el adquirente.

C. Problema 3: inscripción no convalidante de vicios de invalidez

Lo propio ocurrirá si el problema de la falta de titularidad se presenta ya no en alguna de las transferencias que me precedieron, sino en mi propio contrato o título adquisitivo (el que celebré con 'E').

Así, imaginemos que no haya habido ningún problema con ninguna de las transferencias previas, de modo que cada persona que intervino como vendedor tuvo realmente la condición de propietario. Esto quiere decir que para el momento en el que me siento a negociar con E, lo estoy haciendo con el único y genuino titular del dominio. Sin embargo, por alguna razón, el acto de transferencia que este otorga a mi favor se ve afectado por alguna causal de nulidad. ¿El que dicho acto llegue a inscribirse me hace inmune frente a un eventual reclamo de E exigiéndome la restitución del bien?

La respuesta es negativa, pues como bien lo establece el artículo 2013 CC, "La inscripción no convierte los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes" (1984).

Y nótese que si bien la acción de nulidad que E podría plantear en mi contra tiene un plazo prescriptivo de 10 años, aquél siempre podrá utilizar su condición de propietario (dado que la venta a mi favor fue nula, E nunca llegó a perder el dominio) para demandar la acción reivindicatoria; y a esto último habría que añadir un dato que no es menor: el que venza el plazo prescriptivo para demandar

la nulidad de un contrato no lo convierte en válido, por lo que yo siempre seré parte contractual de un acto nulo que, como tal, nunca llegó a convertirse en propietario.

Conclusión: la inscripción tampoco nos hace inmunes frente a las acciones judiciales que nuestro propio transferente pueda invocar en contra nuestra, valiéndose para ello de alguna causal de invalidez presente en el título adquisitivo.

D. Recapitulando

En síntesis, la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria puede ser vista como un virus que amenaza a todo el sistema de titularidades y, frente al cual, ni el consensualismo ni la inscripción registral son un remedio infalible. Este virus amenaza (aunque no en igual medida) a todo aquel que base su propiedad en un acto de enajenación (adquisición derivada), ya sea que el mismo haya o no accedido al registro.

Ahora bien, no todo son malas noticias. El propio sistema jurídico se ha preocupado por establecer una vacuna frente a este virus a través del artículo 927 CC: “La acción reivindicatoria es imprescriptible. **No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción**” (1984) [el énfasis es nuestro].

Nótese que la norma no establece que el consensualismo o la inscripción sean las vacunas frente a la acción reivindicatoria y su fuerza imperecedera; se trata, más bien, de una cualidad exclusiva de la usucapión. Y esto es precisamente lo que justificaría un eventual pedido de prescripción adquisitiva ya sea por parte de Juan (propietario –aparentemente en regla– de un predio no inmatriculado) o Pedro (aparente propietario con derecho inscrito), protagonistas de los ejemplos puestos al inicio. Cada uno de ellos, con base en sus particulares intereses, podría considerar deseable contar con un reconocimiento judicial (usucapión) que neutralice cualquier potencial reclamo de quien se considere propietario.

Por ende, aun cuando: (i) Juan y Pedro cuenten con un título de adquisición; (ii) no haya nadie cuestionando la validez o eficacia de esos títulos; y (iii) hubiesen incluso accedido al registro, ellos podrían tener perfecto interés en recurrir a la usucapión como una manera de obtener un reconocimiento pleno o una prueba irrefutable de su condición de propietarios, para así neutralizar cualquier intento de reivindicación en su contra.

Finalmente, alguien podría tratar de cuestionar esto señalando que no es necesaria la usucapión, pues el mismo efecto protector lograría el propietario con derecho inscrito (pensemos en Pedro)

planteando una demanda en la que solicite se declare que su adquisición está exenta de cualquier tipo de vicio. ¿Esta afirmación es correcta?

Una pretensión de este tipo implicaría que el juez deba analizar cada una de las transferencias que antecedieron a Pedro para confirmar que en ninguna de ellas haya habido algún vicio que le hubiese impedido al respectivo adquirente convertirse en propietario. En efecto, bastaría con que se identifique un vicio en cualquiera de esas transferencias para que automáticamente todas las posteriores devengaran en ineficaces. Por ende, la demanda tendría que ser interpuesta contra todos y cada uno de quienes, previamente a Pedro, ostentaron la calidad de transferentes, pues cualquiera de ellos podría ser el afectado. Por ejemplo, en una cadena de transferencias A-B-C-D-E-F-G-Pedro, si hubiese habido un vicio en la transferencia C-D (de modo que D nunca llegó a adquirir la propiedad), sería C el interesado en evitar que la demanda de Pedro sea amparada. Y si el vicio se identificase en la transferencia A-B, sería A quien se oponga a la pretensión. En fin, cualquiera de los integrantes de la cadena podría tener interés en que la demanda de Pedro no sea amparada, lo cual justifica que todos ellos deban ser incorporados al proceso.

Como podrá apreciar el lector, esta circunstancia es suficiente para tornar inviable una acción judicial como la propuesta. Sin perjuicio de ello, podríamos añadir otro inconveniente: el eventual afectado (y, por ende, el interesado en que la demanda de Pedro no prospere) podría ser alguien ‘Z’ que ni siquiera figura en los asientos registrales de la partida registral del bien (es decir, no aparece como transferente en ninguna de las enajenaciones inscritas). Z podría sostener que es históricamente el propietario del bien pese a que nunca accedió al registro, y más bien cuestionar la indebida inmatriculación realizada en su momento por A.

Evidentemente, Pedro no tendría forma de conocer la existencia de Z, por lo que no podría solicitar su incorporación al proceso. Esto significa que lo que se resuelva no cerrará todas las discusiones vinculadas al derecho de propiedad sobre el bien, pues estaremos ante una decisión no vinculante para Z. Esta es una segunda razón para descartar como alternativa a la usucapión una acción judicial como la recién planteada.

En conclusión, el único camino que tiene Pedro (y también Juan) para obtener el blindaje necesario es mediante una prescripción adquisitiva, pero utilizada no como forma de adquisición (función adquisitiva) ni como mecanismo de acceso al registro (función regularizadora del trámite), sino más bien en su función de prueba del dominio. Solo así Juan

y Pedro quedarán inmunes y neutralizarán cualquier intento de acción reivindicatoria planteada en su contra.

IV. ¿PREScripción DEL PROPIETARIO O PREScripción DE QUIEN OSTENTA UN TÍTULO NEGOCIAL ADQUISITIVO?

Un sector de la doctrina nacional (Gonzales Barrón, 2010) ha defendido la posibilidad de que un propietario acceda a la prescripción señalando que nada le impide contar, en simultáneo, con dos títulos adquisitivos: el título negocial (la compraventa, por ejemplo) y la prescripción. Así, se ha dicho lo siguiente:

Es usual pensar que la prescripción adquisitiva no le sirve a quien ya es propietario, pues la figura presupone un poseedor que no es dominio (propietario) y que solo a través de la usucapión lograría tal condición. Por tanto, **se dice que el propietario no puede demandar la prescripción**, y muchas sentencias han considerado que tal pretensión es un imposible jurídico.

La opinión citada carece de todo sustento, pues colocaría al usurpador en mejor situación que el propietario, es decir, un sujeto sin título alguno podría utilizar la prescripción adquisitiva con la función económica de regularizar el dominio; pero este mismo fin, que es valioso y lícito, le estaría vedado al mismo propietario. Conclusión que debe rechazarse, salvo que invirtamos el orden natural de los valores de la sociedad, y por lo cual terminemos considerando que el invasor tiene más armas jurídicas que el propio titular. (Gonzales Barrón, 2010, pp. 71-72) [el énfasis es nuestro]

Este sector doctrinario concluye señalando que el propietario sí puede demandar la prescripción, pues así logrará contar con una ‘segunda causa de adquisición’:

Debemos concluir que la llamada prescripción adquisitiva del propietario es viable. Cuando un comprador con título, por ejemplo, pretende la declaración de usucapión, no busca probar la propiedad, sino **contar con una nueva causa jurídica de adquisición que reafirme o consolide su situación jurídica**, la cual elimine dudas y posibilite el acceso al registro.

No es inusual que un propietario pueda exhibir dos o más causas jurídicas de adquisición de su derecho. Por ejemplo, quien compra un bien al propietario y luego resulta siendo heredero del vendedor. O quien adquiere por remate judicial un bien cuyas dimensiones físicas son imprecisas, y luego le compra al vecino colindante, quien afirmaba ser dueño de la por-

ción de finca sobre la que se extendía la aludida imprecisión de la superficie.

Pues bien, un propietario con contrato de compraventa ya es titular a tenor del art. 949 CC, pero a ello puede sumar una segunda causa jurídica de adquisición: la usucapión del art. 950 CC, de tal suerte que dicho titular puede considerarse como tal ya sea por contrato o por prescripción adquisitiva. El tema no es baladí, y tiene importancia, pues en caso el contrato de venta se anule, por ejemplo, o quien vendió resulte no ser propietario, entonces dicho comprador igual será propietario, ya no por el contrato, sino por la usucapión. (Gonzales Barrón, 2010, pp. 74-75) [el énfasis es nuestro]

Si bien coincido en muchos puntos con esta posición, considero necesario hacer una precisión: una cosa es afirmar que alguien puede haberse convertido dos veces en propietario en virtud de dos causas o títulos adquisitivos distintos e independientes, y otra muy distinta es sostener que alguien puede tener en simultáneo dos títulos adquisitivos, pero reconociendo solo uno de ellos llegó efectivamente a convertirlo en propietario.

Sostener lo primero me parece un error. Todo efecto tiene una causa; si el efecto Z es generado por la causa A, no es fáctica o materialmente posible afirmar que ese mismo efecto Z haya sido generado, en simultáneo, por una causa (B) absolutamente independiente y autónoma de la primera. Entonces, si realmente la causa A generó el efecto Z, ello cierra cualquier discusión sobre la posibilidad de que ese mismo efecto haya sido generado por la causa B.

Pongo énfasis en la idea de que las causas A y B son **independientes y autónomas la una de la otra** (premisa 1); partiendo de esa premisa, es correcto afirmar que ambas no pueden generar el mismo efecto. Por el contrario, si esos eventos no resultasen independientes (premisa 2), podríamos estar ante un caso de concausas, en donde sí es posible calificar a ambas como generadoras (en simultáneo) del mismo efecto. El análisis que voy a realizar parte de la premisa 1, porque es esta la que se presenta en el caso objeto de estudio: las supuestas dos causas de adquisición del derecho de propiedad son el título negocial (la compraventa) y la prescripción adquisitiva, las cuales no guardan relación entre sí (en un caso estamos ante la celebración de un negocio jurídico y en el otro en una posesión consolidada en el tiempo), por lo que se trata de causas independientes la una de la otra.

Ahora bien –y volviendo al tema–, lo que sí podemos analizar es que existen dos probables causas para el mismo efecto Z, de modo que cualquiera de ellas lo habría podido generar (no habiéndose

determinado todavía cuál). Aquí no estamos señalando que el efecto Z haya sido generado por las causas A y B (lo que sería incorrecto); lo que estamos diciendo es que el efecto Z podría haber sido generado por la causa A o por la B (pero siempre habrá una única causa).

Todo este análisis es perfectamente trasladable al tema de la prescripción del propietario. No es posible que una persona que ya adquirió el dominio vuelva a adquirirlo por una segunda causa. Si Z se convirtió efectivamente en propietario gracias a un contrato de compraventa, ya no es posible sostener que ese mismo efecto (adquisición de propiedad) sea generado por una segunda causa: la prescripción adquisitiva.

¿Con esto estoy negando que alguien que cuenta con un contrato de compraventa pueda acceder a la prescripción adquisitiva? No. Lo que digo es que **si tenemos certeza** sobre la calidad de propietario que le asiste a una persona gracias a su contrato de compraventa, entonces no es posible –salvo que pretendamos contravenir el principio de causalidad– que esa misma persona sume una segunda causa de adquisición (usucapión) para el efecto ya logrado (adquirir la propiedad).

Sin embargo, la particularidad del mundo jurídico es que no existe tal ‘certeza’ en cuanto a la calidad de propietario de quien cuenta a su favor con un título negocial adquisitivo –compraventa, por ejemplo–. Así, por las razones que expuse al momento de analizar el consensualismo, una adquisición derivativa siempre tiene el inconveniente de la prueba diabólica: ¿cómo saber que no hubo ningún vicio en ninguno de los eslabones que componen la larga cadena de transferencias? No lo podemos saber. Y esta incertidumbre no se despeja por el hecho de que la compraventa se inscriba, porque también la información registral –como detallé en el acápite III precedente– está sujeta a validación y, por ende, siempre es refutable (falsable).

Entonces, dado que no podemos afirmar con absoluta certeza que el título negocial (compraventa) llegó a convertir al adquirente en propietario –es decir, no podemos afirmar con contundencia que la causa que generó la adquisición del dominio haya sido la compraventa–, si esta misma persona decidiese demandar la usucapión, no estaríamos, en estricto, ante un ‘propietario’ que pretende la prescripción –no sabemos si lo es–; nos encontramos, en realidad, frente a alguien que, teniendo un título negocial adquisitivo de propiedad, demanda la usucapión.

Por eso no debiéramos hablar de la prescripción del ‘propietario’ (no tenemos certeza de que la

compraventa –o en general, el título negocial– que exhibe lo haya convertido efectivamente en propietario), sino más bien de la prescripción de quien cuenta con un título negocial adquisitivo. Sin embargo, por temas de simplicidad –y hecha la advertencia al lector–, seguiré utilizando el término ‘prescripción del propietario’.

Dicho esto, vuelvo a la precisión que planteé al inicio: una cosa es afirmar que alguien haya podido convertirse en propietario dos veces en virtud de dos causas o títulos adquisitivos distintos e independientes (**planteamiento 1**), y otra muy distinta es sostener que alguien pueda tener en simultáneo dos títulos adquisitivos, pero reconociendo que solo uno de ellos llegó efectivamente a convertirlo en propietario (**planteamiento 2**).

Admitir la tesis de la prescripción del propietario no implica validar el planteamiento 1, sino más bien defender el planteamiento 2. Precisamente por eso es un error rechazar la prescripción del propietario afirmando que quien ya es titular del dominio no puede sumar una segunda causa de adquisición. El problema con quien utiliza este argumento de rechazo es que no repara en un dato fundamental: no tenemos la certeza de si el demandante es efectivamente el propietario; no tenemos la certeza de si la prescripción que se demanda será realmente la segunda causa de adquisición o más bien la primera, pues bien podría ocurrir que la compraventa que exhibe el demandante no llegó a convertirlo en dueño.

En sencillo, cuando alguien que cuenta con un título negocial adquisitivo demanda la prescripción, solo tenemos dudas, y estas no pueden ser el fundamento para limitar el ejercicio de su derecho de acción y/o declarar la improcedencia de su pretensión. Debemos permitir la prescripción de quien exhibe un título negocial adquisitivo no para buscar una segunda causa de adquisición –no sabemos si la prescripción será la primera o la segunda–, sino para tratar de despejar dudas sobre cualquier vicio o defecto que pudiese tener dicho título.

No quisiera cerrar este acápite sin antes hacer una precisión que será útil de cara a distinguir la prescripción del propietario de la prescripción de quien cuenta con justo título (prescripción ordinaria). En la primera el demandante exhibe un título de adquisición cuya ineffectividad no es materia de discusión en el proceso, ya sea porque el demandado no lo invoca o porque el accionante no lo reconoce. Por ende, no se sabe si la prescripción terminará cumpliendo una función adquisitiva –ello ocurrirá solo en la medida que el título negocial no haya llegado a convertir al demandante en

propietario–. Por el contrario, los casos de prescripción ordinaria parten de una premisa fundamental: existe un reconocimiento en cuanto a la falta de eficacia del título negocial, es decir, todos los involucrados en el proceso son conscientes que estamos en presencia de un justo título (título ineficaz) y que, por ende, la prescripción está siendo utilizada en su función adquisitiva.

Para simplificar el asunto, podríamos decir que en la prescripción del propietario **no existe certeza sobre la eficacia** del título negocial de adquisición que muestra el demandante, mientras que en la prescripción ordinaria **existe certeza** (o cuanto menos un reconocimiento) **sobre la ineficacia de ese título**.

Gráfico 2

Prescripción del propietario	Prescripción ordinaria
En ambos casos el demandante exhibe un título negocial adquisitivo otorgado a su favor, pero:	
No existe certeza sobre su eficacia.	Existe certeza (reconocimiento) sobre su ineficacia.

Fuente: Elaboración propia.

Antes de pasar al siguiente acápite, reitero que por temas de simplicidad seguiré utilizando el término **'prescripción del propietario'** para referirme a la prescripción de quien cuenta con un título negocial adquisitivo –sobre cuya eficacia no existe certeza–.

V. LA PRESCRIPCIÓN DEL PROPIETARIO EN LOS PLENOS JURISDICCIONALES

La prescripción del propietario ha sido uno de los temas que con mayor frecuencia ha sido materia de debate en los plenos jurisdiccionales de los últimos diez años. O para ser más precisos, la prescripción del propietario ha tratado de ser debatido en los Plenos, pero en algunos casos ha terminado siendo confundida con la prescripción ordinaria –usualmente denominada prescripción corta– y en otros con la función de saneamiento registral.

A modo de síntesis, y antes de entrar al detalle de cada uno de los plenos, podríamos graficar el estado de la cuestión del siguiente modo (en adelante, utilizaré la abreviación **'PAD'** para referirme a la prescripción adquisitiva de dominio):

Gráfico 3

Pleno	Conclusión
• Pleno Jurisdiccional del Cusco 2011	Confunde la PAD del propietario con la PAD ordinaria.
• Pleno Jurisdiccional Regional Civil 2014	Reconoce la función de saneamiento registral para adquisiciones derivadas del Estado.
• Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil 2020	Reconoce la función de saneamiento registral para adquisiciones entre privados.
• Pleno Jurisdiccional de La Libertad 2011 • Pleno Jurisdiccional Regional de Talara 2012 • Pleno Jurisdiccional de Lima Este 2018	Reconoce la PAD del propietario.

Fuente: Elaboración propia

A. Pleno que confunde la PAD del propietario con la PAD ordinaria

Se trata del Pleno Jurisdiccional del Cusco 2011, que planteó el tema del siguiente modo: “la prescripción adquisitiva de dominio por el propietario

de un bien. Cuáles pueden ser los supuestos de admitirse la tesis permisiva” (Corte Superior de Justicia del Cusco, 2011).

Las ponencias puestas a debate fueron las siguientes:

Gráfico 4

Posición número 1 ¹	Posición número 2
[...] de acuerdo con el criterio de la sentencia de vista, resulta jurídicamente imposible solicitar la prescripción adquisitiva si se afirma ser propietario por contrato de compraventa, [pero si esto fuese correcto], no se establecería en la parte final del artículo 950 CC la prescripción corta mediante justo título y buena fe [...] la interpretación correcta es que también puede reclamar la PAD quien se considere propietario por tener un contrato de compraventa, pero puede ignorar que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. (2011) [el énfasis es nuestro]	El demandante alega que es propietario del inmueble, por ello, tal como acusa el recurrente, no tiene legitimidad para obrar porque es poseedor no propietario el que puede demandar para que se le declare propietario vía pretensión adquisitiva de dominio.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de Corte Superior de Justicia del Cusco (2011).

¹ La posición número 1 se impuso por siete votos contra dos.

Si bien es cierto que la posición número 1 defiende la PAD del propietario, incurre en un error al fundamentarla: nada tiene que ver con ella el artículo 951 del CC, que regula a la prescripción corta. En esta última, no estamos frente a alguien que reconoce su calidad de propietario y pese a ello busca valerse de la usucapión; estamos, más bien, frente a alguien que reconoce que cuenta con un título de transferencia que no llegó a convertirlo en propietario (el justo título), y precisamente por eso se vale de la prescripción: para convertirse en dueño.

Sería un error, por ello, creer que el Pleno validó la tesis de la PAD del propietario. El triunfo de la Posición número 1 lo único que hace es reconocer que alguien con justo título (contrato de adquisición ineficaz) puede utilizar la PAD para convertirse en propietario, lo cual de hecho no necesita de ninguna confirmación pues ya está contemplado expresamente en el CC.

B. Pleno que reconoce la función de saneamiento registral de la PAD para adquisiciones derivadas del Estado

Aquí encontramos al Pleno Jurisdiccional Regional Civil 2014 con sede en Arequipa, que planteó el tema del siguiente modo:

¿puede ampararse la demanda de prescripción adquisitiva, sustentada en el artículo 950 del CC, formulada por el adquirente de un bien inmueble, que únicamente pretende regularizar la inscripción de su título en registros públicos, al haberlo adquirido vía contrato de compraventa privado o acta de adjudicación otorgada por una entidad del Estado que posteriormente fue desactivada apareciendo después el inmueble inscrito a nombre de otra entidad del Estado?

Lo positivo de este Pleno es que no solo se parte de la premisa correcta –se trata de la prescripción invocada por quien sí llegó a convertirse en propietario en virtud de un acto de enajenación–, sino que además se identifica la razón por la cual dicho propietario estaría pretendiendo la prescripción: regularizar la inscripción de su título en los registros públicos.

De hecho, cada una de las ponencias, al igual que sus respectivos fundamentos, pusieron énfasis en que el tema sometido a discusión no era la PAD del propietario, sino la PAD con fines de saneamiento registral o regularización del trámite:

Gráfico 5

Primera Ponencia ²	Segunda Ponencia
Sí puede declararse fundada la demanda de PAD formulada para regularizar la inscripción del contrato de compraventa, mediante documento privado o acta de adjudicación otorgada por una entidad del Estado, que posteriormente se desactivó, apareciendo posteriormente el inmueble inscrito a nombre de otra entidad del Estado. (2014) [el énfasis es nuestro]	La PAD únicamente procede cuando el demandante cuenta con título de propiedad imperfecto, por ser dudosos o adolecer de algún defecto que impida su inscripción, ya que de otra manera no podrá obtenerla. También procede en el caso del propietario que cuenta con título extraviado o deteriorado, ello tiene sustento en la propia ley, en cuanto indica que la prescripción sirve para adquirir el dominio, no admitiéndose en otros casos. (2014) [el énfasis es nuestro]
Fundamento	Fundamento
[...] si un propietario que adquiere un inmueble por contrato de compraventa, otorgado mediante documento privado o acta de adjudicación por una entidad del Estado, que posteriormente se desactivó, apareciendo posteriormente el inmueble inscrito a nombre de otra entidad del Estado, puede demandar la prescripción adquisitiva a fin de regularizar su inscripción en Registros Públicos, dado su objetivo saneador. (2014) [el énfasis es nuestro]	La persona que ha adquirido por compraventa ya no puede volver a adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva, en todo caso, para la formalización de la escritura pública debe demandar a la actual entidad del Estado que aparece como titular en Registros Públicos, conforme al art. 1412 del Código Civil. No pudiendo atribuirse a la prescripción adquisitiva un objetivo saneador. (2014) [el énfasis es nuestro]

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de Corte Superior de Justicia de Arequipa (2014).

Entonces, al igual que en el caso anterior, este Pleno no contiene un pronunciamiento favorable a la PAD del propietario (o para ser más exactos, admite la PAD del propietario, pero solo para aquellos casos en donde esta se interseca con la función regularizadora del trámite registral).

C. Pleno que reconoce la función de saneamiento de la PAD para adquisiciones entre privados

Se trata del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (2020); la forma como el tema de

² La primera ponencia resultó ganadora de manera unánime con 27 votos.

discusión fue planteado, generó la expectativa de que esta vez sí se discutiría –en estricto– la PAD del propietario:

“¿es válido jurídicamente que quien adquirió un bien inmueble por título privado (incluso del titular registral) como la compraventa, pretenda

también la declaración de propiedad mediante la prescripción adquisitiva?”

Sin embargo, cuando uno revisa el fundamento de cada una de las ponencias, queda convencido de que lo que realmente se estaba discutiendo era la función de saneamiento registral de la PAD:

Gráfico 6

Fundamento de la primera ponencia	Fundamento de la segunda ponencia ³
[...] quien tiene título de propiedad privado y pretende publicitar su derecho de propiedad puede solicitar el otorgamiento de escritura pública. Así, por medio de la petición de otorgamiento de escritura pública se peticiona mutar la forma de un negocio, de escritura privada a escritura pública, porque así lo acordaron las partes o así lo dispone la ley, y luego inscribir esta decisión judicial en los Registros Públicos. (2020) [el énfasis es nuestro]	La usucapión al ser una institución jurídica que facilita resolver los conflictos sociales, garantizando la estabilidad de derechos y consolidar situaciones jurídicas. Ello conlleva a que también se la defina como un modo de consolidar o asegurar el derecho de propiedad ante dificultades que pueda presentarse. Por ejemplo, cuando un propietario con título privado no pueda acceder a la inscripción registral para obtener la publicidad registral.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil (2020).

Nuevamente, estamos ante un Pleno que pone énfasis en la función regularizadora de la PAD antes que en la usucapión del propietario, lo cual también queda reflejado en el texto de la ponencia ganadora:

Sí es válido [que quien adquirió un inmueble por compraventa pretenda también la declaración de propiedad mediante usucapión], pues en este caso la PAD tendría la función de consolidar o asegurar el derecho del propietario usucapiente como para acceder a la inscripción registral. (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2020) [el énfasis es nuestro]

D. Plenos que reconocen la PAD del propietario

Dentro de este grupo encontramos tres plenos: (i) el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de La Libertad del 2011; (ii) el Pleno Jurisdiccional Regional Civil 2012 con sede en Talara; y (iii) el Pleno Jurisdiccional Distrital de Lima Este del 2018.

En todos ellos el tema sometido a discusión y las ponencias puestas a debate fueron similares:

Gráfico 7

Tema	
¿Resulta jurídicamente posible que quien adquirió un bien inmueble mediante título privado (incluso del titular registral), como la compraventa, pretenda también la declaración de propiedad mediante prescripción adquisitiva?	
Primera Ponencia (tesis prohibitiva) ⁴	Segunda Ponencia (tesis permisiva) ⁵
El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compraventa, no puede adquirirlo también mediante prescripción adquisitiva , por cuanto, por un lado, ya es propietario, y de otro lado, no es jurídicamente posible tener dos títulos de dominio . (2011) [el énfasis es nuestro]	El propietario que adquirió un bien inmueble mediante título privado traslativo de dominio, como la compraventa, sí puede adquirirlo mediante prescripción adquisitiva de dominio, en tanto nada obsta acumular dos títulos de dominio. (2011) [el énfasis es nuestro]

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de Corte Superior de Justicia de La Libertad (2011).

Lo interesante es que ninguna de las ponencias hace referencia a la función de saneamiento registral de la PAD, lo que me lleva a pensar que esta sí se discutió genuinamente la PAD del propietario. Es más, confirma esto el hecho de que la tesis permisiva haya tenido como sustento el mismo que utiliza un sector de la doctrina nacional (al que

hice referencia en el acápite IV) para defender la PAD del propietario.

En conclusión, podemos afirmar que los Plenos de Talara 2012 y Lima Este 2018 reconocen la tesis de la PAD del propietario. Sin embargo, no dejan de ser excepciones a la regla, teniendo en

³ Esta ponencia terminó imponiéndose por 88 votos contra 29.

⁴ Esta tesis se impuso en el Pleno de La Libertad 2011.

⁵ Esta tesis se impuso en los Plenos de Talara 2012 y Lima Este 2018.

cuenta el total de los Plenos en donde el tema trató de ser analizado.

VI. LA PAD DEL PROPIETARIO EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

La PAD del propietario también ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en más de una oportunidad, aunque –tal como se apreciará a continuación– el análisis no siempre ha sido el más adecuado.

A. Casaciones que confunden la PAD del propietario con la PAD ordinaria

Son varias las casaciones en donde la Corte Suprema creyó que estaba pronunciándose sobre la PAD del propietario, cuando en realidad lo único que hacía era reconocer la PAD del poseedor con justo título. Es el mismo error en el que incurrieron algunos de los Plenos Jurisdiccionales comentados previamente. A continuación, daré cuenta de algunos de estos pronunciamientos.

1. Casación 2872-05-La Merced

Este caso inicia con una demanda de PAD en la cual los accionantes alegaron que contaban con un contrato de compraventa sobre el inmueble en controversia, otorgado por una persona distinta a quien figuraba como propietario en el registro.

Las instancias de mérito declararon improcedente la demanda, pues –bajo su consideración– resultaba jurídicamente imposible declarar la propiedad por usucapión de quienes ya se habían convertido en propietarios mediante compraventa.

La Corte Suprema precisó que aquello que pretendían los **demandantes** no era adquirir el dominio sobre un bien que ya les pertenecía, sino todo lo contrario: obtener por primera vez un título de propiedad en regla, pues la compraventa que celebraron en su momento no había logrado tal objetivo:

Octavo.- [...] el título traslativo por sí solo hubiera bastado para establecer la existencia de una compraventa perfectamente configurada, pero a falta de concurrencia de la calidad de propietario en la persona del vendedor, aquél no puede operar efectivamente ni producir sus efectos legales, razón por la cual la ley material faculta a los interesados a interponer la demanda de prescripción adquisitiva para que legalmente se los declare propietarios y obtener así la cancelación de la inscripción a favor del antiguo dueño que les permita acceder al registro de su título de dominio.

Noveno.- Que, es por ello incorrecto afirmar que la pretensión así incoada sea jurídicamente imposible, desde que la base fáctica en la que se sustenta se encuentra circunscrita dentro de la hipótesis que la ley prevé, específicamente el segundo párrafo del artículo 950 del Código Civil, el cual ha sido erróneamente interpretado. **No está de más referir que la demandante viene solicitando, incluso, que en caso de que las instancias de mérito estimen que su título imperfecto no es suficiente para amparar su pedido sobre la base de la prescripción corta, se considere que ha cumplido los requisitos para acceder a la propiedad por prescripción larga.** (2016) [el énfasis es nuestro]

Como se puede ver, la Corte en ningún momento se pronuncia sobre la PAD del propietario; por el contrario, se limita a reconocer la viabilidad de la PAD ordinaria.

2. Casación 1272-06-Lima Norte

Este caso es similar al anterior, en el sentido de que los demandantes acreditaron contar con un contrato de compraventa otorgado por quien no tenía la calidad de propietario inscrito.

Las instancias de mérito consideraron que, dado que los demandantes no contaban con un contrato traslativo otorgado por el verdadero propietario, estaban perfectamente legitimados para invocar la PAD y adquirir el dominio de forma originaria.

Si bien en su recurso de casación los demandados señalaron que era un imposible jurídico que quien adquirió el dominio vía compraventa puede valerse de la PAD para el mismo fin, la Corte Suprema desestimó dicho argumento pues consideró que, en realidad, la compraventa resultaba 'imperfecta' (léase, ineficaz) al no haber sido otorgada por el verdadero propietario. Por ende, no estábamos ante un propietario que buscaba un nuevo título adquisitivo vía PAD, sino más bien ante poseedores que buscaban convertirse por primera vez en propietarios de forma originaria:

Séptimo.- [...] este Supremo Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse -entre otros- en la Casación 2872-205-La Merced, estableciendo que resulta perfectamente viable demandar la declaración de propiedad por prescripción de aquél que ostenta un título de propiedad, cuando dicho título es imperfecto. Se entiende como título imperfecto a aquél que se encuentra destinado a transferir la propiedad, pero que por circunstancias ajenas al adquirente, y propias del enajenante, impide que la citada transferencia se haga efectiva, esto es, llegue a concretarse; por tanto, quien detenta tal ins-

trumento puede reclamar de quien es propietario inscrito en los Registros Públicos la prescripción adquisitiva a su favor.

Octavo.- Que, en autos, el título traslativo por sí solo hubiera bastado para establecer la existencia de una compraventa perfectamente configurada, pero a falta de concurrencia de la calidad de propietario en la persona del vendedor, aquélla no puede operar efectivamente ni producir sus efectos legales, razón por la cual la ley material faculta a los interesados a interponer la demanda de prescripción adquisitiva para que legalmente se los declare propietarios y obtener así la cancelación de la inscripción a favor del antiguo dueño que les permita acceder al registro de su título de dominio. **Es por ello incorrecto afirmar que la pretensión así incoada sea jurídicamente imposible, pues los demandantes detentan un título imperfecto, el cual los faculta a recurrir al órgano jurisdiccional para que sea éste quien declare el derecho que corresponda**, tanto más si los actores no demandan bajo el supuesto de la prescripción corta (con justo título), sino que invocan

la prescripción larga (posesión continua, pacífica y pública como propietarios durante diez años), por lo que este tercer extremo del recurso tampoco merece ser amparado. (2006) [el énfasis es nuestro]

Nuevamente, estamos ante un caso en donde la Corte no reconoce la PAD del propietario, sino que se limita a establecer que quien no es propietario –ya sea porque nunca contrató sobre el bien o porque cuenta con un justo título– puede valerse de la PAD para alcanzar dicho estatus.

3. Casación 3834-2007-Junín

En este caso el demandante tenía a su favor un contrato de compraventa otorgado por quien, en su momento, lo había ‘adquirido’ mediante donación (pongo énfasis en las comillas). El problema es que dicha donación no llegó a ser elevada a escritura pública, por lo que resultaba nula al haber observado la formalidad solemne.

Podríamos graficar la situación del siguiente modo:



Fuente: Elaboración propia

Mediante sentencia de primera instancia el juez declaró improcedente la demanda por considerar que: “[...] resulta jurídicamente imposible solicitar la declaración de propiedad por prescripción adquisitiva, toda vez que **habiendo ya adquirido el bien**, efectuándose la transferencia de la propiedad, **resulta ilógico pretender se le declare la titularidad del derecho de propiedad**” (2009) [el énfasis es nuestro].

La Sala Superior confirmó la decisión, para lo cual tuvo en cuenta que en otro proceso judicial se había desestimado una demanda de nulidad respecto de la donación; esto implicaba –a criterio de la Sala– un reconocimiento de la validez de contrato de donación. Atendiendo a ello, la Sala consideró que el donatario (B) sí había adquirido el dominio sobre el bien en controversia y, por ende, la compraventa otorgada a favor del demandante (C) lo había convertido en propietario. Siendo así, las puertas de la PAD estaban cerradas.

La Corte Suprema rechazó la interpretación que la Sala había tenido sobre el proceso de nulidad de la donación, precisando que si bien la demanda se había desestimado, ello no se debió a que la donación hubiese cumplido con la formalidad solemne, sino más bien a la consolidación que se había

producido entre las partes del proceso (producto del fallecimiento de A y B). Entonces, si la donación no le había permitido a B adquirir el dominio, este tampoco pudo convertir a C en propietario a través de la compraventa, lo cual lo habilitaba a valerse de la PAD para alcanzar dicho estatus:

Sexto.- [...] este acto jurídico [compraventa] ha sido efectuado por un vendedor que cuando se celebró el contrato no ostentaba la propiedad, pues su título no reunía el requisito de forma esencial establecido en el artículo 1625 del Código Civil. Por ende, la aplicación efectuada del artículo 1529 del Código Civil resulta errónea, al considerar que se habría cumplido adecuadamente con la transferencia [...]

Undécimo.- Que, en autos, el título traslativo por sí solo hubiera bastado para establecer la existencia de una compraventa perfectamente configurada, pero a falta de concurrencia de la calidad de propietario en la persona del vendedor (ya que se ha encontrado defectos en el título de donación que lo acredita como tal), aquélla no puede operar efectivamente ni producir sus efectos legales, razón por la cual **la ley material faculta a los interesados a interponer la demanda de prescripción adquisitiva para que legalmente se los declare propietarios y**

obtener así la cancelación de la inscripción a favor del antiguo dueño que les permita acceder al registro de su título de dominio. (2009) [el énfasis es nuestro]

Y como para que no quede ninguna duda que en este caso no se estaba utilizando la PAD con fines de saneamiento, sino sencillamente como mecanismo de adquisición, la Corte apuntó lo siguiente:

Décimo tercero.- [...] es preciso puntualizar que la presente demanda no persigue el perfeccionamiento de una compraventa mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva, sino la declaración como propietaria por prescripción de la demandante frente a quien aparece en los registros públicos como propietario, a fin de obtener un título que le permita la inscripción de su dominio en el registro respectivo y la cancelación del asiento a favor del antiguo dueño. (2009) [el énfasis es nuestro]

En conclusión, esta sentencia tampoco contiene un pronunciamiento favorable a la tesis de la PAD del propietario.

4. Casación 2784-2009-Lima

La controversia que se discutió en este proceso tuvo como origen la doble venta del mismo inmueble, realizada por Eugenio Camacho Vicente y Rosa Jesús Agapito Ramos primero a favor de A (marzo de 1987) y luego a favor de B (junio de 1987). Fue este último quien ejerció la posesión del bien y producto de ello planteó su demanda de PAD.

Si bien en primera instancia la pretensión fue amparada, la Sala Superior revocó el fallo y declaró improcedente la demanda por considerar que B carecía de interés para obrar, pues ya había adquirido la propiedad gracias a su contrato de compraventa.

TERCERO: [...] la sentencia de vista concluyó acerca de la falta de interés para obrar de los demandantes, al establecer que el contrato de compraventa del diez de junio de 1987, con el que pretendían acreditar su ingreso y posesión sobre el predio sub materia, no constituye justo título al haber operado válidamente la transferencia de la propiedad efectuada por son Eugenio Camacho Vicente y doña Rosa Jesús Agapito Ramos, esto es, de quienes al momento de su celebración tenían la calidad de propietarios. (2010)

Lo interesante de este pronunciamiento es que da a entender que si la compraventa a favor de B (demandantes) calificase como justo título –por

presentar alguna anomalía o imperfección en cuanto a su eficacia–, entonces la demanda sí sería posible, pues estaríamos ante una PAD ordinaria. Por el contrario, dado que –a criterio de la Sala– la compraventa a favor de los demandantes (B) sí los había convertido en propietarios, el camino de la PAD estaba proscrito.

La Corte Suprema, por el contrario, entendió que la compraventa a favor de B sí constituía un justo título, pues al momento de su celebración los vendedores ya habían vendido el bien a A, con lo cual no eran los verdaderos propietarios. Entonces, dado la existencia del justo título y la buena fe de los demandantes –quienes recién tomaron conocimiento de la primera venta con su inscripción en el año 1999–, la PAD ordinaria sí procedía:

OCTAVO: [...] con fecha 10 de junio de 1987, los codemandantes adquirieron el inmueble sub litis de la sociedad conyugal conformada por doña Rosa Jesús Agapito Ramos y don Eugenio Camacho Vicente, documento imperfecto cuya validez no ha sido materia de cuestionamiento en éste u otro proceso judicial, acreditándose plenamente su existencia jurídica y que les ha permitido venir poseyendo el citado bien por un tiempo mayor a los catorce años.

NOVENO: Que, asimismo, tal y como exponen los codemandados [A], estos adquirieron el predio sub litis de la sociedad conyugal conformada por doña Rosa Jesús Agapito Ramos y don Eugenio Camacho Vicente, a través de la minuta de fecha 10 de marzo de 1987, esto es, en una fecha anterior a la celebración del contrato de compraventa suscrito por sus vendedores con los codemandantes, ocurrida el 10 de junio de 1987.

DÉCIMO: Que, de lo expuesto, se advierte en primer término que al 10 de junio de 1987, la sociedad conyugal conformada por doña Rosa Jesús Agapito Ramos y don Eugenio Camacho Vicente no se encontraba facultada para vender el predio sub litis, y en segundo lugar, el acto jurídico celebrado en dicha fecha con los accionantes, constituyó un acto válido y traslativo de dominio, toda vez que permitió a los demandantes el ingreso a la posesión del bien en cuestión y en la creencia de ser propietarios, concurriendo de esta manera los elementos que configuran el justo título exigido para adquirir y consolidar la propiedad, en aplicación del segundo párrafo del art. 950 del Código Civil.

UNDÉCIMO: Que, de otro lado, al haberse inscrito la transferencia del inmueble materia de autos recién en el año 1999, evidentemente los actores no conocían de dicho acto jurídico,

concurriendo de esta manera la buena fe en la fórmula legal exigida para la prescripción corta. (2010) [el énfasis es nuestro]

Estamos nuevamente ante una sentencia que se limita a reconocer la viabilidad de la PAD ordinaria, pero que en ningún momento se pronuncia sobre la PAD del propietario.

5. Casación 3247-2014-Junín

En este caso –al igual que en los anteriores– el prescribiente contaba con un contrato de compraventa celebrado sobre el bien en controversia. Si bien la pretensión fue amparada en primera instancia, la Sala Superior revocó el fallo y declaró improcedente la demanda, por considerar que quien cuenta con una compraventa a su favor no está legitimado a demandar la PAD:

[...] de la copia legalizada del contrato suscrito entre Esther Pérez Torres y César Augusto López Avilés se hace un acuerdo contractual respecto al sublote B [...], documento suscrito entre las partes el seis de enero de mil novecientos noventa y cinco; por consiguiente, no resulta factible interponer prescripción adquisitiva, por cuanto, habiendo celebrado el documento privado, tiene expedito su derecho de pedir se le otorgue la escritura pública e independización. (2015)

La Corte Suprema rechazó este criterio y anuló la sentencia de vista, argumentando que si bien la demandante contaba a su favor con un contrato de transferencia, el mismo no había logrado transferirle la propiedad:

SÉTIMO.- Al versar el presente proceso sobre prescripción adquisitiva de dominio, correspondía al Ad quem verificar si la demandante reunía o no los requisitos de procedencia de la demanda y si cumplía con las condiciones para adquirir vía prescripción el inmueble materia de litis.

OCTAVO.- Debe agregarse que el artículo 952 CC establece que es posible para el que adquiere un bien por prescripción entablar un juicio para que se le declare propietario, esto es, que **cuando el propietario de un bien carezca de un título eficaz que lo acredite como tal, puede emplear la acción de prescripción adquisitiva para obtener el reconocimiento judicial de la propiedad.** (2015) [el énfasis es nuestro]

Cuando la Corte señala que la falta de eficacia en el título traslativo faculta al adquirente a demandar la PAD, lo que en el fondo está reconociendo es simplemente la viabilidad de la PAD ordinaria.

B. Casaciones que rechazan la PAD del propietario

Son dos los pronunciamientos en los que la Corte Suprema rechazó la tesis de la PAD del propietario (a diferencia de las casaciones comentadas previamente, en donde ni siquiera hubo un pronunciamiento sobre el particular). En el primero de ellos el rechazo fue –por llamarlo de alguna manera implícito, mientras que en el segundo la negativa fue explícita.

1. Casación 2514-2008-Huánuco

Los hechos que dieron lugar a la controversia fueron los siguientes: (i) el demandante inició su posesión el 16 de septiembre de 1991; (ii) el 07 de abril de 1999 adquirió la propiedad del inmueble mediante compraventa; y (iii) dicha compraventa quedó sin efecto mediante resolución judicial del 31 de octubre de 2000.

El juez desestimó la demanda porque consideró que (i) el demandante tuvo la calidad de propietario hasta el 31 de octubre de 2000, cuando su compraventa quedó sin efecto por mandato judicial; y (ii) recién a partir de esta fecha se empieza a computar el plazo prescriptorio, el cual no llegó a ser de diez años para el momento en que se interpuso la demanda.

La Sala confirmó el fallo bajo los siguientes argumentos (transcribo lo que se indica en la casación):

[...] se señala en la referida sentencia de vista que la usucapión constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien, basado en la posesión por un tiempo determinado en diez o cinco años según sea el caso, por el poseedor no propietario, agregándose que quien es propietario no puede adquirir por la usucapión un derecho que ya tiene; por lo que, al haber adquirido el demandante la propiedad del inmueble durante el tiempo señalado, éste tácitamente ha renunciado al plazo de prescripción que había transcurrido hasta la fecha de celebración del contrato de compraventa [plazo comprendido entre el 16.08.91 -cuando el demandante inició su posesión- y el 07.04.99 -cuando se firmó la compraventa], por tanto, el plazo para declarar la usucapión debe ser computado desde el 31 de octubre del año 2000 [cuando se resolvió la compraventa], siendo que el referido plazo computado a la fecha de la interposición de la demanda no llega a los diez años. (2009) [el énfasis es nuestro]

Si bien la Corte Suprema anuló la sentencia de vista, lo hizo porque la Sala no motivó adecuada-

mente la supuesta 'renuncia tácita' realizada por el accionante respecto de su plazo prescriptorio acumulado:

NOVENO.- [...] dicho Colegiado Superior ha concluido que el demandante tácitamente renunció a la prescripción ya ganada, cuando se convirtió en propietario del inmueble sub litis desde que suscribió el contrato de compraventa de fecha 07 de abril del año 1999 hasta que se declaró ineficaz el mismo el 31 de octubre del año 2000; y que por tanto dicho periodo no podría adicionarse al plazo de prescripción; en ese sentido, se advierte de la sentencia de vista impugnada que la **Sala Superior** se limitó a señalar dicho hecho, sin sustentarlo jurídicamente en ninguna de las normas que regulan la prescripción adquisitiva de dominio, ya que **no precisó la norma jurídica pertinente en la que se encuentra contenido el supuesto de la renuncia a la prescripción ya ganada, en caso como el de autos;** en consecuencia, la Sala Superior ha incurrido en nulidad insubsanable. (2009) [el énfasis es nuestro]

Es decir, la Corte no se pronunció en contra del criterio expuesto por la Sala Superior, en el sentido de que quien ya es propietario no puede valerse de la PAD. Es más, si uno revisa el considerando décimo de la casación, diera la impresión de que la Corte comparte dicho criterio:

Que, a mayor abundamiento, tenemos que la Sala Superior también ha basado su decisión en las **Casaciones Nos. 273-97 del 05 de agosto del año 1998 y 2037-96 del 03 de abril del año 1998**, refiriendo que estas hacen mención a la prescripción adquisitiva de dominio que debe ser interpuesta por el poseedor para que luego se le declare propietario, ya que si el demandante es propietario del inmueble no tiene legitimidad para obrar, porque es el poseedor no propietario y no el propietario poseedor quien puede demandar para que se le declare propietario vía prescripción adquisitiva; sin embargo, **dichas Casaciones [que rechazan la PAD del propietario] no resultan aplicables al caso de autos, por cuanto el demandante cuando interpuso la presente demanda ostentaba la calidad de poseedor no propietario y no la de propietario no poseedor**, toda vez que el contrato por el cual había adquirido la propiedad del inmueble fue declarado ineficaz por resolución judicial del 31 de octubre del año 2000. (2009) [el énfasis es nuestro]

Como se puede ver, la Corte reconoce que si bien existen pronunciamientos que rechazan la PAD del propietario, estos no eran aplicables al presente caso porque cuando el accionante planteó su demanda su contrato de compraventa ya había que-

dado resuelto. Entonces, lo que la Corte implícitamente nos está diciendo es que si la compraventa no hubiese quedado resuelta para el momento en que se planteó la demanda de PAD, esta habría tenido que ser desestimada.

2. Casación 2030-2006-Puno

Este caso tuvo como particularidad que tanto la demandante (prescribiente) como el demandado contaban con un contrato de compraventa sobre el bien en controversia otorgado por la misma vendedora –en su momento propietaria–.

Dado que la compraventa de la demandante tenía fecha anterior, las instancias de mérito consideraron que dicho título traslativo la había convertido en propietaria, por lo que no era posible que se valga de la PAD.

En su recurso de casación la demandante trató de salvar el caso señalando que su contrato de compraventa era un justo título, ya que había sido otorgado por quien no era el propietario:

[...] los juzgadores han realizado una interpretación errónea del art. 950 CC para desestimar la demanda de prescripción, toda vez que han estimado que por ostentar la recurrente un contrato de compraventa respecto del inmueble sub litis, ella es propietaria del mismo y no tan solo poseedora y por ende descalificada para usucapir; sin embargo, **no han reparado que el citado artículo 950 regula la posesión en base a un justo título**, y éste no es otra cosa que el título traslativo que por sí habría bastado para operar la transferencia de dominio reuniendo las condiciones legales, pero en el cual falta la calidad de dueño en la persona que realiza la transferencia, **que es lo que ha ocurrido en el caso de la actora y que justifica la usucapión peticionada.** (2008) [el énfasis es nuestro]

Si bien la Corte reconoció que era perfectamente posible que alguien con justo título invoque la PAD ordinaria, ello no ocurría en el caso de la demandante, pues su contrato de compraventa no adolecía de ningún vicio de ineficacia que le hubiese impedido adquirir el dominio:

[...] el justo título ha sido definido como el instrumento de orden legal destinado a la transmisión de la propiedad (compraventa, permuta, dación en pago, aporte a la formación del capital de una sociedad, la herencia, el legado, entre otros), el mismo que sería perfecto de no mediar circunstancias ajenas al adquirente y propias del enajenante que impiden una transferencia efectiva; tal sería el caso de aquel que enajena un bien sin ser propietario del

mismo, siendo que el adquirente celebra el contrato sin conocer la verdadera calidad de su vendedor. El título traslativo por si solo hubiera bastado para establecer la existencia de una compraventa perfectamente configurada, pero a falta de concurrencia de la calidad de propietario en la persona del vendedor, aquello no puede operar efectivamente ni producir sus efectos legales, razón por la cual la ley material faculta a los interesados a interponer la demanda de prescripción adquisitiva para que legalmente se los declare propietarios [...] **es claro que Livia Margarita Ponce de Castañeda siempre detentó la calidad de propietaria del bien sub litis, el mismo que enajenó parcialmente a la demandante y totalmente a los esposos Peñaloza-Arias (demandados); en tal sentido, el título que detenta la actora no es imperfecto sino, por el contrario, acredita su titularidad sobre la parte adquirida.** Distinto es que se pretenda cuestionar la validez de los títulos inscritos, o dar mayor relieve a la propiedad adquirida con anterioridad a la del demandado, pero estas son situaciones que no pueden tratarse ni resolver a través de una demanda de prescripción adquisitiva, por no ser su finalidad, por lo que la actora debe hacer valer sus derechos en la vía correspondiente. (2008) [el énfasis es nuestro]

Y como para que no quede ninguna duda sobre la posición de la Corte, esta cierra su argumentación indicando que la PAD no puede ser invocada por quien ya es propietario:

[...] **habiendo la demandante adquirido el bien sub litis válidamente, ya detenta un título de propiedad, el mismo que no es imperfecto por haberlo otorgado quien en ese entonces era su legítimo propietario;** en consecuencia, cuando las instancias de mérito establecen que en virtud a dicho instrumento no puede accionarse la prescripción adquisitiva de dominio, interpretan correctamente el artículo 950 del Código Civil. (2008) [el énfasis es nuestro]

A diferencia de la anterior casación, esta sí contiene un rechazo claro, expreso e inequívoco a la posibilidad de que alguien con título de adquisición válido y eficaz (léase, un propietario) pueda valerse de la PAD.

C. Casación 2782-2018-Cusco: reconocimiento de la PAD del propietario para fines de saneamiento registral

En este caso el demandante contaba con un contrato de compraventa otorgado por quien en su momento había sido el propietario del bien. Este último, en su calidad de parte demandada, no ob-

jetó en ningún momento la validez ni eficacia de dicho acto jurídico.

La Sala Superior revocó el fallo de primera instancia (que había favorecido al demandante) y declaró improcedente la demanda por falta de interés para obrar. “[...] La sentencia que eventualmente podría estimar la demanda no va a satisfacer ningún interés del demandante, puesto que el demandante pretende prescribir un inmueble respecto del cual ya es propietario, en virtud de un título válido y eficaz” (2020).

En su recurso de casación el demandante sostuvo que la PAD, además de ser un modo de adquirir el dominio, también permitía ‘sanear’ un título.

La Corte Suprema discrepó del criterio de la Sala Superior –que había rechazado la demanda– por las siguientes razones:

DÉCIMO SEGUNDO.- [...] el ad quem no ha tomado en consideración lo previsto en el artículo 950 CC, respecto a las formas de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva, siendo una de ellas, mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante cinco años, cuando median justo título y buena fe.

DÉCIMO TERCERO.- Conforme se puede apreciar, **la parte demandante entró en posesión del bien materia de litis a mérito de la compra venta de fecha 01 de octubre de 1985 otorgada por Aida Lovon Ruiz Caro, por derecho propio y en representación de sus hermanos, con lo cual, se puede colegir que posee el bien materia de litis no solo a mérito de un justo título, sino que además en un acto de buena fe al ser aceptado por la emplazada precitada, cumpliendo así con los requisitos previstos en el artículo 950 del Código Civil, sobre la prescripción adquisitiva corta.** (2020) [el énfasis es nuestro]

Hasta aquí la Corte se limitó a reconocer la PAD ordinaria, lo cual no venía al caso pues en ningún momento se había objetado la eficacia de la compraventa que ostentaba el presribiente. De hecho, la Sala Superior mencionó expresamente que dicha compraventa era perfectamente válida y eficaz, y precisamente por eso el presribiente ya se había convertido en propietario.

Es recién a partir del considerando quinto de su sentencia casatoria que la Corte objeta –ahora sí– el criterio de la Sala Superior y reconoce que, aun estando frente a una compraventa válida y eficaz, el adquirente sí puede invocar la PAD, aunque limita dicha posibilidad (y he aquí lo importante) para fines de acceso al registro:

DECIMO QUINTO.- Debe relievase que la posición asumida por la Sala Superior al declarar improcedente la demanda por el hecho que **el demandante cuenta con un documento que lo acredita válidamente como propietario** ya fue superada hace mucho tiempo en la jurisprudencia nacional y sobre todo a nivel de las Salas Civiles de la Corte Suprema, debiendo entenderse que **en estos casos la pretensión de prescripción adquisitiva postulada debe ser el medio necesario no solo para obtener una sentencia declarativa que así lo ratifique, sino también para que el actor tenga la posibilidad de acceder al registro y formalizar de esta forma su derecho de propiedad y que este no que quede como un derecho oculto, sino que más bien se haga publicidad del mismo.** (2020) [el énfasis es nuestro]

En conclusión, no estamos ante un pronunciamiento que valide de forma genérica la tesis de la PAD del propietario, sino únicamente en aquellos supuestos en donde este busque acceder al registro.

D. Casación 1610-2017-Lima: reconocimiento de la PAD del propietario

En este caso el demandante contaba con un contrato de compraventa con firmas legalizadas otorgado por los propietarios registrales; el inconveniente, sin embargo, era que estos últimos se negaban a otorgarle la escritura pública que le permitiría llegar al registro.

Las instancias de mérito rechazaron la pretensión pues consideraron el demandante contaba con una compraventa válida y eficaz que lo había convertido en propietario, de modo que su pretensión de llegar al registro no podía ser canalizada a través de una PAD, sino que debía solicitarse mediante una demanda de otorgamiento de escritura pública.

Este criterio fue rechazado por la Corte Suprema, la cual reconoció –ahora sí de forma expresa y categórica– la PAD del propietario (sin confundirla con la PAD ordinaria y sin limitarla a los fines de acceso al registro):

DÉCIMO: [...] esta Sala Suprema está de acuerdo con que el propietario puede adquirir por usucapión cuando este no conserva los títulos anteriores (por ejemplo, compraventa). Es decir, si un propietario desea adquirir mediante prescripción adquisitiva, este lo podrá hacer perfectamente, pero ello va a implicar una ruptura con el pasado y va a fundar una situación jurídica actual y válida,

siendo irrelevante la situación jurídica anterior (hecho preclusivo). Ergo, si se adquiere por usucapión, los títulos con los que contaba pierden relevancia.

DÉCIMO PRIMERO: En ese sentido, **el sujeto que señala ser propietario de un bien y que ahora desea adquirirlo por prescripción, puede hacerlo válidamente. Y no se diga que es un imposible jurídico, pues si el sujeto en un determinado momento señala ser propietario es porque quiere demostrar que ha poseído en concepto de propietario, justamente para obtener la declaración de la usucapión. Pues, qué mejor que un título de propiedad para decir que posee en tal concepto.** (2018) [el énfasis es nuestro]

Lo más interesante de todo esto es que la Corte dejó en claro que no se debe confundir la PAD del propietario con la PAD ordinaria:

DÉCIMO SEGUNDO: En efecto, sí compartimos la tesis que la usucapión del propietario es una forma de consolidación del derecho de propiedad y por ende, totalmente posible; no debemos perder de vista que en anteriores pronunciamientos de **esta misma Corte Suprema, en la Casación N° 3247-2014, Junín, también ha optado por señalar que el propietario sí puede adquirir por prescripción adquisitiva (sin confundirse con la usucapión ordinaria, como la mayoría de casaciones) el mismo bien del cual ya es propietario [...]**

DÉCIMO TERCERO: Como se observa en esta casación, la ratio decidendi descansa en que el propietario de un bien puede adquirir por prescripción adquisitiva el mismo bien. **Véase que aquí el demandante sí es un verdadero propietario, ya que cuenta con título es eficaz, y no uno que solo se cree propietario.** Entonces, queda sentado el precedente de que ser propietario de un bien no es impedimento para que este pueda adquirir por prescripción el mismo bien. (2018) [el énfasis es nuestro]

El mérito de esta casación es insoslayable: (i) no confunde la PAD del propietario con la PAD ordinaria; (ii) no restringe la PAD del propietario a aquellos casos en donde el prescribiente busca llegar al registro –es decir, no limita la PAD del propietario al cumplimiento de la función de saneamiento registral–; y (iii) distingue adecuadamente entre el fundamento de la PAD ordinaria –tengo un título adquisitivo que no llegó a convertirme en propietario– y el sustento de la PAD del propietario –tengo un título adquisitivo que, hasta donde yo sé, es plenamente válido y eficaz–.

E. Casación 2571-2009-Huánuco: un fallo contradictorio

He dejado para el último un fallo que me genera más de una duda, pues no resulta clara la posición que la Corte trató de sustentar.

En este caso el demandante contaba con un contrato de compraventa sobre el inmueble que pretendía prescribir. Si bien esto no fue impedimento para que el juez ampare la demanda, en segunda instancia dicha decisión fue revocada por considerar que:

[...] la usucapión constituye una forma originaria de adquirir la propiedad de un bien basado en la posesión por un tiempo determinado por el poseedor no propietario, es decir, quien es propietario de un bien no puede adquirir por la usucapión un derecho que ya tiene [...] en virtud de la escritura de compraventa del predio rural de 12,397.5 m², posteriormente denominado parcela número 62 predio rural ANDABAMBA, de fecha 18 de junio de 1997, el demandante adquirió la propiedad de dicho inmueble, por lo que no puede demandar la prescripción adquisitiva. (2011)

En su recurso de casación el demandante sostuvo que su contrato de compraventa adolecía de vicios que le habían impedido convertirse en propietario, por lo que se trataba de un justo título que sí lo habilitaba a demandar la PAD.

Si bien la Corte Suprema amparó dicho recurso y confirmó el fallo de primera instancia, no queda claro si lo hizo porque consideró que la compraventa del demandante calificaba como justo título o porque a su criterio no había impedimento para que un propietario en regla pueda valerse de la PAD.

Así, de la lectura del considerando cuarto quedan dudas sobre si, para la Corte, el demandante era

un propietario en regla que buscaba valerse de la prescripción o, por el contrario, un poseedor cuyo título no había logrado convertirlo en propietario:

Que, de autos se tiene que la interpretación efectuada en la sentencia de vista respecto del artículo 950 del Código Civil radica en considerar que los demandantes, al tener la titularidad del predio rural de 12,397.5 m², denominada parcela número 62 predio rural ANDABAMBA, no pueden demandar la prescripción adquisitiva, por cuanto son propietarios del referido predio. Sin embargo, como ya se ha señalado, **dicha titularidad no es obstáculo para que puedan, mediante el proceso de prescripción adquisitiva, otorgarle seguridad a la posesión** que vienen manteniendo en virtud de un **título afectado de algún vicio o defecto que impida su inscripción** en los Registros Públicos. (2011) [el énfasis es nuestro]

El argumento es manifiestamente contradictorio: primero se dice que los demandantes tenían la 'titularidad' del inmueble, con lo cual se estaría reconociendo su calidad de propietarios; sin embargo, a renglón seguido la Corte precisa que la posesión venía siendo ejercida por los demandantes en virtud de un título vicioso o defectuoso, lo cual equivale a decir que no eran propietarios del bien. Si se afirma lo primero y pese a ello se reconoce la posibilidad de demandar la prescripción, entonces lo que se está haciendo es aceptar la PAD del propietario; por el contrario, afirmar lo segundo únicamente implica reconocer la PAD ordinaria.

La ambigüedad del pronunciamiento nos deja en la incertezza absoluta.

F. Síntesis

A modo de síntesis, podemos agrupar del siguiente modo los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema vinculados (directa o indirectamente) a la PAD del propietario:

Tabla 1

Casación	Decisión
• Casación 2872-05-La Merced • Casación 1272-06-Lima Norte • Casación 3834-2007-Junín • Casación 2784-2009-Lima • Casación 3247-2014-Junín	Confunde la PAD del propietario con la PAD ordinaria.
• Casación 2514-2008-Huánuco • Casación 2030-2006-Puno	Niega la PAD del propietario.
• Casación 2782-2018-Cusco	Reconoce la PAD del propietario para fines de saneamiento registral.
• Casación 1610-2017-Lima Norte	Reconoce la PAD del propietario en general.
• Casación 2571-2009-Huánuco	Pronunciamiento contradictorio sobre la PAD del propietario.

Fuente: Elaboración propia.

VII. IDEAS FINALES

Hecho este breve repaso por los pronunciamientos de la Corte Suprema y lo discutido en los Plenos Jurisdiccionales, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- (i) Con bastante frecuencia se confunde la PAD del propietario con la PAD ordinaria.
- (ii) Se piensa equivocadamente que el sustento legal de la PAD del propietario es la segunda parte del artículo 950 CC, que regula la figura del 'justo título'.
- (iii) En la mayoría de los casos en donde se reconoce la PAD del propietario, se hace para fines de regularización del trámite registral. Es decir, se reconoce la PAD del propietario cuando esta se interseca con la función de saneamiento registral.
- (iv) Para justificar la (verdadera) PAD del propietario sea utilizada, indebidamente, la idea del doble título adquisitivo. Así, se afirma que no existe impedimento para que una persona se convierta en propietaria tanto mediante contrato traslativo como a través de la PAD.

Por otro lado, admitir la PAD del propietario (más allá de los supuestos de regularización del trámite registral) permitiría resolver una serie de controversias vinculadas a la determinación del verdadero propietario. Por ejemplo:

- (v) En los casos de duplicidad registral, en donde ambas partes cuentan con títulos de adquisición debidamente inscritos y que cumplen además con los requisitos de la fe pública registral. En la medida que la información registral arroja un empate, el criterio para dirimir el conflicto debería ser la PAD. De hecho, este es el mejor caso para aplicar la PAD del propietario, pues se trata de personas que no solo cuentan con títulos de adquisición en apariencia válidos y eficaces, sino que incluso pasaron por la constatación notarial y la calificación registral.
- (vi) En los casos en donde ambas partes cuentan con títulos de adquisición otorgados a su favor (que no llegaron a inscribirse) y la discusión sobre vicios de nulidad o ineficacia resulte extemporáneo por haber transcurrido en exceso los plazos para accionar (recordemos que la pretensión de nulidad prescribe a los 10 años).

Aquí se debería prescindir de un análisis de oponibilidad entre los títulos en conflicto y permitir que la PAD resuelva directa y definitivamente el conflicto.

- (vii) En los casos de doble venta inmobiliaria, la PAD del propietario también podría inclinar la balanza a favor de quien no resulte favorecido por el criterio de oponibilidad que consagra el artículo 1135 CC. Por ejemplo, imaginemos una doble venta en donde B y C son los adquirentes y C cumplió con inscribir de buena fe su adquisición. Si bien este conflicto B-C debiera resolverse a favor de C (conforme al primer criterio de preferencia que establece el artículo 1135 CC), la prescripción podría ser invocada por A (asumiendo que este haya ejercido la posesión) para contrarrestar dicho criterio de preferencia y ser reconocido como exclusivo propietario.
- (viii) En general, en cualquier conflicto en donde se discuta el mejor derecho de propiedad (lo cual implica que ambas partes en conflicto cuentan a su favor con títulos negociados de adquisición). Ya sea que la controversia se haya generado a partir de una acción reivindicativa (en donde el demandado contestó invocando su estatus de 'mejor propietario') o de una pretensión declarativa de dominio ('demanda de mejor derecho de propiedad'), aquella parte que invoque y acredite su calidad de prescriptor debería ser a quien se le reconozca la calidad de propietario.

Finalmente, en aquellos supuestos en los que se utilice la PAD del propietario (ya sea con fines de regularización registral o no), el plazo posesorio que deberá acreditar el demandante es de diez (10) años. No debe aplicarse el plazo corto (cinco años) pues de hacerlo se estaría confundiendo la PAD del propietario con la PAD ordinaria. Es decir, cuando se analice un caso de PAD del propietario, el título negociado (compraventa, por ejemplo) con el que cuente el demandante solo deberá ser tomado en consideración para validar su 'posesión en calidad propietario'; luego de ello, dicho título tendrá que 'desaparecer' del análisis y dársele al caso el mismo tratamiento que se le daría a una PAD interpuesta por alguien que nunca contrató sobre el bien y que hoy busca adquirirlo de manera originaria (como sería el caso de un poseedor precario).

Sin duda hay mucho por decir respecto de la PAD del propietario. En nuestro medio es poco lo que se ha escrito, pese a que se trata de una cuestión transversal en lo que se refiere al sistema de titularidades y la determinación del derecho de propiedad. Si bien estas páginas constituyen tan solo un primer intento (aún superficial) de abordar esta temática tan interesante como relevante, al menos –y salvo mejor parecer del lector– han establecido los cimientos para una futura y más compleja discusión 

REFERENCIAS

Gonzales Barrón, G. (2010). *La usucapión. Fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Jurista Editores.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Corte Superior de Justicia de Arequipa. Pleno Jurisdiccional Regional Civil, 27 de septiembre de 2014 (Perú).

Corte Superior de Justicia de la Libertad. Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, 4 y 5 de noviembre de 2011 (Perú).

Corte Superior de Justicia de Lima Este. Pleno Jurisdiccional Distrital Civil, 19 de octubre de 2018 (Perú).

Corte Superior de Justicia de Talara. Pleno Jurisdiccional Regional Civil, 11 de agosto de 2012 (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de enero de 2008, Casación 2030-2006-Puno (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de mayo de 2010, Casación 2784-2009-Lima (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de enero de 2011, Casación 2571-2009-Huánuco (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de agosto de 2016, Casación 2872-05-La Merced (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de julio de 2018, Casación 1610-2017-Lima Norte (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de marzo de 2020, Casación 2782-2018-Cusco (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de diciembre de 2009, Casación 3834-2007-Junín (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 31 de diciembre de 2009, Casación 2514-2008-Huánuco (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 5 de diciembre 2006, Casación 1272-06-Lima Norte (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de septiembre de 2015, Casación 3247-2014-Junín (Perú).

Sala de Acuerdos de la Corte Superior de Justicia del Cusco. Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Civil-Familiar, 16 de diciembre de 2011 (Perú).

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 24 y 25 de noviembre de 2020 (Perú).



25
AÑOS

601

COMPROMISO Y EXPERIENCIA A SU SERVICIO: 25 AÑOS DE TRAYECTORIA




LATIN
LAWYER
25th Edición 2024

Calle Chinchón 601- 611 San Isidro Lima 15046 Perú.
T: (511) 421 4141/ (511) 421 6626
E: info@er.com.pe

www.er.com.pe



¿QUÉ TAN ILEGAL ES LA PROPIEDAD INFORMAL? SOBRE LAS PRÁCTICAS LEGALES EN LA PRODUCCIÓN INFORMAL DEL SUELO. RÉPLICA AL PROFESOR ARRIBAS

**TO WHAT EXTENT IS INFORMAL PROPERTY ILLEGAL?: LEGAL PRACTICES
IN THE INFORMAL PRODUCTION OF LAND. REPLY TO PROFESSOR ARRIBAS**

Gerson Barboza De las Casas*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Possession has become a central concept in the discussion on land tenancy and adequate housing. That is why it demands a shift from the traditional Civilian Law understanding of its legal nature. This paper aims to response to the Theory of the Resizing of Property - TRP, which argues for a constitutional right of possession to incorporate informal property within it.

Using a case study methodology, we argue that, on the one hand, the recognition of rights does not lead to an improvement in dwellers living conditions; and, on the other hand, that informal property, far from being outside the Government, is based on legal practices promoted and recognized by it, which consolidate the informal land tenancy generation.

La posesión ha adquirido un rol central en la discusión sobre la tenencia del suelo y el acceso a una vivienda digna y adecuada, de ahí la necesidad de abordarla desde una perspectiva que vaya más allá del tradicional enfoque del Derecho Civil y la discusión sobre su naturaleza jurídica. El presente trabajo contiene una réplica a la Teoría del Redimensionamiento de la Propiedad - TRP, la cual postula tutelar constitucionalmente la posesión a fin de incorporar dentro de esta a la propiedad informal.

A partir de una metodología de estudio de caso, sostenemos que, por un lado, el reconocimiento de derechos no conlleva una mejora en las condiciones de habitabilidad de las personas; y, de otra parte, que la propiedad informal, lejos de estar al margen del Estado, se constituye sobre la base de prácticas legales promovidas y reconocidas por este, y que consolidan la producción informal del suelo.

KEYWORDS: Constitutional property right; informal property; informal land tenancy generation; inadequate housing conditions; housing policies.

PALABRAS CLAVE: Derecho fundamental de propiedad; propiedad informal; producción informal del suelo; inadecuadas condiciones de habitabilidad; políticas de vivienda.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Contacto: gbarboza@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 8 de mayo de 2024, y aceptado por el mismo el 12 de junio de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En el número 83 de la revista THÉMIS, el profesor Guillermo Arribas (2023) propone redimensionar el concepto (y tutela) constitucional del derecho de propiedad, incorporando dentro de este al derecho de posesión (en adelante, **Teoría del Redimensionamiento de la Propiedad - TRP**). Con ello se incorporaría a la propiedad informal dentro del ámbito de tutela constitucional. Al respecto, la TRP plantea las siguientes ideas centrales:

- a) Existe una necesidad de incorporar dentro del derecho constitucional de propiedad a la propiedad informal.
- b) El derecho de posesión constituye la base de la propiedad informal.
- c) La propiedad informal es creada o fabricada al margen de la ley por un 'determinado grupo social', escapando a la aplicación de las reglas de propiedad previstas en el Libro de Derechos Reales del Código Civil; por tanto, se debe conciliar propiedad informal con propiedad legal.
- d) Los ocupantes de viviendas informales (sin título de propiedad) no tienen un remedio claro en la norma civil o en otras leyes que se refieran puntualmente a la propiedad informal y, por tanto, simplemente se extinguiría la tenencia de los propietarios informales.
- e) La propiedad informal sobre una vivienda forma parte del patrimonio del titular informal, el cual, en muchos casos, está respaldada en un certificado de posesión.

Al respecto, sostenemos que la tutela constitucional de la posesión a través del derecho constitucional o fundamental del derecho de propiedad agravaría los problemas asociados a la producción informal del suelo. Asimismo, consideramos que el **problema de la vivienda en el Perú está vinculado con las condiciones inadecuadas de habitabilidad, antes que al reconocimiento de derechos u otorgamiento de títulos o certificados**. En esa línea, sostenemos que:

- a) La solución al problema de las inadecuadas condiciones de habitabilidad no está en reconocer una tutela constitucional de la posesión como dimensión de la propiedad.
- b) La informalidad en la tenencia del suelo no debe ser vista como una dicotomía entre lo formal-legal y lo informal-ilegal, sino más bien como un *continuum* de una transición

progresiva y gradual de 'lo menos formal' a 'lo más formal'.

- c) La propiedad informal no es creada o fabricada al margen de la ley, sino que se constituye sobre la base de prácticas legales en las que intervienen abogados, notarios, jueces y autoridades municipales. Por ello, la propiedad informal no es marginal al Estado, sino que existe por y dentro de este.
- d) Los propietarios informales, lejos de operar al margen del Derecho Civil, instrumentalizan distintas instituciones jurídicas con la finalidad de, progresivamente, lograr un mayor grado de formalidad.
- e) El reconocimiento de más derechos que se sustentan en el mero ejercicio fáctico de la posesión conllevaría a acrecentar la producción informal del suelo, agravando el problema de las inadecuadas condiciones de habitabilidad.

Para sustentar nuestra posición, desarrollamos una metodología de **estudio de caso** a través de la revisión de casaciones, en las cuales se evidencia que la tutela judicial de la propiedad informal se sustenta en prácticas legales. Es decir, la propiedad informal no se sustenta en un reconocimiento o validación de un 'determinado grupo social', sino en la actuación conjunta entre los propietarios o poseedores informales y operadores del derecho.

Entre estas prácticas legales identificamos preliminarmente las siguientes: (i) la venta de lotes 'rústicos' o 'semirústicos' sin una planificación o habilitación urbana (Casación 25-2014-Lima, 2015); (ii) la transferencia de 'derechos de posesión' sobre la base de certificados o constancias de posesión (Casación 1930-2017-Lima Norte, 2020; Casación 5052-2017-Tumbes, 2018); (iii) la constitución de asociaciones de vivienda o poseedores o instrumentalización de las comunidades campesinas que 'reconocen' o 'confieren' *títulos o certificados de posesión a sus miembros* (Casación 3469-2018-La Libertad, 2020; Casación 2860-2017-Ayacucho, 2019); (iv) el uso de los protocolos y certificaciones notariales para revestir de formalidad las transferencias de posesiones (Casación 1585-2014-La Libertad, 2015); y (v) la instrumentalización de la acción penal por el delito de usurpación para la obtención de una administración temporal del bien (Casación 2566-2015-Ucayali, 2017; Casación 1284-2018-Ucayali, 2019).

El presente trabajo se divide en tres secciones. En primer lugar, analizamos el concepto de inadecuadas condiciones de habitabilidad como problema

central de la vivienda en el Perú, colocando como centro del análisis a los elementos básicos de la vivienda digna y adecuada.

En segundo lugar, analizamos las dinámicas de producción informal del suelo y cómo esta constituye una causa directa al problema de la vivienda en el Perú. Asimismo, exponemos cómo esta producción es promovida directamente por el Estado, entre otras, a través de políticas de formalización o reconocimiento de derechos.

Finalmente, sobre la base de la metodología de estudio de caso, exploramos tres casos a partir de los cuales exponemos las dinámicas de producción informal del suelo desde los derechos y acciones reales; y cómo, lejos de operar al margen de la ley, las prácticas legales se integran y forman parte de la propiedad informal.

II. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA CON LA VIVIENDA EN EL PERÚ?: SOBRE LAS INADECUADAS CONDICIONES DE HABITABILIDAD

El problema central de la vivienda en el Perú es descrito y analizado en la Política Nacional de Vivien-

da y Urbanismo (en adelante, PNVU) (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento [MVCs], 2021). En esta, se aborda como problema público las **inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población**, entendiéndose la **habitabilidad**

[...] como la capacidad de los espacios construidos para satisfacer las necesidades básicas, tanto materiales como inmateriales de los individuos y grupos. De ahí que la habitabilidad permita el libre desarrollo físico, biológico, psicológico, social y cultural de la persona y los colectivos de personas en las ciudades y centros poblados. (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 7)

A su vez, la PNVU identifica como causas directas de aquel problema público: (i) el bajo impacto de la planificación urbana-territorial y el limitado control de su cumplimiento; (ii) la producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo; y (iii) el acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 9); las cuales, a su vez, presentan las siguientes causas indirectas:

Cuadro 1: Modelo de problema público en la PNVU

Inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población	1. Bajo impacto de la planificación urbana-territorial y limitado control de su cumplimiento	1a. Escasos y deficientes instrumentos de planificación urbana y territorial a nivel local
		1b. Falta de legitimidad social y autoridad de los instrumentos de planificación urbana y territorial
		1c. Limitadas capacidades de los gobiernos locales para la implementación de los instrumentos de planificación urbana y territorial
	2. Producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo	2a. Metrópolis y Ciudades Mayores con centralidades muy concentradas
		2b. Inequidad en el reparto de cargas y beneficios del uso del suelo
		2c. Consolidación de la dinámica de producción informal del suelo
		2d. Creciente ocupación urbana en zonas de riesgo
		2e. Altos costos para la dotación y operación de servicios de saneamiento, equipamientos y espacios públicos de calidad en zonas no planificadas
	3. Acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas	3a. Limitada oferta de vivienda digna y adecuada para población en condiciones de vulnerabilidad y sectores medios y bajos
		3b. Limitada adecuación de la vivienda «formal» a las características culturales y necesidades productivas de las realidades locales
		3c. Carencia de espacios públicos y equipamientos urbanos de calidad
		3d. Limitada dotación de servicios y equipamientos de calidad para áreas rurales

Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021, p. 9)

Como se observa, la **consolidación de la dinámica de producción informal del suelo** (en sentido amplio, propiedad informal) constituye una de las causas indirectas (2c) dentro de la causa directa **producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo**. Por tanto, el análisis de la informalidad en la tenencia del suelo debe englobarse

dentro del problema general referido a las condiciones de habitabilidad.

Sobre las condiciones adecuadas de habitabilidad, la Nueva Agenda Urbana identifica al **derecho a una vivienda adecuada** como [...] elemento integrante del derecho a un nivel de vida

adecuado, sin discriminación, el acceso universal y asequible al agua potable y al saneamiento, así como la igualdad de acceso de todos a los bienes públicos y servicios de calidad [...]” (ONU-Habitat, 2016, p. 5).

De manera general, la Nueva Agenda Urbana incide en la necesidad de que las viviendas deben ser asequibles, accesibles, eficientes, seguras, resilientes, bien conectadas y ubicadas, prestando especial atención al factor de proximidad y al fortalecimiento de la relación espacial con el resto del entramado urbano y las esferas funcionales cercanas (ONU-Habitat, 2016).

Esto nos permite afirmar que los problemas de la vivienda no solo deben ser visto como una necesidad de formalización o reconocimiento de derechos, sino de dotar de contenido a estos. Si bien la seguridad jurídica que confiere un título que reconoce el derecho sobre el suelo constituye un componente relevante, aquella debe ir de la mano de condiciones mínimas de habitabilidad.

Esta dimensión de la vivienda digna y adecuada ha sido adoptada por Tribunal Constitucional –a partir de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de la Naciones Unidas– en las sentencias recaídas en los expedientes 0007-2012-PI-TC y 00018-2015-PI-TC, siendo este el **ámbito de tutela del derecho fundamental de la vivienda, antes que el reconocimiento constitucional de la posesión**.

De otro lado, la Nueva Agenda Urbana –acorde a la causa “1. Bajo impacto de la planificación urbano-territorial y limitado control de su cumplimiento” de la PNVU (2021)– establece que la provisión de vivienda es un componente crucial de planificación urbana y hace hincapié en los planes de vivienda bien ubicados y distribuidos, a fin de evitar el levantamiento de núcleos de vivienda periféricos y aislados, desvinculados de los sistemas urbanos (ONU-Habitat, 2020, p. 67).

Sobre esta base, a nivel de las políticas de mejora de vivienda y barrios marginales, la Nueva Agenda Urbana propone los siguientes **principios** (ONU-Habitat, 2020, p. 68):

- **Vivienda adecuada:** la vivienda adecuada no es solo la raíz, es el catalizador para acceder a otros derechos y no debería dejar a nadie atrás.
- **Vivienda al centro:** poner la vivienda al centro promueve un enfoque de urbanización coordinado.

- **Influencia de la comunidad:** el proceso de planificación en torno a la política de vivienda debe desplegar métodos efectivos a través de los cuales las comunidades pueden influir en las decisiones sobre vivienda y temas relacionados.

En atención a dichos principios, la Nueva Agenda Urbana establece las siguientes **acciones** (ONU-Habitat, 2020, p. 68):

- **Tipologías múltiples y programas:** fomentar el desarrollo de múltiples tipos de vivienda para las diversas necesidades de los habitantes de una ciudad, a través de programas de vivienda a la medida, mecanismos de financiamiento o incentivos de zonificación.
- **Modelos progresivos:** más allá de la vivienda en masa, el desarrollo de vivienda progresiva permite proporcionar acceso a tierra con servicios y una unidad mínima, permitiendo a los residentes construir y expandir por su cuenta, de acuerdo con los estándares establecidos.
- **Renta:** incrementar la disponibilidad de vivienda en renta.
- **Subsidios:** desarrollar una buena mezcla oferta/demanda de subsidios
- **Mercado hipotecario:** arreglar el mercado hipotecario, atendiendo a los ingresos más bajos y a desarrollar mercados de financiamiento para vivienda primaria y secundaria.
- **Densidad y transporte:** para reducir el costo de adquisición de la tierra, se debe desarrollar modelos de vivienda densos y de diferentes precios, cercanos al transporte.

Al respecto, como puede apreciarse, la implementación de políticas de mejora de vivienda y barrios marginales no incide en la necesidad de formalización o reconocimiento de derechos, sino más bien en la necesidad de diversificar la tipología de viviendas, provistas de servicios, y el incremento de la oferta de vivienda a través de estrategias regulatorias (zonificación, subsidios, mercado hipotecario, densificación, etc.).

Acorde con ello, la PNVU establece los siguientes objetivos prioritarios, en atención a las causas directas previamente descritas, a fin de atender el problema de las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población:

Cuadro 2: Correlación entre las causas directas y objetivos prioritarios en la PNVU

Causas directas	Objetivos prioritarios
Bajo impacto en la planificación urbana-territorial y limitado control de su cumplimiento	Garantizar el crecimiento y desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados del país a través de la planificación urbana y territorial
Producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo	Garantizar la sostenibilidad de las dinámicas de ocupación del suelo de las ciudades y centros poblados del país
Acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas	Incrementar el acceso a una vivienda adecuada en las ciudades y centros poblados del país priorizando a la población en situación de pobreza o vulnerabilidad social
	Mejorar las condiciones de habitabilidad externa en las ciudades y centros poblados del país

Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021, p. 34)

Con este breve recorrido buscamos resaltar tres puntos sobre la discusión en torno a la vivienda: (i) el eje del problema se encuentra en cómo mejorar las condiciones de habitabilidad; (ii) la habitabilidad debe ser enfocada desde una perspectiva interna y externa¹; y (iii) los operadores e instituciones jurídicas deben estar encaminadas al logro de los objetivos prioritarios anteriormente descritos.

El enfoque antes descrito, que sitúa a las **inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población** como el centro del problema público a abordar, resulta fundamental no solo para el diseño de políticas legislativas, sino también para la aplicación del derecho, puesto que permite apreciar la **incidencia de las prácticas legales en la producción informal del suelo o propiedad informal**.

III. LA DINÁMICA DE PRODUCCIÓN INFORMAL DEL SUELO: CUANDO EL ESTADO PROMUEVE LA PROPIEDAD INFORMAL

La **producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo** es una de las causas directas que produce las inadecuadas condiciones de habitabilidad en nuestro país. Conforme a la PNVU, esta refiere a:

[...] la distribución inequitativa de beneficios (acceso a equipamiento, servicios, infraestructura, entre otros y el aumento del valor del suelo que se genera de este), cargas (sobrecostos para la población que se desprenden de la falta de acceso a equipamiento, servicios, infraestructura, entre otros) y la insostenibilidad (social, ambiental, económica)

de la ocupación del suelo, comprobable en la expansión informal y las áreas de riesgos, en la mayoría de las ciudades del territorio peruano. (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 14)

Dentro de esta causa directa, se identifica el fenómeno de la **consolidación de la dinámica de producción informal del suelo** (causa indirecta 2c). Esta producción informal del suelo se consolida progresiva y constantemente a través de estrategias de respuestas (reactivas) en los tres niveles de gobierno para la atención de servicios públicos básicos derivada de la propia ocupación informal (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 16).

Es decir, dichas estrategias resultan un incentivo para los promotores inmobiliarios informales (Espinoza y Fort, 2020a) que promueven una ocupación informal, puesto que tienen la certeza de que, a mediano o largo plazo, obtendrán una formalización de la propiedad y acceso a servicios y equipamiento urbano; puesto que “[...] el Estado se ve en la obligación de realizar esfuerzos para remediar estas carencias, entre los cuales resaltan **los programas de formalización de la propiedad informal**” (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 17) [el énfasis es nuestro].

En esa línea, lejos de ser una solución eficiente, los programas de formalización de la propiedad informal generan un mayor incentivo para la producción informal del suelo (Barboza, 2023b, p. 249; 2023a, pp. 196-197). En efecto, los ocupantes informales son incitados a cometer esta

¹ Landázuri y Mercado afirman que:

En este caso se habla de la habitabilidad interna, que se refiere a la habitabilidad en el interior de la casa, porque también puede hablarse de la habitabilidad externa, la cual se refiere al siguiente nivel sistémico que es la relación de la estructura institucional con su entorno urbano inmediato, es decir, la conexión entre la vivienda y el vecindario donde se ubica, e incluye porches, cocheras, fachadas, patios, banquetas, edificios, el barrio, etc. (2004, p. 90)

ocupación ilegal por parte de los traficantes de tierras y el Estado (Borasino, 2019; Calderón, 2019; Calderón et al., 2015; Shabee y Shabee, 2016; Skrabut, 2021), bajo la promesa de convertirse en legítimos propietarios de una vivienda con acceso a servicios básicos (Espinoza y Fort, 2020b; Lambert, 2021).

A su vez, los promotores inmobiliarios informales son incentivados por una mayor rentabilidad, derivada del incremento progresivo del valor de los predios invadidos (Calderón, 2011; Hawley et al., 2018; MVCS, 2021; Payne et al., 2009). Siguiendo esta secuencia, la producción informal del suelo parte de un escenario de ilegalidad hacia una progresiva formalización acorde a los valores que tutela y los derechos que protege el ordenamiento jurídico, pero generando un ‘círculo de informalidad’ que, a su vez, genera nueva informalidad (Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento, 2021, p. 16).

Las políticas de formalización no se enfocan en el desarrollo urbano sostenible de la planificación urbanística ni de las proyecciones de crecimiento de las ciudades o núcleos de población, lo que sería un modelo de desarrollo urbano o rural sostenible. Aquellas políticas priorizan la titulación en barriadas y barrios marginales con población asentada en zonas de riesgo o intangibles, de acuerdo con las normas de protección medioambiental. A pesar de ello, como se ha destacado, se optó por una titulación poco clara, inmediata y sin visión de desarrollo sostenible (Calderón, 2016, pp. 225-257; Fernández-Maldonado, 2015).

Las políticas de titulación o reconocimiento de derechos parten de un modelo de tenencia de la tierra en que se asociaba directamente la propiedad informal con la necesidad de solventar la necesidad de una vivienda. Sin embargo, hoy la producción informal del suelo opera bajo una lógica de ‘acumulación’ de mercado (Ñíquen Castro-Pozo, 2017, p. 458).

En el contexto antes descrito, cabe preguntarse qué rol juegan las prácticas legales vinculadas a los procesos judiciales sobre acciones reales y tutela de derechos reales. Al respecto, consideramos que la consolidación de la producción informal del suelo también es promovida (por el

Estado) a través de prácticas legales de la administración de justicia, ello en los litigios sobre predios ocupados informalmente o en condiciones inadecuadas de habitabilidad.

En el siguiente apartado, realizamos una identificación de las prácticas legales dentro de los procesos sobre tutela de bienes, derechos y acciones reales en los que subyace una producción informal del suelo en los términos previamente descritos. Con ello, buscamos evidenciar que la propiedad informal no es creada o fabricada al margen de la ley, sino que se constituye sobre la base de prácticas legales en las que intervienen abogados, notarios, jueces y autoridades municipales.

Asimismo, a partir ello sostenemos que los propietarios informales, lejos de operar al margen del Derecho Civil, instrumentalizan distintas instituciones jurídicas con la finalidad de progresivamente lograr un mayor grado de formalidad. Por tanto, el propietario informal se sirve de los mecanismos de tutela de los derechos reales (mejor derecho de posesión y de propiedad, reivindicación y prescripción adquisitiva) para consolidar la producción informal del suelo.

IV. ¿QUÉ TAN ILEGAL ES LA PROPIEDAD INFORMAL?: DE LAS PRÁCTICAS LEGALES ASOCIADAS A LA PRODUCCIÓN INFORMAL DEL SUELO

A. Disociando el título de propiedad de la informalidad

El caso **Mauricio Sánchez c. Abdón Poma² (caso 1)** refiere a un proceso de reivindicación interpuesto por Mauricio Sánchez Chávez (demandante) contra Abdón Poma Vara (demandado), en el cual solicita la entrega del predio ubicado en el sublote Fundo Quebrada Roncadora Grande, avenida Principal, manzana ‘E’, lote número 7 en Santa Clara, distrito de Ate Vitarte, provincia y departamento de Lima, con un área de 125.42 m².

Al respecto, el demandante manifiesta que adquirió el bien *sublitis* por escritura pública denominada “Compraventa de Derechos y Acciones de Terreno Rústico”, suscrita por su anterior propietaria Xandra S.A., e inscrita en el Asiento C00018 de la Partida Registral 45115135 del Registro de Predios de Lima, conforme se muestra a continuación:

² Casación 25-2014-Lima, publicada el 30 de junio de 2015.

Imagen 1: Asiento C00018 de la Partida Registral 45115135

Fuente: Servicio gratuito 'Conoce Aquí'³ de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

Como puede observarse, si bien el demandante ostenta un título de propiedad (válido y eficaz), además de referirse a un lote en específico dentro de su demanda (manzana 'E', lote número 7), se tiene que no existe una correlación entre el derecho de propiedad registrado (una alícuota del predio 'matriz') y el bien sobre el cual se ejerce efectivamente el dominio.

En efecto, de la revisión de la partida registral del predio 'matriz', se tiene que las unidades correspondientes a los distintos lotes no fueron aún independizadas. Ello implica una fragmentación de la titularidad (es decir, una propiedad formal), pero que no se refleja en una independización de los lotes terrenos aptos para su edificación, generándose un asiento registral de venta de alícuotas 'representativas' de cada lote y llegándose a tener partidas con cientos de asientos, como se advierte a continuación:

Imagen 2: Asiento C00300 de la Partida Registral 45115135

Fuente: Servicio gratuito Conoce Aquí de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp).

Es decir, contrario al proceso regular de habilitación urbana de predios para la venta de lotes con fines urbanos, se tiene que primero se realiza la disposición de lotes mediante transferencia de alícuotas en copropiedad, ello sin que posteriormente, dentro de la propia partida registral, se advierta una habilitación urbana o una independización de

los lotes adquiridos para la posterior tramitación respectiva de las licencias de edificación.

Situación que, a su vez, genera los problemas de condiciones de habitabilidad asociados a la producción informal del suelo (acceso limitado o inexistente a equipamientos urbanos, servicios bá-

³ El servicio puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://conoce-aqui.sunarp.gob.pe/conoce-aqui/registro>

sicos, infraestructura, entre otros) antes descritos (Calderón, 2016; MVCS, 2021; ONU-Habitat, 2016). Asimismo, genera las acciones 'reactivas' por parte del Estado (Espinoza y Fort, 2018, 2020b).

Como ejemplo de esto último, tenemos el reciente artículo 7 del Decreto Legislativo 1595, Decreto Legislativo de Regularización del Derecho de Propiedad, de las Características Físicas de los Predios Urbanos, de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones⁴, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 7.- Regularización excepcional de acciones y derechos sobre predios determinados

7.1 El/la propietario/a de un lote adquirido bajo la denominación de acciones y derechos de un predio matriz, puede regularizar su titularidad registral siempre que su adquisición conste en escritura pública de fecha anterior a la aprobación de la habilitación urbana y/o subdivisión de lotes del predio matriz, **conforme al Plan de Desarrollo Urbano u otro Instrumento de Planificación Urbana**. La escritura pública materia de regularización debe indicar la ubicación, área, linderos, medidas perimétricas y/o tener plano inserto del lote por sanear que permita determinar que las acciones y derechos cuya titulación se pretende regularizar corresponden a un lote o porción de libre disponibilidad en el predio matriz. Para tales efectos, el/la propietario/a acredita ante el/ la Notario/a, la posesión exclusiva y como propietario/a, así como la vinculación con el titular registral respecto del predio, conforme al procedimiento que se establezca en el reglamento, constituyendo el instrumento notarial de regularización, título suficiente para la inscripción individualizada de su derecho que sustente la cancelación del asiento de adquisición de acciones y derechos en la partida matriz.

7.2 En los casos de títulos adquisitivos de acciones y derechos de un predio matriz, que determinen la correspondencia a lotes, sublotes u otras áreas identificables, respecto a las cuales el solicitante pueda acreditar la posesión exclusiva, continua, pacífica y pública, en el plazo de diez años, no será de aplicación la prohibición

prevista en el artículo 985 del Código Civil (2023) [el énfasis es nuestro].

Es decir, ante los casos descritos en el caso 1 se habilitaría un proceso de regularización de la adquisición realizada, bajo un esquema de 'loteo pirata'⁵ (Borbón, 2023; Clichevsky, 2003; Massidda, 2018), consolidando, una vez más, la producción informal del suelo sustentada en una constatación notarial de la posesión y fuera del proceso de planificación urbana. Además, en el caso de la Metrópoli Nacional, al momento de la redacción del presente trabajo, no se cuenta con un Plan de Desarrollo Urbano aprobado para Lima Este.

Sobre la base de los hechos antes descritos se demuestra que la titularización de un derecho de propiedad no garantiza las condiciones adecuadas de habitabilidad (interna y externa); en otras palabras, no por contar con un título de (co)propiedad debidamente inscrita se asegura la vivienda digna y adecuada (Torres y Ruiz-Tagle, 2019). Asimismo, se observa el rol del propio Estado para consolidar la producción informal del suelo.

B. Reconocimiento y tutela contractual en los 'loteos piratas'

El 'loteo pirata' se aprecia en **Rosa Villoslada c. Inversment EIRL⁶ (caso 2)**, donde Rosa Villoslada de Pinedo (demandante) interpone demanda de **excepción de incumplimiento** del contrato de compraventa, celebrado el 2 de septiembre de 2004, a través del cual adquirió el lote de terreno rural ubicado en la manzana 'A', lote 17 del **predio rural Las Palmas**, distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima. En consecuencia, solicita que la autoridad judicial declare la suspensión de la obligación de pago de las cuotas, reteniéndose el saldo del precio adeudado por incumplimiento contractual de la demandada, según carta notarial cursada el 24 de octubre de 2006.

El Juzgado Especializado en Civil de Lima Este, perteneciente a la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2012, declaró **fundada** la suspensión de pagos correspondientes al saldo del precio por parte de la acto-

⁴ Publicado en el diario oficial 'El Peruano' el 17 de diciembre de 2023.

⁵ Se menciona que:

En los loteos 'piratas' la convocatoria es hecha individualmente por el urbanizador hacia los futuros ocupantes del terreno; la negociación incluye un documento, 'la promesa de compraventa' y de un futuro legalizado, además del apoyo de 'políticos' locales, quienes, comprometidos con la urbanización, intermedian frente a las autoridades para evitar cualquier desalojo. Los mecanismos que utilizan los loteadores podrían caracterizarse como típicamente empresariales. Un barrio pirata es organizado generalmente por un empresario particular, quien posee un terreno (casi siempre en la periferia de la ciudad y de baja calidad ambiental) y lo divide en lotes que luego vende, sin cumplir con la obligación de realizar las obras de infraestructura o presentar a las autoridades los planos correspondientes para su aprobación. (Clichevsky, 2003, p. 24)

⁶ Casación 25009-2018-Lima Este, publicada el 31 de agosto de 2021.

ra, ello hasta que la emplazada (Inversment EIRL) cumpla con la obligación de obtener la documentación de cambio de uso y habilitación urbana del terreno matriz, **a fin de que la demandante pueda gestionar la obtención de los servicios de agua, desague y luz.**

Dentro de los motivos que llevaron a la Corte Suprema, vía casatoria, a confirmar la sentencia de primera instancia –y casando la sentencia de vista– se encuentra que, en el tríptico de venta del proyecto 'Las Brisas de las Palmas', se apreciaban frases como: 'te ofrecemos terrenos listos para construir', 'promueve y vende Inversment EIRL', 'para vivienda y comercio 120 a 200 m²'. Así, se evidencia que, si bien el terreno constaba como rural dentro del contrato, a partir de los medios probatorios ofrecidos por la demandante, se parecía que dichos terrenos se ofrecían con fines de vivienda o comercio.

Como se aprecia, el contrato celebrado entre Rosa Villoslada e Inversment EIRL presenta un esquema de 'loteo pirata' (Clichevsky, 2003; Massidda, 2018). Por ello, se anota con acierto que "el «urbanizador pirata» se convierte en el agente capitalista del mercado informal de la tierra, que captura los aumentos de precios, delimita lotes y hasta maneja la organización de residentes para lograr el abastecimiento de servicios del Estado" (Torres y Ruiz-Tagle, 2019).

Sin embargo, frente al 'loteo pirata', la respuesta jurídica, tanto desde las instituciones del Derecho Civil como de los tribunales civiles, es autoritativa, ello en el sentido de que se asume un contrato totalmente válido y plenamente eficaz desde el punto de la transferencia del derecho de propiedad, conforme a las reglas del artículo 949 del Código Civil, pese a que se trata de un bien que –en principio– **aún no existe.**

Pese a no existir aún un predio habilitado e independizado 'listo para construir', se produce el efecto traslaticio del dominio propio del contrato de compraventa, siendo reconocido y dotado de plena validez y eficacia por la judicatura, tanto es así que se otorgan los remedios contractuales como la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil).

De este modo, el efecto del título de propiedad de incremento de valor del lote de terreno, sumado al reconocimiento legal de la venta de un predio rural 'como urbano' por parte de la judicatura, hace que este tipo de práctica ('loteo pirata') se vea in-

centivada por el propio derecho. Por ello, se afirma que, las políticas de titulación o reconocimiento de derecho, lejos de desincentivar la propiedad informal, las recrea (Calderón, 2011).

C. El proceso de 'mejor derecho de posesión' como expresión de la progresividad de la informalidad

No obstante, las políticas de titulación no solo deben ser vistas como un otorgamiento de título de propiedad, sino también como toda forma de reconocimiento de derechos que no vaya acompañada de las mejoras de condiciones de habitabilidad y que, consecuentemente, solo generen un valor especulativo en el incremento del valor del suelo, consolidando la producción informal del suelo bajo una lógica de 'acumulación' (Ñíquen Castro-Pozo, 2017).

Bajo esta lógica, el proceso de 'mejor derecho de posesión' se convierte en un elemento formalizador que reconoce un derecho mínimo de posesión oponible frente a otro poseedor ('menos formal'), quien reclama también tener un derecho a poseer, convirtiéndose en un mecanismo que favorece la producción informal del suelo.

En este tipo de procesos observamos que, para el sustento de la acción de 'mejor derecho de posesión', los poseedores recurren a documentos municipales, notariales y judiciales que permitan garantizar, en una mínima medida, que se cuenta con un derecho a poseer con mayor legitimidad a otro.

Así, observamos que en **Amancio Alfaro c. Víctor Díaz⁷ (caso 3)**, Amancio Alfaro Rodríguez (demandante) al sustentar su 'mejor derecho de posesión' del predio rural ubicado en la manzana 'Q-10', lotes 2, 3, 4, 5 y 6 del Asentamiento Humano Virgen del Socorro, distrito de Huanchaco, Provincia de Trujillo, departamento de Lima, se manifiesta que adquirió la posesión un terreno de 2000 m², lo que evidenciaría una lógica de 'acumulación' (Ñíquen Castro-Pozo, 2017) dentro de una dinámica de 'loteo pirata' (Torres y Ruiz-Tagle, 2019).

Asimismo, se tiene que, para fundar su 'mejor derecho de posesión', se ofrece como medio probatorio: (i) un contrato privado de transferencia de posesión con firmas legalizadas (ante notario público); y (ii) un Título Único de Propiedad Comunal expedido por la Comunidad Campesina de Huanchaco. Situación similar que se advierte en distintos procesos de 'mejor derecho de posesión', conforme al siguiente detalle:

⁷ Casación 1585-2014/La Libertad, publicada el 30 de junio de 2016.

Cuadro 3: Medios probatorios ofrecidos en los procesos de 'mejor derecho de posesión'

Casaciónes	Descripción del predio materia de litis	Medios probatorios ofrecidos
Casación 3469-2018-La Libertad	Dos (2) lotes de terreno, el primero de 858 m ² y el segundo de 650 m ² , ubicados en el sector 'El Silencio', distrito de Huanchaco.	<p>Demandante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Títulos Únicos de Propiedad Comunal 531 y 539. - Acuerdo de no agresión y no construir entre la demandante y el demandado. <p>Demandado</p> <ul style="list-style-type: none"> - Título Único de Propiedad Comunal 186 otorgado por la Comunidad Campesina de Huanchaco. - Informe emitido por la asesoría legal de la comunidad campesina.
Casación 5052-2017-Tumbes	Manzana 7, lotes 11 y 12 del Centro Poblado San Martín-Loma de Viento, distrito de Corrales, provincia y departamento de Tumbes, con un área de 300 m ² .	<p>Demandante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Adjudicación por parte de la Municipalidad Distrital de Corrales por la suma de S/. 600, sustentada en el Informe 436-2008/MDC-SGIDU del 12 de setiembre de 2008, en el que se indica que el terreno fue cancelado el 20 de febrero de 1987. - Certificado de posesión otorgado por la Municipalidad Distrital de Corrales el 29 de setiembre de 1987. - Pago de Autovalúo desde el 2005 al 2008. <p>Demandado</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inspección realizada por la empresa de Aguas de Tumbes S.A. - Constancias de domicilio emitidos por la Gobernadora del Distrito de Corrales y el Juez de Paz de Única Nominación de dicho distrito.
Casación 3551-2015-Lima Sur	Lote 10, manzana 'C-16', Sector 'C' del Centro Poblado 'Los Huertos de Manchay', distrito de Pachacámac, provincia y departamento de Lima, con un área total de 500 m ² .	<p>Demandante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Los demandantes alegan que son fundadores del Centro Poblado Rural Los Huertos de Manchay y que desde 1986 tomaron posesión del lugar, adjudicándose los lotes sobre los cuales reclaman la posesión. - Servicio de energía eléctrica con número de suministro 1144157 de la empresa Luz del Sur, con medidor 05137336.
Casación 2566-2015-Ucayali	Manzana '12-A', Lote 1, ubicado en el distrito de Yarinacocha, provincia de Coronel Portillo, departamento de Ucayali, con un área total de 400 m ² .	<p>Demandante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contrato privado de compraventa de posesión y mejoras del 6 de junio de 1999. <p>Demandando</p> <ul style="list-style-type: none"> - Declaración de abandono en contra de la demandante realizada por la Municipalidad del Centro Poblado de San José de Yarinacocha. - Constancia de posesión otorgada por la referida municipalidad, la cual fue posteriormente declarada nula por Resolución de Alcaldía 007-2010 del 17 de mayo de 2010.
Casación 2860-2017-Ayacucho	Manzana 'H-2', lote 7 de la Asociación Pro-Vivienda San José II Etapa, distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho.	<ul style="list-style-type: none"> - Adjudicación realizada por la Asociación el 19 de setiembre de 2002. - Certificado de posesión expedido por la Asociación Pro Vivienda San José II etapa.
Casación 1930-2017-Lima Norte	Manzana 'O1', Lote 10 de la Asociación de Pequeños Avicultores El Dorado, Zapallal Alto, distrito de Puente Piedra, provincia y departamento de Lima, con un área total de 3525 m ² .	<p>Demandante</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contrato privado de transferencia de posesión y mejoras del 20 de agosto de 1997. - Constancia de Posesión 319-2011-SGCPU-GDU/MPP otorgado por la Municipalidad de Puente Piedra. <p>Demandado</p> <ul style="list-style-type: none"> - Certificado de posesión otorgado por la Asociación de Propietarios de El Dorado, posteriormente anulado.

Fuente: Elaboración propia a partir de las Casaciones 3469-2018-La Libertad; 5052-2017-Tumbes; 3551-2015-Lima Sur; 2566-2015-Ucayali; 2860-2017-Ayacucho; 1930-2017-Lima Norte.

En los procesos descritos anteriormente, se puede observar patrones que permiten caracterizar las dinámicas de la propiedad informal. Al respecto, consideramos necesario llamar la atención de que, salvo la Casación 3551-2015-Lima Sur, los casos expuestos se tratan de adquisiciones derivadas de la posesión, es decir, no se trata del paradigmático ejemplo de las olas migratorias hacia la capital (Arribas, 2023), sino de un intercambio mercantil en el que se advierte una fuerte pugna al interior de las asociaciones o comunidades

(Calderón, 2016; Clichevsky, 2003; Ñíquen Castro-Pozo, 2017; Torres y Ruiz-Tagle, 2019), sobre todo en los casos que advierten la adquisición de varios lotes o con una extensión mayor a 1000 m², los cuales difícilmente se pueden asociar a la necesidad de una vivienda.

En relación con esto último, se tiene el rol que juegan las instituciones jurídicas propias del Derecho Civil a través de la celebración de contratos de adjudicación, transferencias de posesión o actos

de declaración como los certificados de posesión y 'títulos de propiedad', ya sean realizados por las asociaciones o comunidades campesinas. Todo ello configuraría una **primera fase** de la producción informal del suelo.

De otra parte, se advierte el rol que juegan los jueces de paz y las autoridades municipales para una **segunda fase** de reconocimiento de derechos posesorios o la obtención de servicios básicos como electricidad y, en el caso de las municipalidades, el pago de los avalúos municipales. Ambos son fundamentales para el posterior reconocimiento de derechos vía prescripción adquisitiva de dominio (Lambert, 2021).

Por último, tenemos una **tercera fase** de reconocimiento de derechos posesorios a través de la obtención de decisiones judiciales favorables en los procesos de 'mejor derecho de posesión', en la cual se genera un derecho posesorio 'oponible' que va más allá de un mero acto comunicativo que origina la propiedad (Rose, 1985), siendo un efectivo reconocimiento jurídico que **legaliza** la propiedad informal (Lambert, 2021).

V. CONCLUSIONES

- La cuestión sobre la vivienda en el Perú está representada por el problema de las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población. Asimismo, la habitabilidad comprende tanto un aspecto externo como interno que deben ser abordados de manera conjunta para una solución eficaz. Por tanto, los operadores e instituciones jurídicas deben estar encaminadas al logro de la mejora de las condiciones habitabilidad.
- La producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo refieren a una distribución inequitativa de beneficios, cargas y la insostenibilidad de la ocupación del suelo, comprobable en la expansión informal y las áreas de riesgos en la mayoría de las ciudades del territorio peruano. Esta producción informal del suelo, se consolida progresiva y constantemente a través de estrategias de respuestas reactivas del Estado.
- Las estrategias de formalización de la propiedad informal del Estado resultan un incentivo para los promotores inmobiliarios informales que promueven una ocupación informal, puesto que tienen la certeza de que, a mediano o largo plazo, obtendrán una formalización de la propiedad y acceso a servicios y equipamiento urbano. Este fenómeno es denominado por la literatura

especializada como 'loteos piratas', el cual es reflejado en el caso 1.

- Las políticas de titulación o reconocimiento de derechos parten de un modelo de tenencia de la tierra en el que se asociaba directamente la propiedad informal con la necesidad de solventar la necesidad de una vivienda. Sin embargo, hoy la producción informal del suelo opera bajo una lógica de 'acumulación', la cual se evidencia en las dinámicas de transferencia de posesiones.
- Los propietarios informales, lejos de operar al margen del Derecho Civil, instrumentalizan distintas instituciones jurídicas con la finalidad de progresivamente lograr un mayor grado de formalidad. Por tanto, el propietario informal se sirve de los mecanismos de tutela de los derechos reales (mejor derecho de posesión y de propiedad, reivindicación y prescripción adquisitiva) para consolidar la producción informal del suelo.
- Conforme se muestra en el caso 2, frente al 'loteo pirata' la respuesta jurídica, tanto desde las instituciones del Derecho Civil como de los tribunales civiles, es permisiva, esto en el sentido de que se asume un contrato totalmente válido y plenamente eficaz desde el punto de la transferencia del derecho de propiedad, conforme a las reglas del artículo 949 del Código Civil, pese a que se trata de un bien que propiamente aún no existe.
- Al ser el efecto del título de propiedad de incremento de valor del lote de terreno, sumado al reconocimiento legal de la venta de un predio rústico 'como urbano' por parte de la judicatura, este tipo de práctica ('loteo pirata') se ve incentivada por el propio derecho. Por ello, se afirma que, las políticas de titulación o reconocimiento de derecho, lejos de desincentivar la propiedad informal, las recrea.
- En los procesos descritos a partir del caso 3, se puede observar patrones que permiten caracterizar las dinámicas de la propiedad informal. En esa línea, lejos de reflejar una correlación formal-legal o informal-ilegal, los casos analizados permiten reflejar una progresividad hacia la formalización, en el cual se evidencian prácticas legales que consolidan la producción informal del suelo. 

REFERENCIAS

- Arribas Irazola, G. (2023). Redimensionando la propiedad en el Perú. *THĒMIS Revista de Derecho*,

- 83, 49-61. <https://doi.org/10.18800/themis.202301.003>
- Barboza De las Casas, G. (2023a). Can community land trust models work in Peru? Researching community-based land tenure models for affordable housing. *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 15(3), 194-211. <https://doi.org/10.1108/JPPEL-07-2023-0035>
- (2023b). El fideicomiso comunitario de tierras como instrumento útil para la generación de vivienda asequible en Perú: retos, potenciales objeciones y oportunidades. *THÉMIS Revista de Derecho*, 83, 247-267. <https://doi.org/10.18800/themis.202301.014>
- Borasino, G. (2019). *Governance and the effectiveness of housing policies in Lima* (working paper 198).
- Borbón, W. L. (2023). Urban Informality in the Surrounding Municipalities of Bogotá Measured from the Index of Informality. *Territorios*, 49, 1-19. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/territorios/a.12442>
- Calderón Cockburn, J. (2011). Titulación de la propiedad y mercado de tierras. *EURE*, 37(117), 47-77.
- Calderón Cockburn, J. (2016). *La Ciudad Ilegal. Lima en el Siglo XX*. Punto Cardinal Editores.
- Calderón Cockburn, J. (2019). El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD*, 3, 45-64. <https://doi.org/10.31381/pluriversidad.v3i3.2234>
- Calderón, J., Quispe, J., Lucci, P., y Lenhardt, A. (2015). *On The Path to Progress: Improving living conditions in Peru's slum settlements*. Overseas Development Institute.
- Clichevsky, Nora. (2003). Pobreza y acceso al suelo urbano. Algunas interrogantes sobre las políticas de regularización en América Latina. *Naciones Unidas (CEPAL)*, 75.
- Espinoza, Á., y Fort, R. (2018). *Planificar la informalidad: herramientas para el desarrollo de mercados de "urbanizaciones informales planificadas"*. GRADE.
- (2020a). *Hacia una nueva política de Vivienda en el Perú: Problemas y posibilidades*. GRADE.
- (2020b). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú*. GRADE.
- Fernández-Maldonado, A. (2015). Las barriadas de Lima como estímulo a la reflexión urbana sobre la vivienda. Revisitando a Turner y de Soto. *WASI*, 2(3), 7-24.
- Hawley, Z., Miranda, J. J., y Sawyer, W. C. (2018). Land values, property rights, and home ownership: Implications for property taxation in Peru. *Regional Science and Urban Economics*, 69, 38-47. <https://doi.org/10.1016/j.regsciurbeco.2017.12.007>
- Lambert, R. (2021). Land Trafficking and the Fertile Spaces of Legality. *International Journal of Urban and Regional Research*, 45(1), 21-38. <https://doi.org/10.1111/1468-2427.12975>
- Landázuri, A., y Mercado, S. (2004). Algunos factores físicos y psicológicos relacionados con la habitabilidad interna de la vivienda. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano*, 5(1 y 2), 89-113.
- Massidda, A. (2018). Cómo nombrar a la informalidad urbana: una revisión de las definiciones en uso, sus implicaciones analíticas y su alcance. *QUID* 16, 10, 1-11.
- Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento. (2021). *Política Nacional de Vivienda y Urbanismo*.
- Ñíquen Castro-Pozo, J. (2017). De la necesidad a la acumulación: estrategias residenciales de las familias fundadoras en la periferia de Lima. *Bulletin de l'Institut Français d'études Andines*, 46 (3), 453-469. <https://doi.org/10.4000/bifa.8731>
- ONU-Habitat. (2016). *Nueva Agenda Urbana*.
- ONU-Habitat. (2020). *La Nueva Agenda Urbana Ilustrada*. ONU-Habitat.
- Payne, G., Durand-Lasserve, A., y Rakodi, C. (2009). The limits of land titling and home ownership. *Environment and Urbanization*, 21(2), 443-462. <https://doi.org/10.1177/0956247809344364>
- Rose, C. (1985). Possession as the Origin of Property. *The University of Chicago Law Review*, 52, 73-88.
- Shanee, N., y Shanee, S. (2016). Land Trafficking, Migration, and Conservation in the "No-Man's Land" of Northeastern Peru. *Tropical Conservation Science*, 9(4). <https://doi.org/10.1177/1940082916682957>

Skrabut, K. (2021). Use, Exchange, and Speculation: The Politics of Inhabitance and the Right to the City in Urban Peru. *City and Society*, 33(1), 118-146. <https://doi.org/10.1111/ciso.12392>

Torres, D., y Ruiz-Tagle, J. (2019). ¿Derecho a la vivienda o la propiedad privada? De la política pública a la informalidad urbana en el Área Metropolitana de Lima (1996-2015). *EURE*, 45, 5-29.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 30 de junio de 2015, Casación 25-2014-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de marzo de 2020, Casación 1930-2017-Lima Norte (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 1 de junio de 2020, Casación 5052-2017-Tumbes (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de agosto de 2020, Casación 3469-2018-La Libertad (Perú)

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de marzo de 2019, Casación 2860-2017-Ayacucho (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de agosto de 2015, Casación 1585-2014-La Libertad (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de enero de 2017, Casación 2566-2015-Ucayali (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de diciembre de 2019, Casación 1284-2018-Ucayali (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de octubre del 2017, Casación 3551-2015-Lima Sur (Perú).

LA MORA DEL ACREDITADOR Y EL PAGO POR CONSIGNACIÓN EN EL DERECHO DEL PERÚ Y ARGENTINA

CREDITOR'S ARREARS AND PAYMENT BY CONSIGNMENT IN THE LAW OF PERU AND ARGENTINA

Pascual Eduardo Alferillo*
Universidad Nacional de San Juan

The regulation of 'arrears of the creditor' and 'payment by consignment' is analyzed in the Peruvian Civil Code and in the Argentine Civil and Commercial Code, in this sense, it is possible to compare the requirements for the design, origin and effects of each of these figures in the prevailing legislation.

This method allows to see the evolution of the connection between the institutions to visualize the possible solutions that perfect their harmonious assembly in the context of the 40th anniversary of the Peruvian Civil Code.

KEYWORDS: Creditor; arrears; payment; consignment; effects.

El régimen de la 'mora del acreedor' y del 'pago por consignación' se estudia en el Código Civil del Perú y en el Código Civil y Comercial argentino, es posible así comparar los requisitos para la configuración, procedencia y efectos de cada una de estas figuras en la legislación vigente.

Este método permite conocer la evolución del vínculo entre los institutos para visualizar las posibles soluciones que perfeccionen su armónico ensamblaje en el contexto de los 40 años aniversario del Código Civil del Perú.

PALABRAS CLAVE: Acreedor; mora; pago; consignación; efectos.

* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza. Exsecretario y vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial y Minería. Notario. Profesor en la Universidad de San Juan (Argentina). Profesor honorífico emérito de la Universidad Champagnat (Argentina, Provincia de Mendoza). Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: pascual.alfe@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 09 de febrero de 2024, y aceptado por el mismo el 12 de marzo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

La vinculación entre la figura de la mora del acreedor con la del pago por consignación fue la primera tarea investigativa que elabore como estudiante de abogacía en la Universidad Nacional de Córdoba. En el año 1976, el profesor Luis Moisset de Espanés organizó, en el Instituto de Derecho Comparado ‘Dr. Enrique Martínez Paz’, los seminarios para estudiantes (y, otros, para profesionales novedosos), en el cual se estudió ‘La mora en el Derecho Comparado’.

En el desarrollo de esta ponencia y estando bajo tratamiento el tema seleccionado para este trabajo, surgió el análisis entre los institutos citados al inicio, marcándose una clásica postura que no reconocía diferencias en sus efectos, sino por el contrario, estimaba la doctrina, jurisprudencia y otros¹ que tenían una complementación inescindible, siguiendo el modelo del Código Civil francés².

El instinto o sentir jurídico del seminarista estimó que ello no era del modo planteado y lo expuso a su profesor, quien, con sabiduría de un gran docente, incentivó al alumno para que en el próximo encuentro expusiera su posición. Este recuerdo viene a la mente con nostalgia, ya que después de vivir una semana en las bibliotecas de la Facultad, se expuso la idea con la activa participación del profesor director que actuaba como *advocatus diaboli*, hoy, promotor *iustitiae*, elevando el debate a su máxima expresión.

Todo ello tuvo notable trascendencia *a posteriori*. El estudiante/seminarista escribió su primera investigación titulada ‘La mora del acreedor y el curso de los intereses’ (Alferillo, 1977). Así también, el profesor profundizó el tema a su máxima expresión en los años siguientes.

El estudio de estas figuras del derecho impone, ante los cambios sociales y normativos que

acaecen ‘sin solución de continuidad’, revisar la evolución de las mismas. En esta oportunidad, se efectuará comparando el régimen establecido por el Código Civil del Perú frente a las normas insertas en el Código Civil y Comercial vigente en Argentina.

El método seleccionado tiene el noble propósito de celebrar, en un sentido homenaje de respeto y admiración, los 40 años de vigencia del Código Civil del Perú.

II. LA EVOLUCIÓN EN LOS CÓDIGOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

A. El régimen en el derogado Código Civil

En el texto original del Código Civil de la República de Argentina, la figura de la mora del acreedor no fue expresamente reglado. Por el contrario, se hace referencia a esta en la nota que se adjuntaba en el artículo 509, donde el codificador Vélez Sarsfield, siguiendo las enseñanzas de Maynz (Derecho romano, § 264), decía que:

El acreedor se encuentra en mora toda vez que por un hecho o por una omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución de la obligación, por ejemplo, rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no líquido (1869).

Asimismo, en cuanto a la mora *debitoris* originalmente se consagró la interpelación constitutiva como regla, aunque marcando sus excepciones.

La Ley 17711 modificó esta norma y estableció como regla general, la mora automática del deudor por el solo vencimiento del plazo, contemplando la situación de las obligaciones con plazo tácito y

¹ Véase a Ripert & Boulanger (1965); Llambías (1970); Salas (1956); Díez-Picazo Giménez (1996).

² El Código Civil francés agrupa en un mismo párrafo las figuras de las ofertas reales de pago con el pago por consignación judicial, confiriéndoles una unidad inescindible para la producción de efectos. Texto original:

Paragraphe 4 : Des offres de paiement, et de la consignation. Article 1257 Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

Párrafo 4: Ofertas de pago y consignación. Artículo 1257 Cuando el acreedor se niegue a recibir su pago, el deudor podrá hacerle ofertas reales y, si el acreedor se niega a aceptarlas, consignar la suma o la cosa ofrecida. Las ofertas reales seguidas de un depósito liberarán al deudor; servirán en su favor de pago, cuando se hagan válidamente, y la cosa así consignada quedará a riesgo del acreedor (1804) [traducción libre].

las sin vencimiento (1968)³. Esta reforma, de igual modo, no reguló expresamente la mora del acreedor, dejando abierta a la interpretación si el régimen aplicable para su configuración era el automático o, por el contrario, se debía recurrir a la interpellación mediante la realización de ofertas reales.

En ese momento, durante el seminario antes mencionado, se concluyó que:

- 1) Si bien la mora '*acciendi*' y sus consecuencias no está legislada en forma genérica, a través del Código Civil encontramos varias referencias a ella. Verbigracia: nota al artículo 509; artículos 729, 1337, 1411, 1427, 1430, 1431, correlacionados con los artículos 764, 765, 766; artículos 1611, 1630, 2015.
- 2) El ofrecimiento de pago que realiza el deudor no se lo debe confundir ni equiparar con la consignación, pues además de ser requisito *sine qua non* para que proceda la consignación, es constitutivo de la mora '*acciendi*'.
- 3) En la mora '*acciendi*' encontramos el elemento culpa, que se puede presentar en las obligaciones pecuniarias como negativa expresa a recibir el pago, o en hechos que imposibilitan el cumplimiento del mismo.
- 4) La consignación es una facultad que la ley otorga al deudor para que procure su liberación.
- 5) No existe ninguna norma expresa que la torne obligatoria.
- 6) Se la debe usar sólo [sic] excepcionalmente y la apreciación de sus requisitos debe efectuarse con rigidez.
- 7) El acreedor está obligado a recibir el pago ofrecido por un tercero (artículo 729); y con mucha mayor razón está obligado si se lo ofrece el propio deudor (artículo 1411). (Alferillo, 1977, p. 151)

Por su parte, el régimen del pago por consignación fue establecido por el Código Civil de Argentina entre los artículos 756 y 764, empero este no fue modificado sino hasta su derogación por el denominado Código Civil y Comercial. En cuanto al ar-

tículo 756 del primer código mencionado, antes de su derogación, estatúía que “págase [sic] por consignación, haciendo depósito judicial de la suma que se debe” (1869). Es decir, regla únicamente la vía judicial para consignar la suma debida⁴.

Respecto al artículo 757, en sus primeros cuatro incisos hacía referencia a diferentes situaciones que se le pueden presentar al deudor frente al acreedor para consignar, estas son (i) cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor; (ii) cuando el acreedor fuese incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor quisiera hacerlo; (iii) cuando el acreedor estuviese ausente; (iv) cuando fuese dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago, y concurrieren otras personas a exigirlo del deudor; o (v) cuando el acreedor fuese desconocido (Código Civil de la República de Argentina, 1869).

Ahora bien, para que la consignación tenga fuerza de pago y sea válido, deben concurrir todos sus requisitos. El artículo 758 establecía que, si estos últimos no se cumplían, el acreedor no estaba obligado a aceptar el ofrecimiento del pago (Código Civil de la República de Argentina, 1869). Esto era trascendente, dado que si la consignación realizada mediante depósito judicial no era impugnada por el acreedor, entonces tenía todos los efectos de un verdadero pago. Sin embargo, en caso de ser impugnada y, por tanto, no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago desde el día en que la sentencia la declare legal, extinguendo la relación obligatoria y liberando al deudor.

En la doctrina de los autores, el profesor Moisset de Espanés sostuvo que:

La mora del acreedor da lugar a una situación transitoria, en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago. La consignación, en cambio, aunque se extienda materialmente en el tiempo –por la necesidad de sustanciar el proceso– es un hecho ‘idealmente’ instantáneo, que tiende a poner fin de manera definitiva a la relación jurídica obligatoria (1977, p. 707).

³ El artículo 509 conforme a la Ley 17711 sostiene que:

En las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable (1968).

⁴ Esta norma reconoce como antecedente al artículo 1107 del Proyecto García Goyena (1851) y los comentarios al artículo 1257 del Código Civil Francés (Marcadé, 1852). Pero como se colige, la redacción es diferente dado que no asimila la oferta de pago con la consignación.

El autor de referencia principal completa su visión expresando que:

La mora del acreedor exige siempre de su parte una conducta culpable; a la consignación puede llegarse en casos en que el deudor no ha tenido ninguna culpa. El deudor que ha constituido a su acreedor en mora no está obligado a consignar, sino que puede esperar que el acreedor purgue su mora, y pagar recién cuando el acreedor se avenga a recibir la prestación (1977, p. 707)⁵.

Este deber obligacional, conforme al pensamiento de Moisset de Espanés, surgía de considerar que:

La vida de la relación jurídica obligatoria es esencialmente 'dinámica' y que, desde su nacimiento hasta el momento de su extinción por el cumplimiento de la prestación, suele ser necesario que las partes observen una conducta diligente y presten ambas su 'colaboración' para posibilitar que la obligación se cumpla en tiempo propio.

El deber de colaborar configura lo que la doctrina suele denominar 'deberes secundarios de conducta', y cada uno de ellos es como el eslabón de una cadena cuya falta corta el proceso y puede impedir el cumplimiento de la obligación. Para determinar entonces, en un caso concreto, quién incurre en mora –si el deudor o el acreedor– resulta indispensable enfocar la etapa previa al momento de cumplimiento para indagar si cada uno de los sujetos ha cumplido con los deberes a su cargo, o si ha omitido colaboraciones que resultaban indispensables, pues en tal caso será 'moroso' el que no prestó la colaboración debida o, al menos, no podrá

achacársele mora a la otra parte y sólo [sic] corresponderá afirmar que se está frente a una situación de 'simple retardo', que no produce las mismas consecuencias que la mora, aunque no esté totalmente desprovista de efectos jurídicos (1984, p. 7).

Es decir, "la mora del acreedor consiste en la omisión de la cooperación indispensable de su parte, cuya constitución en mora se produce a partir de la oferta categórica, apropiada, circunstanciada, de pago por parte del solvens" (Santarelli, 2022, p. 206).

B. El régimen del Código Civil y Comercial

El 01 de agosto de 2015, en la República Argentina, entró en vigor el Código Civil y Comercial, el cual regula en su artículo 886 el régimen de la mora en las obligaciones, estableciendo que "la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación" (2015)⁶. En cambio, el acreedor incurrirá en mora bajo dos escenarios. En primer lugar, cuando el deudor efectúe una oferta de pago que cumpla con los requisitos del artículo 867, estos son requerimientos de identidad, integridad, puntualidad y localización (2015). En segundo lugar, el acreedor incurrirá en mora cuando se rehúse a recibir el pago injustificadamente.

Cabe resaltar que, en la actualidad, se está tratando en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley remitido por el Poder Ejecutivo Nacional, este contiene modificaciones relacionadas con las normas en tratamiento⁷.

En cuanto al régimen del pago por consignación judicial, el código vigente mantiene el sistema clá-

⁵ Véase a Compagnucci de Caso (1981).

⁶ Se completa el régimen:

Artículo 887. Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación. En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito.

Artículo 888. Eximición.

Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación (2015).

⁷ A través del MEN-2023-7-APN-PTE, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, se propone:

En el artículo 355.- Sustitúyanse los incisos a) y b) del artículo 887 del Código Civil y Comercial aprobado por la Ley 26994 y sus modificatorias por los siguientes:

Artículo 887. Excepciones al principio de la mora automática. La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones:

a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, cuando resulta o no tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor debe interpelar al deudor para constituirlo en mora;

sico imperante, enumerando en el artículo 904 los casos en que procede. Además, establece que el proceso de consignación está sujeto a los mismos requisitos que el pago.

En el artículo 906, luego de fijar los detalles formales para cada hipótesis, se indican los efectos de la consignación judicial. Se establece que “la consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda”. Además, el artículo 907 pone en manifiesto que “si la consignación es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite” (Código Civil y Comercial, 2015).

En cuanto al artículo 908, este autoriza la purga de la mora *debitoris*, al permitir que “el deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación” (Código Civil y Comercial, 2015). Sin embargo, la incorporación de la consignación extrajudicial en sede notarial, a partir de los artículos 910-913, es la gran novedad del código referenciado.

Con relación a la procedencia y trámite de la mencionada consignación extrajudicial, el artículo 910 establece que:

El deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial. A tal fin, debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo los siguientes recaudos: a) notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito; b) efectuar el depósito de la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignar judicialmente (Código Civil y Comercial, 2015).

Cabe aclarar que la incorrectamente denominada ‘consignación extrajudicial’ no es obligatoria, en cambio es una opción cuando se presentan dificultades para el deudor, ello a fin de acreditar que hizo su oferta real de pago. En otras palabras, el depósito de la suma adeudada en una notaría facilita la prueba de que realizó, de manera fehaciente, el ofrecimiento de pago al acreedor tal como fue pactado.

La autorización dada por el Código Civil y Comercial de hacer el depósito dinerario en una escribanía, deja algunas reflexiones:

- Abre una alternativa legal y, por ende, válida, para hacer y acreditar el ofrecimiento real de pago cuando se haya estipulado un domicilio de pago determinado ya sea el del deudor, del acreedor o de un tercero, y exista dificultad para documentar su ejecución.
- Si el depósito se hace antes de la fecha del vencimiento, entonces el monto, a fin de ser considerado íntegro, deberá contener todos los accesorios pactados hasta el día estipulado. A partir de ese momento, el acreedor tiene el deber de recibir el pago que se le ofrece.

Al respecto, se ha sostenido que la figura reconoce antecedentes tanto en el derecho romano⁸ como en el italiano⁹, considerando la regulación de la figura un híbrido jurídico, como se explicará a continuación.

Para iniciar el trámite con el depósito ante notario, no es requisito *sine qua non* que el acreedor previamente haya sido constituido en mora y se tenga constancia de su reticencia para recibir el pago, siendo este proceso un instrumento legal para llevar a cabo la oferta de pago cierta y lograr constituir en mora al acreedor si este la rechaza injustificadamente. A su vez, si el ofrecimiento es aceptado voluntariamente por el acreedor, este procedimiento puede terminar con la extinción de la obligación y la correspondiente liberación

b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación (2023).

Este proyecto, luego de ser tratado en la Cámara de Diputados, fue remitido nuevamente a estudio de las Comisiones.

⁸ En el Digesto se menciona que:

Si habiéndote de pagar yo una cantidad la hubiese depositado por tu orden sellada en poder de un cambista hasta que fuese admitida, escribe Mela en el libro décimo, que habrá de estar a tu riesgo, lo que es verdad, pero con tal que singularmente se atienda a si en ti hubiere consistido que no sea admitida inmediatamente; porque en ese caso habrá de ser considerado lo mismo que si estando yo dispuesto a pagarla tu no quisieras recibirla por alguna causa (Justiniano I, siglo VI d.C.).

⁹ Véase a Ricci (1985) y a De Ruggiero (1944).

del deudor. Es decir, tiene elementos de las dos instituciones: la mora del acreedor y el pago por consignación judicial (Alferillo, 2014, p. 559; 2016, p. 1; 2018, p. 331). Asimismo, con relación al tema:

La consignación extrajudicial solamente es procedente en las obligaciones de dar sumas de dinero, y además constituye una potestad del deudor porque carece de obligatoriedad. Es decir, el depositante puede elegir libremente entre esta vía o la promoción de una demanda judicial (Trigo Represas, 2019, p. 634).

En cuanto a los recaudos a cumplir en el depósito notarial, el artículo 910 del Código Civil y Comercial ordena que el deudor de una suma de dinero, sin perjuicio de las disposiciones relativas al depósito judicial, pueda optar por el trámite de consignación extrajudicial (2015). Para ello, deberá depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor (Bertres, 2016, p. 247). Cabe resaltar que la selección del escribano público responde a los fines de tener plena prueba de la realización del depósito y cumplimiento exacto de la tramitación extrajudicial, dado que tiene capacidad fedataria.

Continuando en el estudio del trámite previsto, el artículo 910.a indica que el deudor deberá notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito, dado que el escribano debe actuar con imparcialidad en el trámite (Código Civil y Comercial, 2015). Respecto al lugar donde se depositará, está claro que debe ser en el domicilio legal de la escribanía seleccionada, aunque nada está regulado al respecto (lo que deja abiertas otras posibilidades). Respecto al monto, cuando la obligación ya es exigible (lo que implica que habría mora del deudor automática en curso), la suma a depositar debe ser integrada con los intereses devengados hasta el día del depósito.

La realización efectiva del depósito debe ser notificada fehacientemente por el escribano al acreedor dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado. Si el escribano de registro no puede cumplir con la notificación, deberá dar noticia al deudor para que proceda a consignar judicialmente. En este caso, será factible el trámite sin la realización de una oferta real de pago, en tanto quedó demostrado que es imposible que sea realizada.

Relacionado con los derechos del acreedor ante el depósito efectivizado, el artículo 911 del Código Civil y Comercial¹⁰, le concede una serie de alternativas. En este sentido, corresponde precisar que el notario actúa como receptor y custodio de la suma, debiendo comunicar al acreedor cuando la tiene a su disposición. En este procedimiento, el notario debe actuar con imparcialidad, dando certeza de la posición y actuación de cada una de las partes, siendo estas las actividades por las que deberá recibir retribución.

En cuanto al artículo 911.a, este impone el pago de los gastos y honorarios del notario al deudor que intenta abonar (Código Civil y Comercial, 2015). Esta disposición podría ser justa si el deudor no había realizado previamente ofertas reales de pago extrajudicial (sin intervención notarial), ya que al momento de hacerlo ante notario intentaría colocar en mora al acreedor. Sin embargo, si este último había sido anteriormente reticente a recibir el pago o había manifestado que no lo recibiría, entonces se encuentra ya incurso en mora. Por lo tanto, no es justo, desde el punto de vista legal, que el deudor deba soportar el pago de los honorarios del notario. Esta situación puede llevar a desalentar este modo de consignación e incentivar el optar directamente por la vía judicial, ya que mediante la misma, las costas serán a cargo del acreedor moroso de ser procedente el pago.

La hipótesis prevista en el artículo 911.b plantea que el acreedor rechace el procedimiento y retire el depósito, abonando los gastos y honorarios del escribano (Código Civil y Comercial, 2015). Es lógico que, si el acreedor inicia acción judicial reclamando una diferencia, entonces podrá también reclamar la restitución de la suma abonada al escribano. En el caso de que la jurisdicción le dé la razón, se entenderá que la oferta-depósito no fue realizada correctamente y, por lo tanto, nunca estuvo en mora *accipiendo*.

Finalmente, el artículo 911.c prevé que el acreedor rechace el procedimiento y el depósito, o no se expida al respecto. En tal caso, el deudor podrá disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente y podrá solicitar al escribano que deje constancia de la reticencia del acreedor, quien tendrá a su costa los honorarios del notario. Esta hipótesis deja en claro que el notario no tiene poder de

¹⁰ Artículo 911 del Código Civil y Comercial: Derechos del acreedor

Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a: a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano; b) rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano; c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente (2015).

imperium jurisdiccional para considerar realizado el pago y dar por extinguida la obligación, sino que se trata de una facultad exclusiva del Estado.

Por otro lado, el artículo 912¹¹ prevé los derechos del acreedor que retira el importe depositado, pero rechaza el pago. En tal supuesto, puede reclamar judicialmente un pago mayor, considerarlo insuficiente, o exigir la repetición de los gastos y honorarios pagados al entender que no se encontraba en mora, o ambas cosas. Para que estos derechos sean operativos, el acreedor debe hacer reserva de su derecho en el recibo, sino se considerará que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar, el acreedor tiene un término de caducidad de treinta días, computados a partir de la fecha del recibo con reserva.

En lo relativo a los impedimentos para formular el depósito notarial, el artículo 913 del Código Civil y Comercial¹² señala que el deudor no podrá acudir al procedimiento de depósito notarial si, antes de su realización, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación (2015). Estas alternativas impeditivas serán operativas cuando hayan sido puestas en conocimiento del deudor. Mientras tanto, el deudor tendrá la posibilidad de acudir ante el escribano para depositar el monto adeudado (Alferillo, 2014, p. 559; 2016, p. 1; 2018, p. 331).

III. LA EVOLUCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ

A. Régimen del Código Civil de 1936

El Código Civil del Perú que regía desde el 02 de junio de 1936 por imperio de la Ley 8305, interpretaba, en su artículo 1234, que “no se entenderá efectuado el pago sino cuando se hubiese cumplido por completo la prestación en la que la obligación consiste”. Posteriormente, se reglaban los requisitos que el deudor debía cumplir para efectuar correctamente el pago a su acreedor y los efectos que producía (artículo 1235 y 1253, respectivamente).

Por su parte, el artículo 1254 establecía que, como regla general, “incurre en mora el obligado, desde

que el acreedor le exija judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación” (Código Civil del Perú, 1936). Estas acciones no serán necesarias siempre que la ley o el pacto lo hayan declarado expresamente, cuando la naturaleza y circunstancias de la obligación indiquen la época en la cual debía entregarse la cosa o hacerse el servicio. Esta disposición fue motivo determinante para establecer claramente el servicio que había de cumplirse.

En el artículo 1255 se precisaba que, en las obligaciones recíprocas, desde que alguno de los obligados cumple su obligación o se allana a cumplir la que le concierne, entonces ninguno de los obligados incurre en mora (Código Civil del Perú, 1936). Esta regla, sin duda, corresponde al régimen de los contratos y no al derecho de las obligaciones estrictamente, como ha sido tratado en otros regímenes¹³.

A partir de las normas transcritas, se puede ingresar al tema seleccionado como de interés para esta investigación. El artículo 1258 del Código Civil del Perú ordenaba que “si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se negare a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida”. La norma continuaba reglando que “procede también la consignación en los casos en que el deudor no pueda hacer un pago válido. En el primer caso, es necesario que el ofrecimiento se haya hecho concurriendo todas las circunstancias que se requieren para hacer válidamente el pago” (1936).

Como se colige, la derogada norma no expresaba que estaba regulando una situación de mora *creditoris*, ni hacía referencia a ello, empero la impone como presupuesto necesario para la procedencia de la consignación judicial. El punto de interés se focaliza en el modo y momento a partir del cual se determina que el deudor estaría libre de responsabilidades. En ese sentido, se advierte una fuerte influencia de la normativa francesa antes visualizada, la cual considera una continuidad jurídica entre el ofrecimiento de pago y la consignación judicial para liberar al deudor de responsabilidad. En otras palabras, los artículos del 1259

¹¹ Artículo 912 del Código Civil y Comercial: Derechos del acreedor que retira el depósito.

Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva.

¹² Artículo 913 Código Civil y Comercial: Impedimentos.

No se puede acudir al procedimiento previsto en este Parágrafo si antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación.

¹³ Véase el artículo 1201 del Código Civil Argentino (1869) y el artículo 1030 del Código Civil y Comercial (2015).

hasta el 1262 del derogado código regulaban el procedimiento del pago por consignación¹⁴.

B. El régimen del Código Civil de 1984

El vigente Código Civil del Perú proporciona la noción de pago en el artículo 1220, cuando regla que “se entiende efectuado el pago sólo [sic] cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación” (1984).

Ahora bien, por un lado, el artículo 1333¹⁵ conserva el régimen de la mora del deudor, ya sea judicial o extrajudicial, como regla general. De igual modo, en sus incisos 1 y 2 se mantienen las mismas excepciones, con pequeñas variaciones como la inclusión del término ‘de la obligación’ en el inciso 2, y el reemplazo de ‘la cosa’ por ‘el bien’ en referencia a la entrega. Por otro lado, el artículo 1334¹⁶ fija un modo especial para configurar la mora del deudor cuando el monto de la deuda haya sido diferido a la decisión judicial.

Por su parte, el artículo 1335¹⁷ reitera el sistema de neutralización de efectos morosos cuando existe mora recíproca. Cabe destacar que esta norma pertenece al ámbito del derecho de los contratos, donde el vínculo jurídico creado puede contener más de una obligación, como en el caso de la compraventa. En cambio, el derecho de las obligaciones analiza la vida de una obligación desde su nacimiento hasta su extinción. Por ello, puede existir sucesivamente: mora del deudor, purga de

su mora y, a partir del ofrecimiento de pago (oferta real), la constitución de la mora del acreedor cuando se niega a recibirla, que es presupuesto para la procedencia del pago por consignación.

De retorno a la dogmática, la responsabilidad del deudor en caso de mora está regulado en el artículo 1336 del Código Civil del Perú, donde se señala que:

El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable.

Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha ocurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación; aunque se hubiese cumplido oportunamente (1984)¹⁸

Respecto a la mora *acciéndi*, esta es conceptualizada en el artículo 1338, donde se precisa que “el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”. Seguidamente, el artículo 1339 establece que “el acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso” (Código Civil del Perú, 1984).

¹⁴ A continuación, los artículos en mención:

Artículo 1259.- La consignación debe verificarse con citación del acreedor, en la persona que el juez designe, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.

Los depósitos judiciales de dinero y valores, se harán en la Caja de Depósitos y Consignaciones.

Artículo 1260.- La consignación que no fuese impugnada por el acreedor surte los efectos del pago. Si fue impugnada, surtirá los efectos del pago desde el día en que tuvo lugar cuando la oposición del acreedor sea desestimada.

Artículo 1261.- Si el acreedor impugnase la consignación, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, a no ser que hubiese recaído resolución judicial declarándola fundada.

Artículo 1262.- El acreedor que consiente en que el deudor retire la consignación, perderá la preferencia que tuviere y quedaran libres de toda responsabilidad los codeudores y fiadores (1869).

¹⁵ Artículo 1333.-

Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. Cuando la ley o el pacto lo declaran expresamente.
2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor (Código Civil del Perú, 1984).

¹⁶ Artículo 1334.- En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el Artículo 1985 (Código Civil del Perú, 1984).

¹⁷ Artículo 1335.- En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá (Código Civil del Perú, 1984).

¹⁸ Artículo 1337.- Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste [sic] puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios (Código Civil del Perú, 1984).

Recapitulando, el artículo 1338 describe dos tipos de mora del acreedor:

- La primera, en la resistencia de recibir el pago que le ofrece el deudor. Esta situación se encuentra regulada en los artículos 1565, 1568, 1569, 1681, entre otros, del Código Civil peruano.
- La segunda se presenta cuando el acreedor se niega a cumplir con algún acto de colaboración secundario que sea necesario para el desarrollo normal de la obligación, la cual nació para extinguirse con su cumplimiento. Verbigracia: no individualiza el objeto de la prestación cuando es su facultad, no se presenta a las sesiones para que el pintor lo retrate como estaba pactado, entre otros escenarios (artículos 1144, 1138.4 y otros del Código Civil del Perú, 1984).

A partir de ello, la primera se la asocia a la *mora accipiendi*, que es la mora en recibir. Esta se diferencia de la *mora creditoris*, que es la mora del acreedor en colaborar y cumplir con sus débitos secundarios de cooperación. En ese sentido, el profesor Moisset de Espanés recordaba que:

La función social de los derechos personales es la de permitir que los sujetos logren satisfacer sus legítimos intereses por medio de la cooperación prestándose unos a otros determinados servicios. Pero este objetivo de lograr el fin jurídico –cumplimiento de la prestación, exige también que ambos sujetos, como deber secundario de conducta tengan que colaborar uno con el otro, poniendo cada uno de su parte los medios necesarios para que pueda ejecutarse debidamente y en tiempo la prestación debida (2016a, p. 47).

Asimismo, este autor comentaba sobre el artículo 1338 del vigente Código Civil peruano, sosteniendo que:

Destaca con acierto, la ilegitimidad de la actividad del acreedor, que no presta la colaboración debida para que el deudor cumpla con la prestación. Se trata de una conducta que vulnera la exigencia legal de cooperar y ello le acarreará como consecuencia las sanciones que se prevén en los artículos siguientes (2006a, p. 54).

Respecto al pago por consignación, el artículo 1251 detalla los presupuestos, estableciendo que:

El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación.
2. Que, respecto del acreedor, concurren los supuestos del Artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas (1984)¹⁹.

Por su parte, el artículo 1252 discrimina que el 'ofrecimiento' puede ser judicial o extrajudicial. En ese sentido:

Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido.

El ofrecimiento extrajudicial se debe efectuar de la manera que estuviera pactada en la fuente de la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación

¹⁹ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. Texto anterior a la modificación:

Artículo 1251.- Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad si consigna la prestación debida. Es necesario, en este caso, que el ofrecimiento se haya efectuado concurrendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago.

Procede también la consignación en los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido (1984).

debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale²⁰ (1984).

Dando un paso adelante, el artículo 1253 entiende que:

El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.

La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se traman en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva²¹ (1984).

Con relación al alcance jurídico del pago consignado efectivamente, el artículo 1254, establece que:

El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando:

1. El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento;
2. La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada. El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento²². (Código Civil del Perú, 1984)

Finalmente, el artículo 1255 regula el desistimiento del ofrecimiento de pago, indicando que es el deudor quien “puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes: 1. Antes de la aceptación por el

acreedor. 2. Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada” (1984)²³.

Moisset de Espanés observó críticamente las normas del ofrecimiento real de pago y la consignación, señalando que:

Lamentablemente algunas de las nuevas normas no son un modelo de claridad lo que ha motivado que la Comisión que estudia los cambios que deben introducirse al Código haya considerado conveniente formular propuesta que, con lenguaje más claro y preciso, regule el problema.

De cualquier forma, aunque en el nuevo artículo 1252 se comienza hablando de ofrecimiento judicial o extrajudicial de pago, lo que ha impulsado a algún autor a creer que podía haber consignación extrajudicial, la doctrina más autorizada entiende, basándose en el artículo 1253, que la consignación es siempre un proceso judicial (2006a, p. 54).

Es importante tener en cuenta que la opinión del autor (2006) es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial en Argentina (2015), el cual introdujo la figura denominada ‘consignación extrajudicial’. Por lo tanto, se procederá a un análisis comparativo de las reformas introducidas al Código Civil del Perú en función de los precedentes tenidos a la vista.

IV. COMPARATIVA DE LOS REGÍMENES

A. Denominación jurídicamente incorrecta: ‘consignación extrajudicial’

En el argot jurídico, el término ‘consignar’ está históricamente vinculado con el trámite que inicia el

²⁰ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. Texto anterior a la modificación:

Artículo 1252.- La consignación debe efectuarse con citación del acreedor, en la persona que la ley o el juez designen, extendiéndose acta de todas las circunstancias del depósito.

Los depósitos de dinero y valores se hacen en el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga la tasa del interés legal (1984).

²¹ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. Texto anterior a la modificación:

Artículo 1253.- La consignación de dinero o de otros bienes que no es impugnada por el acreedor, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su citación, surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento (1984).

²² Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. Texto anterior a la modificación: Artículo 1254.- La consignación impugnada surte los efectos del pago retroactivamente al día del ofrecimiento, cuando la impugnación del acreedor se desestima por resolución con autoridad de cosa juzgada (1984).

²³ Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993. Texto anterior a la modificación: Artículo 1255.- La consignación puede ser retirada por quien la efectuó, en los siguientes casos: 1.- Antes de la aceptación por el acreedor. 2.- Cuando hay impugnación, mientras ésta [sic] no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada (1984).

deudor ante los organismos judiciales al depositar ciertamente la suma en iguales condiciones que si fuere el pago debido, ello para que se declare su procedencia y quede liberado de la deuda.

Para comprender el significado de ‘consignar’²⁴, el Diccionario de la Real Academia Española sostiene que es “entregar por vía de depósito, poner en depósito algo. Sin.: depositar, entregar”. Asimismo, puede entenderse como la acción de “depositar la cosa o cantidad debida a disposición del acreedor o del juez”. Como se colige, consignar es sinónimo de depositar o entregar. Por tanto, la designación complementaria del lugar, ya sea judicial o extrajudicial, determina dónde y cómo se debe realizarse el depósito de lo adeudado.

En función de ello, se observa que la denominación del Código argentino peca de ser demasiado amplia o laxa, dado que el depósito únicamente puede consistir en una suma de dinero y debe realizarse en una escribanía con registro autorizado. Sin lugar a hesitación debió ser denominada con mayor precisión, como ‘consignación notarial’ o ‘depósito en pago en sede notarial’.

Por otro lado, en el régimen del Código Civil del Perú no existe consignación extrajudicial alguna (como depósito cierto de la prestación en algún lugar para lograr la liberación del deudor, incluso de ser aceptado por el acreedor). En su lugar, se regula la posibilidad de realizar un ofrecimiento extrajudicial que luego se complementa con la consignación judicial.

B. Consecuencias de la diferencia entre ‘mora del acreedor’ y ‘pago por consignación’

El Código Civil del Perú, al igual que el código unificado argentino, *prima facie*, ha diferenciado de manera adecuada las figuras de la ‘mora del acreedor’ del ‘pago por consignación’. Sin embargo, la regulación del artículo 1252 del Código Civil del Perú, referenciado con anterioridad, genera un alto grado de problemas hermenéuticos al referirse y regular el ofrecimiento judicial o extrajudicial de pago en el marco del régimen de la ‘consignación judicial o extrajudicial’. Para superar este conflicto, se procurará buscar una interpretación armónica.

En términos básicos, el Código peruano, en su artículo 1338, describe dos presupuestos que pueden colocar al acreedor en situación de mora. Cuando se trata de la mora *accipiendo*, el deudor debe efectuar un ofrecimiento real de pago, tal

como fue pactado, y de ser rechazado ilegítimamente por el acreedor sin una razón válida, entonces se considera que el acreedor está en mora. El ofrecimiento real implica poner a disposición del acreedor la prestación debida, generalmente dinero en mano, ello para ejercer el derecho a liberarse de la obligación. La negativa del acreedor a aceptar el pago convierte este ofrecimiento en una interpellación constitutiva de la mora *accipiendo*. Así, una vez configurada la mora del acreedor, la obligación sigue vigente. Sin embargo, los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación quedan a cargo del moroso, al igual que la suspensión de los intereses moratorios o compensatorios.

Este criterio de diferenciar los efectos entre las figuras permitió aseverar, en vigencia del derogado Código Civil, que:

Los intereses moratorios o los punitorios, en su reemplazo, deben dejar de devengarse con el ofrecimiento que realiza el deudor de su prestación, pues si este ofrecimiento origina la mora *accipiendo*, abonarlos significaría conceder un enriquecimiento injustificado al acreedor. El deudor moroso, sí, ha corrido con todos los riesgos, y deben abonar los intereses moratorios o punitorios que corresponden al tiempo de su retraso culposo, pero no tiene que continuar abonando esos intereses, ni cargando con los riesgos posteriores. Esto responde a los principios de equidad y buena fe, en que deben inspirarse todos los vínculos que nacen de la relación jurídica obligacional.

Con respecto a los intereses compensatorios, que representan la falta de utilización del capital por el acreedor, entendemos que también deben dejar de devengarse con el ofrecimiento de pago, pues si el acreedor no está en posesión del capital es por su propia culpa; culpa que no debe ser premiada con intereses.

Además, tiene la posibilidad, con una simple interpellación, solicitando el pago del capital adeudado, de purgar su mora, tornando innecesario el proceso de consignación, a la vez que volvería a colocar al deudor en situación de mora, obligándolo a realizar el pago, si no quiere cargar con las consecuencias que apareja la mora (Alferillo, 1977, p. 151).

Por estas razones, se aprecia como acertado el contenido del artículo 1339 del Código Civil del Perú, que impone al acreedor moroso la obligación de indemnizar los daños derivados de su atraso (1984). Es evidente que indemnizar es un

²⁴ Véase a la definición de la Real Academia Española.

comportamiento activo que traslada al monto del resarcimiento por el daño causado del patrimonio del acreedor moroso al del deudor. Esto está bien reglado, pero impone una hermenéutica flexible para incluir en el mismo la suspensión de los intereses.

En cuanto al traslado de los riesgos a la esfera de responsabilidad del acreedor, se encuentra previsto adecuadamente en el artículo 1340 del Código Civil del Perú, que precisa que “el acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor” (1984).

Para cerrar este punto, es importante destacar que, con la mora del acreedor, la obligación sigue vigente y produce otros efectos que, con un cambio de actitud del *creditoris*, puede purgarla aceptando el pago ofrecido por el deudor.

C. La consignación aceptada o declarada procedente extingue la obligación

El Código Civil del Perú, en el artículo 1251, especifica que el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida. Esto ocurre cuando el deudor ha ofrecido al acreedor el pago correspondiente o lo ha puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación, y el acreedor se ha negado injustamente a recibirlo. En otras palabras, este artículo establece que cuando la consignación es aceptada o declarada procedente, se extingue la obligación y el deudor queda liberado de la misma.

Hasta este punto de coordinación de las normas, no existe conflicto, dado que se diferencia perfectamente la figura de la mora del acreedor y la del pago por consignación, siendo la primera, uno de los presupuestos necesario para la procedencia de la segunda. Es importante señalar que no se establece que solo la consignación judicial produce la liberación del deudor, ya que esta también puede ser declarada por el juez de la causa, quien tiene el *imperium jurisdiccional* para imponerlo.

Todo ello no queda aclarado en el Código Procesal Civil, en particular en los artículos 809 y 810, ya que son ambiguos en cuanto a la posibilidad de declarar la extinción de la obligación cuando el depósito ha sido correctamente ejecutado conforme a lo pactado, pero existe oposición del acreedor. Esta falta de claridad no se condice a la tradición de la figura del pago por consignación judicial y, a la par, es generadora de nuevos conflictos.

Por otro lado, el régimen argentino es contundente en su artículo 907, al establecer que, si el

depósito de la prestación no fue impugnado o se declara válido por reunir los requisitos del pago, entonces se declara que la obligación ha quedado extinguida desde el día de la notificación de la demanda (1984). De este modo, incluso se permite que, en caso de una consignación defectuosa, el deudor subsane el defecto para que realmente se termine el conflicto y se extinga la obligación.

D. El conflicto hermenéutico: la doble regulación de la mora del acreedor

El título de este apartado anticipa la conclusión final, ya que después de varias cavilaciones sobre el régimen del Perú, se advirtió que el mismo adopta dos sistemas diferentes, lo que provoca una innecesaria duplicación en la configuración de la mora del acreedor. En ese sentido, se ha comprobado que el Código Civil francés no regula la mora del acreedor de forma expresa, sino que, a partir del artículo 1257, regula conjuntamente las ‘ofertas de pago y consignación’.

En la dogmática argentina, en el derogado código de Vélez Sársfield, se describía la mora del acreedor, pero no se regulaba. Además, el régimen de la consignación judicial en Argentina no siguió al modelo francés. En cambio, el Código Civil y Comercial vigente sí regula la mora del acreedor de forma diferenciada al pago por consignación, incluyendo en este último la figura de la ‘consignación extrajudicial’ que se observó críticamente *ut supra*.

Por otro lado, en el régimen del Código Civil del Perú, se hace referencia en el contenido del Capítulo Tercero, que se inicia con el artículo 1251, donde se regula el pago por consignación tratando conjuntamente a figuras jurídicas diferentes. El artículo en mención se encuentra en perfecta armonía con el artículo 1338 del Código Civil del Perú, ya que reglamenta la mora del acreedor como un presupuesto para la procedencia del pago por consignación.

El conflicto hermenéutico surge del contenido del artículo 1252 del Código Civil del Perú, titulado ‘Consignación judicial o extrajudicial’, pero que en su contenido reglamenta el ‘ofrecimiento’ enumerando las distintas hipótesis. A primera vista, este artículo 1252 entraría en conflicto interpretativo con el 1338 del código sustancial del Perú. Sin lugar a duda, la terminología empleada genera polémica, ya que no se puede confundir la figura del ‘pago por consignación judicial’ con el de ‘ofrecimiento del pago’ por parte del deudor al acreedor. Son dos instituciones complementarias pero diferentes, cada una produce distintos efectos tal y como se ha expuesto *ut supra*.

Si en un ejercicio teórico se le cambiará el nombre al título del artículo 1252 por uno que diga 'Ofrecimiento de pago judicial y extrajudicial', entonces se podría avanzar en el análisis para verificar si existe o no una complementación con el artículo 1338. Este último artículo contiene dos hipótesis claramente diferenciadas. Una está relacionada con la negativa del acreedor a recibir la prestación ofrecida y la otra, cuando se niega a cumplir con las obligaciones secundarias o de colaboración.

A partir de lo anterior, el primer detalle perceptible del régimen del Perú se encuentra en la redacción del título del artículo 1252 cuando emplea el término 'ofrecimiento', pudiendo ser judicial o extrajudicial. El término empleado por la norma deriva del verbo 'ofrecer', cuyo significado es "comprometerse a dar, hacer o decir algo" (Diccionario de la Real Academia Española). Este significado es compatible con las normas adjetivas contenidas en el artículo 804 del Código Procesal Civil cuando describe la forma de llevar a cabo el ofrecimiento judicial de pago, el cual "debe consistir en cumplir la prestación en la audiencia" (1992). Es decir, el deudor asume un compromiso ante la jurisdicción de cumplir con el pago en el acto procesal antes mencionado.

Sin embargo, no es compatible con el precepto contenido en el artículo 1338, en el cual es el deudor quien formula una oferta real de la prestación para que, ante la negativa a recibirla, el acreedor quede constituido en mora (1984). Por otro lado, si la oferta pergeñada por el artículo 804, antes referenciado, consistiera en el depósito cierto de la suma debida, entonces se eliminaría la posibilidad de que un deudor de mala fe iniciara el procedimiento y, con el único propósito de dilatar el cumplimiento, no se presente a la audiencia o en la misma diga que no tiene el dinero para saldar la deuda.

Esta normativa no siguió el concepto clásico derivado del artículo 1257 del Código Civil francés, que regula las 'ofertas reales', entendidas como ofrecimientos ciertos y no declamativos. Se diría, 'dinero en mano' o 'prestación a la vista'. En forma conjunta, en un proceso unitario, con la consignación.

Como se colige, con este detalle quedan en evidencia dos regímenes regulados notablemente diferentes dentro del Código Civil del Perú que se extendió, el similar a la norma francesa, a la normativa adjetiva. Esto se debe a que el artículo 1338 se desvincula en sus tiempos y efectos del proceso judicial de pago por consignación. En cambio, el artículo 1252 unifica la temporalidad del acto de (ofertar) comprometerse a cumplir con la prestación adeudada ante la administración de justicia (es decir, abonar en la audiencia)²⁵ y, en caso de reticencia del acreedor, a depositar para iniciar la consignación propiamente dicha, conforme el artículo 807 del Código Procesal Civil²⁶.

Una pregunta procedural ineludible es si el deudor que realizó la oferta real de cumplimiento y colocó en situación de mora al acreedor debe hacer ineludiblemente el ofrecimiento judicial antes de consignar. La respuesta es muy importante, ya que el acreedor moroso asume los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación y, cuando es dineraria, de la suspensión del curso de los intereses. Esto influye en el monto a depositar cuando existen pactados intereses, entre otros detalles.

En respuesta, se entiende que si el deudor hizo la oferta real de pago en tiempo y forma y el deudor fue reticente en recibir el pago, este último quedó constituido en mora y el deudor podrá avanzar, sin otro requisito, a depositar el monto en el proceso judicial de consignación. Es importante que el deu-

²⁵ Artículo 805 del Código Procesal Civil del Perú

Si el acreedor no contradice el ofrecimiento dentro de los cinco días del emplazamiento, en la audiencia el Juez declara la validez del ofrecimiento y recibirá el pago, teniendo presente lo dispuesto en el Artículo 807.

En caso de inconcurrencia del emplazado, se procederá en la forma establecida en el párrafo anterior.

Si el solicitante no concurre a la audiencia, o si concurriendo no realiza el pago en la forma ofrecida, el Juez declarará inválido el ofrecimiento y le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres Unidades de Referencia Procesal. Esta decisión es inimpugnable.

Si el emplazado acepta el ofrecimiento, el Juez ordenará que la prestación le sea entregada de manera directa e inmediata (1992).

²⁶ Artículo 807 del Código Procesal Civil del Perú

Para la consignación de la prestación se procede de la siguiente manera:

1.- El pago de dinero o entrega de valores, se realiza mediante la entrega del certificado de depósito expedido por el Banco de la Nación. El dinero consignado devenga interés legal.

2. Tratándose de otros bienes, en el acto de la audiencia el Juez decide la manera, lugar y forma de su depósito, considerando lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes.

3.- Tratándose de prestaciones no susceptibles de depósito, el Juez dispone la manera de efectuar o tener por efectuado el pago según lo que el título de la obligación tenga establecido o, subsidiariamente, lo expuesto por las partes (1992).

dor tenga una prueba fehaciente de la realización de la oferta real.

Respecto a las hipótesis enumeradas por el artículo 1252 para que proceda la consignación judicial, nada se puede comentar cuando han sido pactadas por las partes, dado que impera el principio *pacta sunt servanda*. En cambio, cuando no estuvieran reglamentadas en el contrato o legalmente la forma de hacer el pago, entonces se debe tener presente que el Código Civil del Perú, al igual que cualquier otro, es una integridad normativa sistematizada.

Por ello, cuando alguna pauta esta indeterminada o no está perfectamente individualizado el modo de cumplir con la prestación, se debe recurrir a la aplicación de las normas supletorias insertas en el código tales como el artículo 1238 que fija el lugar de pago, el 1236 que determina la forma de calcular el valor del pago, el 1143 que fija las reglas para la elección del bien incierto, entre otros.

Únicamente, ante la imposibilidad absoluta de precisar la forma de ejecutar el pago, el deudor debería depositar y poner a disposición de su acreedor la prestación correcta.

En la tercera hipótesis, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir, debe tenerse muy en cuenta cuál es la naturaleza jurídica de la obligación secundaria de cooperación que asumió el acreedor. Pues en algunas hipótesis puede impedir absolutamente la determinación de la prestación y en otros no.

Si el objeto de la prestación asumida por el deudor no está claramente identificado, entonces este no puede depositarla. Esta prestación debe ser determinable de algún modo para que el deudor pueda iniciar el proceso de consignación de la deuda.

Cabe resaltar que esta hipótesis debe ser armonizada con el artículo 1338, en el cual se establece que el acreedor incurre en mora cuando no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación (1984). En el párrafo siguiente, se incluyen casos que son clásicos para

la procedencia de la consignación directa ante los organismos jurisdiccionales.

En cuanto al ofrecimiento extrajudicial estatuido en el artículo 1252, de igual modo, se debe complementar y armonizar con el 1338, dado que la oferta real de pago se efectúa extrajudicialmente. Por ello, el artículo 811 del Código Procesal Civil²⁷ exige al deudor que acredite la realización del ofrecimiento extrajudicial y la negativa del acreedor a cumplir con el deber de recibir la prestación. Así, armonizando estas normas sustantivas y adjetivas, el deudor, cuento se hubiere pactado la manera de efectuar el ofrecimiento extrajudicial, deberá acreditar que lo llevó a cabo de este modo para proceder a consignar.

En cambio, se puede aseverar que ofrecer el pago mediante una carta notarial no cumpliría con el requisito de ser una oferta real para configurar la mora *accipiendi* o la negativa a recibir el pago ofrecido. Sin embargo, sería válido para otras alternativas de reticencia de colaborar por parte del acreedor que impiden la ejecución del pago o su determinación.

V. CONCLUSIONES

El examen comparativo efectuado del contenido del Código Civil del Perú, en paralelo, con el Código Civil y Comercial de Argentina, dejó enseñanzas genéricas que deberían ser tenidas en cuenta en las mesas académicas donde se debatirán los proyectos de reformas.

- Es trascendente, en técnica legislativa, la precisión terminológica para no generar ambigüedades o confusiones entre sus intérpretes cuando deben analizar el contenido normativo, en especial de los presupuestos de configuración, la naturaleza jurídica, la *ratio legis* y los efectos propios de la 'mora del acreedor' y los del 'pago por consignación'.

Las normas deben estar redactadas de un modo simple porque están destinadas para ser conocidas, entendidas y cumplidas por los ciudadanos comunes.

²⁷ Artículo 811 del Código Procesal Civil del Perú.-

Si el acreedor a quien se ha hecho ofrecimiento extrajudicial de pago se ha negado a admitirlo, el deudor puede consignar judicialmente la prestación debida. Para este efecto, el silencio importa manifestación de voluntad negativa.

El solicitante debe cumplir con los requisitos del Artículo 803, acompañando los medios de prueba del ofrecimiento y negativa.

En el auto admisorio, el Juez emplaza al acreedor para que en la audiencia exprese o no su aceptación al pago, bajo apercibimiento de disponer su consignación.

Son de aplicación supletoria las demás disposiciones de este Subcapítulo (1992).

- La ‘mora del acreedor’ y el ‘pago por consignación’ son institutos jurídicos diferentes y autónomos en sus presupuestos de configuración y en los efectos que producen. En este sentido, que la ‘mora del acreedor’ sea uno de los presupuestos o hipótesis para la viabilidad del ‘pago por consignación’ no implica la subsunción de esta figura. Ambas mantienen su independencia conceptual y normativa.
- La ‘mora del acreedor’ (*mora accipiendo*), sea en su versión de negación injustificada a recibir el pago íntegro ofrecido por el deudor o en la negativa para cumplir con algún deber secundario de colaboración (*mora creditoris*), no produce la extinción de la obligación ni la liberación del deudor. Sin embargo, produce (i) el traslado de los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación a la esfera patrimonial del acreedor; (ii) la paralización del curso de todos los intereses (moratorios, compensatorios); y (iii) responsabiliza al acreedor de los daños que su mora pueda producir a su deudor.
- En cambio, el ‘pago por consignación’, propiamente dicho, es el tramitado en sede judicial, ya que los tribunales tienen el monopolio jurisdiccional para declarar la procedencia o no del depósito realizado en pago, revisando su integridad y, a partir de ello, declarar la extinción de la obligación y, por ende, la liberación del deudor.
- La indebidamente denominada ‘consignación extrajudicial’ no existe reglamentada ni en el Perú ni en Argentina. En ambas dogmáticas, con perfiles propios, son solo ofrecimientos de pago, los cuales pueden ejecutarse en sede judicial, extrajudicial o notarial.
- Para configurar jurídicamente el pago por consignación, deben cumplirse estos tres pasos ineludibles, *sine qua non*, en el proceso judicial: (i) depositar la prestación debida, donde lo indique el tribunal, a disposición del acreedor; (ii) tener como tema para debatir y decidir, únicamente si la prestación depositada cumple con los requisitos del pago, en particular, la identidad e integridad; y (iii) capacidad jurisdiccional del órgano receptor del depósito para declarar la procedencia o no del pago consignado. En caso positivo, declarar la extinción de la obligación por cumplimiento y, en simultáneo, la liberación del deudor. Como se colige, estos requisitos solo pueden ser cumplidos por el trámite de pago por consignación en sede judicial.

En el cuadragésimo aniversario de la sanción del Código Civil del Perú, honor y gloria para los autores y para los ilustres juristas que debatieron con noble hidalguía sobre el alcance de sus normas, legando páginas memorables para las nuevas generaciones que enfrentarán nuevos desafíos sociales, económicos y, fundamentalmente, tecnológicos, que deberán evaluar en distintas propuestas de reforma. 

REFERENCIAS

- Alferillo, P. (1977). La mora del acreedor y el curso de los intereses. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, (830), 151-164.
- (2014). El vínculo entre mora del acreedor y pago por consignación. *Revista Notarial del Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires*, (977), 559-591.
- (2016). Mora del acreedor y pago por consignación. *Jurisprudencia Argentina*, (3), 939-956.
- (2018). Obligaciones. En A. Sánchez (Dir.), *Tratado de Derecho Civil Comercial* (1ra ed, Vol. 1, tomo 2). Thomson Reuters.
- Bertres, M. (2016). Pago por consignación extrajudicial: competencia territorial del notario. *Jurisprudencia Argentina*, 3(2), 1-7.
- Cano, J. (1978). La mora. *Revista de Derecho Privado*.
- Compagnucci de Caso, R. (2018). *Derecho de las obligaciones*. La Ley.
- De Ruggiero, R. (1944). *Instituciones de derecho civil. Derecho de obligaciones. Derecho de familia. Derecho hereditario* (4ta ed., Vol. 2, tomo 2). Editorial Reus.
- Díez-Picazo Giménez, G. (1996). *La mora y la responsabilidad contractual*. Editorial Civitas.
- Justiniano I. (siglo VI d.C.). *El Digesto*.
- Llambías, J. (1970). *Tratado de Derecho Civil: Parte general* (17ma ed., tomo 2). Editorial Perrot.
- López Cabana, R. (1989). *La demora en el Derecho Privado*. Abeledo-Perrot.
- Marcadé, V. (1856). *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon* (Vol. 1). Cotillon.

- Moisset de Espanés, L. (1984). La mora y el deber de colaboración de las partes. *Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba*, 7-8.
- (1977). Mora del acreedor y pago por consignación. *Jurisprudencia Argentina*, (2), p. 707.
- (2001). Diferencia entre mora del acreedor y pago por consignación, con referencia al Código Peruano de 1984. *Gaceta Jurídica*, 96, 33-44.
- (2006a). *La mora en el derecho peruano, argentino y comparado*. Tabla XIII Editores S.A.C.
- (2006b). *La mora en las obligaciones*. Zavalía.
- Padilla, R. (1983). *La mora en las obligaciones*. Astrea.
- Real Academia Española (s.f.). Consignar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 9 de febrero de 2024.
- Ofrecer. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 9 de febrero de 2024.
- Ricci, F. (1985). *Derecho Civil Teórico y Práctico*. Antalbe.
- Ripert, G. y Boulanger, J. (1965). *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol*. La Ley.
- Salas, A. (1956). Comentario al artículo 757. En *Código Civil Anotado*. Roque Depalma Editor.
- Santarelli, F. (2022). *Fuente de las obligaciones: Teoría general de las obligaciones, contratos, responsabilidad civil*. La Ley.
- Trigo Represas, F. (2019). Consignación extrajudicial. En P. D. Herencia (Dir.), *Código Civil y Comercial Comentado*. Thomson Reuters.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Código Civil de 1936, Ley 8305, 2 de junio de 1936 (Perú).
- Código Civil de la República de Argentina, Ley 340, 25 de septiembre 1869 (Argentina).
- Código Civil y Comercial de la Nación [CCyCN], Ley 26994, 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Código Procesal Civil [CPC], Decreto Legislativo 768, 4 de marzo de 1992 (Perú).
- Código Civil Francés [CC], Ley del 21 de marzo de 1804, 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Ley 17711, Reforma del Código Civil, *Boletín Oficial de la República Argentina*, 26 de abril de 1968 (Argentina).
- MEN-2023-7-APN-PTE, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, 27 de diciembre de 2023 (Argentina).

UNA NUEVA VISIÓN DE LA NATURALEZA ECONÓMICA Y JURÍDICA DE LOS INTERESES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

A NEW VISION ABOUT THE ECONOMIC AND JURIDICAL NATURE OF THE INTERESTS IN THE PERUVIAN CIVIL CODE

César Arturo Ayllón Valdivia*

Pontificia Universidad Católica del Perú

It is precisely the lack of consensus in the civil doctrine, which mostly assimilates interests as 'civil fruits of capital', which drew our attention to the study of the latest contributions of economic doctrine. In this work, through the dogmatic method, limited to a brief analysis for publication reasons, we intend to identify the meeting points between economic and legal doctrine about the concepts of interest and capital. Then, we will show some of the problems presented by the distinction between compensatory and moratorium interest in the peruvian Civil Code. Finally, we will conclude that the money-rate of interest is the one that must be applied to the payment for the disposition of the money capital whose determination obeys the rules of the free market.

KEYWORDS: Capital; moratorium interest; compensatory interest; money market.

Es precisamente la falta de consenso en la doctrina civilista, que mayoritariamente asimila a los intereses como 'frutos civiles de capital', lo que llamó nuestra atención hacia el estudio de los últimos aportes de la doctrina económica. En este trabajo, por medio del método dogmático, limitados a un breve análisis por razones de publicación, pretendemos identificar los puntos de encuentro entre la doctrina económica y jurídica acerca de los conceptos de interés y capital. Luego, mostraremos algunos de los problemas que presenta la distinción entre los intereses compensatorios y moratorios del Código Civil peruano. Finalmente, concluiremos que la tasa monetaria de interés es la que debe aplicarse al pago por la disposición del capital dinerario cuya determinación obedece a las reglas del libre mercado.

PALABRAS CLAVE: Capital; interés moratorio; interés compensatorio; mercado de dinero.

* Abogado. Magíster en Derecho, con mención en Finanzas y Derecho Corporativo, por la Universidad ESAN. Docente de los cursos de Contratos y Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Contacto: ayllon.ca@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 7 de enero de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil peruano, al igual que los cuerpos legales de otros países, no solo asume la tesis que los intereses son el fruto civil del capital, sino que los clasifica en compensatorios y moratorios. A los intereses compensatorios los define como la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien y a los intereses moratorios, como la indemnización por la mora en el pago; es decir, utiliza el término 'intereses' para definir situaciones totalmente diferentes. Esta confusión ha provocado diversos problemas como la posibilidad, por ejemplo, de exigir el pago de intereses compensatorios y moratorios a partir de la constitución en mora, de limitar la indemnización moratoria a la tasa de interés moratoria, de cobrar intereses moratorios sin haber probado daño alguno, entre otros. Consecuentemente, resulta fundamental analizar los avances de la doctrina jurídica y económica respecto a los conceptos de 'capital' e 'interés', a fin de superar las deficiencias de la regulación actual.

II. LA NATURALEZA ECONÓMICA DE LOS INTERESES

A. El papel del dinero en la Economía de Mercado

Coincidentes con la teoría económica neoclásica del valor, que ha primado en la actualidad, debemos situar primeramente el contexto en el cual se establecen las valorizaciones que realizan los sujetos actuantes del mercado, las cuales son absolutamente subjetivas¹.

En ese sentido, debemos señalar que la combinación de la escasez y la utilidad es la que determina fundamentalmente el valor de los bienes². Estos dos factores explican por qué cada uno de nosotros valora de manera singular los bienes que intercambia en el mercado. Mientras más útil y escaso sea un bien, tendrá mayor valor. Entonces, no importará cuánto haya costado producirlos (costos de producción), sino el valor que atribuimos al

resultado de dicho proceso productivo. Las cosas no valen por cuánto cuesta producirlas, sino por el valor que se les da en el mercado (Seldon y Penncance, 1969, p. 198).

Sin embargo, cada uno de nosotros tendrá una particular escala de valores con respecto a los distintos bienes que pueden satisfacer una misma necesidad. Esto nos hará preferir o postergar el consumo de un bien por otro y motivará su intercambio. Así, por ejemplo, en el caso de una compraventa, en un determinado lugar, tiempo y modo, el vendedor decidirá transferir un bien de su propiedad cuyo valor considera inferior al dinero recibido; viceversa, la suma de dinero que el comprador entregue, bajo su percepción, tendrá un valor menor al bien que espera recibir a cambio³.

En ese orden de ideas, cuando hablamos de una economía de mercado es fundamental comprender que el dinero es el medio que, por esencia, utilizamos en el intercambio de bienes; es el medio idóneo para minimizar los costos de transacción y maximizar los beneficios que se devengan del mercado⁴. Asimismo, en la matemática financiera, el concepto de capital se refiere a bienes o valores expresados en sumas de dinero, constituyendo el interés, el crecimiento de dicho capital a lo largo del tiempo; es decir, se obtiene de la diferencia entre el capital final y el capital inicial⁵. Consecuentemente, no encontramos problema alguno en que el capital y el interés estén representados por una suma de dinero, pues, como hemos visto, es el medio de cambio idóneo que entre algunas de sus funciones está también la de servir como acumulador de valor, unidad de valor o cuenta y como medio diferido de pago⁶.

B. Tasa-monetaria de interés vs. tasa-mercancía de interés

En realidad, existen muchos conceptos de capital, pero el que comúnmente utilizamos para explicar la generación de intereses está representado en una cantidad de dinero. A este tipo de capital

¹ Véase a James (1963); Herrerías (1996); Robinson y Eatwell (1976); Friedman (1962); Mochón (1996); Cassel (1960); Walsh (1974); Nicholson (1997); Meiners y Miller (1990); Stiglitz (1998); y Quirk (1998).

² La utilidad no es otra cosa que la capacidad que le atribuimos particularmente a los bienes para satisfacer nuestras necesidades.

³ Véase a Bullard (2001).

⁴ Según Jiménez:

En la economía monetaria de Keynes, el dinero se presenta en sus funciones medio de circulación, medio de pago y reserva de valor, las mismas que aparecen asociadas a los requerimientos de circulación industrial y de circulación financiera. Ambos requerimientos están relacionados con los motivos que más tarde desarrollará en su Teoría General: los primeros están asociados a los motivos transacción y precaución, y los últimos al motivo especulación (1994, p. 27).

⁵ Véase a Margarita y Bravino (2014).

⁶ Véase a Benetti (2015).

le llamamos específicamente ‘capital-monetario’. Uno de los economistas que mejor ha desarrollado esta temática es Keynes, quien señala que la tasa-monetaria de interés es el porcentaje del excedente de una suma de dinero contratada para entrega futura y que para cada clase de bienes de capital durable debe existir una tasa-mercancía de interés análoga, pero no igual, a la tasa-monetaria de interés⁷. Esto se debe a que la clase de dinero a la que estamos acostumbrados, cuando aumenta la cantidad global de activos, tiene algunas características especiales que hacen que su tasa propia de interés, medida en unidades de sí misma como patrón, sea más resistente a la baja; en contraste con lo que ocurre con las tasas propias de interés de cualquier otro bien medido de la misma manera⁸ (2003, pp. 220-226).

Como vemos, si bien se reconoce la posibilidad que el capital y los intereses puedan consistir en otro bien distinto al dinero, queda claro que la tasa-mercancía de interés solo es aplicable a un capital-mercancía y la tasa-monetaria de interés a un capital-monetario. Como hemos visto, las cualidades del dinero son singulares respecto a los demás bienes (mercancías) que puedan ser utilizados como capital e intereses. Esto, evidentemente, es tomado en cuenta por los bancos de reserva de cada país al momento de determinar la tasa de interés legal que se determina sobre la base de un capital dinerario. En ese sentido, sería un grave error aplicar la tasa-mercancía para determinar el pago de intereses por el préstamo de un capital dinerario o, viceversa, una tasa-monetaria para determinar el pago de intereses por el préstamo de una mercancía como, por ejemplo, el trigo, ya que sus características son distintas⁹. Esto explicaría por qué

el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, BCRP) define el pago de intereses como¹⁰:

“el precio pagado por el prestatario con un monto de dinero líquido, por el uso del dinero del prestamista con la finalidad de compensar a este último por el sacrificio de la pérdida de la disponibilidad inmediata del dinero, la disminución del valor adquisitivo del dinero por la inflación y el riesgo involucrado en el hecho de prestar dinero” (2011).

C. ¿Por qué pagar intereses?

Sobre el particular, afirmar que el pago de intereses tiene por finalidad compensar el sacrificio por la pérdida de la disponibilidad inmediata del dinero, a entender de Keynes, sería incorrecto, pues, en su opinión, la tasa de interés no debe definirse como el precio que pone en equilibrio la demanda de recursos para invertir con la buena disposición para abstenerse del consumo presente, sino que en realidad se trata del precio que equilibra el deseo de conservar la riqueza en forma de efectivo con la cantidad disponible de este último. Partiendo de esta afirmación, la cantidad de dinero es el otro factor que, combinado por la preferencia por la liquidez, determina la tasa real del interés en el mercado monetario¹¹. Las expectativas respecto al futuro de la tasa de interés, tal como las fija la misma psicología, tienen consecuencias sobre la preferencia por la liquidez¹². En general, la curva de preferencia por la liquidez, que liga la cantidad de dinero con la tasa de interés, estará dada por una curva suave que mostrará cómo esa tasa va descendiendo a medida que la cantidad de dinero crece (2003, pp. 174-177).

⁷ Entonces, en opinión de Keynes, a cada bien durable, mercancía, le corresponde una tasa de interés medida en términos de sí misma, por ejemplo, al trigo, una tasa-trigo de interés, al cobre, una tasa-cobre de interés, a una casa, la tasa-casa de interés y, a una planta de acero, una tasa-planta de acero de interés (2003).

⁸ Piensa Keynes que, la mayor parte de los bienes, excepto el dinero, sufre desgaste o supone algún costo por el simple transcurso del tiempo, independientemente de cualquier cambio en su valoración relativa o que se usen para dar algún rendimiento. Una de las diferencias esenciales entre el dinero y todos los demás bienes (o la mayoría) es que la prima de liquidez del primero excede de sobremanera el costo de su almacenamiento, mientras que en el caso de los demás bienes sucede al revés. Así como en un momento cualquiera existen diferentes tasas-mercancías de interés, existen también diferentes tasas-monetarias de interés. Situación que resulta familiar para los cambistas, quienes deben enfrentar el hecho de que la tasa de interés no es igual para dos monedas distintas (como el dólar y el sol, por ejemplo) (2003).

⁹ Siguiendo lo propuesto por Keynes, habría que agregar que a cada tipo de capital-mercancía le corresponde una tasa-mercancía de interés distinta. Esto quiere decir que, por ejemplo, al préstamo de un capital-mercancía como el trigo, no podría aplicarse la tasa-mercancía que corresponde al préstamo de manzanas.

¹⁰ Véase a Banco Central de Reserva del Perú (2011).

¹¹ Véase a Jiménez (2012). Al respecto, cabe agregar que entre los más importantes retractores a esta teoría destaca Patinkin, quien afirma que los cambios en los gustos y en las condiciones técnicas de la producción modifican los tipos de interés (1959, p. 275). No obstante, Aftalion y Poncent, explican que si bien son muchos los factores que modifican la tasa de interés real, sigue siendo la tasa de crecimiento de la masa monetaria, el factor explicativo dominante a mediano y largo plazo (1985, p. 134).

¹² En opinión de Keynes, existen tres clases de preferencias por la liquidez: (i) el motivo transacción, es decir la necesidad de efectivo para las operaciones corrientes de cambios personales y de negocios; (ii) el motivo precaución, es decir, el deseo de seguridad respecto al futuro equivalente en efectivo de cierta parte de los recursos totales; y (iii) el motivo especulativo, es decir, el propósito de conseguir ganancias por saber mejor que el mercado lo que el futuro traerá consigo (2003).

Finalmente, ante la pregunta: ¿por qué considerar la tasa-monetaria de interés como factor importante de la economía de mercado y no una tasa-mercancía de interés? Es decir, ¿por qué preferir al dinero sobre las demás mercancías? Responderíamos, siguiendo a Keynes, debido a que el dinero tiene características singulares: (i) la elasticidad cero de producción; (ii) la elasticidad de sustitución igual a cero; (iii) el bajo costo de almacenamiento; y, sobre todo, (iv) la alta prima de liquidez. Por tanto, la tasa de interés del dinero muestra resistencia a la baja respecto a las otras tasas de interés¹³.

D. ¿Se deben pagar intereses por el uso o por la disposición de un capital?

Considerar que el pago de intereses es el precio a pagar por el 'uso' del capital sería también otro error, pues tal como lo dice Cassel, el pago de intereses es "el precio de una disponibilidad de capital" (1960, p. 149). Esta concepción tiene el mérito de indicar claramente que el interés es el precio que se paga por la 'disposición' del capital dinerrario, no por el 'uso' del dinero ni de cualquier otro bien. Como hemos visto, la tasa de interés establecida por el BCRP se establece sobre la base de un capital dinerrario, por tanto, no podría aplicarse para determinar el pago de los intereses originados por el préstamo de un bien distinto al dinero. Por otra parte, respecto al derecho real que debe transferir el prestamista, si recayera sobre el 'uso' de un bien (capital) consistente en dinero, sería incorrecto suponer que al término del contrato tenga que devolverse el mismo dinero, pues quien lo reciba y gaste, no podría devolver los mismos billetes y/o monedas prestadas, sino una cantidad similar. Algo parecido ocurriría si el capital prestado consistiese en otro bien distinto al dinero, fungible

y consumible, como un kilo de naranjas de mesa, por ejemplo, pues lo normal será que, al término del contrato, no se devuelvan las mismas naranjas, sino una especie y cantidad similar.

Como puede desprenderse, a raíz de múltiples circunstancias aparecerá un mercado de dinero en que los oferentes (superavitarios) y demandantes (deficitarios) dispuestos a disponer de su dinero a cambio del pago intereses (renta fija) o dividendos (renta variable). Así, en este mercado, el interés a pagar por la disposición del capital se establecerá tomando en cuenta la tasa de interés y la cantidad de dinero disponible¹⁴. Mediante el intercambio, propio de una economía de mercado, obtenemos ganancias representadas en sumas de dinero que nos permiten satisfacer algunas de nuestras necesidades, directa o indirectamente. Será directa, cuando las utilizamos inmediatamente adquiriendo bienes de consumo. Será indirecta, cuando decidimos no consumirlas¹⁵, optando por una finalidad de prevención¹⁶, de especulación¹⁷ o para invertir en la obtención de bienes de capital¹⁸ que nos servirán, a su vez, para obtener bienes de consumo en el futuro y, con ello, lograr un mayor tiempo de aprovisionamiento. Estos períodos, son importantes, no solo por el tiempo que demandan sino, en definitiva, por el bien resultante del proceso. Así, por ejemplo, en el caso de los bienes de capital, generalmente, cuanto mayor tiempo de espera requiera su adquisición, mayores beneficios nos irrogarán; es decir, alimentarán un mayor tiempo de provisión. No se trata de una simple motivación psicológica por la cual los sujetos actuantes prefieren los bienes en el presente a los mismos en el futuro¹⁹, sino que deberán comparar la utilidad de consumirlos en el presente respecto a la desutilidad que le significará el periodo de

¹³ Véase a Campbell y Barraza (2015).

¹⁴ Si la tasa de interés es alta, existe un gran incentivo para prestar ese dinero, reduciendo la disponibilidad del dinero en el mercado; por el contrario, si la tasa de interés es baja, el incentivo para prestar ese dinero también es bajo, por tanto, aumentará su disposición en el mercado. Véase a Jiménez (2012) y Chaves (2020).

¹⁵ A esta actividad la denominaremos ahorro, entendido como el acto de restricción del consumo o inversión del capital en el presente, teniendo en cuenta los beneficios de su disposición en el futuro.

¹⁶ Ahorramos por distintas razones, dependiendo de nuestra aversión al riesgo, entre ellas, con la finalidad de compensar eventuales pérdidas que podrían disminuir nuestra capacidad adquisitiva en el futuro. En tales circunstancias, al permanecer el capital estático, consideramos que no estamos ante un acto que incremente nuestra riqueza, por tanto, incapaz de generar ganancias.

¹⁷ Preferimos utilizar nuestros ahorros para obtener más ganancias, jugando con las reglas de la oferta y la demanda, así lograr mayor bienestar. Véase Reyes y Oslund (2014, pp. 217-234) y Kitzberger (1999, pp. 33-48). Bajo esta perspectiva, nos acercamos más al concepto de 'inversión' entendido, según Gitman y Joehnk, como el comportamiento que realizan los agentes económicos con la finalidad de obtener ganancias, siendo el nivel de riesgo determinante a la hora de tomar decisiones, a mayor riesgo, mayores expectativas de ganancia, a menor riesgo, menores expectativas de ganancia. Cuando las inversiones son de alto riesgo se consideran especulativas; es decir, cuando un agente económico decide adquirir instrumentos de inversión de alto riesgo que ofrecen rendimientos y un valor futuro muy incierto estamos ante la 'especulación' (2009, p. 38).

¹⁸ Los bienes de capital son el resultado de la combinación adecuada del trabajo y los recursos naturales que nos servirán para obtener finalmente bienes de consumo.

¹⁹ Véase a Böhm-Bawerk (1986).

espera agregado a la utilidad del tiempo de provisión²⁰. No obstante, cuanto mayor es el tiempo de espera, mayores serán los riesgos, ya que se multiplicarán las posibilidades de cambio y serán más las variables que influirán en el proceso.

En ese contexto, una de las razones para optar por la elección del ahorro se dará cuando el mercado indique al propietario del capital dinerario, el mayor beneficio que eventualmente podría obtener sacrificando su consumo en el presente, esto implica no satisfacer sus necesidades inmediatas, a cambio de obtener más ganancias en el futuro a través de la inversión. En el mercado de valores, por ejemplo, esos eventuales beneficios se materializan mediante el pago de intereses y dividendos. Algunos agentes superavitarios decidirán invertir sus ahorros en la adquisición de bonos esperando recibir intereses, otros, en cambio, adquirirán acciones, esperando recibir dividendos.

E. ¿La tasa de interés debe ser siempre positiva?

Tal como lo manifiestan Gitman y Joehnk, el valor del dinero en el tiempo debe considerarse al tomar decisiones de inversión. Una inversión satisfactoria es aquélla cuyos beneficios traídos al valor presente equivalen o exceden al valor presente de sus costos. Las retribuciones o rendimientos de la inversión se reciben de dos formas básicas: ingresos corrientes (por ejemplo, el dinero invertido en una cuenta de ahorro que proporciona ingresos corrientes en forma de pagos periódicos de intereses) e incrementos de valor (por ejemplo, se espera que la compra de una acción ordinaria incremente su valor desde el momento de su adquisición hasta el momento de su venta) (2009, pp. 28-37). A esto hay que agregar los múltiples riesgos que debe tomar en cuenta el inversionista antes de tomar una decisión a fin de evitar pérdidas potenciales, falta de rentabilidad o la imposibilidad de obtener ingresos adicionales. Al respecto, Gaytán Cortes, siguiendo a Rosey Hudgins, Cihá'k, Basel, Saunders y Cornett, distingue cinco clases de riesgos: de mercado, de crédito (que se subdivide en: el riesgo emisor, el riesgo contraparte y el riesgo país), de liquidez, operacionales y legales (2018, pp. 2-4).

Conforme a dicha explicación, queda claro que la tasa de interés que se origina en el mercado del dinero obedece a múltiples factores que influyen

en su formación, imposibles de objetivar a través de una regla común aplicable a todas las transacciones. Como hemos visto, en cada contrato, el precio revela las valorizaciones subjetivas de las partes. En el mercado del dinero, el propietario de un capital dinerario, en cada caso concreto, al comparar los eventuales beneficios que podría obtener entre cada una de las alternativas que le ofrece el mercado, decidirá transferirlo a cambio de una fracción adicional (intereses); a su vez, el sujeto que reciba dicho dinero (capital), pese a la cantidad adicional que deba pagar (intereses) al momento de devolverlo, considerará es un sacrificio menor al beneficio que espera obtener con su disposición.

Entonces, el propietario de un capital dinerario deberá evaluar cómo utilizarlo (invertirlo, ahorrarlo o gastarlo). Antes de elegir, intentará predecir los eventuales beneficios que podría obtener con cada una de las alternativas que le ofrece el mercado, debiendo escoger aquella que probablemente le reporte mayores beneficios, claro está, sin poder asegurar algún resultado cierto. Consecuentemente, no debería de existir una tasa de interés legal impuesta por alguna autoridad estatal, pues esto atenta contra las reglas de la economía de libre mercado y el ejercicio pleno de la autonomía privada²¹.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES

A. ¿Son los intereses el fruto civil del capital?

Acerca de la naturaleza jurídica de los intereses se ha escrito mucho, pero sin tomar en cuenta los avances que han experimentado otras ciencias como la economía. La tesis preponderante de la doctrina civilista que considera al pago de interés como el fruto civil del capital la podemos encontrar en el Código Civil peruano, en el Libro V de los derechos reales, concretamente en el artículo 891 al indicar que “son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica”, en el artículo 1018, donde se establece que “el usufructo del dinero sólo da derecho a percibir una renta” y en el artículo 1020, al decir que “si el usufructuario cobra el capital, debe hacerlo conjuntamente con el propietario y en este caso el usufructuario recaerá sobre el dinero cobrado”. No obstante, el Libro VI de obligaciones, en el artículo 1242, distingue entre dos clases de intereses, el

²⁰ Véase a Benegas (1978).

²¹ A los beneficios que deje de percibir, por no escoger la segunda mejor alternativa, la doctrina económica les llama ‘costos de oportunidad’. Al respecto, Calle Cruz explica que son “el porcentaje de devolución de la pérdida por rechazar un proyecto y aceptar otro” (2015, p. 98). Por su parte, Krugman y Wells consideran que son el coste real de cualquier cosa, aquello a lo que debes renunciar para conseguirla (2015, p. 11).

compensatorio que “constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien” y el moratorio que “tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago” (1984).

Como sabemos, en lo que se refiere a las obligaciones, estas se dividen, según la naturaleza de las prestaciones que contienen, en obligaciones con prestaciones de dar (bienes), de hacer (servicios) y de no hacer (abstenciones). Entonces, ante la pregunta: ¿toda deuda es susceptible de producir intereses? Considerando lo expuesto en el capítulo anterior, responderíamos que solo las deudas que se originan de un capital dinerario, pues ha quedado claro que si los intereses constituyen una fracción del capital y la tasa de interés se fija normalmente sobre la base del dinero, entonces el capital también debe consistir en dinero. Esto mismo opina Larenz, quien considera que los intereses son la remuneración expresada en una determinada fracción de la cantidad debida, que el deudor ha de satisfacer periódicamente por el uso de un capital consistente, por regla general, en una deuda pecuniaria, concretamente de suma de dinero (2020, p. 135).

En el caso de una obligación con prestación de dar, Villlagrasa Alcaide nos recuerda que, conforme la teoría de la productividad iniciada por Say, la deuda de intereses se justifica en la idea que el dinero sirve para producir más dinero, no solo satisfacer las necesidades inmediatas, bajo esta perspectiva el dinero sería un bien fructífero (1998, pp. 78-79). Al respecto, cabe preguntarse si: ¿el dinero, puede producir más dinero? Este cuestionamiento puede ser susceptible de algunas precisiones importantes. El dinero por sí solo no puede producir más dinero, es a través de un proceso productivo que eventualmente pueden contribuir a obtener ganancias²², como los bienes de capital que se utilizan en la producción de bienes de consumo²³. Así, por ejemplo, una sociedad anónima (agente defititario) podría decidir emitir acciones o bonos en el mercado de capitales, en busca del dinero necesario para producir mercancías. Por otra parte, los agentes superavitarios, propietarios del dinero,

podrían adquirir dichas acciones, a cambio de dividendos, o bonos, a cambio de intereses. Si bien, estas ganancias esperadas se pagan mediante sumas de dinero, ello no significa que el dinero por sí solo pueda producir más dinero, pues es claro que está siendo utilizado como: medio de cambio, unidad de valor o cuenta²⁴, acumulador de valor y modo diferido de pago.

En ese orden de ideas, queda claro que los capitales no son productivos de por sí, esa es una concepción presente en la mayoría de los autores que han tratado este tema²⁵. Definir al interés como el ‘fruto civil del capital’ no es adecuado, pues la tasa de interés es el precio del capital en el mercado; en ese sentido, los intereses constituyen la contraprestación por la disposición del capital que puede consistir en dinero o una mercancía. Entonces, conforme a lo estudiado hasta el momento, como primera aproximación podríamos decir que en el caso de un capital-monetario los intereses a pagar se calculan sobre la base de la tasa-monetaria de interés y, en el caso del capital-mercancía, sobre la base de la tasa-mercancía de interés.

Por otro lado, en el caso de las obligaciones con prestaciones de hacer y no hacer, la situación es evidente, pues ante la interrogante de si sus objetos (el servicio y la abstención, respectivamente) serían capaces, por sí solos, de producir nuevos servicios y abstenciones, la respuesta siempre será negativa²⁶. Afirmar que el servicio como la abstención puedan ser considerados capitales o intereses carece de todo fundamento económico y jurídico. En todo caso, lo correcto sería afirmar, por ejemplo, que el servicio puede ser utilizado para la producción de mercancías.

B. ¿Debe cobrarse intereses por el uso de cualquier bien?

Conforme lo establecido en el artículo 1242 del Código Civil peruano el interés compensatorio es “la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien” (1984). Sin embargo, el motivo esencial por el cual se pagan intereses no es el

²² Maito desarrolla:

El proceso de producción capitalista es un proceso de valorización por medio de la explotación de la fuerza de trabajo [...]. El capital adelantado en forma de dinero [...] es intercambiado por mercancías [...] –medios de producción, insumos (capital constante, [...]) y fuerza de trabajo (capital variable, [...]– (2016, p. 171).

²³ Es el sistema de mercado que convierte a algunos capitales en bienes y algunos bienes en capitales, que pueden producir ganancias (Marshall, 1948, p. 118).

²⁴ Recordemos que el dinero en su función de unidad de valor o cuenta sirve para cuantificar el valor de las mercancías (bienes distintos al dinero) que se intercambian en el mercado.

²⁵ Véase a Borda (1983).

²⁶ La abstención y el servicio no pueden cumplir las mismas funciones que el dinero. No podrían, por ejemplo, acumular valor ni servir como medios de cambio.

uso del dinero; pues, como vimos, en el mercado de dinero el demandante (deudor) no paga intereses a favor del oferente (acreedor) por el ‘uso’ del capital, sino por los eventuales beneficios que podrá obtener con su ‘disposición’. Además, el demandante del capital (deudor) que decida invertir o especular con él no obtendrá ganancias necesariamente, pues de lograr alguna, seguramente será un monto mayor a los intereses debidos al oferente (acreedor). Por otra parte, el agregado de ‘cualquier otro bien’ nos lleva a deducir que dicho ‘bien’ puede tener distintas características. Bajo esa lógica cualquier otro ‘bien’ podría ser considerado un ‘capital’ y la contraprestación (intereses) a pagar por su disposición originaría la obligación de pagar una fracción del mismo bien.

Entonces, si el bien objeto de la obligación fuera un bien fungible y consumible, como una naranja de mesa, por ejemplo, y el contrato a utilizar fuera un mutuo, resultaría poco práctico afirmar que los intereses a pagar consistan en fracciones de una naranja de similar especie²⁷. Por otra parte, si el bien no fuera fungible ni consumible, como un terreno, por ejemplo, se podría realizar un contrato de arrendamiento, pero en ese caso sería muy extraño que la renta a pagar consista en una fracción del capital, es decir, en una fracción del mismo terreno²⁸. Consecuentemente, esto nos obliga a reformular la aproximación anterior, concretamente, en cuanto a la posibilidad de aplicar la tasa-mercancía de interés al préstamo de un capital-mercancía.

Como hemos visto, al intentar asimilar el añadido de ‘cualquier otro bien’ a ‘cualquier mercancía’, con el afán de comprobar la posibilidad de aplicar la tasa-mercancía de interés para calcular la contraprestación a pagar por la disposición de cualquier bien distinto al dinero, encontramos que nuestra legislación solo lo permite en el caso del mutuo de bienes fungibles y consumibles. Pero, incluso, en este último caso, se presentarían más problemas como, por ejemplo, la imposibilidad de aplicar la tasa de interés legal establecida por

el BCRP a este tipo de transacciones (al tratarse de una tasa-monetaria de interés, solo aplicable al préstamo de un capital-monetario)²⁹. Por tales razones, reafirmamos la premisa del capítulo anterior, el dinero es el único bien que reúne las cualidades necesarias para generar el cobro de intereses del modo como están definidos por la doctrina económica y jurídica³⁰.

C. ¿Se debe presumir el cobro de intereses por la disposición de un capital?

Si está claro el origen convencional del interés compensatorio, conforme las reglas del mercado, resulta sumamente discutible lo establecido en el artículo 1663 del Código Civil peruano, respecto al contrato de mutuo, al imponer de manera supletoria el pago del llamado ‘interés legal compensatorio’ en defecto de la voluntad de las partes contratantes (1984)³¹.

A este respecto, Haksar y Kopp destacan que los intereses representan, esencialmente, el costo del crédito o el costo del dinero. El rendimiento efectivo de una inversión, lo que cuesta un préstamo, debe tomar en cuenta la inflación; es decir, el ritmo al que el dinero pierde valor. La tasa que fija el banco central de cada país es el principal parámetro del costo de endeudamiento en un país. Una tasa más alta estimula el ahorro, una tasa más baja promueve el consumo y la inversión empresarial. Si bien, en circunstancias normales las tasas de interés son positivas, tras la crisis financiera mundial, a fin de estimular la economía de cada país, los bancos centrales están comenzando a experimentar con tasas de interés negativas (cero o cerca de cero) (2020, pp. 50-51).

Esta cita nos permite corroborar el cuestionamiento que hicimos acerca de la teoría que asimila el concepto de ‘interés compensatorio’ a un ‘fruto civil de capital’, bajo el supuesto implícito de que el dinero por sí solo debe generar más dinero, pues, como hemos visto, la tasa de interés de origen legal establecida por el banco central de cada país

²⁷ Artículo 1648.-

Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (1984).

²⁸ Artículo 1666.-

Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (1984).

²⁹ Fuera del hecho, además, de los problemas que conllevaría considerar que cualquier bien fungible y consumible pueda generar frutos de la misma especie.

³⁰ Recordemos que el dinero es el único bien que puede ser utilizado como un medio de cambio, unidad de valor o cuenta, acumulador de valor y modo diferido de pago.

³¹ Artículo 1245.-

Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal (1984).

tiende a ser negativa. Entonces, si el propietario de una suma de dinero decide ahorrarlo podría llegar a obtener pérdidas en vez de ganancias. Esto demostraría, en los hechos, que el préstamo de dinero (contrato de mutuo) no necesariamente genera más dinero (intereses compensatorios), ya que la posibilidad de pérdida es real. Tan cierto es esto que la política monetaria de los países a nivel mundial está encaminada a reducir la tasa de interés monetaria con el ánimo de incentivar a los agentes económicos a optar por invertir en otros negocios más riesgosos o gastar sus excedentes en el presente adquiriendo bienes de consumo, en vez de recurrir a una entidad financiera donde sus ahorros, representados en una suma de dinero, corren el peligro de perder valor como consecuencia de la inflación.

IV. INTERÉS VS. INDEMNIZACIÓN

A. ¿Los intereses moratorios son una especie de indemnización compensatoria?

Tal vez la crítica más importante a la posición del codificador peruano sea el haber asimilado el ‘interés moratorio’ con la ‘indemnización moratoria’ y esta como una especie de ‘indemnización compensatoria’³². Efectivamente, el Código Civil peruano permite que, en caso de cumplimiento tardío de las obligaciones, las partes contratantes puedan establecer, desde un inicio, el denominado ‘interés convencional moratorio’, que regirá a partir del momento en que el deudor sea constituido en mora por el acreedor. Asimismo, en ausencia de dicho acuerdo, de manera supletoria, el pago del denominado ‘interés legal moratorio’³³.

Es muy probable que el origen de tal confusión tenga un trasfondo histórico inspirado en la necesidad de los juristas de responder a la coyuntura social y económica de cada época. Efectivamente, tal como comenta Planitz, en el derecho antiguo

el deudor incurría en mora al producirse el efecto jurídico de la responsabilidad jurídico penal, el núcleo de la persecución penal estaba basado en cantidades de dinero que el deudor moroso debía de pagar al acreedor por cada conminación legal sin resultado. En la Edad Media, la responsabilidad del deudor no se producía tan solo como efecto penal del incumplimiento, sino que se derivaba de manera inmediata de la deuda. La conminación se mantuvo solamente como presupuesto del embargo extraprocesal. Con la cesación de la responsabilidad jurídico penal, en algunas ocasiones la mora del acreedor no tenía efectos desventajosos para el deudor, lo cual afectaba los intereses del acreedor. Por ello, este exigía con frecuencia al concluir el contrato que el deudor prometiese solemnemente pagar los daños producidos por la posible mora; en muchas ocasiones se permitía al acreedor recibir la suma debida de un tercero, a costa del deudor; el acreedor se hacía conceder incluso el derecho de resolver el contrato para el caso de mora. (1957, p. 221).

En opinión del mismo autor, es recién en la época moderna que la mora en la ejecución de la prestación solo se da cuando el deudor no cumple culposamente. Por esto, se reconoce ahora con carácter general el deber de indemnización de daños que incumbe al deudor moroso culpable. Además, tratándose de obligaciones de dar suma de dinero, se establecen intereses moratorios en cuantía tasada, lo cual es independiente del daño realmente sufrido. Así, por ejemplo, en el derecho alemán, la Asamblea Imperial de 1600, estableció para el contrato de mutuo el pago de intereses moratorios del cinco por ciento y la indemnización del daño más elevado que hubiera podido producirse (Planitz, 1957, p. 222).

En este punto, es sustancial recordar la finalidad y el contenido de la indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, Cordero Lobato entiende

³² Véase a Osterling (1968).

³³ Artículo 1242.-

El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

Artículo 1246.-

Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

Artículo 1324.-

Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento (1984).

Véase los artículos 1333-1340 del Código Civil peruano de 1984.

que “en materia de responsabilidad por daños rige el principio de reparación integral: han de ser indemnizables los daños de todo tipo que el acreedor haya sufrido, comprendidos pues, los daños patrimoniales, los morales, el daño emergente y el lucro cesante” (2019, p. 382). Visintini agrega que la directiva del legislador, establecida en el artículo 1223 del Código italiano, el artículo 1149 del Código francés y el artículo 249 de Código alemán, confirmarían el principio general según el cual el resarcimiento debe ser integral y restablecer la situación en la cual el damnificado se encontraba antes del incumplimiento o el hecho ilícito (1999, pp. 203-208). Resarcimiento que, según Solarte Rodríguez, no debería restringirse a dar una suma de dinero, sino a alcanzar la reparación *‘in natura’* o en especie como forma primaria de reparar daños, la forma más perfecta, más genuina de restaurar la situación que tendría la víctima de no haberse producido el hecho dañoso (2005, pp. 205-2011). Entonces la indemnización moratoria debería respetar este principio; es decir, restablecer la situación del damnificado a la misma en que se encontraría de no haberse verificado la ocurrencia del hecho dañoso³⁴. Si bien resulta metafísicamente imposible retornar a ese preciso momento, la solución la debemos encontrar imaginando no cómo hubiera sido la situación del dañado en ese entonces, sino cómo se encontraría hoy de no haber sufrido tal o cual perjuicio, es decir, compensar todo aquello que hubiera disfrutado de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos tomando un criterio de razonabilidad o verosimilitud objetivo (López Mas, 2021, pp. 259-260).

Sin embargo, en la doctrina existe discusión acerca de los alcances de la indemnización moratoria, si debe abarcar tan solo el lucro cesante o si debe reparar de manera integral el daño resarcible. Recordemos que, tal como lo explica Pérez Velázquez, el lucro cesante es el incremento previsible según el cauce normal de los hechos, la persona que lo reclame deberá probar el vínculo causal entre el incumplimiento y el lucro cesante, la probabilidad más cercana posible a la certeza absoluta de su existencia a través de los medios objetivos idóneos que reflejen su importe (2016, pp. 228-238).

Además, sin ánimo de complicar más las cosas, un sector doctrinario considera que la indemnización moratoria debe restringirse al lucro cesante y este, al costo de oportunidad³⁵.

No obstante, Tapia Rodríguez aclara que esto sería un error, ya que la pérdida de la oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio que justifica la reparación parcial y no completa de la ganancia perdida, consecuentemente se niega a la víctima la reparación del daño efectivamente sufrido (2015, pp. 249-250).

Como vemos, la causalidad de la pérdida de la oportunidad es solo probable, no cierta ni segura, se limita a indemnizar la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficio económico futuro, a diferencia del lucro cesante, en que el beneficio es cierto, efectivamente perdido (Femenía López, 2010, pp. 92-113). Según Clemente Meoro, la teoría de la pérdida de la oportunidad distribuye el peso de la incertidumbre entre el agente y la víctima. El agente no responde de todo el daño, sino solo en proporción a la probabilidad que lo haya causado. Es la regla de ni todo ni nada. La indemnización se determina sobre la base de la probabilidad de que el daño sea imputable al quien por acción u omisión pudo causar el daño (2021, pp. 1755-1768).

Entonces, si seguimos lo propuesto por la doctrina mayoritaria que ha asimilado la ‘indemnización moratoria’ con el ‘interés moratorio’ acordado por las partes, el acreedor perjudicado por el retraso del deudor moroso no podría exigir el pago de una indemnización basada en la pérdida de la oportunidad, ya que solo sería resarcible el perjuicio que sea consecuencia directa e inmediata del incumplimiento temporal de la prestación originalmente prometida³⁶.

Por otra parte, un sector doctrinario considera que la indemnización moratoria y compensatoria deben tener las mismas características; es decir, incluir tanto el daño emergente como el lucro cesante³⁷. Ciertamente, al ser consideradas modalidades de resarcimiento de perjuicios patrimonia-

³⁴ Véase a Osterling (1968).

³⁵ Véase a Valcavi (2005).

³⁶ Recordemos que en la legislación peruana, al igual que la mayoría de otros países, se aplica la teoría de la causalidad próxima para establecer la responsabilidad contractual.

³⁷ Según Larenz:

En el supuesto de tratarse de obligaciones dinerarias puede considerarse como daños derivados de la mora la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a causa de una depreciación monetaria ocurrida mientras duro la mora, siempre que el acreedor consiga probar que si la prestación se hubiese hecho oportunamente habría colocado el dinero de forma que no se hubiese visto afectado por la reducción del valor del mismo (2020, pp. 236-237).

les, deben alcanzar la reparación integral del daño causado a la víctima, ya sea por haberse incumplido de manera total la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haber retardo en su cumplimiento³⁸. Conforme a esta posición, tanto la indemnización moratoria como la compensatoria deben resarcir de manera integral todos los daños y perjuicios que el acreedor haya experimentado como consecuencia del actuar doloso del deudor, ya sea que el acreedor los haya experimentado por razón del objeto mismo de la obligación, ya sean por resultados extrínsecos que hayan afectado sus demás bienes, sin que deba demostrarse que el deudor pensó en ellos al tiempo de obligarse. No así, en el caso del actuar negligente del deudor en que el resarcimiento debe reducirse a los daños y perjuicios que tienen relación directa e inmediata con el objeto de la obligación, excluyendo los resultados extrínsecos que hayan afectado sus demás bienes, salvo que el deudor los haya previsto tácita o expresamente al momento de la suscripción del contrato³⁹. Por tanto, bajo esta postura doctrinaria, el deudor moroso debería resarcir de manera integral al acreedor perjudicado por los daños patrimoniales y no patrimoniales que haya padecido, sin importar las restricciones que impone la tasa de interés moratoria establecida por las partes o la tasa de interés legal impuesta por el juez.

Finalmente, en opinión de Grasso, la mora del deudor y del acreedor deberían regirse por las mismas reglas, pues, en general, la doctrina argentina, con cierta uniformidad, considera que el acreedor moroso debe reembolsar los gastos (de conservación de la cosa, de traslado, de ofrecimiento, entre otros), la frustración de ganancias e, incluso, los daños morales (2020, p. 137). Con respecto a esto, Zannoni destaca la crisis que enfrenta la doctrina tradicional que establece que la indemnización al acreedor, ante el cumplimiento tardío de las obligaciones dinerarias, no pueda exceder el pago de los intereses moratorios, de

allí que la doctrina más moderna acepte que los principios generales en materia de resarcimiento, sean aplicables también a las obligaciones dinerarias, sin restricción, o sea, tanto a los casos de incumplimiento doloso como culposo, siempre que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno (2005, p. 127).

B. ¿El daño es un requisito para exigir una indemnización moratoria?

Cabe agregar a esta serie de cuestionamientos que uno de los elementos fundamentales de cualquier indemnización es la preexistencia de algún daño, razón por la cual el acreedor que exige una indemnización debe probar su existencia⁴⁰. Así lo entiende Ibáñez al explicar que el daño cierto (no puramente hipotético, eventual o conjetal) es el presupuesto o elemento más importante del deber de reparar, a tal punto que sin daño no hay responsabilidad (2006, p. 323).

En ese sentido, si fuera cierto que la ocasión de un daño es la razón del pago de los intereses moratorios, entendidos como una indemnización, resulta sumamente discutible que las partes contratantes puedan determinar, desde un inicio, los daños que podría ocasionar la ejecución tardía de la prestación a cargo del deudor; pues, para que el daño pueda ser resarcido, debe ser cierto, no eventual ni hipotético⁴¹. No obstante, en el caso de las obligaciones de dar suma de dinero⁴², Osterling Parodi aclara que, en caso de demora en entregar una suma de dinero, ya sea que exista pacto entre las partes o no, el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios (1968, p. 95). En vista de ello, si entendemos que el resarcimiento debe ser integral, resulta preocupante que el acreedor afectado por el actuar doloso o culposo del deudor moroso pueda exigir ante un juez el pago de la 'indemnización moratoria', sin necesidad de demostrar la existencia ni cuantía de daño o perjuicio alguno.

³⁸ Véase a Hernández (2022).

³⁹ Así, por ejemplo, Díez-Picazo Giménez, acerca de la regulación de los intereses moratorios en el Código Civil español, comenta que pueden ser ampliados a solicitud del acreedor cuando los otorgados, con el criterio de la tasa legal, no cubran los daños efectivamente irrogados (1994, p. 299). Véase también a Morales Moreno (2010, p. 177).

⁴⁰ Artículo 1331.-

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (1984).

⁴¹ Véase a Zannoni (2005).

⁴² Artículo 1324.-

Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios.

Si se hubiese estipulado la indemnización del daño ulterior, corresponde al acreedor que demuestre haberlo sufrido el respectivo resarcimiento (1984).

Si bien es importante reconocer que el principio de reparación integral del daño no es absoluto, tal como ocurre en Italia, Francia y Colombia, donde existen normas que establecen limitaciones legales al resarcimiento y normas por las cuales es permitido a las partes modificar el régimen normal de la responsabilidad mediante disposiciones contractuales hechas de común acuerdo, antes del incumplimiento, como las cláusulas restrictivas de responsabilidad; dicha variación, no puede contrariar las normas de orden público (entendido como criterio totalizador que engloba el principio de la buena fe, las buenas costumbres, las normas imperativas, el no versar sobre daños a la salud e integridad física de las personas y el no pretender restringir la responsabilidad que se deriva de un incumplimiento o de la comisión de un hecho ilícito civil cometido con dolo o culpa grave del deudor o su auxiliar) (Gual Acosta, 2012, pp. 477-491). Entonces, cuando el legislador peruano permite limitar la responsabilidad por cumplimiento tardío a través de la tasa del interés moratoria por las partes contratantes o la ley (BCRP), se está contraviniendo lo establecido en el artículo 1328 del Código Civil peruano de 1984.

Por ello, resulta lúcida la posición de Pothier al afirmar que si el acreedor, por el retardo del pago de la suma de dinero debida, no ha sufrido daño alguno, es decir, no le ha causado pérdida ni privado de beneficio alguno, no debe exigir intereses, pues al ser concedidos como una indemnización no pueden exigirse sin verificar perjuicio alguno. Si, por el contrario, el daño que el retardo ha causado al acreedor es más grande que esos intereses, el deudor debe indemnizar todos los perjuicios que él sabe que ha causado por su injusta retención (1947, p. 101).

C. La mora en las obligaciones pecuniarias y no pecuniarias

El Código Civil peruano distingue entre la mora en las obligaciones pecuniarias como no pecuniarias⁴³. Con relación a esto, llama nuestra atención lo señalado por Osterling y Castillo acerca del artículo 1247, donde explican que, en las obligaciones no pecuniarias, el interés se debe fijar sobre el valor que los bienes materia de la obligación tengan en la plaza donde deba pagarse, considerando el valor que aquellos tuviesen al día siguiente del vencimiento de la obligación. En caso hayan perecido al tiempo de hacerse la evaluación, el interés a devengarse se establecerá de acuerdo con el valor que determinen los peritos.

A fin de precisar la licitud de la tasa pactada se requerirá de un proceso de conversión a dinero, al constituir este el común denominador del valor de todos los bienes y servicios. Esto no significa que lo que deba pagarse por concepto de interés sea una prestación dineraria, sino solo la certeza de si la cuantía del interés está o no lícitamente determinada. Por tanto, el devengamiento de intereses compensatorios en este tipo de obligaciones no debería generar mayor discrepancia, ya que será posible que los intereses compensatorios sean pagados con otros bienes distintos al dinero, de la misma especie y cantidad de aquellos prestados. Así, por ejemplo, si se tratase de un contrato de mutuo en el cual se hubiese prestado manzanas con intereses podría ocurrir que el pago de dichos intereses se haya pactado en manzanas o que se haya pactado en dinero. En el primer caso, será fácil calcular el pago del interés haciendo una simple operación aritmética entre el número total de manzanas y la tasa pactada. En el segundo, habrá que evaluar las manzanas mutuadas para, sobre la base de dicho valor (capital mutuado), calcular el monto del interés pactado (2011, pp. 539-540). Bajo esta perspectiva, el pago del interés moratorio y compensatorio serían aplicables no solo a las obligaciones de dar sumas de dinero (pecuniarias), sino a otros bienes capaces de generar provechos renovables. Este razonamiento, entonces, no se ajustaría a las obligaciones de hacer y no hacer, ya que la naturaleza de sus objetos, el servicio y la abstención, impide puedan producir nuevos servicios y abstenciones⁴⁴.

Sin embargo, debemos reiterar lo dicho anteriormente, para que sea aplicable la tasa-monetaria de interés al capital mutuado, este debe consistir en una suma de dinero, por tanto, no bastaría con hacer una simple operación aritmética para resolver el problema. Además, en el caso específico de las obligaciones de hacer y no hacer es importante resaltar lo dicho por Corral Talciani, quien siguiendo a Giorgianni considera que la patrimonialidad debe entenderse en un sentido más amplio que como simple valuación pecuniaria, ya que depende del ambiente jurídico-social en el cual surge la obligación y de los sujetos que la conforman, al estar dispuestos a un sacrificio económico para gozar de las ventajas de la prestación. Así, por ejemplo, en el derecho romano no era pecuniariamente valorable la profesión literaria o artística, tal como sucede en nuestra época en que la energía física del hombre es un bien objeto de evaluación pecuniaria y puede ser, por tanto, contenido de una prestación, como la prestación de

⁴³ Las obligaciones pecuniarias son obligaciones genéricas cuyo objeto recae en el dinero. Véase a Albaladejo (2011).

⁴⁴ Véase a Osterling y Castillo (2011).

trabajo (2016, p. 71). Entonces, en tanto las prestaciones de dar, hacer y no hacer son susceptibles de valuación pecuniaria, su cumplimiento tardío podría permitir al acreedor perjudicado probar ante un juez la existencia y cuantía del daño generado y así obtener el pago de una verdadera ‘indemnización moratoria’⁴⁵. No obstante, como lo hace notar Llamas Pombo, pese a que la opinión dominante viene rechazando la pecuniariedad de la prestación como requisito de la obligación, en el sistema español⁴⁶, frente al acreedor, la responsabilidad del deudor que no cumple con ejecutar la prestación a su cargo, es solo de carácter patrimonial, consecuentemente es necesario que de algún modo se fije una cifra, pues de no hacerlo, no habría posibilidad de concretarla, y, en tal caso, tampoco habría posibilidad de constreñir (no existiría la *necessitas* del vínculo obligatorio), sino cuando el deudor pudiese ser compelido al cumplimiento forzoso en forma específica; es decir, lo que se propugna es que la reparación pueda ser pecuniaria, aunque la prestación no lo sea (2020, p. 292).

Sobre el particular, tal como lo explica López Mas, frente a la *restitutio in natura*, que trata de recomponer de la manera más perfecta el estado de cosas existente previa la producción del daño, el *statu quo* antes de sufrir el hecho lesivo, surge la posibilidad de la compensación por el equivalente pecuniario, que supone la entrega de una suma de dinero o unidades monetarias al damnificado, como forma de compensar el daño efectivamente causado. Esta obligación sustitutiva nacerá cuando no resulte razonable aplicar la primera o cuando el pago de una cantidad dineraria satisfaga de un modo más preciso el interés del damnificado, siendo su finalidad servir de contrapeso al perjuicio padecido. Asimismo, tomando en cuenta que el dinero es un medio apto para satisfacer todo tipo de intereses, que permite compensar el interés dañado, con independen-

cia de que este ostente un carácter patrimonial o extrapatrimonial, la jurisprudencia española tiende a considerarla una deuda de valor, al constituirse como el equivalente a la valoración de la identidad del propio perjuicio acaecido y porque permite tomar en cuenta las fluctuaciones que la moneda pueda sufrir a través de sus actualizaciones periódicas, desde el momento en que se produjo el acto lesivo y el pago de la correspondiente indemnización (2021, pp. 271-274). Justamente en los casos de abstracción del valor monetario, la reparación pecuniaria no ha de situarse ni en el momento de la causación del daño, ni en el momento del ejercicio de la acción, sino el día en que recaiga la condena definitiva de la reparación y, en su caso, cuando se liquide su importe en el periodo de ejecución de la sentencia, toda vez que no se trata de una deuda pecuniaria simple, sino de una obligación de pagar en dinero un valor determinado, es decir, una deuda de valor (Llamas Pombo, 2020, p. 286).

D. ¿Se deben cobrar intereses compensatorios en la época de mora?

Al respecto, Osterling Parodi y Castillo Freyre explican que, durante la época en mora pueden presentarse cuatro casos: (i) si solo se pactó ‘interés compensatorio’, conforme los artículos 1246 y 1324, continuará devengándose, en calidad de ‘moratorio’, siempre que sea mayor al interés legal; (ii) si solo se pactó interés moratorio, únicamente se devengarán estos intereses hasta el día del pago; (iii) si no se pactó interés compensatorio ni moratorio, deberá devengarse el interés legal en calidad de moratorio conforme a los artículos 1246 y 1324⁴⁷; y, finalmente, (iv) si se pactaron intereses compensatorios y moratorios, se sumarán (2011, pp. 536-537). Esto último, conforme la Circular 021-2007-BCRP que dispone que el ‘interés moratorio’ se aplicará en forma adicional a la tasa de interés convencional⁴⁸.

⁴⁵ Al respecto, cabe recordar que la doctrina jurídica mayoritaria considera que no es posible la mora en las obligaciones de no hacer. Véase a Osterling Parodi (1987, p. 60). No obstante, otro sector ha aclarado que es posible exigir la indemnización moratoria en las obligaciones de no hacer con prestaciones de ejecución duradera continua que importen un empezar a no hacer y en las obligaciones con prestaciones de ejecución duradera de tipo periódico conformadas por intervalos de abstenciones que se prolongan en el tiempo. Véase Cárdenas Quirós (1988, pp. 72-77).

⁴⁶ Artículo 1332.-

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa (Código Civil, 1984).

⁴⁷ Al respecto, un sector doctrinario opina que podría ocurrir que:

[...] los intereses moratorios no alcancen -para compensar la depreciación monetaria producida durante el estado de mora. En este caso [...] habría que incluir dentro del resarcimiento del daño producido por la inflación, no sólo la depreciación monetaria producida antes de la mora [...], sino también la generada durante el estado de mora en la medida que no haya quedado cubierta por los intereses moratorios (Herrero, 2018, p. 502).

Con lo que se evidencia un problema adicional al intentar aplicar la tasa de interés legal moratorio a fin de resarcir el daño ocasionado a la parte que exige la restitución de su dinero ante el cumplimiento tardío de la obligación.

⁴⁸ Véase a Torres (2014).

Como vemos, conforme al razonamiento vigente en la legislación peruana, en la etapa de anormalidad (a partir de la constitución en mora) debería seguir cobrándose intereses compensatorios y, además, intereses moratorios. Entonces, siguiendo el ejemplo del préstamo de manzanas, habría que absolver las siguientes preguntas: ¿un conjunto de manzanas debería ser considerado un capital y, por tanto, en la época de normalidad, generar intereses compensatorios, es decir, el pago de más manzanas? ¿Debería pagarse también con manzanas los intereses moratorios en la época de anormalidad? ¿Para determinar la cantidad de manzanas a pagar en la época de mora, habría que exigir al acreedor probar los daños y perjuicios que le ha causado el retraso del deudor antes de adjudicarle alguna indemnización, o, sin necesidad de prueba alguna, aplicar la tasa de interés legal moratoria establecida por el BCRP? ¿Si las partes no han acordado la cantidad de manzanas a pagar en la época de mora, debería aplicarse la tasa de interés legal establecida por el BCRP? Entonces, ¿se deberían valorizar las manzanas en dinero, luego aplicar la tasa de interés legal moratorio, con el monto de dinero resultante comprar más manzanas y, finalmente, pagar al acreedor? En todo caso, conforme a nuestra propuesta doctrinaria, queda claro que la tasa-monetaria de interés solo es aplicable al capital-monetario y la tasa-mercancía de interés al capital-mercancía. Por tanto, la tasa-monetaria, tanto compensatoria como moratoria, establecida por el BCRP, que ha sido establecida sobre la base de un capital-monetario, no sería aplicable al préstamo de un capital distinto al dinero como son las manzanas, ya que, en este caso, al tratarse de un capital-mercancía, solo debería aplicarse la tasa-mercancía de interés establecida por las partes al momento de la suscripción del contrato.

Cabe señalar que la posición de nuestro codificador no es excepcional, pues está presente en la mayoría de ordenamientos donde es práctica usual adicionar la tasa del interés moratorio al compensatorio. Así, por ejemplo, Díez-Picazo Giménez, comentando el artículo 1109 del Código Civil español, explica que, en ausencia de pacto, el deudor de una cantidad de dinero, desde que es constituido en mora, debe los intereses legales del capital principal y los intereses retributivos, todo ello en concepto de indemnización mínima por los daños derivados del incumplimiento (1994, p. 652).

Similar problemática presenta la interpretación de los artículos 768 y 769 del Código Civil y Comercial de la nación argentina. Efectivamente, el artículo 768 establece que la tasa de los intereses moratorios se determina por el acuerdo de las partes,

por las leyes especiales y, en su defecto, por lo que establezca el BCR. Por su parte, el artículo 769 establece que los intereses punitarios son de origen convencional y se rigen por las normas que regulan la cláusula penal. Es así que de la lectura de ambos artículos podría deducirse que en la época de anormalidad, si las partes han pactado ambos tipos de interés debe exigirse el pago de intereses moratorios y adicionalmente intereses punitarios, o, para evitar esta situación, los intereses moratorios deben recibir el nombre de punitarios cuando hayan sido acordados por las partes. Al respecto, Favier (2020) aclara que la indemnización punitiva es en realidad una sanción pecuniaria disuasiva, consistente en una suma de dinero, un plus que se suma a la indemnización por el daño efectivamente sufrido por la víctima; es decir, no compensa ni el daño patrimonial ni el moral, se suma a ellos para punir o sancionar. Por un lado, intenta reeducar conductas y, por otro lado, desalentar la imitación de esta conducta especulativa y desidiosa causante de un injustificado daño. Asimismo, entre sus características destaca su autonomía, no ser asegurable y consistir en una suma de dinero desproporcionada (2020, pp. 11-12). Situación que por cierto no parece ser lejana a la realidad de muchos países donde [...] la acción contra el deudor moroso no era una acción tendente a la prestación, sino una acción derivada de delito. El derecho inglés ha mantenido este punto de vista hasta la época moderna" (Planitz, 1957, p. 221). Tomanando esto en consideración, habría que agregar los siguientes cuestionamientos: ¿la devolución tardía del capital debería ser sancionada de manera desproporcionada y ejemplificadora? ¿Debemos reeducar al deudor moroso afectando su bolsillo, enriqueciendo, así, al acreedor con una indemnización que no está dirigida a compensar el daño efectivamente causado?

A fin de absolver estas interrogantes, resulta pertinente destacar lo señalado por Loosschelders acerca del Código Civil alemán (BGB), donde el deudor, en principio, no puede alegar que ha ocasionado un daño menor al acreedor, no obstante, en los contratos de préstamo a los consumidores se da una excepción, aquí el deudor tiene la posibilidad de hacerlo, asimismo, tampoco se excluye la posibilidad de alegar un daño adicional que puede derivarse del hecho que, a consecuencia de la mora, por ejemplo, el acreedor tuviera que recurrir a un crédito con una tasa de interés más alta (2021, p. 365). Contrariamente, el codificador peruano establece que, si el valor del daño supera al 'interés moratorio', el deudor está obligado a completar el monto de la indemnización solo si contractualmente se ha estipulado a través del llamado pacto por 'daño ulterior' (daño mayor a los intereses moratorios), a condición de que el acreedor

dor pruebe haberlo sufrido y su cuantía⁴⁹, cuando debería ser, al contrario. Es decir, siendo consecuentes con nuestra posición, se debería permitir al acreedor perjudicado demostrar el daño efectivamente sufrido por causa del deudor moroso, sin previo acuerdo. Si bien esta propuesta implica incurrir en altos costos como, por ejemplo, el tiempo y recursos que requiere someter ante un juez la prueba del daño causado y el cálculo de la indemnización moratoria correspondiente, en nuestra opinión no sería obstáculo para quienes, en su análisis de costo-beneficio, consideren rentable reclamar un verdadero resarcimiento por causa del cumplimiento tardío del deudor.

E. ¿Debe exigirse el pago de intereses moratorios o una indemnización moratoria?

Si está clara la diferencia entre los intereses y la indemnización, pues ambas tienen un origen y finalidad distintos, pensamos que: (i) si las partes contratantes no pactaron ‘intereses moratorios’ después de concluido el plazo originalmente pactado, no debería presumirse el pago de ‘intereses legales moratorios’; por el contrario, (ii) si las partes acuerdan el pago de intereses para ese periodo eventual, estos no deberían tener una naturaleza distinta a los ‘intereses compensatorios’ (convencionales) a los que hemos hecho alusión⁵⁰, es decir, no deberían ser considerados una indemnización⁵¹; y, finalmente, (iii) en ambos casos, el acreedor perjudicado por el cumplimiento tardío del deudor moroso debería poder demandar el resarcimiento integral, es decir, exigir el pago de la ‘indemnización moratoria’.

Entonces, a la pregunta ¿frente a qué obligaciones debería permitirse el pago de intereses moratorios?, responderíamos: (i) en las obligaciones cuyo

objeto sea un capital-monetario, emplearíamos la tasa-monetaria de interés establecida por las partes o, si estas así lo han previsto contractualmente, la tasa de interés legal establecida por el BCRP; (ii) en el caso de las obligaciones cuyo objeto sea un bien distinto al dinero, sería de aplicación solo la tasa de interés-mercancía establecida convencionalmente por las partes; y (iii) en el caso de las demás obligaciones cuyo objeto sea un servicio o una abstención, no podría aplicarse la tasa de interés moratoria de origen convencional ni legal, pues no existe fundamento económico ni jurídico que sustente tal posibilidad. Finalmente, reiterar que, en las obligaciones cuyo objeto sea una suma de dinero o cualquier otro bien, un servicio o una abstención, el acreedor debería tener la posibilidad de solicitar, sin restricción alguna, el resarcimiento integral por los daños y perjuicios que efectivamente haya sufrido por causa de la mora del deudor, es decir, tener derecho no solo el pago de una suma de dinero, sino a la reparación *in natura* o en especie, según corresponda en cada caso concreto.

V. CONCLUSIONES

Restaría, pues, emitir nuestra modesta reflexión acerca de la exposición realizada, concluyendo lo siguiente:

- Debemos resaltar la importancia del papel de las ciencias sociales en la búsqueda del entendimiento de los fenómenos económico-sociales en el transcurso de la historia. A través de los avances que ha experimentado la doctrina económica hemos demostrado que el interés no es el fruto civil de un capital, sino la contraprestación por la disposición de un capital que no puede recaer so-

⁴⁹ Artículo 1332.-

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores (1984).

⁵⁰ En este punto es importante reafirmar que, conforme nuestra posición doctrinaria, en el caso del mutuo cuyo objeto recaiga sobre un capital-monetario, las partes podrían determinar contractualmente la aplicación de la tasa-monetaria de interés establecida por el BCRP para determinar el monto de los intereses compensatorios. No así, para el caso del mutuo de bienes distintos al dinero, a los que hemos llamado ‘mercancías’, al que solo sería aplicable la tasa-mercancía de interés establecida por las partes al momento de suscribir el contrato.

⁵¹ Al respecto, es importante destacar que en Italia y en Francia ni por una cláusula penal ni por una cláusula de limitación de responsabilidad se puede limitar la responsabilidad integral del daño, en caso de mediar un incumplimiento derivado de una conducta del deudor cometida con dolo o culpa grave. Asimismo, la jurisprudencia francesa si bien considera que la cláusula penal y la cláusula restrictiva de la responsabilidad son de naturaleza distinta, ha aplicado de manera implícita a la cláusula de limitación de responsabilidad irrisoria la posibilidad de que sea ajustada por el juez a una cifra que represente la indemnización, de manera similar a como se consagra para la cláusula penal irrisoria. Se trata, pues, de una facultad otorgada al juez para que de oficio revise todas las cláusulas que tengan por objeto la reparación del perjuicio. Este mecanismo de reajuste se ha considerado de orden público, ya que hace posible evitar que la cláusula penal irrisoria actúe como una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad al reconocerse la posibilidad que pueda, por los efectos que se derivan en la práctica, actuar como una cláusula de limitación de responsabilidad (Gual Acosta, 2012, pp. 140-141).

bre cualquier bien ya que la tasa-mercancía de interés tiene características distintas a la tasa-monetaria de interés, por tanto, la tasa de interés establecida por el BCRP, aplicable al pago de los intereses, tanto compensatorios como moratorios, corresponde a un capital-monetario.

- Asimismo, el ‘interés moratorio’ no puede ser asimilado a la ‘indemnización moratoria’. Los interés compensatorios y moratorios se pagan por la disposición del capital-monetario, tomando en cuenta la tasa de interés-monetaria de interés. En cambio, la ‘indemnización moratoria’, entendida como una especie de ‘indemnización compensatoria’, debe resarcir de manera integral al acreedor por los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento negligente o doloso del deudor moroso, el mismo que no debe restringirse a la ‘tasa de interés convencional moratoria’, establecida por las partes, ni a la ‘tasa de interés legal moratoria’, establecida por el BCRP.
- Por último, invitar a nuestros juristas a profundizar el estudio de las instituciones objeto de esta investigación a fin de contribuir en la formación de un sistema jurídico más eficiente y justo, que se muestre acorde con los avances de nuestra sociedad. 

REFERENCIAS

- Aftalion, F. y Poncent, P. (1985). *Las tasas de interés*. Fondo de Cultura Económica.
- Albaladejo, M. (2011). *Derecho civil: derecho de obligaciones* (Tomo II). Edisofer SL.
- Banco Central de Reserva del Perú (2011). *Glosario de Términos Económicos*. Gerencia de Comunicaciones. <https://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/glosario.html>
- Benegas Lynch, A. (1978). *Fundamentos de análisis económico*. Editorial Diana S.A.
- Benetti, C. (1990). *Moneda y teoría del valor*. Fondo de Cultura Económica.
- Böhm-Bawerk, E. (1986). *Capital e interés*. Fondo de Cultura Económica.
- Borda, G. A. (1983). *Tratado de derecho civil*. Editorial Perrot.
- Bullard González, A. (2001). La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos. *THĒMIS-Revista de Derecho* (43), 223-234.
- Calle Cruz, B.; Chávez Ruiz, C. E. & Milla Echevarría, N. P. (2015). *Determinación del costo de oportunidad de capital en las entidades microfinancieras del Perú* [Tesis para optar el grado de magíster en finanzas corporativas, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas].
- Campbell Manjarrez, U. & Barraza Magallanes, J. (2015). La crítica de la teoría del valor en Marx, Sraffa y Keynes: Un complemento conceptual para la economía. *Revista Nicolaita de Estudios Económicos*, 10(1), 53-69.
- Cárdenes Quirós, C. (1988). La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. *THĒMIS-Revista de Derecho* (12), 72-77.
- Cassel, G. (1960). *Economía social teórica*. Editorial Aguilar.
- Chaves Barea, A. (2020). *El papel de la demanda de dinero en la historia económica argentina reciente: análisis de sus principales determinantes y su comportamiento* [Tesis para optar el grado de licenciado en Economía, Universidad Nacional de Cuyo].
- Clemente Meoro, M. E. (2021). La indemnización de daños y perjuicios. En Clemente Meoro, M. & Cobas Cobiella, M. (dir.). *Derecho de daños* (pp. 1739-1817). Tirant lo Blanch.
- Cordero Lobato, E., Marín López, M. J., Carrasco Perera, A. (2019). *Derecho de obligaciones y contratos en general. Lecciones de derecho civil*. Tecnos.
- Corral, H. (2016). *Estudios sobre contratos y obligaciones*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Díez-Picazo Giménez, G. (1994). *La mora del deudor* [Tesis para optar el grado de doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid].
- Favier, D. (2020). *Daños punitivos*. Rubinzel-Culzoni Editores.
- Femenía, P. (2010). *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*. Tirant lo Blanch.
- Friedman, M. (1962). *Teoría de los precios*. Alianza.
- Gaytán, J. (2018). Clasificación de los riesgos financieros. *Revista Mercados y Negocios*, (38), 123-132.

- Gitman, L. J. y Joehnk, M. (2009). *Fundamentos de inversiones*. Pearson Educación.
- Grasso, M. (2020). El problema de la responsabilidad del acreedor moroso en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Revista Prolegómenos*, 23(46), 133-148.
- Gual, J. (2012). *Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Haksar, V. & Kopp, E. (2020). ¿Cómo pueden ser negativas las tasas de interés? *Revista Finanzas & Desarrollo*, 57(1), 50-51.
- Hernández, A. (2022). La reparación de los perjuicios compensatorios y moratorios como tipología de perjuicios derivados de la responsabilidad contractual en el derecho privado. *Opinión Jurídica*, 21(44), 238-259.
- Herrero, A. (2018). *Resolución de los contratos por incumplimiento*. La Ley.
- Herreras, A. (1996). *Fundamentos para la historia del pensamiento económico*. Noriega Editores.
- Ibáñez, C. M. (2006). *Resolución por incumplimiento*. Editorial Astrea.
- James, E. (1963). *Historia del pensamiento económico*. Editorial Aguilar.
- Jiménez, F. (2012). *Elementos de teoría y políticas macroeconómicas para una economía abierta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jiménez, F. (1994). *El dinero y relación con los precios: del monetarismo neoclásico al tratado del dinero de Keynes*, (Working Paper) <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46759>
- Kitzberger, P. (1999). Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto. *Boletín de la Sociedad Argentina de Análisis Político* (5), 33-48.
- Keynes, J.M. (2003). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Fondo de Cultura Económica.
- Krugman, P. & Wells, R. (2015). *Microeconomía*. Editorial Reverté.
- Larenz, K. (2020). *Derecho de Obligaciones*. Editorial Olejnik.
- Looschelders, Dirk (2021). *Derecho de obligaciones. Parte general*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- López Mas, P. J. (2021). *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*. Editorial Dykinson S.L.
- Llamas Pombo, E. (2020). *Las formas de reparar y prevenir el daño*. Wolters Kluwer España S.A.
- Maito, E. E. (2016). Distribución del ingreso, rotación del capital y niveles de rentabilidad. *Economía: teoría y práctica* (45), 169-206.
- Margaría, O. y Bravino, L. (2014). *Matemática financiera*. Universidad Nacional de Córdoba.
- Marshall, A. (1948). *Principios de economía*. C.W. Gillebaud.
- Meiners, R. E. y Miller, R. L. (1990). *Microeconomía*. McGraw Hill.
- Mochón Morcillo, F. (1996). *Principios de economía*. McGraw Hill.
- Morales Moreno, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Editorial Aranzadi S.A.
- Nicholson, W. (1997). *Teoría microeconómica*. McGraw Hill.
- Osterling Parodi, F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho* (26), 93-102.
- Osterling Parodi, F. (1987). Mora del deudor. *THĒMIS-Revista de Derecho* (8), 55-60.
- Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (2011). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Palestra.
- Patinkin, D. (1959). *Dinero, Interés y Precios*. Aguilar.
- Pérez Velázquez, J. P. (2016). *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Planitz, H. (1957). *Principios de derecho privado germánico*. Bosch Casa Editorial.
- Pothier, R. J. (1947). *Tratado de las obligaciones*. Editorial Atalaya.
- Quirk, J. P. (1998). *Microeconomía*. Antoni Bosh.

- Reyes Blanco, O. y Oslund Rains, F. S. (2014). Teoría del bienestar y el óptimo de Pareto como problemas microeconómicos. *Revista Electrónica de Investigación en Ciencias Económicas [REI-CE]* (2) 217-234.
- Robinson, J. y Eatwell, J. (1976). *Introducción a la economía moderna*. Fondo de Cultura Económica.
- Seldon, A. y Pennance, F.G. (1969). *Diccionario de economía*. Editorial Oikos.
- Solarte Rodríguez, A. (2005). La reparación in natura del daño. En *Vniversitas*, 54(109), 187-238.
- Stigliz, J. E. (1998). *Microeconomía*. Segunda edición. Editorial Ariel.
- Tapia Rodríguez, M. (2015). Pérdida de una oportunidad: ¿un perjuicio indemnizable en Chile?. *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, (4) 234-267.
- Torres Vásquez, A. (2014). *Teoría General de las Obligaciones*. Instituto Pacífico.
- Valcavi, G. (2005). La indemnización del mero lucro cesante como criterio general de resarcimiento del daño por mora en las obligaciones pecunias. En *Textos jurídicos de Derecho Civil*. Fondazione Giovanni Valcavi Villagrassa Alcaide, C. (1998). *La deuda de intereses* [Tesis para optar el grado de doctor en Derecho Civil, Universidad de Barcelona].
- Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil*. Editorial Astrea.
- Walsh, V.C. (1974). *Introducción a la microeconomía contemporánea*. Editorial Vicens-Vives.
- Zannoni, E. A. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Bürgerliches Gesetzbuch [BGB], 18 de agosto de 1896 (Alemania).
- Código Civil [CC] Ley del 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN] art. 22 (Buenos Aires, 2014) (Argentina).
- Código Civil [CC], Real Decreto 262, 16 de marzo de 1942 (Italia).



HUGO SOLOGUREN

Arbitraje - JRD

hugosologuren@gmail.com

(+51) 999 650 605

511 3725405

Calle Silvana 195 - Dpto. 301
Chacarilla - Surco

LA CONCURRENCIA DE ACREDITORES SOBRE BIENES MUEBLES INSCRIBIBLES: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE PREFERENCIA ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 1136 DEL CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA

CONCURRENCE OF CREDITORS OVER REGISTRABLE MOVABLE PROPERTY: ANALYSIS OF THE PREFERENCE CRITERIA ESTABLISHED BY ARTICLE 1136 OF THE CIVIL CODE AND PROPOSAL FOR LEGISLATIVE REFORM

David Rubio Alcántara*

Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

Maria Paula Ruiz Coral**

Exmiembro de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The current regime of concurrency of creditors of registrable movable assets has been the subject of numerous criticisms and comments. Therefore, this article will examine the treatment that this regime has received under the applicable legislation and current case law; as well as its relationship with the systems of transfer of ownership and the signs of cognizability of rights.

The authors intend to identify the solutions offered by article 1136 of the Civil Code in this case in order to ask themselves and try to answer which would be the most appropriate regulation. To do so, they will use doctrine, case law and reform proposals.

KEYWORDS: Concurrence of creditors; registration; handing; opposability; good faith.

El actual régimen de concurrencia de acreedores de bienes muebles inscribibles ha sido objeto de numerosas críticas y comentarios. Por ello, el presente artículo examinará el tratamiento que ha recibido este régimen por la legislación aplicable y la jurisprudencia actual, así como su relación con los sistemas de transferencia de propiedad y los signos de cognoscibilidad de los derechos.

Los autores se proponen identificar las soluciones que ofrece el artículo 1136 del Código Civil ante este supuesto para preguntarse e intentar responder cuál sería la regulación más acorde. Para ello, se empleará la doctrina, jurisprudencia y propuestas de reforma existentes.

PALABRAS CLAVE: Concurrencia de acreedores; inscripción; entrega; oponibilidad; buena fe.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exdirector de la comisión de seminarios de THĒMIS. Asistente de los cursos de Derecho Tributario General y Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Practicante preprofesional en Estudio de la Flor, García Montúfar, Arata & Asociados Abogados. Contacto: david.rubioa@pucp.edu.pe

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Exmiembro de la comisión de publicaciones de THĒMIS. Asistente del curso de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro del Grupo de Investigación "Observatorio Inmobiliario y Mercantil". Practicante preprofesional en Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Contacto: mpruizc@pucp.edu.pe

Los autores aclaran que el presente artículo es, en parte, resultado de la investigación realizada para el curso Seminario de Investigación Jurídica, perteneciente a la malla curricular de pregrado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicha investigación ha sido complementada y actualizada para su publicación en la presente edición 85 de THĒMIS-Revista de Derecho.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 11 de junio de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

A nivel nacional es muy comentada la manera en la que los tribunales aplican el Derecho Civil para resolver conflictos, debido a la abstracción y generalidad de su contenido, así como la variada casuística que ocasiona su interpretación. Así, se señala con justa razón que “la seguridad jurídica en el campo del Derecho Civil representa un reto sobre cómo resolver los conflictos de intereses” (Cervantes, 2020, p. 166).

Precisamente, uno de los dispositivos normativos que mayor crítica ha recibido por parte de la doctrina nacional es la **interpretación del artículo 1136 del Código Civil**, que regula la **concurrencia de acreedores de bienes muebles**, puesto que su aplicación –respecto de los denominados ‘**bienes muebles inscribibles**’– ha generado una dispersión de criterios jurisprudenciales, inclusive entre sentencias de casación.

De acuerdo con el Registro jurídico de bienes muebles, debe entenderse por bienes muebles inscribibles “el conjunto de bienes muebles ya existentes o por crearse que surten plenos efectos jurídicos”¹, los cuales se dividen en las siguientes categorías: (i) Propiedad Vehicular; (ii) Embarcaciones Pesqueras; (iii) Buques; y (iv) Naves y Aeronaves² (Reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles, 2006).

Ahora bien, para abordar esta problemática, debemos partir por señalar que el Título I de la Sección Primera del Libro VI del Código Civil contiene las disposiciones correspondientes a las obligaciones de dar. Así, dentro de estas disposi-

ciones, se encuentran los artículos 1135³ y 1136⁴, que regulan el régimen de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble y mueble, respectivamente.

Con respecto al primer supuesto, el artículo 1135 es claro al establecer que se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título (derecho) ha sido primeramente inscrito en los Registros Públicos. Al respecto, cabe precisar que la prevalencia de este acreedor se encuentra supeditada al desconocimiento de que el deudor se ha obligado a entregar, previamente, el mismo bien a otro sujeto (Barchi, 2020, p. 26).

Con respecto al segundo supuesto, el artículo 1136 establece que se prefiere al acreedor de buena fe a quien el deudor hizo entrega o tradición del bien mueble. Al tratarse de un supuesto de concurrencia de acreedores de un bien mueble, resulta comprensible que prevalezca el derecho del acreedor a quien se le hizo entrega del bien, lo que es concordante con el artículo 947⁵ del Código Civil.

No obstante, cabe preguntarse, **¿qué solución ofrece el artículo 1136 del Código Civil para determinar qué acreedor de un bien mueble inscribible debe ser preferido cuando el deudor se ha obligado a entregar el mismo a una pluralidad de sujetos (acreedores)?**

Para responder a dicha pregunta, nos dedicaremos a brindar una conceptualización de cada una de las instituciones jurídicas que conforman el régimen de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien.

Así, en específico, el presente artículo abordará: (i) los sistemas de transferencia de propiedad pre-

¹ Artículo 13.- Definición

Los Registros Jurídicos de Bienes son el conjunto de registros de bienes muebles ya existentes o por crearse que surten plenos efectos jurídicos. Se encuentran incluidos los registros jurídicos de bienes administrados por entidades distintas a la Sunarp. Se encuentran excluidos los registros privados con efectos jurídicos frente a terceros (2006).

² Artículo 14.- Organización de la partida electrónica

A partir de la entrada en vigencia del presente Reglamento, las partidas registrales del Registro de la Propiedad Vehicular, Registro de Embarcaciones Pesqueras, Registro de Buques, Registro de Naves y Registro de Aeronaves [...] (2006).

³ Artículo 1135.-

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (1984).

⁴ Artículo 1136.-

Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclaman diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua (1984).

⁵ Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (1984).

sentes en el Código Civil; (ii) el régimen actual de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien; (iii) la solución que ofrece el artículo 1136 del Código Civil ante un supuesto de concurrencia de acreedores de un bien mueble inscribible; y (iv) las propuestas de reforma legislativa ensayadas alrededor de esta problemática.

Primero, desarrollaremos los sistemas de transferencia de propiedad adoptados por nuestro legislador.

Segundo, tomando como base lo anterior, pasaremos a estudiar el régimen de concurrencia de acreedores estipulado en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil.

Tercero, realizaremos un análisis de las interpretaciones sistemáticas del artículo 1136 del Código Civil esbozadas por la Corte Suprema y el acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil (Lima) celebrado en el año 2012.

Cuarto, revisaremos las propuestas de interpretación o reforma planteadas por los profesores Juan Luis Hernández Gazzo y Carlos Cárdenas Quiroz, así como por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil.

De esta manera, cumpliremos con el objetivo de tener una total comprensión de la problemática a la que los profesionales del derecho se enfrentan: la concurrencia de perspectivas distintas y contrapuestas respecto de la aplicación de los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1136 para determinar qué acreedor de un bien mueble inscribible debe ser preferido.

Todo ello nos permitirá esbozar una propuesta de reforma legislativa que modifique parcialmente la redacción del artículo 1136 del Código Civil, con el objetivo de contar con un criterio jurisprudencial uniforme que establezca qué acreedor será preferido ante una eventual concurrencia acreedores de un bien mueble inscribible.

II. LOS SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de 1984 ha adoptado –en sus artículos 947 y 949– dos sistemas de transferencia de propiedad, dependiendo de si el bien objeto de transferencia es uno mueble o inmueble, respectivamente. Así, el legislador ha consagrado (i) “que a tenor del artículo 947 la transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor” (Forno, 1993, p. 78-79); y (ii) “que de conformidad con el artículo 949 la transferencia de propiedad de los inmuebles

determinados [...] se produce con la obligación de enajenarlos” (Forno, 1993, p. 79).

Primero, con respecto a los **bienes muebles**, el artículo 947 del Código Civil establece que, para la transferencia de propiedad de estos, deberá concurrir un título (por ejemplo, un contrato de compraventa) y un modo (en definitiva, la tradición o entrega efectiva del bien). Así, solo se habrá efectuado la transferencia de la propiedad si ambos elementos concurren. En ese sentido, el profesor Castillo Freyre señala que:

La regla [estipulada en el artículo 947], como vemos, es que la transferencia de los bienes muebles determinados se produzca con la tradición al acreedor, salvo disposición legal diferente como dice la ley [...]. (2021, p. 145)

De esta manera, es correcto afirmar que el **título** es el fundamento jurídico que provoca la entrega efectiva del bien mueble, y dicho **modo** (léase, la tradición o entrega) es el acto que produce el efecto real, es decir, que hace oponible el derecho a los demás acreedores o, inclusive, a terceros ajenos al negocio jurídico.

Con respecto a este punto, si bien el legislador no ha realizado tal distinción en el Código Civil, consideramos necesario señalar que los bienes muebles se subclasifican –por su acceso a un registro jurídico– en bienes muebles registrables y bienes muebles no registrables. El profesor Juan José Garazatua Nuñovero señala que para que un bien pueda acceder al registro, este debe cumplir con los requisitos copulativos de (i) relevancia jurídica; y (ii) reserva de ley.

Por un lado, la relevancia jurídica se alcanza con la importancia y recognoscibilidad del bien. La importancia del bien “está determinada por la motivación subjetiva del legislador que analiza y considera conveniente la incorporación de un tipo de bien mueble determinado al ámbito de la publicidad registral para impulsar el tráfico patrimonial de los bienes de dicha clase” (Garazatua Nuñovero, 2022, p. 753). La recognoscibilidad refiere a la posibilidad de individualizar cada uno de los bienes muebles de una determinada clase mediante un número de serie de fabricación, entre otros.

Por otro lado, la reserva de ley importa que solo mediante habilitación del legislador (léase, la promulgación de una ley u otra norma de igual jerarquía), determinada clase de bienes muebles podrá acceder al Registro, esto es, tener la condición jurídica de bienes muebles inscribibles. En otras palabras, “esta cláusula de reserva legal impide ca-

tegóricamente que la condición registrable de los bienes muebles sea establecida por normas reglamentarias" (Garazatua Nuñovero, 2022, p. 754).

Sin perjuicio de la distinción efectuada, cabe precisar que el legislador ha establecido sin hacer mayor distinción que ambos tipos de bienes muebles (inscribibles y no inscribibles) se transfieren en virtud de la teoría del título y el modo consagrada en el artículo 947 del Código Civil.

Segundo, en relación con los **bienes inmuebles**, el artículo 949 del Código Civil establece que para la transferencia de propiedad de los mismos, no se requiere de la concurrencia de un título y un modo, sino que la **sola obligación de enajenar** será suficiente para que se efectúe la transferencia de la propiedad. En palabras de los profesores Osterling Parodi y Castillo Freyre, la transferencia de propiedad "se considera perfecta y ejecutable en el mismo momento de su formación, [por lo que] la obligación nace y muere sin solución de continuidad" (2005, p. 412).

Como indicamos en un trabajo anterior, la transferencia de propiedad inmobiliaria en virtud del principio del *solo consensus* nace producto de un "proceso de espiritualización de la teoría del título y el modo, teniendo como principal consecuencia que la entrega de la cosa (tradición) deje de ser un mecanismo de adquisición de la propiedad" (Rubio Alcántara, 2021). Por ello, en las transacciones inmobiliarias celebradas en la antigua Francia se reemplazó la entrega física del bien inmueble por actos meramente formales, como la inclusión de cláusulas contractuales en los contratos de compraventa.

Precisamente, la cláusula *dessaisine-saissine* es aquella a través de la que "el enajenante declara haberse despojado de la posesión de la cosa en favor del adquirente, quien declara haberse apoderado de la misma" (Rubio Alcántara, 2021). Seguidamente, con el objeto de reconocer lo que venía sucediendo en la praxis contractual, el legislador francés de la época positivizó dicha cláusula en "una fórmula según la cual la obligación de entregar la cosa hacia al crededor propietario, aunque la tradición no hubiese sido hecha" (Escobar Rozas, 2002, p. 48).

En este orden de ideas, el artículo 1138 del Código Civil napoleónico consagró el principio de *solo consensus*, otorgándole efectos reales (léase, transferencia de propiedad) al contrato de compraventa de bienes inmuebles. Así, en la medida que dicha fórmula ha sido adoptada por distintos códigos modernos –dentro de los cuales se encuentra el Código Civil de 1984– podemos afir-

mar que la propiedad inmobiliaria se transfiere al momento de la celebración del contrato de compraventa. En otras palabras, dicha transferencia se realiza en virtud del simple acuerdo entre las partes (adquirente y enajenante).

Una vez comprendida la lógica detrás de los sistemas de transferencia de propiedad mueble e inmueble, respectivamente contemplados en los artículos 947 y 949 del Código Civil, estamos en capacidad de analizar a cabalidad las razones que llevaron al legislador a establecer el orden de prelación en que son aplicados los criterios de preferencia estipulados en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil.

III. LA CONCURRENCIA DE ACREDITORES SOBRE UN MISMO BIEN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de 1984 regula –en sus artículos 1135 y 1136– el régimen de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien. Al respecto, Luciano Barchi Velaochaga señala que estos dispositivos normativos hacen referencia al supuesto de hecho en el cual "un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien" (2020, p. 24).

Ahora bien, de la misma manera que con los sistemas de transferencia de la propiedad, el Código Civil adopta criterios de preferencia distintos para determinar qué acreedor de un bien debe ser preferido, dependiendo de si este es uno mueble o inmueble. Así, el legislador ha establecido que será preferido (i) aquel acreedor de buena fe cuyo **título ha sido primeramente inscrito** en el supuesto de **bienes inmuebles**; y (ii) aquel acreedor de buena fe a quien el **deudor hizo entrega** del bien en el supuesto de **bienes muebles**.

Por un lado, respecto a los bienes inmuebles, producida la concurrencia de acreedores, el **artículo 1135** del Código Civil establece los siguientes criterios de preferencia para determinar qué acreedor debe ser preferido:

1. El acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito.
2. En defecto de la inscripción, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.
3. Si los títulos no constan en documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior. (Barchi Velaochaga, 2020, p. 26)

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema es uniforme al reconocer el orden de prelación de los criterios de preferencia contenidos en el artículo 1135 del Código Civil. Para una mayor claridad, in-

sertamos un extracto de la Casación 3805-2015-Lima-Este, donde la Corte desarrolla el orden de prelación de los criterios de preferencia en cuestión:

Producida la concurrencia de acreedores, debe determinarse cuál es el acreedor que debe ser preferido. En la concurrencia de acreedores de un mismo bien inmueble será preferido: a) El acreedor de buena fe cuyo título ha sido primariamente inscrito; b) En defecto de inscripción, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua; y, c) Si los títulos no constan de documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior. (Cas. 3805-2015-Lima-Este)

Por otro lado, respecto a los **bienes muebles**, producida la concurrencia de acreedores, el artículo 1136 del Código Civil establece los siguientes criterios de preferencia para determinar qué acreedor debe ser preferido:

1. Acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición del bien, aunque su título sea de fecha posterior.
2. Si el deudor no hizo tradición del bien, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.
3. Si los títulos no constan de documento de fecha cierta, es preferido el acreedor de buena fe cuyo título sea de fecha anterior. (Barchi Vela ochaga, 2020, p. 31)

En principio, la jurisprudencia de la Corte Suprema es uniforme al reconocer el orden de prelación de los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1136 del Código Civil.

No obstante, **el problema surge cuando nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de acreedores sobre bienes muebles inscribibles**.

Sobre este punto es preciso mencionar que –en sede judicial– concurren diversas interpretaciones respecto de la aplicación de los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1136 del Código Civil, con el objeto de determinar qué acreedor de un bien mueble inscribible debe ser preferido. Tales interpretaciones se agrupan en (i) sentencias de casación a favor de preferir al acreedor a quien el deudor hizo entrega del bien mueble; y (ii) sentencias de casación a favor de preferir al acreedor que inscribió primeramente su título (derecho).

La coexistencia de diversas interpretaciones del artículo 1136 del Código Civil afecta directamente

la seguridad jurídica en la circulación de los bienes muebles inscribibles, puesto que no existe certeza sobre la manera en que los tribunales (aún más, si la Corte Suprema no ha adoptado –a la fecha– un criterio uniforme sobre la materia) aplicarán los criterios de preferencia pre establecidos.

Esta falta de uniformidad, a su vez, vulnera directamente los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, los cuales forman parte de las garantías que toda persona ostenta en un Estado de Derecho. Ante este panorama, desde la doctrina se han planteado propuestas interpretativas y proyectos de reforma del artículo materia de análisis a fin de reencausar la solución de conflictos, de manera uniforme⁶.

Por último, del régimen de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien, es necesario resaltar que, como lo ha indicado el propio profesor Osterling Parodi, a diferencia de los artículos 1174 y 1173 del Código Civil de 1936, se ha agregado la expresión 'de buena fe' a los artículos 1135 y 1136 del Código Civil de 1984 (2007, p. 49).

De esta manera, el acreedor de un bien inmueble que haya inscrito su título deberá tener buena fe para ser preferido, del mismo modo que el acreedor de un bien mueble a quien el dueño haya hecho tradición del mismo (Osterling, 2007, p. 51). En otras palabras, el requisito de la buena fe (al cual nos hemos referido como 'tener buena fe') debe entenderse como "el acreedor desconoce que el deudor se ha obligado a entregar, previamente, el mismo bien a otro sujeto" (Barchi, 2020, p. 26).

En esa misma línea, el profesor Cárdenas Quiroz señala que:

La buena fe interesa en ambos casos [muebles e inmuebles] en el sentido de que los acreedores posteriores al primero deben desconocer los actos anteriores al propio. Es la denominada buena fe creencia. Dicha buena fe creencia no resulta exigible al primer acreedor. (2004, p. 749)

Bajo esta premisa, no será preferido aquel acreedor que conocía de alguna operación previa (íe- se, obligación de entregar el mismo bien a otro sujeto) respecto del mismo bien. Ello se debe a que la inscripción del título (derecho) sobre el bien inmueble o la tradición del bien mueble debe ir acompañada del requisito de la buena fe, es decir, el desconocimiento de dichas operaciones previas.

⁶ Véase Títulos A, B y C del acápite V.

La Corte Suprema, en la Casación 3467-2012-Lima, ha señalado que el artículo 1135 del Código Civil establece la prelación entre los acreedores de un mismo bien inmueble siempre que se haya actuado de buena fe. Para una mayor claridad, insertamos a continuación el extracto pertinente de la sentencia:

[E]l artículo 1135 del Código Civil [...] se utiliza cuando se presenta el supuesto denominado 'concurrencia de acreedores', esto es, cuando un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien inmueble. En efecto, el artículo 1135 establece una prelación entre los acreedores, siempre que hayan actuado de buena fe, otorgando prioridad de la siguiente manera [...]. (Cas. 3467-2012-Lima)

Por ello, está claro que la determinación de la buena fe del acreedor, para que este sea preferido en su supuesto de concurrencia, es un requisito que la ley (léase, los artículos 1135 y 1136 del Código Civil) exige de manera clara e irrenunciable.

IV. ¿QUÉ SOLUCIÓN OFRECE LA JURISPRUDENCIA A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1136 DEL CÓDIGO CIVIL ANTE UN SUPUESTO DE CONCURRENCIA DE ACREDITORES DE UN BIEN MUEBLE INSCRIBIBLE?

Líneas arriba nos preguntamos ¿qué solución ofrece el artículo 1136 del Código Civil para determinar qué acreedor de un bien mueble inscribible debe ser preferido cuando el deudor se ha obligado a entregar el mismo a una pluralidad de sujetos (acreedores)?

Para responder dicha pregunta resulta pertinente traer a colación lo señalado por Luciano Barchi Velaochaga con respecto a los casos en los que un mismo bien mueble inscribible es enajenado dos veces, haciendo entrega del mismo al primer adquirente (sin inscripción) e inscribiéndose la transferencia del mismo a favor del segundo adquirente (sin tradición o entrega):

Si aplicáramos el artículo 1136, en la medida que se trata de un bien mueble, tendríamos que el derecho de *Secundus* [primer adquirente] prevalecerá sobre el de *Tertius* [segundo adquirente], es decir, **que prevalecerá la posesión sobre el Registro, lo que resulta técnicamente absurdo** (2020, p. 31) [el énfasis es nuestro].

A. La Corte Suprema y las sentencias casatorias contrapuestas

Para dar respuesta a dicha pregunta, nuestros jueces han elaborado distintas interpretaciones sistemáticas del artículo 1136 del Código Civil. Por ello, a la fecha, concurren perspectivas contrapuestas respecto de la aplicación de los criterios de preferencia establecidos en el precitado artículo. Las interpretaciones sistemáticas del artículo 1136 del Código Civil a las que hacemos referencia son, principalmente, las siguientes:

- (i) En concordancia con el artículo 947 del Código Civil, se **debe preferir a aquel acreedor a quien se le ha hecho entrega del bien mueble inscribible**, puesto que se trata de un bien mueble cuya transferencia de propiedad se perfecciona con la entrega o tradición.
- (ii) En concordancia con el artículo 2014 del Código Civil, se **debe preferir a aquel acreedor de buena fe cuyo título (derecho) ha sido primeramente inscrito en la partida registral del bien mueble inscribible**, puesto que a este tipo de bienes les resulta aplicable –por analogía– los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1135 dado su calidad de bienes inscribibles.

Ambas posturas representan la síntesis de una pluralidad de criterios jurisprudenciales pasibles de ser agrupados en: (i) sentencias casatorias⁷ a favor de preferir al acreedor a quien el deudor hizo entrega del bien mueble; y (ii) sentencias casatorias⁸ a favor de preferir al acreedor que inscribió primeramente su título (derecho). Así, dentro de la pluralidad de pronunciamientos judiciales respecto al tema materia de investigación se encuentran las siguientes sentencias de casación.

Por un lado, la Casación 1880-2002-Santa fundamenta la preferencia del acreedor a quien el deudor hizo entrega del bien mueble en los siguientes términos: "Que, el artículo novecientos cuarenta y siete del Código Civil declara que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente" (Cas. 1880-2002-Santa).

Por otro lado, la Casación 3378-2000-Arequipa fundamenta la preferencia del acreedor que ins-

⁷ Sentencias a favor de preferir al acreedor a quien el deudor hizo entrega del bien mueble: Casación 1880-2002-Santa, Casación 3271-2002-Arequipa, Casación 1773-2005-Santa, entre otras.

⁸ Sentencias a favor de preferir al acreedor que inscribió primeramente su título (derecho): Casación 3378-2000-Arequipa, Casación 2731-2002-Lima, Casación 1622-2013-Lambayeque, entre otras.

cribió primeramente su título (derecho) en los siguientes términos:

El art. 1136 del Código Sustantivo, aplicado en las sentencias de mérito, regula el supuesto de concurrencia de acreedores para el caso de bienes muebles no inscribibles [...]. Que, la norma indicada no se refiere propiamente a bienes registrables como el de autos, por lo que ella debe concordarse con lo dispuesto por el art. 2014 del Código material, que contempla la figura de la buena fe registral y el art. 1135 de ese mismo Código, que si bien se refiere a la concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, resulta aplicable al caso de autos, por analogía toda vez que el bien sublitis se trata de un bien inscribible (Cas. 3378-2000-Arequipa).

Al respecto, consideramos que **la postura que opta por preferir al acreedor que inscribió primeramente su título (derecho), es la adecuada**. En términos generales, dicha postura se fundamenta correctamente en la presunción de exactitud y validez de los asientos registrales como sistema de publicidad de derechos, lo que resulta indispensable para otorgar seguridad jurídica en el tráfico de bienes muebles inscribibles.

Por el contrario, el criterio adoptado en las sentencias casatorias como la Casación 1880-2002-Santa es incorrecto, puesto que les otorga un tratamiento igualitario a los supuestos de concurrencia de acreedores sobre bienes muebles inscribibles y no inscribibles, cuando al primero de ellos le resulta plenamente aplicable el criterio de preferencia establecido en el artículo 1135 del Código Civil (léase, por su carácter inscribible).

B. El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil (Lima), 2012

Con la finalidad de uniformizar criterios, en el año 2012 se celebró en la ciudad de Lima el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil. En este pleno se debatió acerca del momento en que opera la transferencia vehicular (léase, un bien mueble inscribible). La pregunta plenaria fue formulada en los siguientes términos: “¿Mediante la tradición se transfiere la propiedad de un vehículo o se requiere que se produzca la inscripción registral?”.

Se debe resaltar que, una respuesta a la pregunta plenaria se fundamenta, en parte, en una interpretación del Decreto Legislativo 420, que aprueba el Código de Tránsito y Seguridad Vial, en los siguientes términos:

[Dicha norma] no establece una disposición jurídica que indique que la transferencia vehicu-

lar deba inscribirse, esto es, que la inscripción registral vehicular sea constitutiva de derechos, toda vez que el citado decreto prescribe que la presumirá propietario de un vehículo a la persona cuyo nombre figure inscrito en el Certificado de Registro (tarjeta de propiedad), salvo prueba en contrario, lo cual constituye una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario. (Comisión de Actos Plenarios, 2012, p. 2)

En la Casación 3271-2002-Arequipa, citada dentro de los fundamentos de la primera ponencia del pleno, la Corte Suprema adoptó el criterio precitado, señalando que:

En nuestro ordenamiento jurídico sustantivo la sola tradición de cosa mueble a su acreedor hace a este propietario, siendo que el Código de Tránsito y Seguridad Vial (Decreto Legislativo 420) contiene una presunción *juris tantum*, en cuya virtud se presumirá propietario de un vehículo a la persona cuyo nombre figure inscrito en la tarjeta de propiedad. (Comisión de Actos Plenarios, 2012, p. 2)

En este orden de ideas, como obra en el documento titulado Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, de fecha 20 de octubre de 2012, la conclusión plenaria fue la siguiente: “La transferencia de una unidad vehicular [bien mueble inscribible] se perfecciona mediante la tradición, como señala el artículo 947 del Código Civil”.

Sin perjuicio de ello, a la fecha **no existe un criterio jurisprudencial uniforme (Pleno Casatorio Civil) que establezca qué acreedor será preferido ante una eventual concurrencia de un bien mueble inscribible**.

Dicho de otro modo, al ser los plenos jurisdiccionales acuerdos que “no vinculan a los jueces/zas en la decisión de los conflictos que conocen en sus despachos” (Centro de Investigaciones del Poder Judicial, 2020, p. 4); en la práctica judicial se siguen aplicando las distintas interpretaciones sistemáticas del artículo 1136 del Código Civil para determinar qué acreedor será preferido en cada caso concreto, vulnerando los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

V. LA NECESIDAD LATENTE DE UNA REFORMA EN MATERIA DE CONCURRENCIA DE ACREDITORES DE BIENES MUEBLES INSCRIBIBLES

El supuesto de concurrencia de acreedores, como indicamos líneas arriba, se encuentra regulado en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil. Así, dichos artículos contienen los criterios de preferencia que serán aplicados con el fin de determinar

qué acreedor será preferido. Una explicación sistemática del contenido de los artículos citados ha sido elaborada por la persona a la que se atribuye la autoría del Libro VI del Código Civil.

Precisamente, el profesor Osterling Parodi, en su obra *Las Obligaciones*, explica de manera detallada el contenido de los artículos precitados. De esta manera, el profesor parte por reconocer que –a diferencia del Código Civil de 1936– “se ha sustituido en ambos preceptos la expresión ‘instrumento público’ por la expresión ‘documento de fecha cierta’ y se ha agregado la expresión ‘de buena fe’ en relación al acreedor [...]” (2007, p. 49).

Con respecto al supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble, el profesor Osterling Parodi comenta que el artículo 1135 se refiere a: (i) el supuesto en que un mismo deudor se hubiera obligado a entregar un mismo bien inmueble a diversos acreedores; y (ii) los criterios de preferencia que operan en esos casos (2007, p. 49).

Seguidamente, como advertimos líneas arriba, el profesor precisa que el concepto ‘de buena fe’ agregado en este artículo tiene como propósito evitar que la propiedad sea atribuida a aquel acreedor que conocía la existencia de un derecho de otro (2007, p. 50). Como en un primer momento el acreedor que será preferido es aquel que inscribió su título, tiene sentido que el texto del artículo 1135 del Código Civil guarde concordancia con la normativa registral en tanto “es principio elemental que la garantía de los Registros no ampara ni puede amparar la mala fe” (Exposición de Motivos del Reglamento General de los Registros Públicos citada por Osterling Parodi).

Con respecto al supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble, el profesor Osterling Parodi comenta que el artículo 1136 consigna que “será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor haya hecho tradición del bien, aunque su título sea posterior” (2007, p. 51).

Al igual que en el supuesto anterior, el artículo 1136 del Código Civil exige que “el acreedor proceda de buena fe, es decir, sin conocer la existencia de obligaciones previas, pues la ley tiene el sentido moral de proteger la lealtad con que se contrata” (2007, p. 51).

Al respecto, resulta necesario precisar que el profesor Osterling Parodi se limita a explicar cuáles son los criterios de preferencia establecidos en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, razón por la cual no propone una interpretación o modificación del artículo 1136 vinculada a su problemática apli-

cación para el supuesto de concurrencia de acreedores sobre bienes muebles inscribibles.

En ese sentido, hecho este recuento, en las siguientes líneas comentaremos las propuestas de interpretación o reforma planteadas por los profesores Juan Luis Hernández Gazzo y Carlos Cárdenas Quiroz, así como por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil. Cabe resaltar que el orden pre establecido es meramente de carácter cronológico.

A. La propuesta del profesor Juan Luis Hernández Gazzo

El profesor Hernández Gazzo, realizó un análisis de los dispositivos normativos en materia de concurrencia de acreedores con la finalidad de corroborar si es que los criterios de preferencia establecidos fomentan que las transacciones se celebren en términos de eficiencia.

En tal sentido, el autor considera que la función de la concurrencia de acreedores no se limita a determinar qué acreedor será preferido para la entrega del bien, sino que también tiene como finalidad establecer a qué acreedor le corresponderá el goce o ejercicio exclusivo del derecho reclamado sobre el bien (1993, p. 187).

Seguidamente, con respecto a la publicidad de los derechos, el autor señala que el orden de prelación de los criterios de preferencia depende del “mayor o menor grado de importancia que el legislador otorga a cada mecanismo de preferencia” (1993, p. 188). En otras palabras, el autor señala que:

[A]nalizando los artículos 1135 y 1136, nos daremos cuenta de que en el caso de los bienes inmuebles la inscripción es para el legislador el máximo mecanismo de preferencia; para el caso de los bienes muebles, comprobaremos que la tradición es el supremo de los mecanismos. (1993, p. 188)

Dicho esto, el autor precisa que la importancia de la publicidad de los derechos radica en que los terceros puedan tener a su alcance información sobre (i) a quién no le pertenece un bien; y (ii) a quién sí le pertenece el mismo bien. Es decir, la importancia de la publicidad de los derechos está vinculada a su función de brindar información sobre la titulidad de los mismos (1993, p. 188).

A esta capacidad de brindar información el autor, citando al profesor Bullard González, la denomina ‘signos de recognoscibilidad’, los cuales tienen como función brindar seguridad jurídica en el tráfico económico de bienes. Al respecto, Hernández

Gazzo considera que (i) la posesión es un signo de recognoscibilidad que no brinda una información perfecta; y (ii) el registro es un signo de recognoscibilidad que se caracteriza por brindar información casi siempre exacta (1993, p. 189).

En este orden de ideas, el autor menciona que los signos de cognoscibilidad (léase, la posesión y el registro) son a la vez los criterios de preferencia consagrados en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, a través de la inscripción y la tradición, respectivamente. Sin perjuicio de lo antes indicado, el autor nota la existencia de un vacío ocasionado por un olvido del legislador:

[P]odemos concluir que el legislador olvidó dos supuestos fundamentales en nuestros Código Civil, a saber: en el artículo 1135 no se contempla el caso de los bienes inmuebles no registrados, y en el artículo 1136 no se regula el caso de los bienes muebles registrados. (1993, p. 190)

Así, el profesor Hernández Gazzo postula que este problema tiene como génesis el hecho de haber clasificado a los bienes en muebles e inmuebles, en vez de bienes registrados y no registrados, que a su vez se subclasifican en bienes registrables y no registrables, en los términos de la propuesta presentada por el doctor Jorge Avendaño Valdez (1993, pp. 190-191).

Finalmente, el autor, siguiendo el planteamiento del artículo 1670 del Código Civil, postula que la solución adecuada es regular el supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien “en un único artículo, que contenga como mecanismos de preferencia los dos signos de recognoscibilidad conocidos –posesión y registro– aplicable a derechos sobre cualquier tipo de bien” (1993, p. 192).

B. La propuesta del profesor Carlos Cárdenas Quiroz

El profesor Cárdenas Quiroz realizó un estudio de los dispositivos normativos que regulan los supuestos de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble, dando respuesta a diversas preguntas respecto del contenido y las consecuencias jurídicas de la aplicación de las mismas.

El autor es de la opinión que los artículos 1135 y 1136 del Código Civil “no tienen por propósito constituir a uno de los acreedores en propietario, sino definir qué acreedor tiene mejor derecho para que respecto de él se produzca la ejecución de la prestación de dar” (2004, p. 746). En otras palabras, el autor postula que los criterios de preferencia son –únicamente– soluciones de orden obligacional y no real.

Por otro lado, precisa que –en el supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble– la inscripción no convierte al acreedor en propietario, sino que solo es determinante para definir la preferencia a su favor y la consecuente ineeficacia o inoponibilidad de los títulos de los otros acreedores (2004, p. 747).

Seguidamente, el autor evalúa el mismo supuesto tratándose de los bienes muebles. Así, postula que el acreedor se hará propietario en el momento en que se le entregue el bien, lo cual resulta acorde a lo estipulado en el artículo 947 del Código Civil. En tal sentido, se reafirma en su postura inicial: los artículos 1135 y 1136 no consagran modos excepcionales de adquisición de la propiedad (2004, p. 748).

Por último, al igual que el profesor Hernández Gazzo, el profesor Cárdenas Quiroz advierte que existe una situación no prevista en los siguientes términos:

El Código no ha contemplado una solución para el caso de un bien mueble susceptible tanto de entrega como de inscripción respecto del cual se celebran sucesivos actos de disposición (o de constitución de una garantía prendaria) (2004, p. 750) [el énfasis es nuestro].

Al respecto, el autor considera que los criterios de preferencia establecidos en el artículo 1136 del Código Civil resultan insuficientes para resolver este problema. En consecuencia, postula que “corresponde apelar a la analogía para resolver la situación y aplicar [al supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble inscribible] la regla del artículo 1135” (2004, p. 751).

Sin perjuicio de lo antes indicado, el profesor Cárdenas Quiroz no esboza una propuesta de reforma legislativa como solución a la situación no prevista por el legislador en el artículo 1136 del Código Civil, sino que se limita a realizar un ejercicio de interpretación por analogía por medio del cual se prefiere al acreedor que inscribió su título.

C. La propuesta del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil

Mediante Resolución Ministerial 0300-2016-JUS se creó el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984, el cual fue presidido por el profesor Gastón Fernández Cruz, cuyas funciones acabaron con la entrega del texto titulado “Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984”.

Precisamente, en materia de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien, el Grupo de

Trabajo propuso modificar el artículo 1135 y derogar el artículo 1136. Como señala la Exposición de Motivos, se establece un orden de prelación a fin de determinar cuál de los acreedores debe ser preferido en ese escenario de concurrencia (2019, p. 193), incorporándose que, en defecto de la inscripción, se preferirá a quien haya empezado a poseer el bien.

Esta modificación se entrelaza con la derogación del artículo 1136 en la medida que una de las prin-

cipales conclusiones a las que arriban es que “los criterios de preferencia son comunes cuando la concurrencia de acreedores se refiere tanto a bienes inmuebles como muebles” (2019, p. 194), quedando así unificados los criterios de preferencia.

Para una mayor claridad, insertamos a continuación el siguiente cuadro comparativo entre las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1984 y la propuesta de reforma contenida en el Anteproyecto:

Código Civil de 1984	Anteproyecto de Reforma
Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.	Artículo 1135.- Concurrencia de derechos de goce Cuando respecto de un bien concurren diversos titulares de un derecho de goce, se prefiere a quien de buena fe: 1. Primeramente haya inscrito su derecho. 2. En defecto de inscripción, a quien haya empezado a poseer el bien. 3. Si ninguno ha empezado a poseerlo se preferirá a aquel cuyo título sea de fecha anterior. 4. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua
Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.	DEROGADO

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1984 y el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984.

Si bien la propuesta de reforma planteada por el Grupo de Trabajo es loable y moderna, en la medida que supone la preferencia del Registro (líase, la inscripción del título o derecho) por sobre la posesión como sistema de publicidad de los derechos, consideramos que una adecuada regulación debe tener en consideración que la clasificación de los bienes adoptada por el Código Civil es aquella que los bifurca en bienes muebles e inmuebles, por lo que –junto con las particularidades propias de cada tipo de bienes– son **fundamento suficiente para sostener que los criterios de preferencia deben continuar siendo regulados de manera independiente**.

Con respecto a este punto, los profesores Avendaño Valdez y Avendaño Arana resaltan que si bien existen numerosas clasificaciones de los bienes, una de la más importantes y de mayor trascendencia para los derechos reales en el Perú es la de bienes muebles e inmuebles. En palabras de los autores:

El régimen jurídico de los derechos reales es distinto según se trate de un bien mueble o de

un inmueble. **La distinción influye** en el sistema de transmisión de los derechos reales, en la defensa posesoria, en la prescripción adquisitiva, en las garantías, en los contratos, **en el sistema de publicidad**, en el sistema tributario, en el régimen penal, etcétera (2017, p. 22) [el énfasis es nuestro].

En este orden de ideas, sin perjuicio de que la clasificación de los bienes –en muebles e inmueble– recogida por el Código Civil de 1984 no atienda estrictamente a la naturaleza de los bienes (movilidad), sino también a criterios económicos como las garantías, no podemos negar su importancia y trascendencia (Avendaño y Avendaño, 2017, p. 26).

En esa línea, a menos que se pretenda modificar la clasificación de los bienes (por ejemplo, en función del Registro), no tiene sentido modificar exclusivamente el régimen de concurrencia de acreedores para dar paso a una regulación uniforme⁹. Por ello, bajo el entendido que la clasificación actual de los

⁹ En ese mismo sentido, el profesor Barchi Velachaga ha postulado que solo “si se cambiara el criterio de clasificación de los bienes por el de registrados y no registrados, entonces, bastaría un solo artículo para resolver la concurrencia de acreedores [...]” (2003, p. 36).

bienes se mantendrá vigente, planteamos una propuesta de reforma legislativa consistente en modificar, únicamente, el artículo 1136 del Código Civil.

VI. PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA

Conforme con lo señalado *supra*, la propuesta de reforma del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil guarda relación con lo postulado años atrás por el profesor Hernández Gazzo, en el sentido de que proponen como solución la existencia de un solo artículo que contenga los 'signos de cognoscibilidad' propios de los criterios de preferencia aplicables a la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien (muele e inmueble).

Asimismo, estas propuestas se asimilan en la medida que adoptan como primer criterio de preferencia a aquel acreedor que haya inscrito primamente su derecho, es decir, que su primer signo de cognoscibilidad es el Registro. Consecuentemente, en defecto de la inscripción, se preferirá a aquel acreedor que haya empezado a poseer¹⁰ el bien.

En este orden de ideas, a la fecha existen propuestas de interpretación y reforma al artículo 1136 del Código Civil, las cuales han sido planteadas desde la doctrina y el propio Grupo de Revisión y Mejora

ra del Código Civil. Si bien compartimos la misma visión –uniformizar los criterios jurisprudenciales existentes a la fecha– discrepamos parcialmente de las salidas formuladas.

En tal sentido, no estamos de acuerdo en que dichas propuestas (i) no aboguen por una modificación parcial del artículo 1136 del Código Civil; y (ii) no contemplen incorporar criterios de preferencia específicos aplicables al supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble inscribible.

Sin perjuicio de ello, por todo lo antes indicado, queda confirmada la necesidad latente de una reforma en materia de concurrencia de acreedores de bienes muebles inscribibles.

Por ello, consideramos que una propuesta de reforma legislativa que modifique parcialmente la redacción del artículo 1136 del Código Civil es la vía idónea para otorgar seguridad jurídica a los justiciables y tutelar el principio de igualdad en aplicación de la ley. Dicha modificación consiste en incorporar el siguiente párrafo: "En el caso de bienes muebles registrables, se preferirá al acreedor de buena fe que haya inscrito primero su título o derecho":

Código Civil de 1984	Propuesta
Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua	Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. En el caso de bienes muebles registrables, se preferirá al acreedor de buena fe que haya inscrito primero su título o derecho.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1984.

Finalmente, hay que ahondar en las razones por las que uniformizar el régimen de concurrencia de acreedores en un solo artículo –en términos planteados por el Grupo de Revisión y Mejora del Código Civil y que no compartimos– requiere de una modificación sustancial del Código Civil.

En primer lugar, consideramos que la uniformización de la regulación no se ajusta a los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, ya que subsistiría el problema, esto es, la concurrencia de criterios jurisprudenciales en

tanto el artículo 1135 unificado no hace referencia al supuesto particular de los bienes muebles inscribibles. En otras palabras, los jueces seguirían aplicando el artículo precitado de acuerdo con la interpretación que consideren pertinente.

En segundo lugar, en la medida que nuestra propuesta no tiene como objetivo modificar la clasificación de los bienes, no resulta sistemático contar, por un lado, con una clasificación bipartita de los bienes (líase, muebles e inmuebles) y, por el otro, con un régimen uniforme de concurrencia de

¹⁰ No obstante, cabe señalar que el término posesión, empleado por el Grupo de Trabajo en su propuesta, es incorrecto. A nuestro entender, siguiendo lo postulado por el profesor Hernández Gazzo, el término adecuado es el de **tradición**. Como señala en su artículo, la tradición pues refiere a una 'entrega causada en un título' y no cualquier forma de empezar a poseer (1993, p. 193).

acredores. Precisamente, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto¹¹, el Grupo de Trabajo no sustenta por qué es incorrecto que exista un tratamiento diferenciado de los criterios de preferencia (o régimen de concurrencia de acreedores) para cada tipo de bien.

El Grupo de Trabajo se limita a señalar que “los criterios de preferencia son comunes cuando la concurrencia de acreedores se refiere tanto a bienes inmuebles como muebles” (2019, p. 194). Cabe precisar que los criterios de preferencia serán comunes únicamente cuando los bienes se clasifiquen en registrables y no registrables. En otras palabras, mientras subsista la clasificación actual, (i) deberá regularse de manera independiente el régimen de concurrencia de acreedores para cada tipo de bien; y (ii) deberá especificarse el orden de preferencia aplicable al supuesto de bienes muebles inscribibles.

En este orden de ideas, nos reafirmamos en que la modificación del artículo 1136 del Código Civil es la vía idónea para determinar qué acreedor de un bien mueble inscribible debe ser preferido cuando el deudor se ha obligado a entregar el mismo a una pluralidad de sujetos.

VII. CONCLUSIONES

La legislación vigente del régimen de concurrencia de acreedores de bienes muebles inscribibles genera una situación de inseguridad jurídica por las diversas interpretaciones –en su mayoría contrapuestas– respecto a qué acreedor de este tipo de bien debe ser preferido cuando el deudor se ha obligado a entregar el mismo bien a una pluralidad de sujetos (acredores).

Con la finalidad de esbozar una posible solución a dicha problemática, la postura adoptada a lo largo del presente artículo considera que resulta necesario realizar un estudio que abarque desde los sistemas de transferencia de propiedad presentes en el Código Civil peruano hasta las propuestas de solución que ha brindado la jurisprudencia y doctrina ante el supuesto bajo análisis.

Dicho estudio nos ha llevado a concluir que, a pesar de la claridad del funcionamiento de los sistemas de transferencia de propiedad, la jurispru-

ncia plantea dos soluciones distintas a la problemática. Por un lado, existen tribunales que consideran que se debe priorizar al acreedor al que se le ha entregado el bien; y, por otro lado, se encuentra la posición que considera se debe priorizar al acreedor que ha efectuado la inscripción del título.

Sin duda, esta falta de uniformidad vulnera los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Por ello, resulta necesario una reforma legal o un pronunciamiento vinculante que establezca un criterio uniforme. No obstante, dicha solución debe tener en cuenta la naturaleza de estos bienes y la importancia del Registro.

Ante ello, la propuesta planteada busca establecer un régimen que priorice la inscripción del derecho en el Registro y exija la buena fe del acreedor. Por ello, se propone modificar el artículo 1136 del Código Civil en el que se incorpore un párrafo específico para bienes muebles inscribibles estableciendo como primer criterio de preferencia la inscripción del derecho en el Registro, en los siguientes términos: “En el caso de bienes muebles registrables, se preferirá al acreedor de buena fe que haya inscrito primero su título o derecho”. 

REFERENCIAS

- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barchi, L. (2003). Concurrencia de acreedores de un bien mueble. En Camacho, W. (Coord.), *Código Civil comentado por los 1000 mejores especialistas* (Tomo VI, pp. 35-37). Gaceta Jurídica.
- Barchi, L. (2011). Comentarios a algunas de las propuestas de enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones). *THEMIS Revista de Derecho*, (60), 233-254. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9066>
- Barchi, L. (2020). Concurrencia de acreedores de un bien mueble. En Muro, M. y Torres, M. (Coord.), *Código Civil Comentado* (4ta ed., Tomo VI, pp.31-32). Gaceta Jurídica.
- Castillo, M. (2021). *Derechos Reales. Principales y de garantía*. Gaceta Jurídica.

¹¹ Si bien la exposición de motivos del Anteproyecto precisa que la concurrencia de acreedores se realiza exclusivamente respecto de derechos de goce, para efectos del presente trabajo estamos considerando que dicho régimen (léase, artículos 1135 y 1136) se refiere, como señala la Corte Suprema en la Casación 672-97-LIMA, a la:

prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligó a entregar un bien inmueble [o mueble], que podría ser el caso de **varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas**, u otros contratos que generen **obligación de entregar un bien inmueble** [o mueble], como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis [...] [el énfasis es nuestro].

- Cárdenas, C. (2004). Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble. En De Belaunde, J. y otros (Ed.), *Homenaje a Jorge Avendaño* (Tomo II, pp.745-751). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Centro de Investigaciones del Poder Judicial. (2020). *Guía Metodológica. Plenos Jurisdiccionales Superiores*. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/886041004033b814bee1bf6976768c74/RA-285-2020-CE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=886041004033b814bee1bf6976768c74>
- Cervantes, R. (2020). La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 11(13), pp. 165-196. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6ab51a004f03417fad8bbd6976768c74>
- Comisión de Actos Plenarios. (2012). *Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a88e4f804e5996149d67bd56acd5e45f/Acta+Final.PDF?MOD=AJPERES&CACHEID=a88e4f804e5996149d67bd56acd5e45f>
- Escobar, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *IUS ET VERITAS*, 13(25), pp. 46-60. [http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16197](https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16197)
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *IUS ET VERITAS*. 4(7), pp. 77-87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15396>
- Garazatua, J. (2022). Bienes muebles registrables. En Espinoza, J. y otros (Ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (Tomo XII, pp.740-755). Instituto Pacífico.
- Garazatua, J. (2022). Identificación de bienes muebles. En Espinoza, J. y otros (Ed.), *Nuevo comentario del Código Civil peruano* (Tomo XII, pp. 755-758). Instituto Pacífico.
- Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984. (2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano*.
- Hernández, J. (1993). Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. *Ius Et Veritas*, 4(7), 185-193. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15409>
- Osterling, F. (2007). *Las Obligaciones*. Editorial Jurídica Grijley.
- Osterling, F. y Castillo, M. (2005). *Tratado de las obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, D. (2 de abril de 2021). La transferencia inmobiliaria en el Código Civil de 1984: Una reforma pendiente. *Enfoque Derecho*. https://enfoquederecho.com/la-transferencia-inmobiliaria-en-el-codigo-civil-de-1984-una-reforma-pendiente/#_ftnref1
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984.
- Casación 3378-2000-Arequipa (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 14 de marzo de 2001).
- Casación 1880-2002-Santa (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 28 de octubre de 2002).
- Casación 2731-2002-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 4 de junio de 2004).
- Casación 3271-2002-Arequipa (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 13 de julio de 2004).
- Casación 1773-2005-Santa (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 24 de marzo de 2006).
- Casación 3467-2012-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 27 de mayo de 2014).
- Casación 3805-2015-Lima-Este (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], 21 de abril de 2016).
- Casación 1622-2013-Lambayeque (Corte Suprema de Justicia de la República [Perú], s/f).
- Decreto Legislativo 420, Código de Tránsito y Seguridad Vial, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de mayo de 1987.
- Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 142-2006-SUNARP-SN, Reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de mayo de 2006.

EL CARÁCTER DE LAS NORMAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

THE NATURE OF THE RULES ON CONTRACT INTERPRETATION

Hugo Forno Flórez*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Contract interpretation clauses are tools granted by the Civil Code. The discussion on the character they have (they could be mandatory or simple suggestions) has been a long doctrinal and even legislative debate. The author, by means of a historical and theoretical review of this institution around the world, but especially of the European legislations –which are the influence of ours– pronounces on the matter and argues that there is, in fact, a duality in the nature of these rules, since these categories, in the context they have been used, would not be mutually exclusive.

The importance of understanding these rules in this way lies in the fact that this is the only way to achieve a balance between legal certainty and contractual freedom.

KEYWORDS: Operative clauses; mandatory clauses; contractual interpretation; contracts; comparative law.

Las cláusulas de interpretación de los contratos son herramientas otorgadas por el Código Civil. La discusión sobre el carácter que poseen (imperativas o meras sugerencias) ha sido un largo debate doctrinario e incluso legislativo. El autor mediante un recorrido histórico y teórico de esta institución alrededor del mundo, pero sobre todo de las legislaciones europeas –que son la influencia de la nuestra– se pronuncia al respecto y sostiene que existe, en realidad, una dualidad en la naturaleza de estas normas (imperativas y dispositivas), puesto que estas categorías, en el contexto en el que han sido usadas, no serían mutuamente excluyentes.

La importancia de entender de este modo estas reglas radica en que solo así se logra un balance entre la seguridad jurídica y la libertad contractual.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas dispositivas; cláusulas imperativas; interpretación contractual; contratos; derecho comparado.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad de Lima. Ex miembro del Consejo de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM). Es árbitro del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha participado como asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984. Socio del Estudio Garrigues (Lima, Perú). Contacto: hugo.forno@garrigues.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 22 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 20 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Hace un tiempo que ya se va tornando lejano, durante los primeros meses de la pandemia por COVID-19, participé en uno de aquellos tantos seminarios virtuales que se multiplicaron dadas las circunstancias. Al que me refiero trató sobre la interpretación de los negocios jurídicos en el derecho peruano. Una primera jornada de lo que de ahí en adelante se repetiría periódicamente durante varios meses para recordar y rendir homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle, maestro de quien escribe estas líneas y de muchos otros abogados más. La primera parte del seminario buscaba respuestas a dos preguntas planteadas por el organizador exactamente de esta manera: (i) ¿Las normas sobre interpretación contenidas en el Código Civil de 1984 son normas imperativas, vale decir, son de obligatorio cumplimiento o simplemente son máximas lógicas o normas orientadoras?; (ii) ¿o se trata de normas dispositivas sobre las cuales se puede pactar en contrario y serán las partes quienes decidan si se aplican o no a sus contratos?

Ambas preguntas [las identificadas con (i) e (ii) en el párrafo anterior] estaban propuestas de manera desorientadora, pues al conectarlas con la conjunción disyuntiva ‘o’, daba la impresión de que responder afirmativamente a una de ellas, obligaba lógicamente a responder negativamente a la otra y viceversa. Pero si se ignora por un momento ese aspecto gramatical y se atiende cuidadosamente al contenido que encierra cada una de las referidas interrogantes, es perfectamente posible identificar una independencia entre ellas. Esa conjunción disyuntiva fue claramente un desafortunado desacuerdo.

Por ello, durante mi primera intervención en aquella oportunidad, fundamenté brevemente por qué las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil de 1984 son, desde un cierto punto de vista, imperativas (respondiendo en este sentido la primera pregunta) y, al mismo

tiempo, en un cierto sentido, también dispositivas (en respuesta a la segunda cuestión).

Poco después de haber culminado el evento, mis respuestas aparentemente contradictorias¹, que correspondían a cada una de las preguntas, suscitaron algunos comentarios ligeros e incluso algunas voces altisonantes de quienes ni siquiera habían asistido (virtualmente) al evento, pero que, creyéndose excepcionalmente virtuosos, se atrevieron, fuera de contexto, a ‘tocar de oído’. Por ejemplo, alguien señaló, con una inocultable dosis de desconcierto, cuando no de enfado, que esa videoconferencia “ha generado bastantes críticas, y no es para menos, por todo lo que pude escuchar que se dijo, con algunas afirmaciones bastante sorprendentes como que las normas de interpretación son al mismo tiempo imperativas y dispositivas (¿¿¿???)”².

Pues bien, para llevar sosiego a aquellos atormentados testigos de oídas convertidos en críticos apresurados, y para dejar en blanco y negro los fundamentos de mis respuestas que a ellos fueron esquivos, me propongo explicar nuevamente, aunque ahora libre de la tiranía del tiempo, cómo es que normas de esta naturaleza (porque ello no se presenta en cualquiera) pueden ser imperativas³ y también, simultáneamente, dispositivas.

Si se observa con detenimiento ambas preguntas, se puede apreciar que en realidad encierran cuatro interrogantes; o, si se prefiere, dos alternativas. La primera, identificada como ‘(i)’ consiste en decidir si las normas sobre interpretación de los contratos son imperativas, de obligatorio cumplimiento o no lo son porque simplemente son máximas lógicas, o normas orientadoras. La segunda cuestión, identificada como ‘(ii)’, inquierte si dichas normas son (o no) dispositivas en el sentido que respecto de ellas se puede pactar en contrario, y serán las partes quienes decidan si se aplican o no a sus contratos. Se trata ciertamente de dos preguntas independientes, aunque hayan sido inapropiadamente

¹ Aparentemente contradictorias porque comúnmente se usa la expresión ‘normas imperativas’ para distinguir aquellas normas contra las cuales no se admite pacto alguno, de aquellas denominadas ‘normas dispositivas’ o supletorias, que son aquellas que los contratantes sí pueden excluir mediante estipulaciones distintas de manera que, usadas con esta acepción, una norma no puede ser imperativa y dispositiva simultáneamente. Pero como veremos en lo que sigue, en este caso tal contradicción no ocurrió.

² Esta circunstancia de quien ‘dice que dijo’ me trae a la memoria de inmediato el llamado ‘testigo de oídas’ en el mundo del derecho probatorio, y es un ejemplo particularmente elocuente de por qué tiene regularmente poca relevancia, o en todo caso ha de tomarse con mucha prudencia en materia probatoria. El testigo es aquel sujeto que revela la existencia u ocurrencia de algún hecho que ha llegado a sus sentidos. El testigo ideal es el que manifiesta los hechos que sus sentidos han percibido directamente. El testigo de oídas revela hechos que no ha percibido directamente, sino que le han sido narrados por quien los presenció. Véase a Carnelutti (1944, p. 412 y siguientes); Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria (2012).

³ Pero recurriendo a la expresión ‘imperativa’ para referirse más bien al carácter jurídico (y por tanto vinculante) de la norma; y no como un carácter de la norma jurídica opuesto a aquel llamado ‘dispositivo’ o ‘supletorio’ del que hablaremos más adelante. Toda la doctrina menos y más reciente usa la referida expresión (norma imperativa) al tratar de esta materia (el carácter vinculante de las normas interpretativas).

propuestas de manera que parecen implicarse mutuamente. Siendo pues autónomas, el sentido en que se responde cada una de ellas no obliga al interrogado, por ese solo hecho, a responder a la otra en sentido contrario.

La primera pregunta, advierto desde ahora, como lo hice entonces, tiene actualmente un interés meramente histórico (D'Alessandro, 2000, p. 143), aunque no haya sido formulada en aquel evento (sospecho) con ese propósito en mente; porque, como constataremos en las líneas que siguen, a estas alturas de la evolución del pensamiento jurídico, nadie duda que las normas que contiene la ley en materia de interpretación de los contratos o de los negocios jurídicos no son simples consejos o meras sugerencias, sino verdaderas normas jurídicas vinculantes, y en ese sentido, imperativas⁴ (D'Alessandro, 2000, p. 144). La segunda, en cambio, mantiene actualidad.

II. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN: 'LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS NO SON IMPERATIVAS'

En 1804, luego de un muy breve trabajo de la comisión correspondiente (que podemos llamar

Comisión Tronchet en atención al apellido de su presidente⁵), y de la algo menos breve revisión del proyecto en el Consejo de Estado y en los demás órganos competentes⁶, mediante Ley de 21 de marzo, se promulga el inicialmente llamado 'Código Civil de los Franceses', cristalizándose de este modo una intensa aspiración del pueblo concernido hacia la unificación jurídica y el orden legal en los distintos territorios de Francia⁷, que únicamente pudo llegar a buen término después del golpe de estado del 9 de noviembre de 1799, por la férrea voluntad de Napoleón Bonaparte⁸ (Padoa, 2007, p. 456).

El trabajo de la Comisión Tronchet rindió frutos en tiempo tan breve porque sus miembros tuvieron el acierto de valerse en gran medida de los –no pocos– proyectos que habían sido elaborados cercanamente por comisiones precedentes, pero que por diversas razones no encontraron fortuna⁹ (Dezza, 2000, p. 54). El proyecto de la Comisión Tronchet, por vía directa o indirectamente, sobre todo en materia de obligaciones y contratos, venía cargado de la influencia de dos iusnaturalistas de extendido prestigio: Louis Domat y Robert Joseph Pothier¹⁰ (Padoa, 2007, p. 463).

⁴ D'Alessandro (2000, p. 144) señala que durante todo el siglo XIX y los primeros treinta años del siglo XX, no se reconocía a estas reglas la naturaleza de verdaderas normas legales en sentido material; pero que desde hace mucho tiempo este no es más un tema de discusión toda vez que en la actualidad se les reconoce sin más su naturaleza de auténticas normas jurídicas.

⁵ La comisión redactora del Código Napoleón fue establecida por decreto firmado por el propio Napoleón Bonaparte (en su función de primer cónsul) el 12 de agosto de 1800, y estuvo formada por Françoise Tronchet (quien la presidió), entonces presidente de la *Cassation*, Jean-Etienne-Marie Portalis comisario del Gobierno ante el Tribunal de Apresamiento (*Conseil des prises*), Félix Bigot de Préameneu, comisario del Gobierno ante la Corte de *Cassation* y Jacques Maleville, magistrado de la Corte de *Cassation*. Acatando el mandato del referido decreto, el trabajo de la comisión hubo de concluir poco menos de cuatro meses más tarde, el 21 de noviembre del mismo año.

⁶ Como recién dije, la elaboración del proyecto demoró algo menos de cuatro meses, y una vez terminado siguió el *iter* que mandaba la Constitución francesa entonces vigente (de 13 de diciembre de 1799), a saber, fue discutido y predisuelto por el Consejo de Estado; debatido (pero no votado) por el Tribunal; y, aprobado o rechazado (pero no discutido ni modificado) por el Cuerpo Legislativo.

⁷ El caos del sistema jurídico imperante durante el *Ancien Régime* (unos territorios –en el norte– regidos por el derecho de las costumbres –*pays du droit coutumier*–, de origen predominantemente alemán, y otros –en el sur– regidos por el derecho escrito –*pays du droit écrit*, de corte romanista) y las crecientes dificultades en la administración de justicia terminaron por provocar la búsqueda intensa de leyes escritas y uniformes para todos los ciudadanos (solamente las ordenanzas regias –*les ordonnances du roi*– tenían fuerza obligatoria para todo el reino), sentimiento que se aprecia en (i) el artículo 19 del Decreto sobre la Organización Judicial de agosto de 1790 que señaló: "las leyes civiles serán revisadas y reformadas por las legislaturas; y se hará un código general de leyes simples, claras y apropiadas a la constitución"; (ii) la parte final del Título I de la Constitución (post-revolucionaria) del 3 de septiembre de 1791, que mandó: "se hará un código con leyes civiles comunes a todo el Reino"; y (iii) el artículo 85 de la Constitución de 24 de junio de 1793, que rezaba: "el código de leyes civiles y criminales es uniforme para toda la República".

⁸ De esta férrea voluntad dan cuenta dos hechos sintomáticos: de las 102 sesiones de discusión del Proyecto al interior del Consejo de Estado, 57 fueron presididas por el General, quien participó activamente en las discusiones. Más tarde, solicitada la aprobación del proyecto al Tribunal (en donde Napoleón tenía algunos adversarios, como era el caso de Benjamin Constant) esta fue rehusada con respecto a las primeras secciones, de manera que el proyecto fue retirado por Napoleón, quien además, procedió a depurar el Tribunal; y Benjamin Constant se refugió en el exilio. De este modo, solicitada una nueva aprobación en 1803, el proyecto no encontró detractores. Véase a Monateri (1997, p. 86).

⁹ Jean-Jacques Régis de Cambacérès presidió tres comisiones sucesivas, que dieron origen a sendos proyectos en 1793, 1794 y 1796; en 1799 Jean-Baptiste Target entregó un proyecto que había comenzado a elaborar a fines de 1798; y en los últimos días de 1799 Jean-Ignace-Jacques Jacqueminot entregó también un proyecto.

¹⁰ No es extraño, por eso, que algunos señalen explícitamente que Pothier es uno de los padres del derecho moderno y fuente primaria del *Code de Napoleón*. Véase a Alpa, Fonsi y Resta (2001, p. 1).

No ha de causar sorpresa, por tanto, que justamente aquellas reglas sobre interpretación de las convenciones que, por medio de los artículos 1156 al 1164, se incorporan al *Code*, fueran tomadas prácticamente a la letra de las que Pothier expresamente propuso en su Tratado de las Obligaciones, reglas que no eran otra cosa que la síntesis magistralmente formulada de aquellas presentes en las fuentes romanas. Así, estas reglas pasaron de Pothier al *Code* y de este a la mayor parte de los códigos de inspiración francesa¹¹. Curiosamente, algunos códigos afrancesados fueron avaros con las normas interpretativas, como ocurrió con nuestro Código Civil de 1852, que aglutinó pocos criterios de orden general en el artículo 1277 y uno específicamente para el Contrato de Arrendamiento en su artículo 1564; y con nuestro Código Civil de 1936 que decidió no consignar norma alguna al respecto¹².

Pero ¿por qué nos interesa echar una ojeada al código francés y a sus ya relativamente lejanos orígenes? La respuesta es sencilla: porque cometería un sensible error quien quiera pensar que esos preceptos interpretativos de rancio cuño se han desvanecido por el efecto erosivo de los tiempos. Antes, por el contrario, encuentran todavía destacada vigencia en los códigos más recientes. Así, por ejemplo, recibidos del *Code* por el Código Civil para el Reino de Italia de 1865 (artículos 1131 al 1139) han encontrado lugar también en el código italiano vigente (artículos 1362 al 1371). Y aun cuando, a su turno, el legislador peruano del código de 1984 ha sido algo mezquino (para bien o para mal) en materia de reglas de interpretación, las pocas que ha incorporado brotan también de aquellas raíces.

Es más que suficiente observar, para constatarlo, que la disposición de nuestro artículo 169, según la cual las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del

conjunto de todas, no es otra que la sexta regla apuntada por Pothier cuando enseña que toda cláusula de un contrato se interpreta por medio de las otras contenidas en el mismo acto, sea que la precedan o que la sigan¹³ (Pothier, 1833, p. 60); y que la regla contenida en el artículo 170 de nuestro código, a tenor de la cual las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto, es semejante a la tercera regla de Pothier, quien señaló que cuando en un contrato hay palabras susceptibles de dos sentidos, se deben entender en aquel que es más conveniente a la naturaleza del contrato¹⁴ (1833, p. 59).

Incluso la interpretación *contra estipulatorem*, a propósito de los contratos estándar que acuña el artículo 1401 del código peruano vigente, y que señala que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra, tiene su fuente en la séptima regla de Pothier, que predica que en la duda una cláusula se interpreta contra quien la ha estipulado, y en favor de quien ha contraído la obligación¹⁵ (1833, p. 61).

¿Y por qué, nos interrogábamos poco antes, tenemos que remontarnos tan atrás en el tiempo, a los inicios de la codificación moderna y al Código Napoleón en particular, para tratar el problema que ahora llama nuestra atención? La respuesta se encuentra en que las primeras ideas que se troquelan por la jurisprudencia francesa y por los comentaristas del *Code* sobre el carácter de estas normas surgen con la codificación francesa. En efecto, sancionado el código francés y puesto en práctica, bien pronto la jurisprudencia y la doctrina se pusieron de acuerdo en que las normas interpretativas no tenían naturaleza imperativa en el sentido que el juez no estaba vinculado por ellas: no estaba obligado a aplicarlas porque constituyan

¹¹ Es por todos conocida la poderosa onda expansiva de la idea de la codificación provocada en el siglo XIX debido a la promulgación del *Code* (aunque no fuera el primer modelo legislativo con el formato de un código moderno. Véase a Coing (1996, p. 33 y siguientes). Aquel Código demostró ser una fórmula valiosa de unificación e igualdad de trato jurídico, así como de predictibilidad; y creó conciencia en los pueblos de que era una alternativa válida (recuérdese, a modo de ejemplo, el famoso debate entre Thibaut y Savigny). En ese sentido, véase a Marini (1992).

¹² Tal decisión obedeció, fuera de toda duda, a la idea, todavía arraizada en nuestro pensamiento jurídico, de que las reglas de interpretación de los contratos brotan simplemente de la experiencia y de la lógica, y de que no deben ser incorporadas en la ley, salvo como simples sugerencias, para dejar en libertad al juez en la determinación del sentido de las estipulaciones contractuales. Así lo declaró el legislador peruano del código de 1936 al advertir en la exposición de motivos:

Se omite igualmente fijar reglas para la interpretación. Los problemas de ese orden tienen una gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y circunstancias. Las normas preconstituidas conducirían en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia (Aparicio, 1942, p. 427).

¹³ Esta regla fue recogida por el artículo 1161 del Código francés y por el artículo 1363 del código italiano vigente.

¹⁴ Este precepto quedó incorporado en el artículo 1158 del *Code* y en el artículo 1369 del *Codice* de 1942.

¹⁵ Prevista también por el artículo 1162 del Código Napoleón y por el 1370 del *Codice*.

nada más que meras sugerencias o simples consejos proporcionados por el legislador¹⁶. En más de una oportunidad, a partir de 1807 la Corte de Casación francesa proclamó que “[...] las disposiciones de los artículos 1156 y siguientes son consejos para el juez en materia de interpretación de los contratos, más que reglas rigurosas e imperativas que, de ser más fuertes, no le permitirían alejarse de ellas”¹⁷.

La doctrina francesa se alineó de inmediato con este parecer. En el mismo sentido que Demolombe y que muchos otros¹⁸, Laurent explicó que:

Las reglas mismas no están en duda; la dificultad es aplicarlas bien; sin embargo, la aplicación se deja necesariamente a la prudencia y a la ilustración del juez. Según la jurisprudencia, los artículos 1156 y siguientes no tienen carácter imperativo; por su propia naturaleza, dice la corte de casación, constituyen un consejo dado al juez por el legislador para la interpretación de las convenciones, y no reglas absolutas cuya inobservancia implicaría la nulidad de la decisión que las hubiera consagrado. (1887, p. 578)

En el entonces Reino de Italia las cosas siguieron este sendero revelado por la experiencia francesa. El Código Pisanelli de 1865 es un código afrancesado que, en lo que a nosotros concierne acá, tomó prestados de su modelo prácticamente los mismos preceptos acerca de la interpretación de los contratos. Y la convicción de los juristas y jueces italianos de la época acerca de la naturaleza (no) vinculante (imperativa) de tales normas, tampoco podía ser diferente. Lomonaco, por ejemplo, no tiene el menor empacho en manifestar lo siguiente:

Y ahora pasemos a desarrollar la teoría que nos presenta el Código en torno a la interpretación de los contratos. La cual teoría, por otro lado, como bien observa un escritor francés, Rousset, no debía encontrar su puesto en un Código. El legislador italiano, también sobre este punto, ha calcado los pasos del legislador francés; pero el ejemplo no debió ser seguido.

[...]

Todas las reglas de interpretación que se encierran en este párrafo del Código no son imperativas. El magistrado puede alejarse de ellas, según las circunstancias. Y la razón es esta, que basta una pequeña circunstancia de hecho para hacerlas inaplicables. De la regla de derecho, dice precisamente el jurisconsulto Paulo: *simul cum in aliquo vitiala est, perdit officium suum*.

Y el Supremo Colegio de Roma hacía homenaje a esta doctrina, incontrovertida entre los escritores. Dice a propósito la Corte: “Los artículos 1131 y siguientes del Código Civil, sobre la interpretación de los contratos, no establecen máximas de Derecho absoluto, sino que contienen simples normas orientadoras del criterio del juez. Por tanto, cuando el juez no haya negado estas normas, pero las ha encontrado inaplicables al caso por la diversa voluntad de los contratantes, no puede lamentarse en sede de Casación la violación de los citados artículos. (1890, pp. 223-224)

La opinión de Lomonaco tampoco fue un fenómeno singular en Italia, la mayoría pensaba entonces de la misma manera¹⁹.

¹⁶ Ahora puede advertirse que en este contexto no se usa la expresión ‘imperativa’ con respecto a estas disposiciones, para anunciar el carácter que tienen aquellas que no admiten pacto en contrario en la estipulación de los contratos (es decir, en el sentido de opuestas a normas dispositivas o supletorias), sino como preceptos que tienen verdadera naturaleza jurídica o legal, de modo que ostentan la fuerza vinculante o mandatoria de la ley. El adjetivo ‘imperativo’ se usa para calificar de dos maneras distintas al sustantivo ‘ley’. La primera es para atribuir al sustantivo ‘ley’ la cualidad de imperio, de mandato, de orden. La segunda es para distinguir al sustantivo ‘ley’ de aquellas leyes que no son susceptibles de ser ignoradas por los particulares en ejercicio de su autonomía privada, a las que por ello se agrega el adjetivo ‘dispositivas’ o ‘supletorias’. En la materia que abordamos ahora, el adjetivo ‘imperativo’ se usa en el primer sentido, para distinguir de las que deben más bien considerarse como simples consejos o meras sugerencias destinadas al juzgador. De hecho la pregunta que delineó la temática del seminario que mencioné en la introducción de este artículo, aclaró suficientemente bien a qué se refería con ‘norma imperativa’ al explicar “vale decir, ¿son de obligatorio cumplimiento o simplemente son máximas lógicas o normas orientadoras?”.

¹⁷ La referencia a esta máxima jurisprudencial se encuentra en Demolombe (1871, p. 313)

¹⁸ Véase a Toullier (1830, p. 248), Aubry y Rau (1902, p. 568), Baudry-Lacantinerie y Barde (1920, p. 586). También en el mismo sentido los autores alemanes que analizan el código francés: Zachariae-Crome (1907, p. 432). Incluso, en época no tan antigua, esta misma tesis ha sido sostenida por Josserand (1938, p.176), Henri, Leon y Jean Mazeaud (1959, pp. 377 y 386).

¹⁹ Era, tanto como en Francia, fenómeno común en la época en Italia. La siguiente anécdota es bastante reveladora. Como se sabe, Giuseppe Pisanelli, a la sazón ministro de Gracia y Justicia (y, por ende, también Guardasellos del Reino), en 1863 remitió al parlamento italiano un proyecto de código civil. La impracticabilidad de que dos cámaras de legisladores pudieran razonablemente discutirlo, introducir en él las modificaciones que se pensara conducentes y aprobarlo, obligó a nombrar una comisión revisora y a autorizar al Gobierno a promulgar el código civil que resultara de las modificaciones que el ministro Pisanelli acordara con los legisladores comisionados.

En efecto, este temperamento era abrumadoramente compartido por la doctrina italiana de entonces. La visión que sobre el particular difunde Nicola Coviello es particularmente ilustrativa:

Cuando las partes se atienden a la ley basta observar los principios de esta, pero cuando las partes conciernen un pacto que no está contemplado por la ley, es necesario observar cuál es la voluntad de los contratantes determinada en un (lugar) modo dado. Para ello es necesario ver cuáles son las reglas para interpretar la voluntad de las partes, estas reglas están comprendidas en el artículo 1131 al artículo 1139. ¿Cómo son estas reglas? Es decir, tienen un valor de doctrina o un valor de ley; si son verdaderas disposiciones legales si el magistrado las viola, su sentencia puede quedar sujeta al recurso de casación; si tienen valor de doctrina, entonces la violación de esto (artículo) no da lugar a recurso de casación.

Ahora bien, la opinión unánime de la doctrina es esta, que tratándose de interpretación de la voluntad, los consejos del legislador no son más que reglas lógicas que deberán ser determinadas por la doctrina antes que por la ley. La ley debe imperar y no enseñar, y por ello es que nosotros en los códigos modernos no encontramos más estas reglas. (espacio en blanco). (Se) encuentran en nuestro código y en el código francés porque ellos han seguido como loros a Pothier, olvidando que no todo lo que se dice en un tratado de doctrina, puede repetirse y encontrar sitio en un texto legal.

La consecuencia es esta, que si un magistrado en lugar de aplicar una regla impuesta por nuestro código, sigue otra regla porque la cree más conveniente, para determinar la voluntad en un caso determinado, su sentencia no es pasiva del recurso de casación y ello porque solamente la violación de la ley da lugar al recurso de casación; en nuestro caso, cuando el magistrado interpreta la voluntad de las partes

en un modo más que en otro, no viola reglas de derecho absolutas, sino reglas de lógica, de buen sentido, de criterio. Estas (reglas) contienen los mismos criterios que la doctrina expone respecto a la interpretación de la ley misma; las reglas de interpretación. Cualquiera que sea la voluntad son siempre las mismas, sea que se trate de voluntad del legislador, sea que se trate de voluntad del juez, o de las partes contratantes, o de cualquiera que exprese su pensamiento. (Bisighini, 2000, pp. 78-79)²⁰

III. LA CALIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN GENERAL

El artículo 1 del Código Civil chileno (promulgado en 1855) tiene un precepto muy sintomático que señala: "La ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, **manda, prohíbe o permite**". El énfasis es agregado, y pretende destacar el contenido vinculante que caracteriza a la ley. Aquel aspecto preceptivo se encuentra expresamente enunciado en el artículo 109 de nuestra Constitución Política de 1993, según el cual la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte²¹.

Hoy en día, la expresión 'norma' evoca por lo menos dos fenómenos diferentes que son de uso común²². El primero de ellos consiste en lo que ocurre regularmente en el plano de los hechos, debido fundamentalmente a los usos. Es una norma aquella que indica que si eres médico usas una bata blanca en tu trabajo en el hospital; eso es lo normal. En este caso la expresión norma tiene el sentido de 'normalidad', indica lo que se hace regularmente, 'normalmente' (Bobbio, 1994, p. 215). Pero la expresión 'norma' se usa también cuando queremos evocar aquella idea de mandato, de imposición. Es la expresión norma en su sentido no de normalidad, sino de 'normatividad', de mandato, orden o imposición.

De entre las modificaciones propuestas al proyecto original, el comisionado Enrico Prekerutti propuso enérgicamente la supresión de todo el Título IV del Libro II referido, justamente, a la interpretación de los contratos. De los varios argumentos que sirven de soporte a su propuesta, destaca precisamente el del carácter de las normas de Marras. Señala a este respecto que: "Otros (Niutta) [se refiere a Vincenzo Niutta] se asocian a las ideas expuestas. La materia de las interpretaciones dice él, no pertenece al derecho, sino a la hermenéutica legal; pocos artículos están tan lejos de decir lo que habría que decir ahí sobre tan vastísima materia, todos convienen además, que estos artículos nada distinto contienen a *consejos*; y bien, aconsejar no es tarea del legislador". La supresión no prosperó por la intransigencia de Pisanelli a este respecto. Véase a Pacifici-Mazzoni (1908, p.189); Giorgi (1911, p. 196 y siguientes); Ricci (1880, pp. 86-88), Urangia-Tazzoli (1898, p. 1026); Pacchioni (1939, p. 166).

²⁰ El texto (con sus imperfecciones) es tomado de la edición manuscrita del curso del contrato en general impartido por Nicola Coviello, *Diritto civile (Dei contratti in generale)*, Reale Università di Catania – Anno Accademico 1898 – 1899.

²¹ D'Alessandro (2000, p. 147) explica que la ley vincula solamente cuando ordena, mas no cuando contiene afirmaciones de hecho o de otra naturaleza, de manera que la ley es norma únicamente cuando se vale de un lenguaje preceptivo (ley en sentido material). Si la ley usa un lenguaje descriptivo, aun cuando sancionada por el Parlamento, promulgada por el Ejecutivo y publicada en el diario oficial, solamente será ley en sentido formal.

²² Acerca de la tipología de la norma jurídica, véase a Bobbio (1994, p.188 y siguientes); Barberis (2008, p. 106 y siguientes).

Todavía en este segundo sentido podemos decantarnos esta expresión según el plano o el contexto en el que la usemos. La norma puede ser un mandato religioso, o de carácter moral o de respeto. Pues bien, en este segundo sentido acotamos el ámbito o la dimensión en la que la norma en su acepción de precepto o prescripción se desenvuelve, cuando agregamos el adjetivo ‘jurídica’ al sustantivo ‘norma’. Usamos esta expresión compuesta (norma jurídica), no para referirnos a aquello que ocurre regularmente o ‘normalmente’, tampoco para aludir a las imposiciones de la moral o de alguna confesión religiosa, sino para expresar un precepto, una orden en el plano del Derecho, es decir de la organización jurídica de una sociedad.

Más allá de la discusión acerca de cuándo una norma entra en la esfera del derecho, lo importante ahora es poner de relieve que la norma jurídica es imperativa, en el sentido que ha de acatarse en sus propios términos; es obligatoria y su vulneración provoca también consecuencias jurídicas. Por lo tanto, la primera pregunta que buscamos responder no consiste realmente en determinar si las reglas de interpretación son normas jurídicas imperativas, sino, si acaso, son realmente normas jurídicas. Como hemos de advertir en las líneas que siguen, precisamente esta es la discusión que se agitó a partir de la sanción del Código Civil francés, con relación a los artículos que incorporó sobre la interpretación de los contratos. Y la conclusión inicial fue que tales reglas son simples consejos porque carecen del carácter imperativo propio de las leyes en sentido material.

Esta curiosa conclusión era consecuente con el estado de evolución que el iusnaturalismo había alcanzado. El Derecho Natural es aquella corriente de pensamiento según la cual existe un conjunto de valores universales que se desprenden de la naturaleza o esencia de las cosas y que forma parte sustancial del ser humano. Por ende, se diferencia de aquellos valores culturales y contingentes en los que se basan las leyes particulares de cada pueblo (Falzea, 1996, p. 39).

El curso de los acontecimientos sociopolíticos²³ condujo inexorablemente a una separación de

esta corriente de pensamiento respecto del cuño religioso que había moldeado al iusnaturalismo en la edad media. La interpretación de los designios divinos acerca de la identidad de los derechos inmanentes del hombre fue sustituida por la razón.

Las diferentes variantes del iusnaturalismo provocaron una profunda impronta en los siglos XVIII y XIX y no pudieron sino impactar en Domat y Pothier en Francia (así como en Leibniz, Thomasius, y después Wolff en Alemania; Hobbes, Locke, y de rebote Blackstone en Inglaterra, mientras que desarrollos del todo peculiares tuvo con Hume y Smith la escuela escocesa) (Monateri, 1997, p. 76). Desde el punto de vista filosófico, las ideas de la orientación racionalista de la escuela del derecho natural pueden encontrar un denominador común en las concepciones siguientes. ‘Los hombres nacen dotados de una propia libertad natural’. Las reglas civiles que derivan del pasaje de la sociedad natural de los hombres libres a la sociedad civil parten de esa premisa. Los dictados de la escuela filosófica del Derecho Natural en la Europa de los siglos XVIII y XIX otorgan un rol estelar al individuo y a su libertad de determinación.

En esta concepción se fundamentó sólidamente la teoría de la voluntad que a su turno vino a servir lógicamente de explicación de aquellas instituciones que canalizan jurídicamente la libre iniciativa de los particulares: la (entonces denominada) autonomía de la voluntad y el contrato. Así, la fuerza vinculante del contrato reposaba en el consentimiento entendido como un acuerdo de voluntades. Según estos postulados, el ordenamiento jurídico reconoce al contrato y su contenido, y obliga a las partes a acatarlo en razón de que ellas mismas así lo han querido²⁴. Savigny, emblemático impulsor de la teoría de la voluntad²⁵, sin negar que la declaración es relevante la concibe solamente como un elemento instrumental, necesario para revelar y hacer conocible a los demás los dictados de esa voluntad²⁶.

De esta manera, el contrato (como en general el negocio jurídico) viene a encontrar reconocimiento y tutela por el ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto es obra de la voluntad manifestada de

²³ Como el declinamiento de los imperios y los cismas en la Iglesia Católica por parte de los luteranos primero y de los calvinistas más tarde.

²⁴ Véase a Calasso (1967, pp. 29-32), Laurent (1887, p. 538), Saleilles (1901, pp. 4-5) y Toullier (1830, p. 17).

²⁵ A pesar de ser el personaje más emblemático de la Escuela Histórica, la cual como se sabe, se yergue sobre la base postulados materialmente opuestos a los de la Escuela del Derecho Natural.

²⁶ Véase a Savigny (2005, pp. 467-468) quien expresa la idea con estas palabras:

En efecto, la voluntad por sí sola es importante y eficaz, pero como hecho interno e invisible tiene necesidad de un signo exterior visible que la dé a conocer, y este signo que manifiesta la voluntad es precisamente la manifestación; de donde se sigue que la voluntad y su manifestación tienen entre sí una relación, no accidental, sino natural y lógica.

los contratantes. La voluntad es pues la consideración que sirve a la ley para reconocer y proteger las estipulaciones establecidas por las partes como fenómenos jurídicamente vinculantes. Para ello es suficiente construir un sistema en el que la protección de la libertad (contractual y de contratar) tenga un rol preponderante. Consecuentemente, constatada la libertad de los contratantes al acordar el contrato, quedan ellos vinculados por sus disposiciones, como lo quedarían si tales disposiciones emanaran de la propia ley²⁷.

Esta concepción voluntarista no pudo sino permear el modo de ser y el objetivo mismo de la función hermenéutica. Es tarea del intérprete, proclama Windscheid, constatar la voluntad de los contratantes, porque el efecto del contrato está contenido y determinado por dicha voluntad (1902, p. 341).

Ahora bien, siguiendo este orden de ideas se razoaba que la voluntad individual orientada a provocar los efectos jurídicos tutelados por la ley ha sido puesta en existencia por los contratantes o no lo ha sido. Esta determinación en uno u otro sentido es un fenómeno histórico, una cuestión de hecho: ocurrió o no ocurrió. Y su existencia y significado son, por ende, como ocurre con todas las cuestiones de naturaleza fáctica, un resultado cuya constatación emana de la tarea probatoria de las partes mas no de la aplicación de una norma jurídica (D'Alessandro, 2000, p. 148). Por lo tanto, el juez debe tener la discreción para poder recurrir a cualquier mecanismo o herramienta que en el caso puesto a su conocimiento le cause convicción sobre cuál en concreto es el significado de aquel contrato que representa la voluntad de las partes. Las normas sobre interpretación de los contratos, en resumen, son únicamente una recomendación o sugerencia del legislador cuya aplicación el juez puede ignorar si otros mecanismos son por él considerados como más apropiados para encontrar el significado de las estipulaciones contractuales.

En efecto, si la interpretación, se explicaba en aquel entonces, tiene como propósito hallar la voluntad de los contratantes, la aplicación de las reglas legales solo podía resultar en una constatación fiel o en una reconstrucción errónea de dicha voluntad. Si ocurría lo primero, el intérprete debía aplicar esa regla no porque estuviera establecida por la ley sino porque conducía al descubrimiento de la voluntad de los contratantes. Si ocurría lo segundo, el intérprete debía descartar dicha norma para no traicionar la voluntad de las partes (Sacco, 1975, p. 757). Consecuentemente, todo criterio de interpretación que la ley impusiera al juez, lo arrastraría a sustituir la voluntad de los contratantes antes que a interpretarla²⁸.

Estas ideas sobre el carácter de las reglas legales interpretativas de los contratos estaban en sintonía con la concepción, entonces en boga, de un negocio jurídico que se yergue sobre el mito de la voluntad individual como elemento central de justificación de su reconocimiento jurídico.

Al margen de la discreción del juzgador para decidir la aplicación de las reglas sobre interpretación, ya sea típicas o no, la consecuencia de ello era que la decisión de no recurrir a las normas de ley sino de echar mano de otros criterios, no podía ser censurada en casación. Únicamente correspondía al juez de mérito establecer el criterio de interpretación aplicable al caso concreto.

IV. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: LAS REGLAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SON IMPERATIVAS

Varios elementos han confluído, no obstante, para que el péndulo de las ideas a este respecto se mueva en sentido contrario, de manera que, en términos relativamente céleres, triunfe la tesis según la cual las normas legales sobre la interpretación del contrato tienen verdadero carácter jurídico y

²⁷ Véase a Stolfi (1959, p. XVIII), se refiere así al movimiento que exalta la voluntad individual (del cual él formó parte):

A vista de esto podemos preguntarnos cómo fue posible una semejante y sorprendente concordancia de pensamiento entre los filósofos y juristas de aquella época, sobre todo cuando los últimos no perseguían otro fin que hacer desaparecer la ideología de un derecho eterno y racional impulsada por los primeros, para contraponerle la historicidad del derecho positivo.

La constatación surge de lo que antes hemos dicho: jusnaturalistas y pandectistas vivieron en uno de los períodos más brillantes del pensamiento humano, cuando florecía la idea de libertad, que dominó su espíritu y guió sus investigaciones, a base de la normal coincidencia de las doctrinas jurídicas y de la ideología social y política de la misma época. Así, los primeros se hicieron valedores de la omnipotencia de la voluntad individual también en el campo del derecho, especialmente como impedimento a la prepotencia del príncipe. Y los segundos, remontándose y desarrollando la doctrina de los justineanos de que el efecto jurídico de los humanos depende directamente de la voluntad individual, terminaron por crear un sistema de derecho privado fundado en la libertad de los particulares, y en el centro del mismo pusieron el negocio jurídico, concebido como en paradigma típico de la manifestación de voluntad, de la que deriva el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación personal o patrimonial.

²⁸ Son los argumentos con los que Pachioni (1939, p. 166) intenta, ya sin éxito, combatir la fuerza arrolladora de las nuevas corrientes que ven la naturaleza jurídica, y por ello el poder vinculante, de las normas legales sobre interpretación de los contratos.

no pueden ser descartadas por el juez, pues en tal caso se abre la vía de la casación.

Uno de los factores más significativos, no el único, pero seguramente el más relevante, está constituido por aquel cambio de perspectiva en torno a la naturaleza del negocio jurídico. Según lo hemos recordado, la tesis subjetiva encontró en la voluntad individual la justificación del reconocimiento jurídico del contrato y la elevó así a elemento esencial de este. La voluntad individual entonces se convierte en el factor que determina el surgimiento y el modo de ser de los efectos jurídicos del contrato (o su ineficacia).

El paulatino, pero decidido abandono de la teoría de la voluntad no trajo consigo solamente la ponderación de la declaración (o de la manifestación en general) como aspecto más relevante (elemento esencial) del contrato en tanto que constituye (a diferencia de aquella entidad subjetiva) un fenómeno socialmente reconocible, sino que facilitó en este aspecto la afirmación del positivismo jurídico que atribuye a la norma y no a la voluntad individual y subjetiva la emanación de los efectos jurídicos del contrato. Hay en este cambio de perspectiva no solamente una preocupación por la seguridad jurídica que sugiere atender el interés del destinatario de los actos de voluntad privada, sino una visión claramente económica y de funcionamiento del sistema de circulación de bienes y servicios²⁹. La interpretación del contrato se convierte así en una herramienta de la ley para atribuir ciertos efectos y no otros al contrato (D'Alessandro, 2000, p. 158).

En adición a ello, una seria preocupación de dejar en las manos omnímodas del juez, en base a criterios que no estarían sometidos a control alguno

más que a la propia lógica del juzgador, empujó a los estudiosos³⁰ a revisar cada vez más profundamente la naturaleza de las normas sobre la interpretación de los contratos.

Salvo en Francia, en las postrimerías del siglo XIX e inicios del XX la visión de las cosas comenzó a cambiar. Danz, por ejemplo, afirmó con énfasis en su trabajo sobre la materia, que las normas legales sobre interpretación del contrato tienen evidentemente carácter de normas jurídicas como todas las demás leyes³¹. Lamentablemente no cuidó de abundar en los fundamentos de su aserto, aunque sí señaló que es siempre la interpretación la que determina el efecto jurídico que nace (Danz, 2009, p. 113), lo que con razón o sin ella, sirve de base a este autor alemán para sostener el carácter preceptivo de las reglas legales de interpretación contractual.

También Messina, con una cierta dosis de rebeldía, recusa enfáticamente que, desde el punto de vista del derecho positivo, las reglas de interpretación específicamente escritas en el Código Civil sean simples instrucciones o consejos no obligatorios para el juez (1948, p. 157).

Ya bien entrado el siglo pasado, Cornelutti también apunta en la misma dirección. El jurista udinés explica que el ordenamiento jurídico no permite que el intérprete elija qué criterios utilizar en la tarea hermenéutica, sino que le impone ciertas estrategias y no otras; debe entonces aplicar las primeras y descartar las segundas (1922, p. 144).

Si la regla interpretativa cambia permaneciendo invariable el texto a ser interpretado, cambiará también el sentido que resultará de la interpre-

²⁹ Es lo que pone de relieve Messineo:

Sin embargo, además de este aspecto, hay que considerar otro que tenga en cuenta, como antes no se hizo suficientemente, su finalidad económica. Parece necesario afirmar, que el fundamento de la obligatoriedad del contrato reposa en la necesidad del tráfico: es decir, en la finalidad de promover y garantizar la circulación de los bienes y servicios (que es un concepto exquisitamente económico) (1961, p. 808).

³⁰ En un trabajo temprano que quedó inconcluso y que constituye uno de los primeros esfuerzos serios por demostrar el carácter cogente de las normas interpretativas, Messina señala que esas normas (se refiere a las interpretativas) frenan el arbitrio del juez, en lugar de darle espacio. Esta preocupación es repetida más adelante al señalar: "Pero el ordenamiento jurídico dejaría de serlo y no daría entonces aquella seguridad que es una de sus prestaciones conceptuales, si la actividad necesaria para la concreción de las normas fuese abandonada al arbitrio del juez" (1906, p. 172). También puede observarse esta línea argumentativa en Stolfi:

[...] si los artículos 1366 y siguientes contuvieran simples consejos o sugerencias, el destino del negocio dependería no de la voluntad de las partes secundada por la Ley, sino de la circunstancia fortuita de que ello fuese interpretado por este o aquel juez, y, por consiguiente, se llegaría a gran incertidumbre, ya que repercutirían las ideas, preferencias, preconceptos e incluso los prejuicios, que varían de persona a persona y que nadie tiene derecho a imponer a sus semejantes (1959, p. 301).

³¹ Danz señala también que:

No se ve por qué no han de ser normas jurídicas positivas, sino reglas dialécticas que deban servirle de guía al juez en sus operaciones mentales, ni por qué su aplicación ha de depender de condiciones de hecho, cuya existencia tenga que apreciar según su arbitrio el juez intérprete. No es discutible que formalmente son tan leyes como las demás. [...] Pero lo que no puede admitirse es que se afirme que su aplicación depende del libre arbitrio del juez; es tanto como decir que la ley crea normas y al propio tiempo las deroga retirándoles su fuerza coactiva (2009, p. 163).

tación (Carnelutti, 1922, p. 148). Y con ello, serán otros también los efectos jurídicos que surjan, en tanto que dependen del significado del precepto contractual. De ello se sigue, dice Carnelutti, que la norma interpretativa forma parte de aquella otra que describe el supuesto de hecho. Para este autor, los artículos 1098³² y 1131³³ (ambos del Código Civil italiano de 1865) se leen perfectamente del siguiente modo: “el contrato es el acuerdo de dos o más personas, como resulta de la común intención de ellas y no del sentido literal de las palabras, para constituir, regular o extinguir entre sí, un vínculo jurídico” (Carnelutti, 1922, p. 148). De donde se aprecia que la norma interpretativa forma parte de la norma que sirve para describir el hecho (contrato) al que el artículo 1123³⁴ (también del Código Civil italiano de 1865) atribuye consecuencias jurídicas.

Pero el mérito de haber extendido la tesis, hoy abrumadoramente mayoritaria, según la cual las reglas de interpretación de los contratos tienen el carácter imperativo de toda norma verdaderamente jurídica, debemos reconocerlo en Grassetti. La obra de Grassetti³⁵ significa una evolución inmensa en la teoría general de la interpretación del negocio jurídico (Sacco, 1975, p. 771), y, desde luego, en la discusión sobre la naturaleza de las reglas legales de la hermenéutica.

Cuando aparece esta contribución, ya se habían anticipado algunos escritores que, nadando contracorriente, postularon el carácter imperativo de las reglas de interpretación³⁶. En ese contexto, el primer aporte de Grassetti consiste en señalar que el error de los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales ha consistido en tratar a todas las normas sobre interpretación como si tuvieran la misma estructura y estuvieran dirigidas al mismo destinatario, cuando lo cierto, señala él, es que algunas de ellas no tienen nada que ver con reglas de la experiencia, y que en otras, no obstante recoger alguna regla de la experiencia, dicha adopción no representa la finalidad pre-

valeciente de la ley y mucho menos su finalidad exclusiva, sino nada más que un accesorio de otro principio contenido en la propia norma legal (Grassetti, 1938, p. 16).

Sobre esta base, el referido autor distingue las reglas interpretativas propiamente dichas de aquellas que tienen una función claramente integradora con respecto a la declaración de voluntad oscura de los contratantes (reglas interpretativo-integradoras). Estas últimas no son otra cosa que normas materiales dirigidas a las partes al mismo tiempo que al juez. Todas aquellas que califican en esta categoría³⁷ presentan claramente la naturaleza imperativa de una norma jurídica (Grassetti, 1938, p. 27).

Las reglas interpretativas propiamente dichas³⁸ también son, en opinión de este estudioso, normas jurídicas en sentido material (y no solo normas en sentido formal), pero el camino para llegar a esta conclusión es diferente. El artículo 1131 del código italiano de 1865 contiene, según señala Grassetti, una norma principio, es decir la expresión de una finalidad legislativa y los medios idóneos para actuarla, de manera que para que sea respetada la finalidad del legislador ha de considerarse preceptiva en tanto que la proposición es idónea para configurarse como un imperativo jurídico, porque es idóneo para fungir de imperativo jurídico el precepto *voluntas spectanda*, que es contenido de aquella regla (Grassetti, 1938, p. 28).

Los artículos 1136, 1137 y 1139 del antiguo código de Italia también deben considerarse normas preceptivas porque son normas de segundo grado, en el sentido de normas subsidiarias de la norma-principio contenido en el referido artículo 1131, y participan de la misma naturaleza preceptiva de este del cual constituyen la integración y el complemento (Grassetti, 1938, p. 28).

Finalmente, en lo que concierne al artículo 1137³⁹, Grassetti no duda de que tiene un contenido pre-

³² Artículo 1098.- El contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre sí un vínculo jurídico.

³³ Artículo 1131.- En los contratos se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que estar al sentido literal de las palabras.

³⁴ Artículo 1123.- Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han celebrado. No pueden ser revocados más que por mutuo consenso o por causas autorizadas por la ley.

³⁵ Grassetti publica su monografía en 1938, *L'interpretazione del Negozio Giurídico con Particolare Riguardo ai Contratti*, y en el mismo año se hace cargo del apartado *Contratto (Interpretazione del)* en el volumen IV del *Nuovo Digesto Italiano* (1938, pp. 70-73). Ambos textos se publicaron durante la vigencia del Código italiano de 1865.

³⁶ Véase, entre otros, a Brugi (1907, p. 51), Carnelutti (1922, p. 140 y siguientes), Covello (1938, p. 444) y Messina (1906).

³⁷ Se indica que pertenecen a esta categoría los artículos 1132, 1133, 1134 y 1135 (referidos al código italiano de 1865, y que corresponden, respectivamente, a los artículos 1367, 1369, 1368 y 1374 del código italiano vigente).

³⁸ Son los artículos 1131, 1136, 1138 y 1139 del Código Civil italiano de 1865, que corresponden, respectivamente, a los artículos 1362, 1363, 1364 y 1365 del *Codice* vigente.

³⁹ Equivalente al artículo 1370 del código italiano de 1942 (es decir, el código vigente).

ceptivo porque expresa un principio de derecho material que consiste en una expresión del *favor debitoris* (Grassetti, 1938, p. 29).

A partir de este momento, doctrina y jurisprudencia en Italia terminan de abandonar el planteamiento tradicional y adquiere una fuerza abrumadora la tesis opuesta hasta convertirse en el pensamiento claramente dominante.

Entre nosotros (sujetos como hemos estado, y seguimos estando, a los planteamientos y soluciones europeos) las cosas no han sido muy diferentes. Como señalé ya, nuestro Código Civil de 1852, distanciándose en este sector del modelo francés, incluyó en su artículo 1277 unos pocos criterios de orden general⁴⁰, y en el artículo 1564 uno muy específico para ciertas circunstancias relativas al Contrato de Arrendamiento.

Nuestro código de 1936 fue todavía más atrevido y no propuso criterio interpretativo alguno. El legislador explicó este silencio precisamente en el hecho de que las reglas de interpretación no son imperativas sino sugerencias que, por ende, no vinculan al intérprete, tesis que, como se ha visto, era la mayoritaria en la época⁴¹.

En cambio, el legislador de nuestro código vigente fue muy permeable al radical cambio que traían los nuevos vientos en esta materia y decidió incluir algunos criterios de interpretación en el entendido que al hacerlo consagraba normas imperativas en el sentido que son vinculantes para el intérprete y no meros consejos para él. Así lo dejó saber con claridad meridiana en la exposición de motivos correspondiente, donde se lee que “la interpretación ha quedado, pues, al criterio que impone el Código y la hermenéutica del acto jurídico sometida a sus normas, las que tienen, por ello, un evidente carácter imperativo”⁴² (Revoredo, 1985, p. 297).

Del mismo modo, nuestra doctrina contemporánea es condescendiente con esta nueva visión y se orienta en el sentido que las reglas legales sobre interpretación de los negocios jurídicos son vinculantes para el intérprete como lo es en general toda norma jurídica sustancial⁴³.

Ahora bien, ¿cuál es la trascendencia de esta visión de considerar que las normas legales de interpretación de los contratos son nada menos que imperativas (repite, en el sentido de mandatorias, vinculantes o preceptivas), es decir, como verdaderas leyes en sentido material? Que su aplicación o falta de ella está sometida a la casación de la Suprema Corte de Justicia, como lo está cualquier otra norma verdaderamente jurídica, siempre que, desde luego, se presente alguna de las causales que según nuestra ley procesal abren la puerta para este recurso. No obstante que, como ya hemos tenido oportunidad de analizar, este es el sentido en el que se pronuncia casi la totalidad de la doctrina (local y comparada), nuestro Supremo Tribunal no parece tener las cosas muy en claro.

Nuestra jurisprudencia, en efecto, parece haber perdido el paso en la evolución de esta materia. Es lo que emana claramente de los resultados que aporta la muy interesante pesquisa que nos proporciona el trabajo de Lohmann (2007a, p. 1971 y siguientes). Este autor aclara aquello que a nuestro Supremo Tribunal ha sido esquivo y que es el punto neurálgico del cambio de visión, de la siguiente manera: “Una cosa es la probanza de ellos [los hechos] y la consiguiente valoración de la prueba y otra distinta que, una vez probados, deba anudárseles el efecto legal correspondiente”. Y enseguida advierte con indudable pertinencia que:

[s]ostener a rajatabla la irrevisabilidad (en el sentido de comprensión jurídica de los supuestos de hecho) de los aspectos fácticos del problema, es tanto como renunciar a su calificación jurídica y, por ende, renunciar a

⁴⁰ Su lacónico texto señala lo siguiente:

Artículo 1277.- Para mejor inteligencia ó interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cuál fue la intención de las partes al celebrarlo.

Concurren al conocimiento de esta intención, el sentido de las demás cláusulas del contrato, ó de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona; las costumbres del lugar, y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin.

⁴¹ Véase a Aparicio (1942, p. 427), quien desarrolló el tópico en la exposición de motivos del Código Civil.

⁴² También la Exposición de motivos del anteproyecto sustitutorio en materia de Acto Jurídico presentado por Manuel de la Puente y Susana Zusman revela claramente la orientación del legislador en estos aspectos al señalar:

Para establecer la naturaleza de las normas sobre interpretación hay que tener presente que la ley no da consejos sino ordena. El legislador quiere estas reglas, y no otras porque las considera idóneas para establecer la voluntad declarada del agente, de tal manera que debe considerarse que las normas jurídicas sobre interpretación tienen carácter imperativo para el intérprete y deben ser escrupulosamente observadas por este (1980, pp. 58-59).

⁴³ Véase a Vidal (2000, p. 268), Lohmann (2007a, p. 1662); Torres (2012, p. 970), Espinoza (2008, p. 220), Barchi (2007, p. 1772). Vásquez (2022, p. 180) no toca directamente el tema, pero negar, como lo hace, que los contratantes puedan apartarse de las reglas legales pertinentes, implica directamente la imperatividad de las mismas.

discernir si la sentencia en revisión ha inaplicado la regla legal correcta y pertinente, o si les ha aplicado una norma impertinente, o si ha interpretado erróneamente la norma de interpretación que se hubiera citado⁴⁴. (Lohmann, 2007b, p. 1975)

V. LAS NORMAS SOBRE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SON DISPOSITIVAS

Veamos ahora cómo ha de responderse la segunda pregunta que fue materia del seminario al que hice referencia en la introducción de este artículo. Ha quedado establecido en las páginas precedentes, que en la actualidad es opinión casi unánime que las reglas legales sobre interpretación de los contratos son normas que tienen la impronta del imperativo jurídico, esto es, son vinculantes.

¿Trae aquel aserto, como consecuencia inexorable, que dichas normas no pueden ser alteradas por acuerdo de los contratantes? ¿Están las partes legalmente impedidas de insertar en sus contratos pactos que prevean criterios distintos de interpretación que neutralicen o modifiquen aquellos que están contenidos en la ley? La respuesta debe ser decididamente negativa, y la experiencia nos demuestra que ese fenómeno ocurre usualmente en la práctica de los negocios.

Para llegar a esta conclusión es menester ponderar que el contrato (y el negocio jurídico en general) es, por autonomía, el acto de actuación de la autonomía privada, esto es, el acto predisposto por el ordenamiento jurídico para que los propios particulares regulen con eficacia jurídica sus intereses en la forma y con los alcances que consideren más adecuados, dentro de los límites establecidos por la ley.

Entonces, los contratos así celebrados son reconocidos por la ley y amparados por ella al ordenar que el contenido de aquellos sea acatado necesariamente por los contratantes; y predisponiendo un conjunto de reglas orientadas a enmarcar el cumplimiento y a crear un sistema de consecuen-

cias para el caso en el que dicho acatamiento no ocurra (mecanismos de tutela).

Este es precisamente el rol que desempeña, entre otros, el primer párrafo del artículo 1361 de nuestro Código Civil cuando dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; y este mandato viene a quedar complementado por un conjunto de otras disposiciones que configuran los diferentes mecanismos de tutela (preventiva, ejecutiva, repristinadora, resarcitoria, etc.).

Es claro, por tanto, que los efectos del contrato reconocidos por la ley, dependen en su mayor parte⁴⁵ de aquello que los contratantes han estipulado, de suerte que ellos tienen absoluto control sobre el significado de dichas estipulaciones. No olvidemos que los contratantes pueden también regular, modificar o extinguir sus relaciones contractuales⁴⁶.

Ahora bien, el contenido contractual puede ser revelado al estipularse mediante el uso de mecanismos de lenguaje más o menos comunes o generales, lenguaje no culto de uso popular (jerga o jerigonza), argot o incluso lenguaje atípico usado especialmente por los contratantes, de manera que nada impide que las partes, 'dueñas' de su contrato, suministren al celebrarlo reglas o criterios para que al aplicarse sus estipulaciones adquieran significado, o significado distinto o más preciso que aquel al que se llegaría por aplicación de los criterios legales.

Y en los casos en que la aplicación de tales criterios pudiera revelar, en efecto, un significado de los pactos contractuales diferente al que se llegaría utilizando las disposiciones legales de interpretación, deberá el intérprete estar al primero y descartar el segundo, lo que quiere decir no otra cosa que las reglas de interpretación de los contratos contenidas en la ley son dispositivas o supletorias⁴⁷ (Lohmann, 2007a, p. 1663).

Es menester advertir, no obstante, que no falta quien postule que las normas sobre interpreta-

⁴⁴ Cuestión ostensiblemente distinta, me parece conveniente destacar, es si el rol que debe tener nuestra Corte Suprema es la de un tribunal de legitimidad, o si debe actuar, como ocurría durante la vigencia de la derogada ley adjetiva, como un tribunal de (tercera) instancia. Es una cuestión de política legislativa que se aborda en el trabajo: 'La tergiversación del contrato y el recurso de casación' de Eugenia Ariano Deho, en Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina Tomo III, Grijalve (2007, p. 2009 y siguientes).

⁴⁵ Dejando a salvo los preceptos que se integran al contrato en el caso de lagunas contractuales o cuando se trata de normas imperativas.

⁴⁶ Así lo señala de manera específica el artículo 1351 del Código Civil peruano.

⁴⁷ Gallo (2010, p. 1275) enseña que los contratantes tienen: (i) la posibilidad de definir el significado de las expresiones utilizadas en el contrato, para reducir la discrecionalidad del intérprete y evitar dudas de carácter interpretativo; y (ii) la facultad de atribuir a las palabras un significado distinto del corriente, así como utilizar símbolos convencionales por ellos elegido o inventado, con tal que pueda reconstruirse el significado de las expresiones utilizadas por los contratantes. Véase a Capobianco (2022, p. 323), Irti (1996, p. 57 y siguientes), Roppo (2001, p. 467), Scognamiglio (1999, p. 921) y Torres (2012, p. 970).

ción son dispositivas, pero no todas (Carresi, 1992, p. 147). Autores como Grassetti que califican ciertas normas interpretativas como normas-principio⁴⁸, niegan que estas puedan ser derogadas por los particulares mediante preceptos contractuales. En cambio, no encuentra problema alguno para considerar dispositivas a todas las demás.

Analizando algunos otros argumentos que niegan en carácter dispositivo de todas las normas interpretativas, llama inmediatamente la atención la opinión según la cual, como la *ratio* de las normas interpretativas del negocio jurídico contenidas en el Código Civil peruano es que se establezca una relación jurídica justa y eficiente dichas normas no son dispositivas, de manera que las partes no pueden pactar algo contrario o distinto en su contrato en materia de interpretación (Espinoza, 2008, p. 220; Vásquez, 2021, p. 181).

Esta posición no es de recibo, porque se construye sobre la base de una afirmación inexacta; y si la base flaquea, cae la edificación levantada sobre ella. En primer término, el contrato no tiene que generar, necesariamente, y de hecho frecuentemente no lo hace, una relación jurídica justa y eficiente. El contrato es un instrumento por el cual los contratantes ponen en existencia las reglas jurídicas a las que deciden someterse en sus relaciones individuales. Al hacerlo, procuran maximizar su beneficio minimizando el de la otra parte. La iniquidad del contrato o su ineficiencia no es una causal de ineffectuación salvo que haya sido producto de alguna circunstancia que el derecho reprocha, como la lesión, el dolo, etc.

Por lo tanto, si el contrato puede tener un contenido inícuo o ineficiente, y las reglas de interpretación tienen como función esencial revelar ese contenido, pues entonces no se alcanzará aquella hipotética *ratio* de establecer una relación jurídica justa y equitativa.

Es verdad que existen normas que en función de interpretación escogen posibilidades o alternativas de significado cuando el intérprete se enfrenta a estipulaciones ambiguas o en general que dejan algún resquicio y que por ello se denomina interpretación integradora. Pero incluso la interpretación integradora no puede ser confundida con la función

de integración propiamente dicha; la primera sirve para encontrar el significado de los preceptos contractuales, la segunda para colmar con preceptos los vacíos o ausencias de preceptos contractuales.

Entonces, es más que evidente que los mecanismos o criterios de integración (como lo son, por ejemplo, las normas legales dispositivas, la buena fe; y en otras latitudes también la equidad y los usos) deben servir para incorporar al contrato las reglas más equitativas y eficientes. Es precisamente de esa materia de la que habla Roppo (integración contractual mas no interpretación) en la cita que Espinoza busca como apoyo de su peculiar tesis (Espinoza, 2008, p. 220; Roppo, 2001, pp. 494-495). Pero incluso en materia de integración contractual pura, el propio Roppo señala que las fuentes de integración son supletorias, de manera que no es ajena a los contratantes la posibilidad de estipular criterios de integración específicos para casos concretos. Lo que Roppo repudia es otra cosa; la posibilidad de que las partes excluyan los criterios de integración sin estipular nada que los supla (Roppo, 2001, pp. 494-495)⁴⁹.

Recuérdese que la primera fuente de integración de los contratos es la ley, a través de sus normas supletorias; que precisamente aplican a un contrato nada más cuando los contratantes no han decidido excluirlas agregando alguna estipulación distinta al respecto.

Queda para el final una advertencia: es probable que por razones de pura lógica pueda afirmarse que las estipulaciones interpretativas que las partes agreguen a su contrato en sustitución de aquellas establecidas por la ley, serán las únicas que habrán de interpretarse inexorablemente con arreglo a estas.

A manera de conclusión, me parece haber dejado aclarado cómo es que las normas sobre interpretación de los contratos son imperativas, y también, a la vez, dispositivas. ─

REFERENCIAS

Alpa, G., Fonsi, G. y Resta, G. (2001). *L'Interpretazione del Contratto: Orientamenti e Tecniche della Giurisprudenza*. Giuffrè Editore.

⁴⁸ Recordemos que Grassetti (1938a, p. 27) dejó establecido que el artículo 1131 del Código Civil italiano derogado (que corresponde al artículo 1362 del vigente) es una norma-principio, y en cuanto tal tiene naturaleza no dispositiva.

⁴⁹ Este jurista escribe que:

En línea de principio las partes son libres de concordar una regla (por ejemplo, excluir un cierto deber de A) opuesta a aquella que –en ausencia de acuerdo– surgiría de la integración de buena fe (la cual atribuiría a A aquel deber). Sería ilícito, al contrario, por trasgredir el orden público, el acuerdo con el cual las partes excluyan de una vez por todas, de modo indiferenciado, que a su relación se aplique el principio de buena fe (2001, pp. 494-495).

- Aparicio, G. (1942). *Código Civil, Tomo III, La Reforma*. Taller de Linotipia Guadalupe.
- Ariano, E. (2007). La tergiversación del contrato y el recurso de casación. En La interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984. En C. Soto (dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III. Grijley.
- Aubry, C. y Rau, C. (1902). *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae*. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence.
- Barberis, M. (2008). *Filosofia del Diritto – Un'Introduzione Teorica*. Giappichelli Editore.
- Barchi, L. (2007). La interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984. En C. Soto (Dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III. Grijley.
- Baudry-Lacantinerie, G. y Barde, L. (1920). *Trattato teorico pratico di diritto civile. Delle obbligazioni Vol. I*. Vallardi.
- Bisighini, A. (2000). L'Interpretazione del Contratto nella Scuola Sistematica. En N. Irti (Dir.), *L'Interpretazione del Contratto nella Dotrina Italiana* (pp. 53-124). CEDAM.
- Bobbio, N. (1994). *Contributi ad un Dizionario Giuridico*. Giappichelli Editore.
- Brugi, (1907). B. *La presupposizione e i criteri d'interpretazione del contratto formulati negli artt. 1124, 1131 cod. civ.* Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, Vol. V, Parte Seconda, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi.
- Carnelutti, F. (1922). L'Interpretazione del Contratto e il Ricorso in Cassazione. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Volumen XX, Parte Prima, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi.
- (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil, volumen II* (N. Alcalá-Zamora y S. Sentís, Trad.). Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Calasso, F. (1967). *Il Negozio Giuridico, Lezioni di Storia del diritto Italiano*. Giuffrè Editore.
- Capobianco, E. (2022). *L'interpretazione del Contratto*, en: *Trattato del Contratto, diretto da Vincenzo Roppo, Vol. II, Regolamento, a cura di Giuseppe Vettori*. Giuffrè Editore.
- Carresi, F. (1992). *Dell'interpretazione del contratto*, en *Commentario del Codice Civile Sci-aloja – Branca, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli - Società Editrice del Foro Italiano.*
- Coing, H. (1996). *Derecho privado europeo* (A. Pérez, Trad.). Fundación Cultural del Notariado.
- Coviello, N. (1938). *Doctrina general del Derecho Civil* (F. de J. Tena, Trad.). Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- D'Alessandro, C. (2000). Violazione delle Norme di Interpretazione del Contratto e Ricorso per Cassazione. En N. Irti (Dir.), *L'Interpretazione del Contratto nella Dotrina Italiana* (pp. 143-160). CEDAM.
- Danz, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos* (W. Roces, Trad.). Editora Escolani.
- De La Puente y Lavalle, M. y Zusman, S. (1980). De los Actos Jurídicos. Anteproyecto sustitutorio. En: Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Demolombe, C. (1871). *Corso del Codice Civile, T. XII, Trattato dei Contratti e delle Obbligazioni Convenzionali in Generale*.
- Dezza, E. (2000). *Lezioni di storia della codificazione civile*. Giappichelli Editore.
- Espinoza, J. (2008). *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica.
- Falzea, A. (1996). *Introduzione alle Scienze Giuridiche, parte prima, Il Concetto del Diritto*. Giuffrè Editore.
- Gallo, P. (2010). *Trattato del Contratto*. Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Giorgi, G. (1911). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Volumen IV (E. Dato, Trad.). Editorial Reus.
- Grassetti, C. (1938a). *L'interpretazione del Negozio Giuridico con Particolare Riguardo ai Contratti*. CEDAM.
- (1938b). Contratto (Interpretazione del) en el volumen IV del Nuevo Digesto Italiano.
- Irti, N. (1996). *Testo e Contesto*. CEDAM.
- Josserand, L. (1938). Derecho Civil, tomo II, Volumen I, Teoría General de las Obligaciones, (S. Cunchillos, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch y compañía.

- Laurent, F. (1887). *Principes de Droit Civil*, Tome XVI. Bruxelles-Paris.
- Lohmann, G. (2007a). La interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato. En C. Soto (Dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III. Grijley.
- (2007b). Interpretación Contractual y Casación. En C. Soto (Dir.), *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III. Grijley.
- Lomonaco, G. (1890). *Il Diritto Civile Italiano, Parte Decima, Delle Obbligazioni e dei Contratti in Genere*. Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Marini, G. (1992). *La polemica sulla codificazione. A. F. J. Thibaut, F. C. Savigny*. Napoli: Edizioni scientifiche italiane.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1978). Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda, Obligaciones: El Contrato – La Promesa Unilateral (L. Alcalá-Zamora, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Messina, G. (1906). *L'interpretazione dei Contratti*. Unione Editrice Tipografica di Macerata.
- Monateri, P. (1997). *Il Modelo del Civil Law*. Giappichelli Editore.
- Osterling, F. (1980). Reforma del Código Civil de 1936, Anteproyecto sustitutorio. En: *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pacchioni, G. (1939). *Dei Contratti in Generale, en Diritto Civile Italiano*. CEDAM.
- Pacifici-Mazzoni, E. (1908). *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, IV edición, Volumen IV, Casa Editrice Fratelli Cammelli.
- Padoa, A. (2007). *Storia del Dereito in Europa*. Il Mulino.
- Pothier, R. (1833). *Trattato delle Obbligazioni*, Tomo I. Giuseppe Antonelli Editore.
- Revoredo, D. (1985). *Código civil: Exposición de motivos y comentarios*. Studium.
- Ricci, F. (1880). *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, Volumen VI. Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Roppo, V. (2001). *Il Contratto, Trattato di Diritto Privato*. Giuffrè Editore.
- Sacco, R. (1975). *Il contratto*. en Trattato di Diritto Civile, diretto da Filipo Vassalli, Vol. sesto, Tomo secondo, Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Saleilles, R. (1901). *De la Déclaration de Volonté - Contribution à L'Étude de L'Acte Juridique Dans le Code Civil Allemand (Art. 116 à 144)*. Librairie Cotillon.
- Savigny, F. (2005). Sistema del Derecho Romano Actual (M. Guenoux, Trad.). Editorial Comares.
- Scognamiglio, C. (1999). L'interpretazione del contratto. In P. Rescigno E. Gabrielli (a cura di), *Il Contratto*, Trattato a cura di P. Rescigno e E. Gabrielli. Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Stolfi, G. (1959). *Teoría del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato*, Tomo II. Pacífico Editores.
- Toullier, C. (1830). *Il Diritto Civile Francese Secondo L'Ordine del Codice*. Tipografia Simoniana.
- Urangia-Tazzoli, G. (1898), voz: Contratti, en: Encyclopædia Giuridica Italiana, diretta da Pasquale Stanislao Mancini, Volume III, Parte III, Sezione Prima, Società Editrice Libraria.
- Vásquez, J. (2021). Interpretación del Acto Jurídico en Espinoza, J. (Dir.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*. Instituto Pacífico.
- Vidal, F. (2000). *El Acto jurídico*. Gaceta Jurídica.
- Windscheid, B. (1902). *Diritto Delle Pandette*, volumen I (C. Fadda y P. E. Bensa, Trads.). Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- Zachariae, M. (1907). *Diritto Civile Francese* (L. Bassis, Trad.). Società Editrice Libraria.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Code civil [C. civ.] [Civil Code] (Fr.).
- Codice Civile (1865) (It.).
- Codice Civile [Cc] (1942) (It.).
- Código Civil [Cod. Civ.] (2000) Chile.
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial El Peruano, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 22 de enero de 2013, RN 173-2012, Caja-marca (Perú).

REYES &

CONSULTORES ASOCIADOS S.A.C

“Especialistas en Derecho de la Construcción”

Av. El Derby Nro. 254 Int. 201 - Santiago de Surco
EDIFICIO LIMA CENTRAL TOWER

✉ administrador@reyesconsultores.com.pe

📞 (511) 2244 - 816

🌐 <https://www.reyesconsultores.com.pe/>

🌐 <https://www.linkedin.com/company/reyes-consultores-asociados/>

LA EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN EN CONTEXTO DEL COVID-19: ¿PERDONA NUESTRAS DEUDAS ASÍ COMO NOSOTROS PERDONAMOS A NUESTROS DEUDORES?

THE HARDSHIP IN THE CONTEXT OF COVID-19: FORGIVE US OUR DEBTS, AS WE FORGIVE OUR DEBTORS?

Juan Espinoza Espinoza*

Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

The purpose of this article is to offer a review on the excessive onerousness of the performance and the way in which this figure was affected by the appearance of the COVID-19 pandemic in 2020.

The author analyzes the different articles of the Peruvian Civil Code related to the subject and applies them to the Emergency and Supreme Decrees emitted in quarantine in order to elucidate if we were in an irresistible, extraordinary and unforeseeable situation to be able to invoke the excessive onerousness of the performance.

KEYWORDS: Excessive onerousness of the performance; COVID-19; Civil Code; irresistibility; extraordinariness; unforeseeability; diligence; fraud; fault.

El presente artículo tiene como propósito ofrecer un repaso sobre la excesiva onerosidad de la prestación y la forma en la que esta figura se vio afectada por la llegada de la pandemia de COVID-19 en 2020.

El autor revisa los distintos artículos del Código Civil peruano referentes al tema y los aplica en los decretos de urgencia y supremos emitidos en cuarentena para dilucidar si nos encontrábamos en una situación irresistible, extraordinaria e imprevisible para invocar la excesiva onerosidad de la prestación.

PALABRAS CLAVE: Excesiva onerosidad de la prestación; COVID-19; Código Civil; irresistibilidad; extraordinariedad; imprevisibilidad; diligencia; dolo; culpa.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: jaespino@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 7 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 15 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Una atenta (pero olvidada) doctrina nacional ya identificaba la aplicación de la teoría de la imprevisión tanto en el articulado del Código civil de 1936 como en el de 1852. Así, se afirmaba que:

La teoría de la imprevisión no es una novedad en la historia del derecho. Ella vive independientemente desde los post-glosadores hasta nuestros días, con manifestaciones más o menos intensas, según las épocas. (...) Los acontecimientos que comueven al mundo, dando como resultado una seria revolución del derecho, permiten afirmar que la imprevisión será, finalmente, incorporada al derecho común, especialmente en los pueblos convulsionados por la guerra. Para readjustar el orden jurídico a la realidad será necesario dictar leyes que consagren la teoría. (Ledgard, 1945, p. 110)

La teoría de la imprevisión:

Se fundamenta en el principio de buena fe y funciona por medio de la revisión o la rescisión, según la naturaleza del contrato y está implícitamente reconocida en el Código Civil de 1936 al permitirle aflorar de un considerable número de sus disposiciones. (Ledgard, 1945, p. 110)

Así, a propósito del inc. 2 del artículo 1114 del Código Civil de 1936 observaba que:

En esta hipótesis se busca proteger al acreedor porque un hecho sobreviniente, que puede ser imprevisible, extraordinario y general, produce la insolvencia del obligado. Esta es una oportunidad en la que la imprevisión beneficia al acreedor. Con respecto al artículo 1343 del Código Civil de 1936, "la disminución sobreviniente del patrimonio puede ser imprevisible, favoreciendo en este caso también al acreedor". (Ledgard, 1945, p. 107)

Ambas han sido consideradas por la doctrina que vengo citando como normas de carácter general, y dentro de los supuestos específicos, entre otros, se cita al artículo 1475 del Código Civil de 1936 que regula la modificación de la donación por empobrecimiento del donatario, la cual "puede deberse al cambio que hace aplicar la imprevisión". Se encuentra el antecedente de esta prescripción, en el artículo 606 del Código Civil de 1852, el cual " contenía el mismo texto legal". (Ledgard, 1945, p. 107)

A propósito del artículo 1502 del Código Civil de 1936, se afirmaba que:

Las calamidades que menoscaban las cosechas son por lo general imprevisibles, porque si el

arrendatario las hubiese conocido, seguramente no hubiera celebrado el contrato. Ellas poseen el carácter de extraordinarias y generales. La ley no se ha puesto en la hipótesis de que la calamidad fuera conocida, porque en tal caso el monto de la renta se estipula de acuerdo con la situación y se incluye en el contrato una cláusula de renuncia a la rebaja. Asimismo, se apunta que la regla del artículo 1502 "que condensa las menos técnicas" de los artículos 1569 y 1570 del Código Civil de 1852, "impulsa con mayor intensidad a la recepción del moderno concepto de la lesión sobreviniente o imprevisión". (Ledgard, 1945, p. 107)

En el contrato de comodato, "en la expresión de «urgencia imprevista» aflora la imprevisión del comodato (art. 1593). Pero siempre se debe tener presente que es requisito de la existencia de causas generales y extraordinarias" (Ledgard, 1945, p. 108). En materia del contrato del depósito, se compara el artículo 1623 del Código Civil de 1936 con el artículo 1877 del Código Civil de 1852, opinando que, "la fórmula del código civil antiguo permitiría, en la actualidad, una mayor aplicación de la teoría y el cambio imprevisto de circunstancias sería expresamente «el justo motivo» en los casos de depósito remunerado (art. 1877)" (Ledgard, 1945, p. 108).

En el contrato de sociedad, cuyas necesidades de seguridad son fundamentales, se mantiene la existencia del principio de la imprevisión, tanto en el artículo 1694 del Código Civil de 1852 como el artículo 1719 del Código Civil de 1936. Se concluye, afirmando enfáticamente, que:

La jurisprudencia nacional, poseedora de la magnífica herramienta que es el código civil moderno, corresponde la responsabilidad en la técnica y moderada aplicación de los principios propugnados en esta tesis. Ella deberá tener en cuenta nuestra realidad social y económica con el fin de propender a la evolución jurídica del país. (Ledgard, 1945, p. 109)

A propósito de la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras continúen así las cosas), precursoramente se afirmaba que:

Mientras la doctrina general del Derecho Civil no le reconozca personalidad autónoma e independiente, y los cuerpos legislativos no lo incorporen en dispositivos positivos como el Código Civil Italiano de 1942, la Cláusula o la teoría de la imprevisión, actuará inmerso a los principios de la buena fe, del enriquecimiento sin causa, del abuso de derecho, del caso fortuito, de la imposibilidad de pago, de la lesión y de la equidad. (Altamirano, 1963, p. 194)

De estas consideraciones podemos comprobar que tanto en los códigos de 1852 como de 1936, así como en la doctrina civilista nacional, existía una preocupación latente por la teoría de la imprevisión, la cual se plasmó en el actual Código Civil.

Las coordenadas legislativas establecidas en el Código Civil peruano de 1984 se vieron comprometidas durante la pandemia de coronavirus COVID-19, ya que fueron sometidas a una dura prueba. Se ha escrito abundantemente sobre las consecuencias jurídicas de esta moderna 'peste' –que aún nos acompaña–, incluso a nivel nacional¹. El propósito de este trabajo es el de evaluar el articulado en materia de excesiva onerosidad de la prestación, identificando vacíos que deben ser suplidos, así como proponer criterios de interpretación frente a los peligros que generaría un entendimiento estrictamente literal del tramo normativo que regula este mecanismo de revisión contractual.

Autorizadamente, se ha precisado que en la excesiva onerosidad la actuación del previsto orden de intereses permanece abstractamente posible, pero la cooperación solicitada a una de las partes –que puede ser solo la deudora, como en el contrato que genera obligaciones solo para una– se presenta en proceso de tiempo excesivamente oneroso (Betti, 1953, p. 190).

Se hace referencia a un 'proceso de tiempo' porque supone siempre una distancia cronológica, un lapso de tiempo decurso entre el momento de la conclusión de contrato y el momento de la ejecución de la prestación. Esta última se presenta más tarde **excesivamente onerosa** respecto de aquella que al momento del contrato era la razonable valoración comparativa del costo y rendimiento previsible (para la contraparte) de la prestación. Término de comparación, por lo tanto, es la entidad económica, el peso que esta representa para el patrimonio del deudor frente a la ventaja a aportarse al acreedor. En ese sentido, si bien la prestación se ha transformado en excesivamente onerosa, el deudor no se libera; sin embargo, se perfila un peligro: el peligro de la ruina que lo afecta por el excesivo costo de la prestación, a su economía y que un derecho inspirado en las exigencias de la sociabilidad no puede ignorar (Betti, 1953, p. 190).

Téngase presente, entonces, que una sobrevenida desproporción entre las prestaciones que deben cumplir las partes en un contrato, *per se*, no justifica que el deudor deje de cumplir con sus obligaciones. Ciertamente, como afirma Barchi:

El hecho de que se genere un desequilibrio de las prestaciones no basta para liberar automáticamente al deudor de la responsabilidad por el incumplimiento (lo que ocurre con la imposibilidad). Es necesario que la parte de la prestación que se ve obstaculizada recurra al juez o al árbitro para valerse de los remedios previstos en el artículo 1440 del Código Civil. (2020, p. 33)

II. LEGITIMIDAD PARA INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA PRESTACIÓN

El artículo 1440 del Código Civil regula lo siguiente:

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

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitará el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (1984)

En materia de resolución por incumplimiento, se entiende que la 'parte fiel' es aquella facultada para resolver el contrato porque es la perjudicada con el incumplimiento. En tal sentido, se entiende como 'parte fiel' a aquella que debe estar al día en sus obligaciones (ser fiel al cumplimiento), pues, de lo contrario, no tendrá legitimidad para activar el mecanismo resolutorio debido a que ella misma se encuentra también en situación de incumplimiento.

Por otro lado, en lo que a excesiva onerosidad de la prestación se refiere, la 'parte fiel' es aquella que si bien se ha visto perjudicada por el cambio de circunstancias del contrato, no se encuentra en una situación de incumplimiento. No sería 'parte fiel' aquella que, por ejemplo, ha retrasado injustificadamente el cumplimiento de sus obligaciones, las cuales –precisamente– 'por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles', han devenido en excesivamente onerosas. De este modo, la *ratio* es clara en este último supuesto planteado: si se hubiera cumplido oportunamente los 'acontecimientos extraordinarios e imprevisibles', no la habrían afectado.

Si bien el artículo 1440 del Código Civil no establece explícitamente que la parte interesada deba ser considerada fiel al contrato para invocar la excesiva onerosidad, la doctrina civilista ha establecido que la parte que ha sufrido una alteración en su situación económica, que no es de su voluntad, debe ser considerada fiel al contrato para invocar la excesiva onerosidad.

¹ A manera de ejemplo, véase a AA.VV. (2020).

va onerosidad de la prestación, se debe tener en cuenta lo que explica la doctrina. Así, de acuerdo con Bianca, el artículo 1467 del Código Civil italiano (fuente inspiradora del artículo 1440 del Código Civil) sostiene que “la excesiva onerosidad no vale para exonerar de por sí al deudor de la responsabilidad por incumplimiento” (1994, p. 386). En efecto, “la parte incumpliente no puede invocar remedios contra la excesiva onerosidad durante su incumplimiento, cuyas consecuencias deben pesar sobre el incumpliente”. En este mismo sentido, se afirma que el legislador concede el remedio al deudor que no es incumpliente, por lo que la onerosidad no puede hacerse valer si se ha presentado sucesivamente retardo en el cumplimiento, si el comportamiento del deudor fue la causa de su producción, o si el deudor fue aplazado intencionalmente para poder especular sobre la ocurrencia (Roppo, 2001, p. 1020).

La regla no está escrita en el Código Civil; pero se obtiene fácilmente en vía de interpretación en razón del principio constantemente aplicado por la jurisprudencia, según el cual la resolución por excesiva onerosidad no puede ser invocada por la parte “cuya inercia ha originado el vano transcurso del tiempo, de donde se ha derivado la excesiva onerosidad”, por lo que es el que no ha cumplido quien debería asumir las consecuencias de su incumplimiento (Gabrielli, 2011, p. 624).

En otras palabras, solo estaría legitimado para invocar la excesiva onerosidad quien ha cumplido las obligaciones contenidas en el *iter contractual* de manera oportuna. Prueba de ello es que el artículo 1443 del Código Civil regula que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

Por otro lado, también resulta relevante el comportamiento de buena fe. En efecto, una atenta doctrina nacional ha precisado que existe “un deber de renegociación a cargo de las partes que debe ser realizado conforme a la buena fe contractual” (Tamani, 2022, p. 777).

¿Qué implica este ‘deber de renegociación’? Visto que, de acuerdo al artículo 1362 del Código

Civil, “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, los contrayentes deben actuar correctamente. Es así que, *in primis*, la parte que considera inviable continuar con el contrato debido a los sobrecostos en que debería incurrir debe informarlo de manera oportuna y coherente a su contraparte. Por ejemplo, resultaría contrario a la buena fe, por parte del deudor, generar una confianza razonable (a la contraparte acreedora) cuando, no obstante un supuesto cambio de circunstancias que pueden afectar el *iter contractual*, y frecuentes demoras en el cumplimiento de sus obligaciones, manifiesta reiteradamente la voluntad de continuar con el contrato, pero al final decide terminar con el mismo invocando una excesiva onerosidad en la prestación.

Entonces, para que una parte pueda ejercer la resolución a la que hace referencia el artículo 1440 del Código Civil, esta debe ser considerada fiel al contrato, por cuanto quien no cumple sus obligaciones debe soportar las consecuencias de ello y no obtener ventaja por una excesiva onerosidad sobreviniente. En otras palabras, solo estaría legitimado para invocar la excesiva onerosidad quien ha cumplido las obligaciones contenidas en el *iter contractual* de manera oportuna.

III. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN: ¿A PARTIR DE CUÁNDO SE COMPUTA EL DIES A QUO?

En nuestro país, el brote del COVID-19 ha afectado, entre tantas otras cosas, el *iter* de las relaciones jurídicas. Téngase en cuenta, por ejemplo, los contratos de construcción que estaban vigentes en ese contexto.

La jurisprudencia italiana, al delimitar las notas características del caso fortuito, ha hecho recurso a los requisitos de inevitabilidad del hecho², irresistibilidad³, imprevisibilidad⁴ y extraordinariedad o excepcionalidad del hecho⁵. Sin embargo, se ha observado que “no es más característica connotante del fortuito el requisito de la impredecibilidad, porque pueden darse eventos predecibles ab-

² Véase a Casación (1976). Sentencia 1129. En BBTC, 1976, II, 173; Casación (1976). Sentencia 2981. En NGCC, 1976, I, 1756; Tribunale di Roma. (1978). Sentencia del 15 de febrero. En BBTC, 1978, II, 454; Tribunale di Roma. (1982). Sentencia del 27 de enero. En Giur. it., 1982, I, 2, 586.

³ Véase a Casación (1976). Sentencia 2981, 27 de julio. En Giust. Civ., 1976, I, 1756, aunque equivocadamente con referencia a eventos extraordinarios y excepcionales (Véase a Marco, S. (1991, p. 773). y AP. Roma. (1980). Sentencia del 7 de octubre. En BBTC, 1980, II, 477.

⁴ Véase a Tribunale di Roma. (1982). Sentencia del 27 de enero. En Giur. it., 1982, I, 2, 586; AP. Firenze. (1971). Sentencia del 16 de noviembre. En Giur. it., 1971, I, 123.

⁵ Véase a Tribunale di Milano. (1978). Sentencia del 19 de marzo. En BBTC, 1978, II, 454.

solutamente inevitables”⁶ y, además, que la jurisprudencia se dirige hacia una concepción objetiva y absoluta del caso fortuito (Alpa, 2001, p. 334)⁷.

El Decreto Supremo 044-2020-PCM, del 15 de marzo del 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectaban la vida de la Nación como consecuencia del brote del COVID-19, precisó en su artículo 1:

Artículo 1.- Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. (2020)

Como se sabe, por este decreto se suspendió el ejercicio de los derechos constitucionales (artículo 3), así como se limitó el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas (artículo 4) y tuvo una serie de prórrogas.

El artículo 1 del Decreto de Urgencia 026-2020, del 15 de marzo de 2020, que estableció diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional determinó que:

Artículo 1.- El presente Decreto de Urgencia tiene por objeto aprobar medidas adicionales extraordinarias que permitan adoptar las acciones preventivas y de respuesta para reducir el riesgo de propagación y el impacto sanitario de la enfermedad causada por el virus del COVID-19, en el territorio nacional, así como coadyuvar a disminuir la afectación a la economía peruana por el alto riesgo de propagación del mencionado virus a nivel nacional. (2020)

Se puede constatar fácilmente que ambos decretos se dieron en el contexto de irresistibilidad, extraordinariedad e imprevisibilidad causada por la pandemia que ha golpeado y paralizado al país en ese periodo de tiempo; es decir, desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020.

Ahora bien, el Decreto Supremo 101-2020-PCM del 04 de junio de 2020, aprobó la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, y modificó el Decreto Supremo 080-2020-PCM.

Por otro lado, el Decreto Supremo 087-2020-PCM, del 19 de junio de 2020, que dispuso la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulada en el numeral 2 de la segunda disposición complementaria final del Decreto de Urgencia 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo 076-2020-PCM y de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto de Urgencia 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia 053-2020, prorrogó hasta el 10 de junio de 2020 la suspensión del cómputo de plazos del inicio y tramitación de procedimientos administrativos.

De esta manera, si bien el Decreto Supremo 044-2020-PCM y el Decreto de Urgencia 026-2020 se emitieron en un contexto de irresistibilidad, extraordinariedad e imprevisibilidad ocasionada por la pandemia para determinadas obligaciones contractuales (tanto para los contratistas como los dueños de la obra), de la interpretación conjunta del Decreto Supremo 101-2020-PCM y 087-2020-PCM, este periodo cesó, a los efectos del cómputo de plazos de inicio y tramitación de procedimientos administrativos, con fecha del 10 de junio de 2020. En otras palabras, nos encontramos frente a una situación de temporalidad de eventos de fuerza mayor que cronológicamente tuvo un inicio, es decir, el 16 de marzo de 2020, y también un final, que fue el 10 de junio de 2020.

Hay que tener presente que, conocida la situación de irresistibilidad, extraordinariedad e imprevisibilidad, así como las medidas que se tomaron frente a ella, las partes contratantes se encontrarán en una situación objetiva de replantear el programa contractual pactado inicialmente.

Ahora bien, el artículo 1445 del Código Civil establece que “la acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440” (1984).

En la exposición de motivos de este artículo se explica que:

En aras de la estabilidad [se] dispone que la acción por excesiva onerosidad en la prestación tenga un plazo de caducidad breve, siendo entendido, por lo demás, que el precepto es imperativo, y que ninguna de las partes podrá suprimirlo, limitarlo o aumentarlo. (Arias-Schreiber, 1985, p. 111)

Nótese que el artículo 1446 del Código Civil regula que “el término inicial del plazo de caducidad

⁶ Así, Alpa da como ejemplo la sobrevenida de una catástrofe anunciada por el observatorio meteorológico (2001, p. 334).

⁷ En esta línea de pensamiento, Giovanna Visisntini afirma que “el excesivo favor por la posición deudora expresada en las teorías subjetivistas choca contra el sistema legislativo y contra las tendencias de las sociedades evolucionadas y, por consiguiente, de los mercados evolucionados y racionales” (1999, p. 135).

a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles" (1984).

Comparto plenamente que "no es fácil comprender el sentido del artículo 1446 del Código Civil, a menos a la luz del artículo 1445 del mismo Código"⁸ y que "se va a requerir una interpretación muy activa de la jurisprudencia" (De la Puente, 1993, pp. 223-224). Por ello se deben distinguir los siguientes momentos:

- a) **El momento en que aparece el COVID-19.** En la página web de la Organización Panamericana de Salud y de Organización Mundial de la Salud, comprobamos que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia por COVID-19, debido al elevado número de casos en 112 países fuera de China. En el Perú, el 05 de marzo del 2020, se confirmó el primer caso importado por COVID-19 en una persona con historial de viajes a España, Francia y República Checa. Desde esa fecha hasta el 31 de julio de 2022 se procesaron muestras para 33 131 204 personas, obteniéndose 3 909 870 casos confirmados, 29 221 334 casos negativos y 214 303 defunciones⁹.
- b) **El periodo de tiempo en el cual se dictan las normas sobre las actividades económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional, así como del cómputo de plazos del inicio y tramitación de procedimientos administrativos, a causa de la pandemia.** De acuerdo a lo mencionado anteriormente, ello generó una suspensión de actividades que duró desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020.
- c) **Cuando una de las partes da a conocer a la otra el replanteamiento de los costos de las prestaciones a ejecutar,** debido –por ejemplo– a las medidas de seguridad sanitaria que, por ley, han de asumirse.

En mi opinión, se impone una **interpretación teológica** de los artículos 1445 y 1446 del Código Civil, en la cual, dado un enunciado legislativo que regula una categoría de sujetos, objetos, hechos, situaciones o relaciones jurídicas, este debe ser entendido en atención a los fines o razones por los cuales fue creado (*ratio legis*). Los fines pueden

encontrarse explícitamente en el texto del enunciado legislativo o se pueden inferir del mismo.

Este argumento es aquel por el cual:

A un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley de la cual el enunciado es documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico, reconstruye los fines "de la ley" (o "del legislador", pero en este caso se trata de una entidad abstracta) a partir del texto de la ley o por una clasificación de los fines o de los intereses que el derecho protege, en vez de documentos preparatorios (como las sesiones de comisión), concebidos como indicios de voluntad de un individuo o de una asamblea entendida en sentido concreto. (Tarelo, 1980, p. 370)

En efecto, la *ratio legis* de los artículos mencionados es proteger al deudor de la **santidad** de un contrato ante acontecimientos –como ya se sabe, extraordinarios e imprevisibles– que hagan excesivamente onerosa la prestación. Sin embargo, para equilibrar la situación del acreedor, esta invocación debe realizarse oportunamente, en aras de la seguridad jurídica.

Imaginemos el supuesto de un contrato de obra en ejecución, en el cual ya estaban definidas las prestaciones, así como el costo de las mismas; pero se ve afectado por el brote del COVID-19 y se le aplica la normativa ya señalada, ¿cuándo comienza el *dies a quo*?:

- a) Si interpretamos literalmente el artículo 1446 del Código Civil sería "a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles" (1984). Entonces, si aún no ha desaparecido la pandemia, ¿todavía no correría el plazo?
- b) Cuando el brote del COVID-19 dejó de ser 'extraordinario e imprevisible', a pesar de no haber desaparecido aún. Como se señaló, si bien el Decreto Supremo 044-2020-PCM y el Decreto de Urgencia 026-2020 se emitieron en un contexto de irresistibilidad, extraordinariedad e imprevisibilidad, de acuerdo con la interpretación conjunta de los Decretos Supremos 101-2020-PCM y 087-2020-PCM, este periodo cesó, a los efectos de cómputo de plazos del inicio y tramitación de proce-

⁸ Ello ha llevado a decir a una atenta doctrina nacional que "la opción del legislador peruano también es indeseable desde una perspectiva económica" y que "incentiva comportamientos ineficientes" (García, 2023, pp. 287-288).

⁹ Véase a Organización Panamericana de la Salud (s/f).

dimientos administrativos, con fecha 10 de junio de 2020. Bajo esta línea interpretativa, se debe tener en cuenta que estamos frente a una situación de temporalidad de eventos de fuerza mayor, que cronológicamente tuvo un inicio (16 de marzo de 2020) y también un final (10 de junio de 2020). Es a partir de esta última fecha que correría el *dies a quo*.

- c) Cuando, dados los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, una de las partes reformula los costos de sus prestaciones y los **da a conocer** a la contraparte, entendiendo que la prestación que le corresponde resulta excesivamente onerosa.

Se parte de la premisa de que los jueces y árbitros “deben usar sus poderes discrecionales para ayudar a que las leyes se vuelvan más eficientes en los casos particulares que se les presenten” (Mac Lean, 1998, p. 17). De esta manera, entender literalmente el artículo 1446 del Código Civil, generaría una suerte de espada de Damocles sobre las partes en un contrato que ha tenido que sufrir las vicisitudes del COVID-19. Si hay que esperar a ‘que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’, ello implica que, **en cualquier momento**, la parte que entienda que hay una desproporción en la economía del contrato celebrado invoque la excesiva onerosidad en la prestación. Precisamente, como ya se señaló, en la exposición de motivos del artículo 1445 del Código Civil se hace hincapié en que se opta por un plazo breve de caducidad “en aras de la estabilidad” (1984). En efecto, ¿qué estabilidad económica y jurídica puede tener una relación jurídica obligatoria si –bajo esta línea interpretativa– un plazo de caducidad breve se convierte en uno de carácter indeterminado?

En verdad, tanto la segunda como la tercera línea interpretativa se complementan. En efecto, una vez que los acontecimientos ‘dejaron de ser’ extraordinarios e imprevisibles, pueden presentarse las siguientes situaciones:

- La parte perjudicada cumple con sus prestaciones, aunque le resultan excesivamente onerosas.
- La parte perjudicada propone a la contraparte una reformulación de la economía del contrato dado los acontecimientos, que en su momento fueron ‘extraordinarios e imprevisibles’ y que ahora son de conocimiento de ambas.

En mi opinión, si ambas partes se encuentran en la situación objetiva de haber conocido (y asumido

los costos de) ‘los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles’ y una de ellas propone la reformulación de la economía del contrato y lo comunica a la contraparte, es a partir de ese momento que la parte perjudicada está en condiciones de invocar la excesiva onerosidad de la prestación y, por ello, allí es donde debería iniciar el cómputo el plazo de caducidad. Entonces, en atención del artículo 1445 del Código Civil (que es imperativo), el plazo de la acción (*rectius*: pretensión), así como el derecho, caducarán tres meses después.

Autorizadamente, se explica que:

La caducidad viene configurada por el Código Civil como la extinción de un derecho, cuál *efecto automático* del mero transcurso del plazo legal, para ser más precisos como efecto que se produce “transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil” (artículo 2007 del Código Civil). En tal sentido, el efecto extintivo se produce lo quiera o no quien se “favorece” con la extinción. De allí que siendo indiferente la “voluntad” del “favorecido” el juez puede apreciar la circunstancia de oficio, o sea sin necesidad de alegación de parte (artículo 2006 del Código Civil). (Ariano, 2015, p. 532)

En atención a ello, téngase en cuenta que en nuestro sistema:

- La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente (artículo 2003 del Código Civil).
- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario (artículo 2004 del Código Civil).
- La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo que sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículo 2005 del Código Civil).
- La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte (artículo 2006 del Código Civil).
- La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil (artículo 2007 del Código Civil).

IV. IMPROCEDENCIA PARA INVOCAR LA EXCESIVA ONEROSIDAD EN LA PRESTACIÓN POR DOLO O CULPA

El artículo 1443 del Código Civil regula lo siguiente: “no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada” (1984).

Comentando este artículo se explica que:

El sentido de la norma puede ser el siguiente: si la obligación se hubiera cumplido, no se hubiese visto afectada por excesiva onerosidad, luego el acreedor no tendría por qué soportar la alteración de la prestación ocurrida después de la ejecución dolosa o culposa. (Oviedo, 2004, p. 660)

En esa línea, es pertinente citar a Sacco y Nova, quienes advierten que “el deudor a veces invoca la onerosidad para justificar la propia inercia” (2004, p. 717).

Teniendo ello en cuenta, procederé a definir dichos conceptos:

a) Culpa grave

Es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres; es decir, quien ha tenido una conducta tal que no corresponde a lo que todos los hombres hacen comúnmente. El artículo 1319 del Código Civil define como culpa inexcusable (que coincide con el concepto de culpa grave) a la ‘negligencia grave’. Se afirma con razón que “la culpa es la forma de calificación jurídica de la diligencia” (Maiorca, 1960, p. 577).

En atención a ello:

La gravedad no se refiere al aspecto normativo de la culpa, sino al modo de ser de la negligencia, tal como se presenta ante la valoración de juez (o del árbitro) en las circunstancias del caso, cuando deba tomarse en consideración el concurso causal de más acciones subjetivas bajo el perfil de la diligencia” (Maiorca, 1960, p. 581). Así, “el juez (o el árbitro) puede valorar una negligencia como más o menos grave en relación a las circunstancias en las cuales el comportamiento del sujeto se haya desenvuelto” (Maiorca, 1960, p. 581).

b) Culpa leve

Es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media. El artículo 1320 del Código Civil la define como la omisión de “aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (1984).

c) Dolo

La noción de dolo coincide “con la voluntad del sujeto de causar el daño”¹⁰, la cual encuentra respaldo normativo en el artículo 1318 del Código Civil, a propósito del incumplimiento de la obligación –al referirse al gerundio ‘deliberadamente’– (Scognamiglio, 1968, p. 640). La doctrina explica cuáles son los requisitos específicos del dolo:

- Voluntariedad del hecho.
- La conciencia de la consecuencia dañosa que deriva del hecho.
- La conciencia de la injusticia del daño. (Bianca, 1994, p. 574)

Por ello, es imperativo analizar si el deudor ha actuado con **diligencia**, para lo cual, de acuerdo con Natoli:

Es necesaria una evaluación, que en concreto tenga en cuenta del [sic] tipo de relación y de la actividad en la cual la prestación se manifiesta y de las circunstancias en la cual esta es o debe ser realizada, y que no esté, por ello, anclada a una medida abstracta y determinada una vez por todas, aunque sea tendiente a un nivel general de suficiencia, como es aquel, que, en cada caso, puede ser revelado por la ‘común experiencia’. Tal nivel puede calificarse de normal; pero se trata de una normalidad que no es uniformidad, variando ésta con el variar del género y de la especie de cada situación en particular. (1984, p. 98)

Así, se entiende según Ravazzoni:

- a) La diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano.
- b) Esta calificación opera en el sentido de la conformación del comportamiento a un modelo inspirado en el cuidado, la atención, la cautela, a un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente, en cuanto adecuado al fin que éste debe obtener. (1989, p. 1)

Ahora bien, el **incumplimiento** ha sido definido como “la inexistente o inexacta ejecución de la prestación debida. Este se distingue principalmente en incumplimiento total (la prestación no ha sido realizada) y cumplimiento inexacto

¹⁰ También se define al dolo como “la previsión y voluntad del daño, por parte del agente, como consecuencia del propio comportamiento” (Salvi, 1988, p. 1223).

(la prestación es cuantitativa o cualitativamente inexacta)" (Bianca, 1994, p. 1).

Nótese, además, que:

[...] al no hacer el artículo 1443 distingo alguno entre las clases de culpa, debe entenderse que comprende tanto la culpa inexcusable como la culpa leve, aun cuando debe tenerse presente que según el artículo 1329 del Código civil, se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. (De la Puente, 1993, p. 211)

En conclusión, si la parte deudora ha diferido largamente el cumplimiento de sus obligaciones por no haber actuado con diligencia, entonces habría incurrido en culpa e, interpretando sistemáticamente el artículo 1443 con el 1329 del Código Civil, bastaría la culpa leve, la cual se presume, debido a que el primer artículo mencionado no hace distingo alguno.

V. LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN Y LAS CIRCUNSTANCIAS COMO FACTORES A EFECTOS DE QUE EL JUEZ O EL ÁRBITRO ORDENE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CON UNA PRESTACIÓN EXCESIVAMENTE ONEROSA

El primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil ofrece el remedio de reducir o aumentar la contraprestación cuando la prestación **por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles** deviene excesivamente onerosa.

El segundo párrafo del artículo 1440 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 140.-

[...]

Si ello no fuera posible (reducir o aumentar la contraprestación) por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas. (1984)

De esta parte, se desprende que, cabe la resolución del contrato, en tres supuestos:

a) **Naturaleza de la prestación:** sobre el particular, se sostiene que "no cabe duda de que existen determinadas prestaciones, como por ejemplo dar una cosa no fungible y físicamente indivisible, que no son susceptibles de reducción (tratándose de la prestación) o de aumento (tratándose de la contraprestación)" (De la Puente, 1993, p. 176).

b) **Las circunstancias:**

Se trata de un caso similar al anterior. En aquel, la prestación por su naturaleza no permite ser aumentada o reducida. En éste, ello es físicamente posible. Pero circunstancias externas a la prestación contractual determinan que no sea posible efectuar la reducción o aumento de esta. (De la Puente, 1993, p. 177)

c) **Cuando lo solicite el demandado**

Téngase presente que, en la primera parte del artículo 1440 del Código Civil la primera opción que se le da a 'la parte perjudicada' es la de solicitar al juez o árbitro que ordene reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. A efectos de que se ampare el pedido de resolución del contrato, si la parte perjudicada argumenta que la naturaleza de la prestación o las circunstancias externas, imposibilitan la reducción o aumento de la contraprestación, pesará sobre ella la carga de acreditar dichas situaciones, conforme al artículo 1440 del Código Civil.

Por ejemplo, si en un contrato la naturaleza de la prestación era la de realizar obras civiles, y construir dos pabellones de una estructura sanitaria. Bien pudo reducirse a uno de los dos pabellones. Téngase en cuenta que "la divisibilidad o indivisibilidad del contrato es una cuestión de hecho más que de derecho, depende de la regulación negocial y del orden de intereses que transmite, así como de la calidad de las partes" (Gnani, 2012, pp. 3-4). La sola alegación de 'los sobrecostos en que debería incurrir' no sería suficiente para sustentar la imposibilidad de reducir o aumentar la contraprestación.

En ese sentido, con razón se sostiene que "la onerosidad debe ser examinada, por su sobreviniente excesividad, con respecto a la prestación considerada en su objetividad y no con respecto a la situación subjetiva del deudor" (Gabrielli, 2011, p. 632).

También cabe la posibilidad que el **demandado** sea quien solicite al juez o árbitro que declare la resolución del contrato. Aunque pequeño por decirlo evidente, visto que la parte perjudicada por la excesiva onerosidad de la prestación es la que interpone la demanda (o la reconvenCIÓN, si fuere el caso), es la parte no perjudicada por la excesiva onerosidad de la prestación (en su calidad de demandado o reconvenido) el único legitimado para formular dicha solicitud, evidentemente, en este supuesto.

VI. PRESUPUESTOS DE HECHO DEL ARTÍCULO 1440 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO, PARA QUE UN JUEZ O ÁRBITRO DECIDA LA RESOLUCIÓN

El artículo 1440 del Código Civil identifica como presupuestos de la excesiva onerosidad de la prestación:

- a) Que se trate de un contrato comunitativo de ejecución continuada, periódica o diferida.
- b) Presencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.
- c) La sobreviniente desproporción entre los valores de las prestaciones.

En mi opinión, a efectos de decidir la resolución por excesiva onerosidad, además, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- a) Que quien la invoca sea una parte fiel en el contrato.
- b) Que la ejecución de prestación no se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada (artículo 1443 del Código Civil).
- c) Que haya sido invocada de manera oportuna (artículo 1445 del Código Civil).

Precisamente, ello implica que hay que interpretar sistemáticamente el artículo 1440 del Código Civil con los artículos citados.

VII. CONCLUSIONES

- Solo estaría legitimada para invocar la excesiva onerosidad de la prestación, regulada en el artículo 1440 del Código Civil peruano, la parte fiel al contrato, por cuanto quien no cumple sus obligaciones, debe soportar las consecuencias de ello y no obtener ventaja por una excesiva onerosidad sobreviniente. En otras palabras, solo estaría legitimado para hacer uso de los remedios, frente a la excesiva onerosidad, quien ha cumplido las obligaciones contenidas en el *iter contractual* de manera oportuna. Prueba de ello es que el artículo 1443 del Código Civil regula que no procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.
- Entender literalmente el artículo 1446 del Código Civil, generaría una suerte de espada de Damocles sobre las partes en un contrato que ha tenido que sufrir las vicisitudes del

COVID-19. Si hay que esperar a 'que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles', ello implicaría que, en cualquier momento, la parte que entienda que hay una desproporción en la economía del contrato celebrado, pueda invocar la excesiva onerosidad en la prestación. Precisamente, como ya se señaló, en la exposición de motivos del artículo 1445 del Código Civil se hace hincapié a que se opta por un plazo breve de caducidad 'en aras de la estabilidad'. En efecto, ¿qué estabilidad económica y jurídica puede tener una relación jurídica obligatoria si –bajo esta línea interpretativa– un plazo de caducidad breve se convierte en uno de carácter indeterminado?

– En mi opinión, si ambas partes se encuentran en la situación objetiva de haber conocido (y asumido los costos de) 'los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles' y una de ellas propone la reformulación de la economía del contrato y lo comunica a la contraparte, es a partir de ese momento que la parte perjudicada está en condiciones de invocar la excesiva onerosidad de la prestación y, por ello, allí debería iniciar el cómputo el plazo de caducidad. Entonces, en atención del artículo 1445 del Código Civil (que es imperativo) el plazo de la acción (*rectius*: pretensión), así como el derecho, caducarán tres meses después.

– Si la parte deudora ha diferido largamente el cumplimiento de sus obligaciones por no haber actuado con diligencia, incurre en culpa leve, la cual se presume de acuerdo con la interpretación sistemática de los artículos 1443 y 1329 del Código Civil, debido a que el primero no hace distingo alguno.

– Téngase presente que en la primera parte del artículo 1440 del Código Civil, la primera opción que se le da a 'la parte perjudicada' es la de solicitar al juez o árbitro que ordene reducir o aumentar la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. A efectos de que se ampare el pedido de resolución del contrato, si la parte perjudicada argumenta que la naturaleza de la prestación o las circunstancias externas, imposibilitan la reducción o aumento de la contraprestación, pesará sobre ella la carga de acreditar dichas situaciones, conforme al artículo 1440 del Código Civil.

– También cabe la posibilidad de que el demandado sea quien solicite al juez o árbitro que declare la resolución del contrato. Ya que la parte perjudicada por la excesiva one-

rosidad de la prestación es la que interpone la demanda (o la reconvención, si fuere el caso), es la parte no perjudicada por la excesiva onerosidad de la prestación (en su calidad de demandado o reconvenido) el único legitimado para formular dicha solicitud, evidentemente, en este supuesto.

- Entonces, a efectos de decidir la resolución por excesiva onerosidad, se debe tener en cuenta lo siguiente: (i) que quien la invoca sea una parte fiel en el contrato; (ii) que la ejecución de prestación no se haya diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada (artículo 1443 del Código Civil); y, (iii) que haya sido invocada de manera oportuna (artículo 1445 del Código Civil). 

REFERENCIAS

- AA.VV. (2020). *Derecho de los Desastres: Covid-19* (tomo 1). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/191715/Derecho%20de%20los%20desastres%20tomo%201%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alpa, G. (2001). *Responsabilidad Civil y Daño, Lineamientos y cuestiones*. Gaceta Jurídica.
- Altamirano, J. (1963). *La cláusula Rebus Sic Stantibus o la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Privado* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
- Ariano, E. (2015). Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad. En J. Espinoza (Coord.), *Ánálisis sistemático del Código Civil a tres décadas de su promulgación*. Instituto Pacífico.
- Arias-Schreiber, M. (1985). *Exposición de motivos y comentarios. Caducidad de la acción*, en *Código Civil, VI, Exposición de motivos y comentarios*. Ocurra Editores.
- Barchi, L. (2020). El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho "viral" y la excesiva onerosidad, también. En *Derecho de los Desastres: Covid-19* (pp. 23-39). Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/191715/Derecho%20de%20los%20desastres%20tomo%201%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Betti, E. (1953). *Teoria generale delle obbligazioni* (tomo 1). Giuffrè Editore.
- Bianca, C. (1994). *Diritto Civile* (tomo 5). Giuffrè Editore.
- De la Puente y Lavalle, M. (1993). *El Contrato en general: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (tomo 5, Vol. xv). Fundo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gabrielli, E. (2011). Comentario al artículo 1467 c.c. ita. En E. Gabrielli (Ed.), *Commentario del Código Civile. Dei contratti in generale*. UTET.
- García, S. (2023). *Derecho de contratos y sus circunstancias inesperadas*. Instituto Pacífico.
- Gnani, A. (2012). *Il contratto divisibile*. Jovene Editore.
- Ledgard, C.A. (1945). *La teoría de la imprevisión en el derecho contemporáneo y el Código civil de 1936* [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
- Mac Lean, R. (1998). La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico. *Ius et Vertas*, 9(17), 8-19. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15788>
- Maiorca, C. (1960). Voce Colpa civile (teoría generale). En *Enciclopedia del Diritto* (Vol. VII). Giuffrè Editore.
- Marco, S. (1991). *Incidenza del "fortuito" nei contratti di cassetta di sicurezza. Banca borsa e titoli di credito*.
- Natoli, U. (1984). *L'attuazione del rapporto obitorio* (tomo 2). Giuffrè Editore.
- Oviedo, J. (2004). Improcedencia de la acción, Comentario al artículo 1443 CC. En AA.VV. *Código Civil Comentado* (tomo 7). Gaceta Jurídica.
- Ravazzoni, A. (1989). Voz Diligenza. En *Encyclopedie Giuridica*. Instituto della Encyclopedie Giuridica fondata da Giovanni Treccani, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.
- Roppo, V. (2001). *Il Contratto*. Giuffrè Editore.
- Sacco, R. & Nova, G. (2004). *Il Contratto* (tomo 2, 3ra ed.). UTET.
- Salvi, C. (1988). Voce: Responsabilità extracontractuale (diritto vigente). En *Encyclopedie de Diritto* (Vol. XXXIX, pp. 1186-1265). Giuffrè Editore.

Scognamiglio, R. (1968). Voz Responsabilità Civile. En *Novísimo Digesto Italiano* (Vol. XV). UTET.

Tamani, C. (2022). Definición. Comentario al artículo 1440 c.c. En J. Espinoza (Coord.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (tomo 9). Instituto Pacífico.

Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè Editore.

Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil*. Editorial Astrea.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

AP. Firenze. (1971). Sentencia del 16 de noviembre. En *Giur. it.*, 1971, I, 123.

AP. Roma. (1980). Sentencia del 7 de octubre. En *BBTC*, 1980, II, 477.

Cassazione (1976). Sentencia n. 1129. En *BBTC*, 1976, II, 173.

Cassazione (1976). Sentencia n. 2981. En *NGCC*, 1976, I, 1756.

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Codice Civile [Cc] (It.).

Decreto de Urgencia 026-2020, Decreto de urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 029-2020, Dictan medidas complementarias destinadas al financiamiento de la micro y pequeña empresa y otras medidas para la reducción del impacto del COVID-19 en la economía peruana, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 053-2020, Decreto de Urgencia que otorga un Bono Extraordinario al personal del Instituto Nacional Penitenciario del Programa Nacional de Centros Juveniles

al personal del Ministerio de Defensa y al personal del Ministerio del Interior por cumplir acciones de alto riesgo ante la emergencia producida por el COVID-19 y dicta otras disposiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 044-2020-PCM, Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de marzo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 080-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de mayo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 087-2020-PCM, Decreto Supremo que dispone la prórroga de la suspensión del cómputo de plazos regulada en el numeral 2 de la Segunda Disposición Complementaria Final del D.U. N° 026-2020, ampliado por el Decreto Supremo N° 076-2020-PCM y de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia N° 053-2020, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 101-2020-PCM, Decreto Supremo que aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, y modifica el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de junio de 2020 (Perú).

Tribunale di Roma. (1978). Sentencia del 15 de febrero. En *BBTC*, 1978, II, 454.

Tribunale di Milano. (1978). Sentencia del 19 de marzo. En *BBTC*, 1978, II, 454.

Tribunale di Roma. (1982). Sentencia del 27 de enero. En *Giur. it.*, 1982, I, 2, 586.

LA PARÁBOLA DE LA VIUDA POBRE: EN DEFENSA DE LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

THE PARABLE OF THE POOR WIDOW: IN DEFENSE OF UNCONSCIONABILITY IN CONTRACT LAW

Fabio Núñez del Prado Chaves*
Ex Miembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Rebaza, Alcázar & De las Casas

The injury in contract law is a notion that has not been exempt from criticisms that question its relevance and usefulness in the Peruvian legal system. In this line, in this paper the author analyzes article 1447 of the Civil Code from different angles, such as the economic analysis of law and diverse national and international doctrine.

Finally, the author concludes that this figure is important and necessary for a Rule of Law; but not without first recognizing that the injury in contract law should be rethought, but not eliminated.

KEYWORDS: *unconscionability; Civil Code; state of compelling necessity; civil law; common law.*

La lesión en el derecho de los contratos es una figura que no ha sido ajena a críticas que cuestionan su relevancia y utilidad en el ordenamiento jurídico peruano. En esa línea, en el presente trabajo el autor analiza el artículo 1447 del Código Civil desde distintas aristas, tales como el análisis económico del derecho y diversa doctrina nacional e internacional.

Finalmente, el autor concluye que esta figura es importante y necesaria para un Estado de Derecho; no sin antes reconocer que la lesión en el derecho de los contratos debe ser repensada, mas no eliminada.

PALABRAS CLAVE: *Lesión; Código Civil; estado de necesidad apremiante; civil law; common law.*

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M) por la Universidad de Yale. Socio de Rebaza, Alcázar & De las Casas (Lima, Perú). Profesor de Contratos en la Pontifícia Universidad Católica del Perú.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 9 de julio de 2024, y aceptado por el mismo el 26 de agosto de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En aquel tiempo, alzando Jesús la mirada, observó a un fariseo muy acaudalado que pasó por el templo y depositó enormes cofres de dinero en la caja de las ofrendas. Posteriormente, pasó un sacerdote y colocó enormes cantidades de denarios. De repente, apareció una viuda pobre que echó tan solo dos moneditas de muy poco valor.

Entonces, Jesús preguntó a sus discípulos: “¿Cuál de los tres ha dado más?” Algunos discípulos afirmaban que el fariseo, porque había entregado una cantidad enorme de cofres de moneda. Otros murmuraban que el sacerdote, ya que las monedas eran de considerable valor. Jesús, sin embargo, afirmó: “Les aseguro que la viuda dio más que todos los ricos”. Los discípulos se miraban entre sí, sin entender lo que Jesús quería decirles. Fue en ese momento que Jesús continuó diciendo: “Los dos primeros dieron de lo que les sobraba; pero la viuda, que es tan pobre, dio todo lo que tenía para vivir”¹.

Más allá de su enseñanza moral, la parábola de Jesús aporta a la teoría económica, anticipando una idea que siglos después sería atribuida a economistas como Carl Menger. Se trata de la teoría subjetiva del valor, que destaca la importancia de las preferencias individuales en la determinación del valor de un bien.

La economía marginalista, desarrollada por Carl Menger, William Stanley Jevons y Leon Walras, sostiene que el valor de un bien no se determina por propiedades inherentes al mismo ni por la cantidad de trabajo necesaria para su producción, sino por la importancia que un individuo le otorga para alcanzar sus objetivos o deseos (Menger, 1871, p. 120). En otras palabras, el valor de un bien es subjetivo y depende de su utilidad marginal. Y esta utilidad marginal se encuentra estrechamente vinculado con la escasez del bien².

En la parábola de la viuda pobre esta situación se puede explicar de forma relativamente sencilla. El fariseo y el sacerdote, al contrario que la viuda pobre, no asignan el mismo valor a las monedas. La teoría subjetiva del valor nos permite comprender esta situación³. Mientras el fariseo y el sacerdote donaron dinero que les sobraba, la viuda pobre se desprendió de las monedas que le hacían falta, demostrando una valoración mucho más profunda de su valor.

Como nos enseña Jesús, la viuda pobre ofreció una limosna mucho más significativa que el sacerdote y el fariseo. Y es que es sencillo dar limosna cuando se tiene en abundancia, pero es un gran sacrificio hacerlo cuando se carece de lo necesario. La escasez es un factor determinante en la valoración que le asignamos a los bienes. Cuando un millonario dona cofres llenos de dinero como obra de caridad, esa donación no implica una renuncia a sus necesidades básicas. En el caso de la viuda pobre, las moneditas de las que se desprendió probablemente representaban una de sus comidas del día. Renunciar a esos pocos denarios tiene un valor moral mucho mayor que la donación de una gran suma de dinero por parte de una persona acaudalada.

En cualquier caso, la parábola de la viuda pobre evidencia que el valor es subjetivo. Menger explica que el valor de los bienes se fundamenta en la relación que estos tienen con nuestras necesidades, no en los bienes mismos. El valor, por lo tanto, es susceptible de modificaciones, aparición o desaparición en función de las circunstancias. Menger continúa explicando que el valor no es una cualidad inherente a los bienes, ni tampoco una cosa autónoma, independiente, y asentada en sí misma. El valor es un juicio que cada individuo realiza sobre la importancia que los bienes tienen para la conservación de su vida y bienestar y, por lo tanto, no existe fuera del ámbito de su conciencia (Menger, 1871, p. 178).

¹ Esta es una adaptación de la parábola de la viuda pobre con varios matices que han sido introducidos por el autor (Reina Valera, 1969, Marcos 12:41-44 y Lucas 21:1-4).

² En ese sentido, Benegas Lynch ha señalado que:

[...] en diversas oportunidades se expusieron teorías que combinaron varios elementos como determinantes del valor, pero este problema y la antedicha antinomia fueron recién resueltos cuando la Escuela Austríaca formuló y posteriormente desarrolló la teoría de la utilidad marginal, la cual se resumía en el binomio utilidad-escasez. Utilidad entendida también como la capacidad que el sujeto ve en el objeto para satisfacer sus necesidades, pero escasez en un sentido distinto de la consideración abstracta de la teoría de la escasez arriba comentada. Escasez, en esta nueva concepción, hace referencia al significado de determinada cantidad para determinado individuo en determinadas circunstancias, lo cual vincula estrechamente la escasez a la utilidad. (Benegas, s.f., p. 70)

³ Como señala Ghersi:

El valor es una cualidad que la gente le atribuye a la cosa, pero en función de múltiples consideraciones como pueden ser su utilidad o su escasez. Las cosas no valen nada más que la opinión que tiene de ellas la gente. La gente estima que valen. Cada uno de nosotros le reconocemos valor a las cosas en función de su utilidad o de su escasez. (2005, p. 190)

Una de las normas del sistema jurídico que guarda estrecha relación con la teoría subjetiva del valor es el artículo 1447 del Código Civil que regula la figura de la lesión en el derecho de los contratos. Algunos autores han argumentado que los defensores de la lesión no entienden de economía porque parten del presupuesto de que el valor es objetivo (Bullard, 2001, p. 228).

El propósito de este artículo es defender la existencia de la lesión en el derecho de los contratos. La situación es curiosa porque coincido con los críticos de la lesión en que el valor es subjetivo; sin embargo, considero que la lesión no debe ser derogada. Las instituciones jurídicas no solo deben ser analizadas desde una perspectiva económica. El análisis económico del derecho (en adelante, AED) es una herramienta útil, ya que aporta una perspectiva adicional para analizar las instituciones legales. Sin embargo, para determinar si una institución o una norma es deseable en un sistema jurídico, resulta indispensable analizarla desde varias otras disciplinas, como la sociología, la antropología, la psicología, la biología e incluso la axiología.

El artículo se estructurará de la siguiente manera: en la segunda sección se analizarán los elementos de la lesión en el sistema jurídico peruano; luego, en la tercera sección, se examinarán los principales argumentos de los críticos de la lesión, explicando tanto los argumentos con los que concuerda como aquellos con los que discrepa; en la cuarta sección se explorarán distintos argumentos interdisciplinarios que sustentan la preservación de la lesión en el derecho de los contratos; en la quinta sección se examinará cómo debería estar regulada la lesión en el derecho de los contratos; seguidamente, se explicará el remedio legal adecuado para la lesión en el derecho de los contratos; finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones a modo de reflexión.

II. LOS ELEMENTOS DE LA LESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

El artículo 1447 del Código Civil establece lo siguiente:

La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. (1984)

La literatura ha establecido que esta norma tiene un elemento objetivo y dos elementos subjetivos en su supuesto de hecho:

Figura 1: Elementos del artículo 1447

Elemento objetivo	Una desproporción entre las prestaciones que al momento de celebrar el contrato es mayor a las dos quintas partes.
Elementos subjetivos	El estado de necesidad apremiante de una de las partes. El aprovechamiento de la contraparte de dicho estado de necesidad apremiante.

Fuente: Elaboración propia.

Si bien la norma no lo expresa de forma explícita, es evidente que existe una relación causal entre la supuesta desproporción entre las prestaciones y el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. En otras palabras, la desproporción entre las prestaciones es consecuencia del aprovechamiento de una parte del estado de necesidad apremiante de la otra (Bullard, 2001, p. 226).

En una sección posterior se analizará por qué el elemento objetivo de la lesión resulta confuso y su redacción es deficiente. Antes de abordar estos elementos, es necesario realizar algunas observaciones sobre la teoría del valor. En esta sección, nos centraremos en los elementos subjetivos que, desde mi punto de vista, constituyen la esencia de la lesión.

Desde mi punto de vista, el elemento objetivo es virtualmente anecdótico e incidental en la norma. De hecho, sería posible eliminar cualquier alusión al elemento objetivo del artículo 1447 del Código Civil sin desnaturalizarlo. Por el contrario, la eliminación de los elementos subjetivos harían que la norma perdiera su esencia. No podríamos hablar de lesión, ya que el elemento sintomático a ella es el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante al momento de celebrar un contrato.

Por consiguiente, a continuación, se analizarán los elementos subjetivos del artículo 1447 del Código Civil.

A. El estado de necesidad apremiante

Si una persona alega haber sido víctima de un supuesto de lesión, tiene la carga de probar que se encontraba en un **estado de necesidad apremiante**. En consecuencia, es fundamental indagar el significado preciso de 'estado de necesidad apremiante'.

Amado define el 'estado de necesidad' como una "situación de apremio ocasionada por la existencia de un peligro grave e inminente que de alguna

manera amenaza la seguridad de un individuo" (1984, p. 41). Por su parte, Correa lo define como la situación en la que se encuentra una persona que se ve en una posición apremiante para su vida o para un interés jurídicamente tutelado y, por ende, realiza una acción que le resulta irresistible (2020, p. 3).

La inclusión del adjetivo "apremiante" cuando se hace alusión al estado de necesidad es una obviedad. Desde mi perspectiva, todo estado de necesidad es, por definición, apremiante. De hecho, algunos de los sinónimos de 'apremiante' en la Real Academia Española son 'urgente', 'inaplazable' y 'perentorio'. Queda claro que se trata de una situación en que el factor tiempo es crucial y la víctima no puede esperar.

Ahora bien, la definición que se establezca para 'estado de necesidad' no puede ser ajena al ordenamiento jurídico. Si existe una definición de "estado de necesidad" en otra rama del derecho, a menos que se demuestre que no es extrapolable al derecho civil, dicha definición debe prevalecer para asegurar la coherencia y uniformidad del sistema jurídico. Y lo cierto es que 'estado de necesidad' es un concepto que se encuentra claramente definido en el derecho penal.

Los incisos 4 y 5 del artículo 20 del Código Penal contemplan, respectivamente, el estado de necesidad justificante y exculpante.

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

[...]

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírselle que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica. (1991)

No queda claro en el artículo 1447 del Código Civil si, al hacer referencia a "estado de necesidad apremiante", se hace alusión al estado de necesidad justificante, exculpante o a ambos. En todo caso, tras un análisis de la literatura y la jurisprudencia, consideramos que el "estado de necesidad apremiante" contemplado en el Código Civil presenta las siguientes características.

Primero, el estado de necesidad apremiante surge en una situación de peligro actual, grave e inminente que afecta o amenaza de forma inminente la vida, la integridad, libertad de una persona o, en casos excepcionales, algún otro bien jurídico. Existe un debate doctrinal sobre la posibilidad de invocar estado de necesidad cuando lo que está en peligro es la propiedad de una persona. Desde mi punto de vista, ello no debería admitirse, ya que el estado de necesidad es reconocido en el ordenamiento jurídico con el objetivo de considerar las situaciones en las que una persona actúa motivada por el instinto de supervivencia y conservación. Sin embargo, cuando se trata de la propiedad de una persona, por muy valioso que sea el bien, este instinto pierde relevancia (Hinestrosa, 2005, p. 120).

Segundo, excepcionalmente, la afectación o amenaza inminente puede no afectar directamente a la persona, sino a un tercero, como por ejemplo un ser querido.

Tercero, el estado de necesidad apremiante es 'irresistible', es decir, la situación apremiante es tan grave que la persona no puede actuar de forma diferente (Hinestrosa, 2005, p. 120). En otras palabras, la persona no puede evitar el desenlace sin sacrificar un interés jurídicamente tutelado (Amando, 1984, p. 42).

Cuarto, el estado de necesidad apremiante constituye una justificación para un acto delictivo, lo que determina la exención de responsabilidad penal. Esto se explica porque, como ya se mencionó, el sistema jurídico reconoce que la persona actúa bajo el instinto de conservación y supervivencia.

Existen varios ejemplos que se suelen utilizar para graficar situaciones de estado de necesidad. Un primer ejemplo que se suele citar en la literatura es el de un barco en alta mar que amenaza con hundirse y una lancha remolcadora que llega a su rescate. En este caso, la lancha remolcadora

exige como condición para salvar a los tripulantes y el cargamento del barco en alta mar una contraprestación del 99% del valor del barco y su cargamento. El capitán del barco no tiene más opción que aceptar estos términos, ya que, de no hacerlo, su embarcación se hundirá (Patrón, 2001, p. 143).

Otro ejemplo clásico se presenta cuando una persona ingresa a una farmacia para adquirir medicamentos con el objetivo de salvar su propia vida o la de un ser querido. Si el vendedor se los quiere vender a un precio exorbitante y esa persona recurre a la fuerza para apropiarse de los medicamentos con el propósito de sobrevivir, se encuentra exonerado de responsabilidad penal. Como es fácil advertir, los elementos de la lesión identificados están presentes en ambos ejemplos reseñados.

B. El aprovechamiento

La persona que alega haber sido víctima de un supuesto de lesión tiene la carga de probar que la otra se aprovechó de su estado de necesidad apremiante. En este contexto, resulta indispensable comprender el significado preciso de 'aprovechamiento'.

El Diccionario de la Real Academia Española define el término 'aprovechar' como "sacar provecho de algo o de alguien, **generalmente con astucia o abuso**" [el énfasis es nuestro]. De hecho, dos de los sinónimos de 'aprovechamiento' son 'explotación' y 'abuso'. En otras palabras, cuando hablamos de "aprovechamiento", nos encontramos en una situación en la que una persona busca, de forma intencionada, abusar y explotar a otra.

Si bien podría argumentarse que en todos los contratos las personas buscan obtener beneficios, la diferencia radica en que, en el caso de la lesión, la motivación del aprovechador para lucrar está condicionada por el estado de necesidad en el que se encuentra la otra persona. En otras palabras, el "aprovechador" utiliza la necesidad apremiante de la otra persona como una herramienta para explotarla y obtener mayores beneficios⁴. De esta forma, se puede afirmar que la lesión constituye un 'saqueo' contractual.

En consecuencia, el requisito del "aprovechamiento" no se cumple cuando una persona celebra un contrato con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, y, al igual que cualquier

persona, simplemente busca que el contrato satisfaga sus intereses. La carga probatoria para demostrar el "aprovechamiento" es mucho más elevada. El demandante debe probar que el "lesionante" está utilizando su estado de necesidad apremiante como una herramienta para explotarla y obtener ventajas de su vulnerabilidad y miseria. El "aprovechamiento", por definición, implica la existencia de una conducta temeraria, abusiva y dolosa, que vulnera los principios más esenciales de la buena fe. Cabe destacar que alegaciones como "aprovechamiento", "abuso", "mala fe" o "dolo" no solo deben ser probadas, sino que deben estar sometidas a un estándar de prueba muy elevado.

En consecuencia, el hecho de que una persona celebre un contrato con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante no implica automáticamente que se está aprovechando. El artículo 1447 del Código Civil no establece una presunción en ese sentido. "Aprovechamiento" y "estado de necesidad apremiante" son elementos distintos de la norma y ambos deben ser probados de forma independiente.

Estas observaciones son fundamentales, ya que se les ha prestado poca atención en la literatura. Muchas personas han ignorado este requisito como si fuese un detalle menor. El "aprovechamiento" es un elemento fundamental y uno de los candados que permite que la norma no se preste a abusos. Cuando una persona articula una pretensión de lesión en el Poder Judicial, el "aprovechamiento" es el elemento que asegura que el mero hecho de que una persona esté en estado de necesidad apremiante no sea suficiente para dejar sin efecto el contrato. Este elemento establece una carga probatoria elevada con el objetivo de asegurar que solo sean dejados sin efecto los contratos en que se verifica el cumplimiento de todos los elementos de la norma. No es el propósito de la norma dejar sin efecto los contratos celebrados que un individuo, en buena fe, celebra con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante.

III. LOS DETRACTORES DE LA LESIÓN

A. En lo que estoy de acuerdo con Bullard y Ghersi

Bullard y Ghersi argumentan que el principal error conceptual en la defensa de la figura de la lesión radica en una comprensión errónea de la teoría

⁴ Al respecto, Castillo Freyre y Vásquez empieza indicando que "partiendo del discutible supuesto de que mientras más provecho se le pueda sacar a la circunstancia desventajosa de otro –a su desgracia, para hablar sin eufemismos–, mejor será el negocio, porque mayor será también el beneficio para el aprovechador [...]" (2004, p. 93).

del valor. Coincido con ellos en este punto. La redacción del artículo 1447 del Código Civil es deficiente. Como se ha mencionado, la norma inicia señalando que “la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse **cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato** es mayor de las dos quintas partes” [el énfasis es nuestro] (1984).

El hecho de que la norma aluda a la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sugiere que el legislador concibe el valor como algo objetivo, lo cual es equivocado. Y es que las prestaciones no tienen que ser equivalentes, proporcionales o simétricas. El hecho de que el artículo 1447 del Código Civil lo sugiera es un error conceptual muy grave. Los contratos, por definición, son desequilibrados⁵. Las personas se ven motivadas a celebrar contratos porque creen que, al hacerlo, obtendrán una utilidad. En otras palabras, las personas contratan porque prefieren el bien o servicio de su contraparte. En la ecuación contractual, existe una valoración subjetiva y diferenciada de cada parte. Se asignan un mayor valor al recurso que se recibirá que al que se entregará. Y ello tiene como correlato que las prestaciones sean siempre asimétricas.

Afirmar que debe existir equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones al momento de celebrar el contrato es incorrecto. Si fuera así, los contratos simplemente no se celebrarían. Si las valoraciones sobre los bienes coincidieran, las personas no tendrían ningún incentivo para celebrar contratos. La teoría económica nos indica que las personas celebran contratos cuando los beneficios esperados superan los costos.

El hecho de que el legislador introduzca el término “desproporción entre las prestaciones” en el artículo 1447 del Código Civil sugiere que tiene una visión objetiva del valor. Sin embargo, no está claro cuál es ese valor objetivo ni cómo se calcula la desproporción entre las prestaciones. ¿Se trata del valor de mercado? ¿El costo de la inversión? El artículo 1447 del Código Civil no brinda ninguna luz al respecto.

Tal y como está redactada la norma, resulta difícil argumentar que el legislador se refiera al valor de mercado. La norma establece claramente que la

acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando existe desproporción entre las prestaciones, no entre precio y el valor de mercado de las prestaciones. En cualquier caso, la redacción de la norma es confusa.

En el *common law* se ha reconocido la teoría subjetiva del valor mediante la teoría del ‘*no adequacy of consideration*’. A diferencia del *civil law* –en que se reconoce la teoría de la causa en muchos sistemas jurídicos–, el *common law* exige la existencia de “*consideration*” para que un contrato sea exigible.

En Estados Unidos se ha establecido que la existencia de “*consideration*” requiere dos elementos: (i) debe existir un ‘*bargained-for-exchange between the parties*’; y (ii) debe existir un beneficio para el “*promisor*” o un detrimiento para el “*promisee*”.

Por su parte, en Inglaterra se ha definido “*consideration*” como “*an act or forbearance of one party or the promise thereof*” (Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd c. Selfridge & Co Ltd, 1915). En otras palabras, “*consideration*” es el precio que se paga por la promesa o acción de la otra parte.

Si bien los contratos deben tener ‘*consideration*’ para ser exigibles, en el *common law* se ha establecido la regla del ‘*no adequacy of consideration*’. En ese sentido, en Estados Unidos se ha establecido que “*courts of law normally will not inquire into the adequacy of consideration (i.e., the relative values exchanged). If a party wishes to contract to sell an item of high market value for a relatively low price, so be it*” [el énfasis es nuestro] (Barbri, s.f.).

De manera similar, en Inglaterra se ha precisado lo siguiente con respecto al “*no adequacy of consideration*”:

For consideration to be sufficient in the eyes of the law, it must have some value, even if very small. Consideration is simply about ensuring that the parties have agreed on an exchange of promises. **The courts will not be concerned as to whether that bargain represents a good deal for either or both of the parties, that is, whether it is of adequate or nearly equivalent value compared to the**

⁵ Escuché una vez a Freddy Escobar en una charla afirmar que la idea de la proporcionalidad de las prestaciones se deriva de una mala lectura de “Ética a Nicómaco” de Aristóteles. El profesor Escobar enfatizaba, sin embargo, que en realidad Aristóteles sosténía exactamente lo contrario, y que había personas como Santo Tomás de Aquino que habrían distorsionado el mensaje en el camino. En cualquier caso, lo relevante es que –según Escobar– para Aristóteles tenía muy claro que los contratos son siempre desequilibrados.

consideration given by the other party [el énfasis es nuestro]⁶.

Como no es difícil advertir, el *common law* ha reconocido indirectamente la teoría subjetiva del valor mediante la teoría del “*no adequacy of consideration*”. Las cortes no indagan si las prestaciones acordadas entre las partes son proporcionales, equivalentes o simétricas. Las cortes de Estados Unidos lo afirman expresamente: si una parte desea vender un bien de alto valor de mercado por un precio muy bajo, que así sea. Ese es un asunto que compete a las partes, y las cortes del *common law* han sido prudentes en evitar la intervención en este tipo de situaciones.

Sin embargo, como se verá a continuación, la amplia aceptación de la teoría subjetiva del valor en los sistemas jurídicos del *common law* no implica que estos sistemas toleren que una parte se aproveche del estado de necesidad apremiante de la otra. Como se verá, existe un remedio concreto que es invocado con frecuencia por las víctimas de estos actos para lograr que el contrato sea dejado sin efecto.

B. En lo que no estoy de acuerdo con Bullard

Existen tres puntos en los que no concuerdo con el análisis de Bullard.

Primero, Bullard afirma que para los defensores de la lesión las cosas poseen un valor objetivo, determinable y único, sin comprender que toda valorización es subjetiva.

Aquí nos tropezamos con el primer problema. Por un lado, coincido con Bullard en que el valor es subjetivo; sin embargo, al mismo tiempo, considero que la lesión, como institución jurídica, es indispensable en el sistema jurídico. Por lo tanto, no es cierto que los defensores de la lesión consideren el valor como objetivo. Yo defiendo a la lesión y reconozco que el valor es subjetivo.

Es importante reiterar que la desproporción entre las prestaciones no es un elemento sintomático de la lesión en el derecho de los contratos. El artículo 1447 del Código Civil podría omitir cualquier mención a la desproporción entre las prestaciones, y, siempre que se verifique el cumplimiento del elemento subjetivo, seguiríamos encontrándonos con un caso de “lesión”. La esencia de la lesión radica en el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de la otra parte.

La norma podría no mencionar la desproporción de las prestaciones, y aun así seguiría denominándose “lesión”. ¿Cuál es el problema con que un sistema jurídico, sin hacer alusión a la desproporción entre las prestaciones, se limite a señalar que un contrato en el que se pruebe el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de una persona debe dejarse sin efecto? Con esta redacción, el legislador reconoce implícitamente la naturaleza subjetiva del valor. El ordenamiento jurídico simplemente estaría sancionando el hecho de que una persona se aproveche, en mala fe, de otra que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Entonces, el problema que identifica Bullard no reside en la lesión como institución, sino en la redacción de la norma. Es importante recordar que las instituciones trascienden las normas. La esencia de la lesión como institución jurídica radica en el elemento subjetivo. Lo que el derecho no debe tolerar no es la celebración de contratos desequilibrados, sino el aprovechamiento de de una parte del estado de necesidad apremiante de la otra.

El hecho de que el valor sea subjetivo no implica necesariamente que la lesión en el derecho de los contratos deba ser derogada. Afirmar que la deficiencia de un extremo de la norma implica que toda lo sea supone un salto lógico injustificado.

Segundo, existen secciones en las que Bullard parece olvidar que la norma contempla dos elementos subjetivos: (i) aprovechamiento; y (ii) estado de necesidad apremiante. Este error se observa con claridad en el caso de la pintura que reseña en su artículo:

Otro caso que se suele usar como ejemplo para la aplicación de la lesión es el del dueño de una famosa pintura que requiere con urgencia dinero para pagar la operación de su hija que se encuentra grave en el hospital. Desesperado por no poder vender el cuadro rápidamente, **decide aceptar una oferta por solo la mitad del valor de tasación del cuadro**, cantidad que es pagada en efectivo.

Luego de culminada con éxito la operación, reclama la rescisión del contrato alegando lesión, pues había aceptado un precio excesivamente motivado simplemente por el estado en que el estado de salud de su hija lo había colocado. Su acción tiene éxito y el contrato es dejado sin efecto [el énfasis es nuestro]. (Bullard, 2001, p. 225)

⁶ Véase a Barbri (s.f., p. 340).

Tras analizar el caso del profesor Bullard, surge una pregunta fundamental: ¿En qué parte del relato se evidencia que el vendedor se **aprovechó** del estado de necesidad apremiante del vendedor de la pintura? La respuesta es clara: en ningún momento se observa tal situación. El caso presentado por Bullard no ofrece ningún elemento que permita concluir que el vendedor del cuadro se aprovechó del estado de necesidad apremiante del comprador.

Es evidente que si los jueces aplican incorrectamente el artículo 1447 del Código Civil sin que el demandante haya logrado acreditar la existencia de todos los elementos previstos en la norma, esto podría generar un efecto disuasorio para potenciales compradores en el futuro. Sin embargo, la causa de esta disuasión sería la aplicación errónea de la norma por parte del juez.

En un escenario hipotético, si el caso del profesor Bullard se presentara de forma diferente y la lesión se aplicase correctamente, considero que el impacto en la estructura de incentivos no sería sustancial. Para ilustrar este punto, imaginemos un caso similar al presentado por Bullard, pero con algunos matices. El dueño de la pintura tiene un cuadro valuado en USD 100 000. Sale con su hijo a caminar por el parque y, de repente, son asaltados. El padre entrega su celular, billetera y tarjetas bancarias. Su hijo se resiste a entregar su nuevo iPhone, forcejea con el delincuente y, en un acto de violencia, es herido de bala. El hijo necesita una operación urgente para salvar su vida.

El padre del niño se enfrenta a un dilema angustiante: la clínica privada, ubicada a solo dos cuadras del parque, solo realiza las operaciones de vida o muerte con un pago inicial de USD 5 000. El padre, desesperado, no posee tarjeta de crédito, celular, ni DNI, ya que fue víctima de un robo. Sin otra opción, corre a su casa, toma un cuadro valuado en USD 500 000 y se dirige a la casa de su vecino, quien en el pasado le había ofrecido hasta USD 600 000 por la pintura. El padre siempre se había negado a la oferta por el valor sentimental que la pintura tenía para él, pero ante la situación crítica, no le quedaba otra alternativa.

Al abrir la puerta, el vecino, escuchando la situación, sonríe sádicamente. Le informa que la oferta por el cuadro a USD 500 000 ha expirado y que solo está dispuesto a ofrecerle es USD 5 000. El padre, implorando por la vida de su hijo, ruega al vecino que no se aproveche de su vulnerabilidad y que le pague al menos USD 400 000. El vecino, con una sonrisa irónica, le contesta que esa es la única cantidad que está dispuesto a pagar y que cada minuto que pasa reduce las posibilidades de supervivencia de su hijo. El padre acepta la oferta del vecino y le vende

el cuadro a USD 5 000 con el propósito de pagar el pago inicial de la clínica y poder así salvar a su hijo.

Este caso, de ser correctamente evaluado, sería un ejemplo paradigmático de aplicación de la institución de la lesión. Si, tras salvar la vida de su hijo, el padre solicita la rescisión del contrato alegando lesión, y el juez declara fundada la demanda, entonces la institución de la lesión estaría siendo correctamente aplicada. Sin embargo, si el padre se encuentra en la misma situación y me pide que le compre la pintura, y yo puedo pagarle USD 5.000, no dudaría en aceptar la compra, ya que el precedente no sería relevante para mí. En el caso del vecino, el “aprovechamiento” era evidente. Existían pruebas contundentes de su intención de aprovecharse de la necesidad apremiante del padre. Ese, sin embargo, no sería mi propósito. Tal vez le pague al padre USD 5.000 porque es la única cantidad que tengo disponible en mi cuenta bancaria. Puede que yo también deba afrontar gastos médicos y este sea el único monto que puedo permitirme. Incluso, puede que la pintura me parezca horrible, pero solo estoy dispuesto a pagar esa cantidad porque deseo ayudar al padre y a su hijo. No importa cuánto se esfuerce el padre, su demanda por lesión no debería prosperar porque no puede probar el “aprovechamiento” por mi parte, elemento subjetivo indispensable para que la demanda sea declarada fundada. Incluso si invocase el artículo 1448 del Código Civil, contaría con innumerables pruebas para evidenciar que no ha existido un aprovechamiento de necesidad apremiante.

La norma no establece que, si se celebra un contrato con conocimiento de que la otra se encuentra en estado de necesidad apremiante, la víctima está legitimada para rescindir el contrato. De ser así, el estándar probatorio sería otro y la lesión seguramente podría aplicarse al caso de la pintura del profesor Bullard. Sin embargo, la norma exige no solo la prueba del estado de necesidad apremiante, sino también del “aprovechamiento”, un elemento que tiene un contenido propio. Cuando una persona contrata con otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, no se presume automáticamente que se está aprovechando. Por lo tanto, a menos que se pruebe ambos elementos subjetivos de forma conjunta, la norma simplemente no aplica.

El caso de la pintura, tal como lo presenta el profesor Bullard, no constituye una ilustración adecuada del artículo 1447 del Código Civil peruano, puesto que no se evidencia la concurrencia de los elementos necesarios. El caso carece de pruebas que demuestren que el comprador se aprovechó de la situación de necesidad apremiante del vendedor, condición indispensable para la invocación de dicho artículo.

Esta observación se extiende a la mayoría de los casos presentados por el profesor Bullard. En el ejemplo del ballenero *Richmond*, tampoco se evidencia el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. Si bien el precio ofrecido por los capitanes se situó por debajo del valor de mercado del aceite, este hecho aislado no prueba el aprovechamiento de la situación de necesidad apremiante del capitán del barco.

El elemento “aprovechamiento” no es una mera etiqueta de la norma sin contenido conceptual. El hecho de que una persona celebre un contrato con otra que se encuentra en estado de necesidad apremiante no implica automáticamente un aprovechamiento. El demandante debe aportar pruebas suficientes para demostrar tal aprovechamiento y satisfacer su carga probatoria. Bajo el principio de efecto útil (*effet utile*), la ley debe ser interpretada en el sentido de darle efecto a cada uno de sus términos. El “aprovechamiento”, al igual que el dolo, el abuso o la mala fe, no es un adorno legal, sino un elemento sustancial que debe probarse con un alto estándar de prueba.

Por sentido común, aprovechamiento significa que una persona abusa, arremete, y/o explota a otra que se encuentra en una situación vulnerable. Como mencionamos anteriormente, según el Diccionario de la Real Academia Española, “aprovechar” significa “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”. Este aprovechamiento es un término que sugiere, casi por intuición, mala fe. Y, como es bien sabido, la mala fe tiene que probarse. En ninguno de los ejemplos del profesor Bullard se encuentra acreditada esa mala fe.

Una de mis principales diferencias con Bullard radica en su aparente consideración del “estado de necesidad apremiante” y el “aprovechamiento” como elementos equivalentes o, al menos, que el primero implique necesariamente el segundo. Así, por ejemplo, en su artículo Bullard afirma que:

En un mundo de recursos escasos siempre nuestra voluntad está restringida por la escasez. El problema está en qué motiva la escasez de opciones. Es entendible, bajo tal perspectiva, que cuando la limitación provenga de los actos de una de las partes dirigido a presionar a la otra, y tal presión sea ilegítima, se prive de eficacia al contrato. **Pero lo mismo no ocurre cuando tal presión proviene de un factor externo y lo que hace la otra parte es ofrecer la posibilidad de aliviar tal presión** [el énfasis es nuestro]. (Bullard, 2001, p. 225)

El problema radica en que la institución de la no se limita a situaciones en las que una parte simplemente ofrece la posibilidad de aliviar la presión

de la otra. Los puntos sobre las fés no están bien puestos en la afirmación de Bullard. La lesión se configura cuando esa parte alivia la presión explotándola por completo, aprovechándose de su miseria y vulnerabilidad en circunstancias desafortunadas con el único propósito de lucrar. De hecho, la Corte de Casación francesa ha llegado a equiparar el aprovechamiento del estado de necesidad a la violencia cuando la contraparte contractual se aprovecha de la situación para explotar a la otra parte (Hinestrosa, 2005, p. 116).

Como se mencionó, el ‘aprovechamiento’ no se deriva *ipso facto* de la probanza del estado de necesidad apremiante. Existen innumerables situaciones en que personas pueden celebrar contratos con otras que se encuentran en un estado de necesidad apremiante por un precio significativamente mayor o menor al valor de mercado sin que ello implique necesariamente que se están aprovechando. El ‘aprovechamiento’, por lo tanto, es un elemento individual cuya carga de la prueba incumbe al demandante. Conforme al artículo 200 del Código Procesal Civil, la falta de prueba de este elemento dará lugar a que la demanda sea declarada infundada.

En definitiva, el artículo 1447 del Código Civil es una norma de difícil aplicación debido a la elevada carga probatoria que exige. La mayoría de los abogados pueden contar con los dedos de una mano los casos de lesión en los que han intervenido, y un porcentaje muy alto probablemente jamás haya participado en ninguno. No obstante, como se verá en la siguiente sección, la inclusión de la lesión como institución jurídica transmite valores esenciales para la sociedad.

Tercero, Bullard afirma que en el sistema anglosajón el equivalente a la lesión es conocido como ‘*economic duress*’ (Bullard, 2001, p. 232). Sin embargo, en un intento por justificar la existencia del *duress* y, simultáneamente, rechazar la institución de la lesión, Bullard argumenta que, en la lesión, la limitación de opciones de una parte no resulta de la acción de la contraparte, sino de circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (Bullard, 2001, p. 232). De este modo, Bullard parece sugerir que, a diferencia de la lesión, la institución del *duress* sí encuentra justificación en el *common law* debido a que la violencia o la intimidación emanan de la contraparte. Implícitamente, el autor sugiere que los sistemas de *common law* han sido capaces de discernir la necesidad de incorporar un mecanismo de protección frente al *duress*, mientras que la figura de la lesión se consideraría innecesaria.

Bullard se equivoca porque el ‘*duress*’ no es el equivalente de la lesión en el *common law*. La figu-

ra jurídica más próxima a la lesión en el common law es la doctrina del “unconscionability”, definida como sigue:

If a contract is unfair or oppressive to one party in a way that suggests abuses during its formation, a court may find it unconscionable and refuse to enforce it. A contract is most likely to be found unconscionable if both unfair bargaining and unfair substantive terms are shown. An absence of meaningful choice by the disadvantaged party is often used to prove unfair bargaining⁷.

En el *common law*, un contrato se considera ‘*unconscionable*’ cuando su injusticia resulta tan manifiesta que “commociona la conciencia” (*‘shocks the conscience’*). Esta doctrina se aplica en casos de términos contractuales ‘*extremely unjust, or overwhelmingly one-sided*’. Uno de los factores que más suelen tener en consideración las cortes al aplicar este remedio es “*the lack of choice*” o cuando “*a party takes unconscionable advantage of the other*”.

La comparación efectuada por Bullard resulta, por ende, inexacta. El common law cuenta con un remedio, la doctrina del “*unconscionability*”, que presenta una flexibilidad comparable o incluso superior a la lesión y que sería aplicada sin dificultad por las cortes si se apreciaran los elementos contemplados en el artículo 1447 del Código Civil peruano. A diferencia de la lesión, la aplicación de la doctrina del “*unconscionability*” es notablemente frecuente en el common law.

Resulta curioso que las cortes del *common law* suelen utilizar con bastante frecuencia análisis económico del derecho en sus decisiones, y, aun así, no se pone en tela de juicio la existencia del remedio del ‘*unconscionability*’. Tampoco se ha argumentado que esta figura jurídica desincentive operaciones de rescate.

En cualquier caso, desde mi punto de vista, la eficiencia no es el único factor determinante. La sociedad también está preocupada por que el derecho no valide contratos que commocionan la conciencia de la sociedad. Ese es el propósito de la ‘*unconscionability doctrine*’ en el *common law* y, del mismo modo, de la lesión en el sistema jurídico peruano. En ambos casos, resulta indispensable la existencia de un mecanismo jurídico que sancione las situaciones en que se objetiviza o instrumentaliza al ser humano en mala fe por mero ánimo de lucro.

En conclusión, existe un error conceptual en la comparación efectuada por Bullard. El equivalente de la lesión en el *common law* es el “*unconscionability*”, no el “*duress*”. En el sistema jurídico peruano, el equivalente al “*duress*” sería la intimidación, institución jurídica completamente distinta.

IV. EN DEFENSA DE LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Siempre he defendido que el análisis económico del derecho (AED) constituye una herramienta valiosa que proporciona una perspectiva adicional para el análisis de problemas legales y la evaluación de instituciones jurídicas. Una de las principales ventajas del AED radica en su capacidad para anclar las instituciones jurídicas en la realidad, mostrando sus efectos concretos sobre personas de carne y hueso. Sin embargo, es fundamental reconocer que el AED no puede ser considerado como la madre de todas las disciplinas.

El AED no parte del supuesto de que la ineficiencia o la generación de incentivos inadecuados de una institución jurídica impliquen necesariamente su derogación. Pueden existir razones de índole moral, psicológica y sociológica que justifiquen la permanencia de dicha institución en el ordenamiento jurídico. El AED debe considerar con respeto y apertura otras perspectivas, consciente de que su enfoque es solo uno entre muchos que deben ser analizados conjuntamente para determinar la conveniencia de una institución jurídica en un sistema jurídico determinado.

Por lo tanto, para defender la preservación de la institución de la lesión en nuestro ordenamiento jurídico, este artículo adoptará una perspectiva holística e interdisciplinaria, integrando argumentos axiológicos, biológicos, jurídicos y económicos, con el fin de persuadir al lector de su importancia. En este sentido, se refutarán algunos de los argumentos expuestos por el profesor Bullard.

A. Argumento axiológico: las normas deben transmitir valores a la sociedad

Las normas jurídicas no solo regulan la conducta de los individuos, sino que también transmiten valores a la sociedad en un contexto específico. Como señala Owen Fiss en su famoso artículo “*Against Settlement*”, la función de un proceso judicial no se limita a maximizar la utilidad de las partes o a mantener la paz social; su propósito fundamental es transmitir, interpretar y aplicar los valores inherentes a las normas jurídicas en la sociedad (Fiss, 1984, p. 1085).

⁷ Véase a Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (2021).

Este aspecto resulta crucial: los valores se encuentran contenidos en normas, las cuales buscan comunicar a la sociedad qué conductas son aceptables y cuáles no. Considero que el artículo 1447 del Código Civil se enmarca en este propósito, transmitiendo valores morales a la sociedad.

La lesión busca establecer claramente que, si bien las partes gozan de autonomía para pactar las condiciones de sus transacciones, la explotación de una parte en situación de necesidad apremiante resulta inaceptable. Por lo tanto, este artículo busca comunicar a la sociedad que el aprovechamiento de la vulnerabilidad ajena es moralmente reprehensible y no es tolerable.

Después de todo, la discusión sobre los valores de una sociedad es fundamental. La pandemia evidió numerosos ejemplos de la explotación de la vulnerabilidad ajena. Se observó, por ejemplo, establecimientos que se aprovechaban del estado de necesidad apremiante de otros vendiendo balones de oxígeno multiplicando su valor diez veces o clínicas exigiendo pagos exorbitantes para el acceso a camas UCI. Surge entonces la pregunta: ¿debemos tolerar que el derecho permanezca siente ante tales situaciones? Desde mi perspectiva, el ordenamiento jurídico debe establecer de forma inequívoca la inadmisibilidad del aprovechamiento de la necesidad apremiante ajena.

Incluso desde una perspectiva costo-beneficio, la tolerancia social a la explotación de personas en situación de vulnerabilidad genera un costo social significativo. El hecho de que la sociedad sea testigo de la impunidad de quienes se aprovechan de la necesidad apremiante de otros, sin que exista una norma que prohíba explícitamente tales acciones, erosiona la confianza en el sistema jurídico.

Bullard argumenta acertadamente que la justicia es una emoción, y considero que tiene razón. Específicamente, la describe como una reacción aprendida con bases culturales y biológicas (Bullard, 2001, p. 232). La observación de situaciones en las que una parte se aprovecha de la necesidad apremiante de otra genera una profunda sensación de injusticia en amplios sectores de la sociedad. La falta de respuesta jurídica ante este tipo de situaciones genera un costo social, erosionando la legitimidad del derecho. Si los ciudadanos perciben que el derecho no protege contra los abusos, sino que los convalida, la confianza en el sistema jurídico se deteriorará inevitablemente. En el marco de un análisis costo-beneficio, este es indudablemente un criterio que se debe factorizar.

En los últimos años, se ha difundido la idea de que el análisis costo-beneficio define al pensamiento

liberal. Sin embargo, el liberalismo, antes que una ideología económica, es una ética. Como afirma Alberto Benegas Lynch, el liberalismo implica el respeto irrestricto al proyecto de vida ajeno (Benegas Lynch, 2011). La explotación abusiva de una persona en situación de necesidad apremiante representa una flagrante violación de este principio.

Tolerar tales conductas implica la cosificación del ser humano, contradiciendo uno de los principios fundamentales del liberalismo: el ser humano como fin en sí mismo y nunca como un medio. La institución de la lesión, en el sistema jurídico peruano, parte de reconocer al individuo como un fin en sí mismo.

Esta divergencia con Bullard se centra en la naturaleza del problema planteado por la lesión. Bullard lo reduce a un problema distributivo (Bullard, 2001, p. 232), mientras que considero que el problema fundamental es de índole axiológica, centrado en los valores y no en la simple asignación de recursos. Esto no implica subestimar la importancia del uso eficiente de los recursos pues, como bien señala Guido Calabresi en sus clases, el desperdicio de recursos genera injusticia.

Sin embargo, así como la asignación eficiente de recursos incide en la justicia, las consideraciones de índole axiológica también son relevantes en el análisis económico, particularmente cuando se evalúa la legitimidad del derecho como disciplina. La legitimidad del sistema jurídico se mide, en gran medida, por la percepción de la sociedad. Cuando el ordenamiento jurídico se distancia de los valores que pretende proteger, se genera un costo social significativo. Y la falta de legitimidad del derecho tiene consecuencias particularmente graves. En consecuencia, partiendo de la premisa de que la legitimidad del derecho tiene un alto impacto en el AED, la discusión sobre valores debe ser factorizada en el análisis.

B. Otro argumento axiológico: la lesión es una norma de inalienabilidad

Bullard destaca un argumento crucial en su crítica a la institución de la lesión vinculada a los incentivos: la posible disuasión de operaciones de rescate motivadas por la obtención de lucro. Argumenta que el legislador no ha considerado que la aplicación de la lesión podría desincentivar operaciones de rescate que pudieran ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente, lo que implica que quienes estén en estado de necesidad encontrarán menor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado (Bullard, 2001, p. 223).

En secciones posteriores se demostrará que, tal como está redactada la norma, la institución de la lesión no desincentiva, sino que incentiva las operaciones de rescate, aunque con un límite objetivamente definido. Sin embargo, es preciso destacar que la función de las normas jurídicas no se limita a la creación de incentivos.

Calabresi y Melamed, en su influyente artículo “One View of the Cathedral”, distinguen tres tipos de normas: (i) normas de propiedad; (ii) normas de responsabilidad; y (iii) normas de inalienabilidad (Calabresi & Melamed, 1972, p. 1089). Si bien las dos primeras buscan crear incentivos para la eficiencia económica, las normas de inalienabilidad responden a otros objetivos.

Calabresi sostiene que, al diseñar un sistema legal y adoptar decisiones de segundo orden (esto es, el establecimiento del tipo de regla a utilizar para proteger una determinada titularidad), se deben considerar no solo criterios de eficiencia económica, sino también aspectos distributivos y de justicia. Es en este contexto que Calabresi introduce el concepto de “moralismos” en el análisis de las normas de inalienabilidad.

En relación con este concepto, Calabresi se ha pronunciado de la siguiente manera:

Thus far we have focused on the questions of when society should protect an entitlement by property or liability rules. However, there remain many entitlements which involve a still greater degree of societal intervention: the law not only decides who is to own something and what price is to be paid for it if it is taken or destroyed, but also regulates its sale – by, for example, prescribing conditions for a valid sale or forbidding a sale altogether.

Another instance in which external costs may justify inalienability occurs when external costs do not lend themselves to collective measurement which is acceptably objective and nonarbitrary. This nonmonetizability is characteristic of one category of external costs which, as a practical matter, seems frequently to lead us to rules of inalienability. Such external costs are often called moralisms. (1972, pp. 1111-1112)

La autonomía privada se encuentra limitada por los valores que informan las normas de inalienabilidad, los mismos que se encuentran reflejados en conceptos jurídicos de aplicación cotidiana como

el orden público y las buenas costumbres. Si bien con alguna frecuencia las normas de inalienabilidad se sustentan en argumentos arbitrarios o paternalistas, en otros casos la protección de ciertos valores resulta fundamental en un Estado de Derecho. Este es, a mi juicio, el caso de la institución de la lesión. El legislador, al limitar la autonomía privada a través de esta figura, transmite un mensaje claro: la explotación de una persona en situación de necesidad apremiante durante la celebración de un contrato resulta inaceptable.

Algunos defensores del análisis económico del derecho (AED) restan importancia a los “moralismos” en el diseño legal, priorizando el análisis de la eficiencia económica. Estos individuos, a quienes Mario Vargas Llosa ha denominado “algoritmos vivientes”, buscan en la economía la respuesta a todos los problemas. Sin embargo, estos “moralismos” juegan un papel fundamental en el diseño del ordenamiento jurídico.

Posner ha escrito artículos muy contundentes argumentando que la tortura e incluso la esclavitud podrían ser considerados eficientes y que legalizarlos crearía eficiencia económica (s.f., p. 294). No obstante, virtualmente todos rechazarían tajantemente la legalización de tales prácticas, ya que su sola propuesta vulnera profundamente nuestra conciencia y los valores que defendemos como sociedad. De hecho, la prohibición de la esclavitud y la tortura se considera *ius cogens* en el derecho internacional.

A pesar de las diferencias de escala y de magnitud, la lesión presenta una problemática similar a la de la esclavitud en relación con los incentivos. Puede argumentarse que la lesión desincentiva operaciones de rescate, y ese es un argumento que vale la pena discutir. No obstante, si llevamos las cosas al extremo, lo mismo podría decirse de la esclavitud: millones de personas mueren de hambre y están en una situación de tanta miseria que están dispuestos a aceptar un contrato de esclavitud para satisfacer sus necesidades básicas. De igual manera, otras personas podrían estar dispuestas a darles de comer, y brindarles vestimenta y refugio, siempre que estas acepten ser sus esclavos. Si bien estos acuerdos podrían considerarse eficientes, su validez resulta inaceptable por contravenir los valores fundamentales de nuestra sociedad. Un contrato de esclavitud es nulo, independientemente de su posible eficiencia económica⁸. La prohibición

⁸ El contrato de esclavitud es nulo por múltiples razones: (i) vulnera el orden público; (ii) vulnera las buenas costumbres; (iii) tiene fin ilícito; y (iv) tiene objeto jurídicamente imposible. Sin perjuicio de ello, es nulo también porque vulnera derechos humanos contemplados en la Constitución y en tratados internacionales. Además, ha sido reconocido como una norma de *ius cogens*.

de la esclavitud no se justifica exclusivamente por sus efectos en los incentivos económicos, sino por su repudio moral absoluto.

La Proclamación de la Emancipación de 1863 de Abraham Lincoln ha sido una de las grandes conquistas de la humanidad. Es irrelevante si prohibir la esclavitud crea desincentivos. La abolición de la esclavitud se justifica en la defensa de valores universales.

Si bien existen diferencias sustanciales entre la esclavitud y la lesión, la extrapolación al extremo y la reducción al absurdo sirven para resaltar la importancia de los valores en el análisis jurídico. El análisis de una norma o institución jurídica no debe limitarse a sus efectos en los incentivos económicos. Algunas conductas son socialmente inaceptables, y para preservar la legitimidad del derecho, su prohibición resulta necesaria, independientemente de las consecuencias económicas.

Las normas de inalienabilidad no buscan generar incentivos económicos, sino transmitir valores morales. La lesión, en este sentido, contraviene valores esenciales de la sociedad, ya que la explotación de personas en estado de necesidad apremiante resulta moralmente reprehensible. El derecho, para mantener su legitimidad, debe estar cimentado en valores morales. En el derecho está en juego más que el derecho⁹.

La percepción social de un derecho divorciado de sus valores intrínsecos debilita su legitimidad. Los “moralismos”, en este sentido, son mecanismos esenciales para preservar la legitimidad del sistema jurídico. Un principio moral fundamental que sustenta el ordenamiento jurídico es el imperativo categórico kantiano: el ser humano es siempre un fin en sí mismo, y nunca un medio.

Aunque algunos puedan considerar que ese imperativo de la ética kantiana carece de relevancia jurídica, considero que es fundamental para la comprensión del sistema jurídico. Nuestra Constitución Política se erige y cimenta sobre la base de este imperativo categórico. Y, más importante aún, el derecho contractual encuentra sustento en los aportes de Kant. La teoría de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, es un legado kantiano adoptado por la tradición jurídica alemana. Kant consideraba la autonomía de la voluntad como un principio supremo de la sociedad. La nulidad de un contrato por contravenir las buenas costumbres puede rastrearse hasta la filosofía kantiana, en su vinculación entre moral y costumbre, tal

como se aprecia en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*.

Una objeción fundamental al hecho de que una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de otra radica en su incompatibilidad con la concepción del ser humano como un fin en sí mismo, y no como un medio. Esta perspectiva humanista, que prioriza al individuo como un fin en sí mismo, rechaza su instrumentalización en una situación de vulnerabilidad. La explotación de la miseria ajena para obtener un beneficio económico resulta, por tanto, inaceptable desde un punto de vista ético y jurídico.

El debate en torno a la institución de la lesión en el Perú refleja una confrontación entre diferentes perspectivas filosóficas. Mi postura, en consonancia con la ética kantiana, considera que la derogación de la lesión implicaría aceptar que se puede tratar al individuo como un medio, y no como un fin en sí mismo. Por otro lado, otros académicos, desde una perspectiva utilitarista benthamiana, podrían argumentar que la lesión es una institución ineficiente. Pero, incluso si lo fuera, ello para mí no es determinante. La lesión no es una norma de propiedad o responsabilidad que busca crear incentivos. Es una norma de inalienabilidad que busca dejar en claro que hay algunas conductas que no pueden ser toleradas por el ordenamiento jurídico.

Si bien el AED resulta sumamente valioso, sus conclusiones no deben constituir el único parámetro para la toma de decisiones legislativas. El AED ofrece una perspectiva relevante, pero no excluyente. En el caso de la lesión, el análisis de Bullard resulta útil al señalar las posibles disfunciones del sistema en cuanto a incentivos. De ahí no se deriva, sin embargo, que la norma de la lesión deba ser derogada. La importancia de los aspectos axiológicos es tan o más relevante la de los aspectos económicos. Existen situaciones en las que la tolerancia social a determinadas conductas resulta inaceptable, y el ordenamiento jurídico debe ofrecer una respuesta clara y contundente.

El aprovechamiento de la necesidad apremiante es una de estas conductas. La pandemia evidenció situaciones que se ajustan perfectamente a este supuesto, lo cual exige una reflexión profunda sobre la función del derecho en tales casos. Desde mi punto de vista, una respuesta del derecho es indispensable y debe ser tajante: una persona no puede, en mala fe, aprovecharse de la miseria ajena. Eso no significa que no sea posible contratar

⁹ Esta frase me la mencionó Fernando Berckemeyer en una conversación.

con una persona que se encuentra en un estado de necesidad apremiante. Simplemente significa, como lo sugiere la norma, que no es posible aprovecharse de una persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante.

C. Argumento biológico y axiológico

La relación entre el derecho y los instintos humanos aún no ha sido objeto de un análisis exhaustivo. El ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce implícitamente la influencia de los instintos en la conducta humana, ofreciendo mecanismos de protección en ciertas circunstancias. La legítima defensa y el estado de necesidad constituyen ejemplos paradigmáticos de esta consideración. En estos casos, el sistema jurídico exonerá de responsabilidad penal a quienes, actuando bajo el impulso del instinto de supervivencia, cometan delitos o causan daños.

Sancionar o responsabilizar a quienes actúan movidos por el instinto de supervivencia resulta contradictorio con la finalidad del derecho penal y la responsabilidad civil: disuadir la repetición de conductas delictivas o antijurídicas. Esta finalidad resulta ineficaz cuando la acción se encuentra determinada por el instinto de supervivencia, pues la decisión de cometer el delito o causar el daño escapa al control consciente del individuo.

Un ejemplo similar ocurre con el hurto famélico que se encuentra tipificado en el Código Penal. La ausencia de sanción penal en este supuesto se justifica en el reconocimiento de que el acto se encuentra motivado por el instinto de supervivencia. El legislador reconoce que, en estas circunstancias, la conducta del individuo escapa a su control consciente.

La interrelación entre el derecho y los instintos humanos se manifiesta en diversos ámbitos. El instinto territorial, por ejemplo, subyace al concepto de propiedad. Los seres humanos poseemos un instinto innato que busca la exclusión de terceros. Esta tendencia se observa no solo en relación con los bienes materiales, sino también en las relaciones interpersonales, como la amistad o las relaciones de pareja. La invasión de nuestra propiedad, la intrusión en nuestros círculos sociales más íntimos, o la percepción de una amenaza a nuestra relación sentimental, son todas situaciones que se consideran injustas precisamente porque afectan

este instinto fundamental de exclusión. Este instinto de demarcación territorial podría explicar, en parte, la consideración de la propiedad como un derecho fundamental.

El apego maternal, significativamente más intenso que el paternal, ilustra la influencia de los instintos en el derecho. Este instinto maternal, reconocido en la doctrina de los "años tiernos" establecida en el caso estadounidense *Rex v. Greenhill*, establece una presunción de custodia materna durante los primeros años de vida del niño. Esta doctrina ha sido adoptada ampliamente por diversos sistemas jurídicos, incluido el peruano.

En el derecho penal de la mayor parte de jurisdicciones se contempla la atenuación de las penas en casos de homicidio cometido en un contexto de emoción violenta. El *common law* denomina a esta figura *voluntary manslaughter*, generalmente aplicable en situaciones en las que el delito se comete en un contexto de pasión desenfrenada o shock emocional, como en los casos en los que se descubre a la pareja en adulterio. La atenuación de la pena se basa en el reconocimiento de la influencia de la reacción instintiva en la conducta del autor del delito.

Es más, muchas veces es la misma norma la que responde a un instinto. En el sistema jurídico se han creado normas y principios con el propósito de proteger al más débil. El principio del interés superior del niño, consagrado expresamente en el Código de Niños y Adolescentes, refleja un instinto de protección a personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, estrechamente ligado al instinto de conservación de la especie. La protección de los más débiles ha sido crucial para la supervivencia y evolución de la humanidad.

La defensa de los más vulnerables está intrínsecamente relacionada con el sentido de justicia que existe en la sociedad. La inversión multimillonaria anual de UNICEF en ayuda humanitaria para niños evidencia la importancia que la sociedad atribuye a este principio. Esta inversión refleja un consenso global en torno a la necesidad de proteger a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

La lesión es una norma que responde precisamente a este instinto de protección al más débil y vulnerable¹⁰. Este instinto, presente en mayor o

¹⁰ Al respecto, Moisset de Espanés señala que:

[La lesión] es una institución que tiende a proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas. (s.f., p. 592)

menor medida en todos los individuos, condiciona nuestra percepción de la justicia. Por ende, la decisión de derogar la lesión no pasa únicamente por un análisis de eficiencia económica. Si bien existen argumentos que cuestionan su eficiencia, su eliminación generaría un costo social significativo al permitir la explotación de personas en situación de estado de necesidad apremiante.

El hecho de que ocurran dichas situaciones y el ordenamiento jurídico no se pronuncie toca algunas de las fibras más sensibles del ser humano. La falta de respuesta jurídica a la explotación de individuos en situación de vulnerabilidad contraviene el instinto humano de protección al más débil, generando una percepción de injusticia. Si la justicia se entiende como una emoción socialmente construida, la derogación de la lesión podría interpretarse como una convalidación de la explotación y, por ende, una pérdida de legitimidad del sistema jurídico.

El análisis económico del derecho, si bien relevante, no puede reducirse a un análisis de costos superficiales en base a una lógica de incentivos y desincentivos. Existen costos sociales no evidentes a primera vista, como la pérdida de legitimidad del sistema jurídico ante la percepción de injusticia. Cuando el derecho no responde a las demandas de justicia social, se genera una erosión de la confianza pública en el sistema. Cuando el derecho no emite una respuesta a una situación que la mayoría percibe como injusta, pierde legitimidad y ello crea un costo social muy relevante.

El análisis económico del derecho ofrece un análisis interdisciplinario muy enriquecedor, pero no puede estar aislado del aporte que ofrecen otras disciplinas. Un estudio de los instintos del ser humano demuestra que la sociedad difícilmente validaría que el derecho se quede callado cuando un individuo celebra un contrato con el propósito de explotar a otro que se encuentra en un estado de necesidad apremiante.

La pandemia puso de manifiesto numerosos ejemplos de la explotación de la necesidad ajena. Se reportaron casos de especulación con los precios de oxígeno medicinal (alcanzando valores cercanos a los USD 2.000) y de cobros exorbitantes por parte de clínicas privadas para el acceso a cuidados intensivos. Por ejemplo, en una noticia reportada por RPP se señaló lo siguiente: "El doctor Elmer Huerta, consultor médico de RPP Noticias, hizo una dura crítica a los comerciantes que aprovechan la

situación para elevar sus precios, lucrando con la necesidad de las personas. 'Son las pirañas que están traficando', comentó"¹¹.

En otra noticia reportada por el diario El Comercio, se indica que:

Melissa Zamudio, cuñada de Gaitán Sánchez, contó a Cuarto Poder que la clínica San Pablo le solicitó una garantía de 50 mil soles para que su familiar acceda a una cama en UCI. Pudieron conseguir el dinero tras préstamos de varias personas.

Sin embargo, Gaitán Sánchez falleció y la deuda llegó a los 220 mil soles. De acuerdo con el reportaje, la clínica habría exigido el pago de 70 mil soles para entregar el cuerpo del hombre. Los deudos tuvieron que esforzarse una vez más y lograron recolectar el dinero. Cuarto Poder señaló que, además, los familiares debieron firmar un acta de compromiso de pago de los 84 mil soles restantes. Ellos deben abonar 7 mil soles por 12 meses.

En el informe se indicó que en el detallado del voucher por la atención a Gaitán Sánchez aparece que la clínica San Pablo cobró S/ 165 por el medicamento omeprazol de 40 miligramos en inyectable, cuando su precio en las farmacias es de S/ 1.35, mientras que en los establecimientos del sector público cuesta S/ 1.

Otro cobro que llama la atención es por una ampolla de 40 miligramos de Cutinox, que aparece con un costo de S/ 326. Ese mismo medicamento tiene una tarifa de 18 soles en las farmacias del mercado y de 7 soles en los centros médicos del Ministerio de Salud. En el reportaje no se mostró el descargo de la clínica¹².

Solo cuando se comprende que la lesión es una institución que sanciona el hecho de que se trate al ser humano como un medio y no como un fin en sí mismo se puede entender la importancia de que sea preservada en el sistema jurídico. Y es que el aprovechamiento de la miseria humana para lucrar es algo que la sociedad no debe tolerar.

D. Razones económicas y jurídicas

Bullard argumenta que la lesión es un desincentivo. En realidad, como argumenta Forno, es exactamente al revés. Resulta fundamental que el ordenamiento jurídico establezca que una persona no puede aprovecharse de otra que se encuentra en

¹¹ Véase a RPP Noticias (2020).

¹² Véase a El Comercio (2020).

un estado de necesidad apremiante a través de un contrato, con el fin de evitar desenlaces violentos¹³.

La inclusión de la lesión en el Código Civil promueve la coherencia del ordenamiento jurídico. Su derogación crearía una incongruencia: el derecho civil permitiría el aprovechamiento de la necesidad apremiante, mientras que el derecho penal exime de responsabilidad penal a quienes recurren a la violencia para defenderse de dicho aprovechamiento.

Y es que el estado de necesidad se caracteriza porque a quien la sufre no le es posible actuar de una manera diferente. Es una situación en que a la persona le resulta imposible evitar el sacrificio de un interés jurídicamente determinado (Amado, 1984, p. 42). Los incisos 4 y 5 del artículo 20 del Código Penal reconocen esta situación, eximiendo de responsabilidad penal tanto en casos de estado de necesidad justificante como exculpante. El ordenamiento jurídico es claro al establecer que si, en el contexto de una pandemia, un vendedor se aprovecha de la necesidad apremiante de un comprador necesitado de oxígeno, pretendiendo vender el producto a un precio exorbitante (por ejemplo, S/. 6 000), el comprador podría recurrir a la violencia, agredir al comprador y apropiarse del balón de oxígeno para salvar su vida o la de un ser querido.

Por lo tanto, la decisión de derogar la institución de la lesión debe considerar este contexto. La exención de responsabilidad civil y penal por delitos y daños cometidos en estado de necesidad apremiante resulta incompatible con un Código Civil que no proscribe el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona.

Si el ordenamiento jurídico establece que la comisión de delitos por estado de necesidad apremiante exonera de responsabilidad penal, no parece coherente que el derecho civil establezca que existe carta blanca para que las personas se aprovechen del estado de necesidad apremiante de otras. De hacerlo, estaría incentivando situaciones violentas porque, al advertir que otra persona se quiere aprovechar de su situación, una persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante podría pensar que lo mejor en esa situación es recurrir a la violencia para salvar su propia vida, su integridad, o la de un ser querido. A fin de cuentas, entre pagarle una suma exorbitante al aprovechador, y agredirlo y arrancharle la me-

dicina, muchas personas en estado de necesidad podrían optar por lo último.

Para evitar la generación de incentivos que puedan fomentar la violencia, resulta esencial la coherencia entre el derecho penal y el derecho civil. El derecho civil debe transmitir un mensaje claro: no es tolerable que una persona, en mala fe, pretenda lucrar de la desgracia ajena. La ausencia de una norma que prohíba explícitamente este tipo de conducta puede contribuir a la proliferación de situaciones de violencia. Si una persona en estado de necesidad apremiante advierte que se pretenden aprovechar de su situación de vulnerabilidad para obtener un beneficio, estará tentada a recurrir a la violencia como única opción para salvar su vida o su salud. Esta reacción resulta comprensible considerando la exención de responsabilidad penal en tales circunstancias.

En cualquier caso, si existe un consenso en que el derecho debe crear una estructura de incentivos adecuada en la sociedad, no parece recomendable derogar la lesión. Si se mira más allá del expediente, se podría estar incentivando la violencia.

E. Razones económicas

Bullard argumenta que la lesión desincentiva operaciones de rescate (2001, p. 223). Sin embargo, como sostiene Forno Odría, tal y como está regulada la lesión en el Código Civil en la actualidad, la realidad es la opuesta. La lesión incentiva operaciones de rescate¹⁴.

El artículo 1447 del Código Civil establece que:

La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. (1984)

Una interpretación *contrario sensu* de la norma sugiere que, en los casos en que una parte se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra y la desproporción existente entre el precio y el valor de mercado es inferior a las dos quintas partes, entonces la rescisión del contrato no procede. Esta interpretación revela que el legislador,

¹³ Este es un argumento que lúcidamente desarrollaba Hugo Forno Flórez en sus clases de derecho de los contratos. Por lo tanto, el autor de este argumento es él.

¹⁴ El autor de este argumento es Hugo Forno Odría, asociado del Estudio Garrigues y Profesor de la Universidad del Pacífico. Me lo comentó hace más de diez (10) años cuando conversábamos en los pasillos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y le he pedido autorización para mencionarlo en este artículo dándole los créditos correspondientes.

en apariencia, autoriza el aprovechamiento de la necesidad apremiante ajena a través de la celebración de contratos, estableciendo tan solo un límite objetivo a dicha autorización (40%).

Entonces, si en el caso del dueño de la pintura valuada en USD 100 000 que reseñamos anteriormente, el vecino desea aprovecharse del estado de necesidad apremiante del propietario de la pintura, el ordenamiento jurídico lo autoriza a hacerlo. Sin embargo, hace un *caveat* e indica que solo podrá si es que el precio ofertado no es inferior al 60% del valor de mercado. Si es que dicho límite no es sobrepasado, es irrelevante que la víctima demuestre fehacientemente el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante y que se ha producido una pérdida económica significativa, no hay nada que se pueda hacer para rescindir el contrato.

Como se puede apreciar, la lesión es un incentivo¹⁵. Si bien puede no ser el incentivo más atractivo, indudablemente lo es, presentando un límite objetivamente determinado. Como se demostrará en la siguiente sección, discrepo de la inclusión de un elemento objetivo en la norma. Sin embargo, dado que dicho elemento forma parte de la legislación vigente, comparto la opinión de Forno Odría en cuanto a que la lesión es, a fin de cuentas, un incentivo.

F. Razones jurídicas

Otra de las razones por las cuales es indispensable que el contrato pueda ser rescindido en casos de lesión se explica por el hecho de que el consentimiento de la persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante se encuentra viciado. Esta persona no tuvo la posibilidad de elegir como consecuencia del acto de explotación de la otra.

Los contratos se fundamentan en la libertad de contratar, es decir, en la capacidad de las partes para decidir libre y conscientemente si celebran o no un acuerdo. Sin embargo, si una persona, ante una situación de necesidad extrema (por ejemplo, la necesidad de un medicamento vital cuyo precio real es S/. 100), se ve obligada a adquirirlo a un precio exorbitante (S/. 20,000), debido a la explotación por parte del vendedor, su consentimiento resulta viciado.

En este escenario, la elección de la parte afectada no se limita a la decisión de comprar o no el

medicamento, sino que se reduce a una disyuntiva entre su vida o su salud y el pago exigido de S/. 20 000. El aprovechamiento de esta situación de vulnerabilidad por parte del vendedor vicia el consentimiento de la parte afectada.

La ausencia de libertad de elección por sí sola no vicia necesariamente el consentimiento. Muchas situaciones limitan la libertad de elección sin que ello implique vicio del consentimiento. Lo determinante es la limitación de la libertad contractual como consecuencia de la mala fe de la contraparte, poniendo en riesgo la vida o la integridad de la parte afectada. La figura de la lesión permite la rescisión del contrato en aquellos casos en los que una de las partes contribuyó, mediante su aprovechamiento, a viciar el consentimiento de la otra.

En este punto, resulta pertinente introducir el concepto económico de elasticidad. La demanda de un medicamento esencial en una situación de necesidad apremiante presenta una baja elasticidad-precio. El comprador, ante una necesidad vital, es poco sensible a las variaciones de precio. La lesión nos coloca en un supuesto en el que el vendedor se aprovecha de esta inelasticidad imponiendo un precio exorbitante, coaccionando al comprador a elegir entre el pago del precio y la afectación de su salud o su vida. Esta conducta del vendedor contribuye a viciar el consentimiento del comprador.

Además, la preservación de la lesión en el sistema jurídico es la única solución que es coherente con el principio de buena fe. Cuando el artículo 1447 del Código Civil establece como elemento subjetivo que una de las partes se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra, está sugiriendo que quien realiza el aprovechamiento está actuando con mala fe. Esto es muy importante porque el artículo 1362 del Código Civil establece que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe” (1984).

Una persona que se aprovecha del estado de necesidad apremiante de la otra no negocia, ni celebra o ejecuta el contrato según las reglas de la buena fe. Todo lo contrario, vulnera los principios más esenciales de la buena fe en todas las fases del contrato. Eliminar la institución de la lesión implicaría, por lo tanto, convalidar una conducta contraria a los principios esenciales de buena fe, consagrada en el artículo 1362 del Código Civil.

¹⁵ Este es un argumento esgrimido por Castillo Freyre y Vásquez al expresar que:

Bastante hace la ley con dejarles el halo de respetabilidad de los buenos samaritanos. Porque, después de todo, un descuento del 39,99% del valor del mercado al momento del contrato no es mal negocio ni para Shylock. Y a fe nuestra también que no habrá ninguna escasez de rescatadores y colas de potenciales rescatados esperando un rescate. (2004, p. 100)

V. ¿CÓMO DEBERÍA ESTAR LEGISLADA LA LESIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO?

A continuación, se realizará un análisis crítico del articulado del Código Civil que regula la lesión, con el objetivo de identificar las normas que requieren modificación.

A. Con respecto al artículo 1447 del Código Civil: norma general que regula la lesión

El artículo 1447 del Código Civil señala expresamente lo siguiente:

Artículo 1447.- La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro [...] (1984).

La institución jurídica de la lesión debe preservarse en el sistema jurídico peruano; sin embargo, la redacción actual del artículo 1447 del Código Civil presenta deficiencias. Como vimos anteriormente, el hecho de que la norma se refiera a la desproporción de las prestaciones implica que las prestaciones deben ser simétricas y proporcionales, sugiriendo así que el valor es un concepto que puede ser objetivamente determinado. Como se ha demostrado, los contratos son intrínsecamente desequilibrados y asimétricos. Por lo tanto, cualquier referencia a la desproporción entre las prestaciones debe eliminarse de la redacción normativa.

Se proponen a continuación dos alternativas para la modificación del artículo 1447 del Código Civil:

1. Primera alternativa: utilizar como elemento objetivo el valor de mercado

Una primera alternativa podría ser preservar el elemento objetivo en la norma, eliminando la referencia a la desproporción entre las prestaciones. Por ejemplo, se podría establecer como elemento objetivo la diferencia existente entre el precio y el valor de mercado. De este modo, sin aludir a la desproporción de las prestaciones, se podría definir la lesión como la situación en la que una de las partes, aprovechándose de la necesidad apremiante de la otra, recibe un precio significativamente inferior al valor de mercado, o paga un precio significativamente superior.

Bullard argumenta que el precio de mercado es solo un precio derivado de la agregación de las preferencias a través de la interacción de oferta y demanda de un grupo de personas dispuestas a pagar con las de otro grupo de personas dispuestas a vender (Bullard, 2001, p. 232). Aquí también considero que los puntos sobre las iés no están bien puestos. Desde mi punto de vista, el valor de mercado representa un concepto de mayor alcance.

El valor de mercado es un referente fundamental en la toma de decisiones económicas cotidianas. Sirve como parámetro para infinidad de situaciones en nuestra vida diaria. ¿Por qué, entonces, debería ser diferente en el caso de la lesión? Al adquirir una vivienda, lo primero que se considera es el valor de mercado. De igual modo, en la compraventa de acciones, el valor de mercado, y no el valor nominal o patrimonial, se considera como un parámetro esencial para la toma de decisiones de inversión. El valor de mercado es un instrumento esencial en la toma de decisiones financieras.

De hecho, el valor de mercado es un concepto que los abogados utilizan todos los días. Como concepto, aparece innumerables veces en la Ley del Impuesto a la Renta y resulta indispensable para realizar análisis de precios de transferencia, calcular el valor de ingreso el patrimonio, calcular renta, y diversas operaciones tributarias. La utilización del valor subjetivo en lugar del valor de mercado en la legislación tributaria generaría una situación caótica. De hecho, la Ley del Impuesto a la Renta define expresamente el concepto de valor de mercado en su artículo 32.

Por lo tanto, la incorporación del valor de mercado como parámetro para definir el elemento objetivo de la lesión resulta plausible. El valor de mercado es objetivamente determinable y, por ende, proporciona una referencia objetiva para la evaluación judicial de un potencial caso de lesión. A diferencia del valor subjetivo, que se encuentra en la esfera interna de las personas y, por ende, es inherentemente inasible y de difícil probanza, el valor de mercado suele ser de conocimiento público¹⁶.

Así, podría establecerse en la norma que la acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre el precio pactado y el valor de mercado al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes, y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

¹⁶ Como expresa Gheresi, "el valor es una entidad psicológica que nadie conoce con precisión, porque cada uno le atribuye un valor a las cosas que no conocemos" (2005, p. 191).

Si bien esta propuesta de incorporar el valor de mercado como elemento objetivo representa una mejora respecto a la redacción actual de la norma, no resulta convincente por dos razones principales. En primer lugar, la discrepancia entre el precio de mercado y el precio de transacción es un fenómeno cotidiano, con múltiples causas que no necesariamente sugieren que se ha producido un caso de lesión. El hecho de que un bien sea comprado o vendido en un monto significativamente superior o inferior al valor de mercado no debería llamar la atención. Ocurre todos los días y a toda hora. Existen miles de razones por las que una persona puede comprar o vender un bien a un precio que se encuentre totalmente alejado al valor de mercado. Este no debería ser un elemento de la norma porque es un indicio muy contingente para acreditar que se ha producido un caso de lesión.

En segundo lugar, esta propuesta podría incrementar los costos de transacción. Si es que el valor de mercado de un determinado bien es de conocimiento público o de fácil probanza, puede tener sentido que el juez lo utilice como parámetro al realizar su análisis. Sin embargo, la lesión podría ser invocada excepcionalmente en el caso de bienes cuya determinación de valor de mercado puede ser difícil y costosa. Pónganse a pensar en bienes antiguos o únicos que no se transan en el mercado. ¿Cuál es el valor de dichos bienes? Es sumamente difícil acreditarlo. Colocar al valor de mercado como elemento de la norma puede terminar incrementando considerablemente los costos de transacción en dichos casos. Las partes no solo tendrían que invertir numerosos recursos en memoriales explicando cómo se calcula el valor de mercado, sino incluso invertir en expertos económicos y arqueológicos para probar la cuantificación de ese valor.

La dificultad de determinar el valor de mercado se acentúa en el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, donde su determinación resulta particularmente compleja. Como señala Bullard, el valor de mercado de los rescates es incierto y depende de si nos encontramos frente a un rescate fortuito, previsto o planeado, así como en otras circunstancias adicionales (Bullard, 2001, pp. 227-228). Un rescate planificado, por ejemplo, tendrá un valor de mercado significativamente superior al de los rescates fortuitos o previstos. La inclusión del valor de mercado como elemento objetivo, por lo tanto, podría aumentar considerablemente los costos de transacción.

Por lo tanto, no parece conveniente introducir el valor de mercado como variable objetiva de la norma porque ello sería problemático. Ello obligaría

al juez a determinar el valor de mercado de todas las prestaciones en cada caso, una tarea que, si bien puede ser sencilla en algunos casos, se vuelve compleja y costosa en otros. Por ello, resulta más eficiente eliminar cualquier referencia explícita al valor de mercado, y que el juez tenga discrecionalidad para considerar este criterio como referencia esta variable en los casos en que la información esté a su disposición.

La única razón por la que encuentro interesante explorar la alternativa de utilizar el valor de mercado es por una idea de análisis económico del derecho que me parece importante explorar. El profesor Schäfer explica que los países en vías de desarrollo deberían optar por sistemas jurídicos basados en reglas con supuestos claros, simples y estrictos, en lugar de estándares abiertos (2010, pp. 2-3). Así, Schäfer explica que las reglas claras contribuyen a reducir la arbitrariedad y la corrupción porque las actuaciones judiciales pueden supervisarse más fácilmente con reglas que con un estándar (2010, p. 6).

A diferencia de los países del primer mundo, los países en desarrollo necesitan definir, mediante reglas claras, los supuestos de hecho de la norma. Las normas con fórmulas abiertas confieren una amplia discrecionalidad judicial, susceptible de generar decisiones erróneas, arbitrarias o incluso corruptas.

Así, bajo la argumentación de Schäfer, la incorporación de un elemento objetivo en la norma de la lesión podría contribuir a evitar interpretaciones arbitrarias por parte de las cortes. Si bien la propuesta de Schäfer resulta atendible en términos generales, su aplicación al caso de la lesión presenta dificultades. Dada la naturaleza subjetiva del valor, cualquier porcentaje que se establezca para definir la desproporción resultará, en sí mismo, arbitrario. Como se ha mencionado, existen múltiples razones que pueden justificar una discrepancia significativa entre el valor de mercado y el precio de la transacción. Por lo tanto, la inclusión de cualquier elemento objetivo en la norma de la lesión conllevará, inevitablemente, un margen de arbitrariedad.

2. Segunda alternativa: eliminar de la norma cualquier alusión a un elemento objetivo

La segunda alternativa es la que considero más recomendable y consiste en eliminar cualquier elemento objetivo de la norma, reformulándola de la siguiente manera:

“Artículo 1447.- Una parte puede anular un contrato o cualquiera de sus cláusulas si su

celebración estuvo motivada por aprovechamiento de una de las partes del estado de necesidad apremiante de la otra”¹⁷.

Como vimos anteriormente, que un bien sea comprado o vendido en un monto significativamente superior o inferior al valor de mercado no debería llamar la atención. Sin embargo, en casos extremos, este dato puede servir para que se prendan las alarmas del juez y este último se vea incentivado a analizar si se verifican los elementos subjetivos, que son los determinantes en el caso de la lesión.

Por consiguiente, la diferencia entre el precio y el valor de mercado no debería ser contemplado como un elemento de la norma que regula la lesión. De hecho, sería más conveniente eliminar cualquier elemento objetivo en la norma, evitando así referencias a la desproporción de las prestaciones o a algún porcentaje, fracción o número determinado.

No obstante, la diferencia entre el precio y el valor de mercado puede considerarse un indicio, entre otros, que el juez puede utilizar para determinar la existencia de aprovechamiento, especialmente dada la complejidad inherente a la prueba de este elemento. Es importante enfatizar que este delta, por sí solo, no resulta suficiente para acreditar el aprovechamiento. El demandante deberá aportar pruebas adicionales y contundentes para demostrar fehacientemente la existencia del aprovechamiento.

Indudablemente, el precio de la transacción es una circunstancia que el juez debe valorar y tomar en consideración. Y es que es difícil que el juez llegue a la conclusión de que se ha presentado un supuesto de lesión si es que el precio pagado por el comprador es el valor de mercado o un valor cercano a él. Por lo tanto, el precio de la transacción, más que un elemento de la norma, debería ser un simple indicio contingente que motive el juez a indagar si se han cumplido los elementos subjetivos.

En algunos casos ese indicio será muy relevante y en otros será virtualmente intrascendente.

Por ejemplo, si el juez advierte que una persona ha vendido un vehículo de alta gama (i.e., Ferrari del año) a USD 5 000, esto despertará sospechas y llamará su atención. Si bien este dato, en sí mismo, no es concluyente, servirá para que se prendan las alarmas del juez, y este último se vea incentivado a investigar por qué una persona estuvo dispuesta a vender un Ferrari a dicho precio. En cualquier caso, la eliminación de cualquier alusión a un elemento objetivo parece ser la mejor alternativa.

Esta propuesta no carece de precedentes, ya que ha sido adoptada en instrumentos de derecho comercial internacional, tales como los Principios UNIDROIT y los Principios Lando del Derecho Europeo de los Contratos (considerados *lex mercatoria*). Ambos instrumentos contemplan la figura de la lesión en su texto normativo, sin incorporar elementos objetivos en su formulación normativa, basándose únicamente en la evaluación de los elementos subjetivos a la luz de las circunstancias específicas del caso¹⁸.

B. Con respecto al artículo 1448 del Código Civil: la presunción de aprovechamiento

El artículo 1448 del Código Civil —que recoge la presunción de aprovechamiento— señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1448.- En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado” (1984).

Desde mi punto de vista, esta norma debería ser derogada. Presumir el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante equivale a presumir dolo o mala fe, lo cual resulta jurídicamente inaceptable. La carga de la prueba del aprovechamiento debe recaer en quien lo alega, dada la gravedad de tal imputación.

¹⁷ En una sección posterior vamos a explicar las razones por las cuales consideramos que el remedio para la lesión debería ser la anulación del contrato.

¹⁸ Al respecto, el artículo 3.2.7 de los Principios UNIDROIT establece que:

Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperience o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato.

Por su parte, el artículo 4:109 de los Principios Lando del Derecho Europeo de los Contratos establece que (1) Una parte puede anular el contrato si, en el momento de su conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperto o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta y obtuvo así un beneficio excesivo.

Como el valor es subjetivo, es equivocado presumir el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona por el simple hecho de que se pactó un precio que puede resultar llamativo para otras personas¹⁹. Existen innumerables razones y circunstancias por las que una persona podría comprar un bien con una desproporción igual o superior a las dos terceras partes del valor de mercado. El bien podría tener un valor sentimental para el comprador, o el vendedor podría haber reducido el precio por motivos altruistas. Es posible, asimismo, que una parte celebre un contrato con otra en estado de necesidad apremiante, sin que exista intención de aprovecharse de dicha situación. El precio pactado podría reflejar las limitaciones económicas del comprador, o la disponibilidad de fondos del vendedor. Deben existir innumerables circunstancias en las que una persona le vende a la otra con una desproporción igual o superior a las dos terceras partes sin que exista el más mínimo indicio de un aprovechamiento de necesidad apremiante. La existencia de una desproporción significativa en el precio, por lo tanto, no constituye prueba suficiente de aprovechamiento.

En líneas generales, una presunción debe tener correlato con la realidad. Si el legislador presume que una desproporción contractual superior a dos terceras partes implica el aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante, dicha presunción debe corresponderse con la realidad. Sin embargo, la realidad indica lo contrario. En la mayoría de los casos en que se observa una desproporción superior a dos terceras partes en un contrato, no concurre ni el aprovechamiento ni estado de necesidad apremiante. Las situaciones en que concurren ambos elementos son excepcionales. En consecuencia, la presunción en cuestión carece de fundamento fáctico.

La carga de la prueba del aprovechamiento debe recaer en el demandante. Las partes no tienen por qué justificar las razones por las que pactaron un determinado precio. El hecho de que un bien se

venda o se compre a un precio significativamente alejado del valor de mercado no debe generar la presunción de aprovechamiento de un estado de necesidad apremiante, y con ello trasladarle la carga de la prueba al demandado. Esta presunción podría generar incentivos perversos, al restringir la libertad contractual de las partes y crear inseguridad jurídica. Con esta norma las personas no tienen la seguridad jurídica de que pueden pactar los precios con libertad porque, si colocan un precio muy alejado del valor de mercado, pueden terminar demandados con la carga de probar que no se han aprovechado del estado de necesidad apremiante de la otra parte.

Un sistema jurídico que promueve la libertad de contratación no debe exigir justificaciones por los precios pactados, salvo que se demuestre, mediante pruebas, el aprovechamiento de un estado de necesidad. El principio que debe regir en el sistema jurídico debe ser el de libertad de precio sin que una parte tenga que dar explicaciones cuando la otra pretende rescindirle el contrato.

C. Con respecto al artículo 1449 del Código Civil: la apreciación de la desproporción

El artículo 1449 del Código Civil –que regula el momento en que el juez debe realizar la desproporción– señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1449.- La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato” (1984).

El artículo 1447 del Código Civil ha originado innumerables comentarios vinculados a la teoría del valor. Esta norma, sin embargo, no menciona en ningún extremo el término ‘valor’. Esta omisión contrasta con el artículo 1449 del Código Civil que sí hace alusión al concepto de valor, estableciendo que “la desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato” (1984). Esta norma debería

¹⁹ La doctrina peruana se ha pronunciado a favor de la derogación de esta norma. En ese sentido, Patrón ha señalado que:

Sea cual fuere la carga probatoria escogida para regular la lesión, es interesante destacar que nuestro Código recoge un criterio mixto, discutiblemente lo peor de los dos mundos. Es decir, cuando la desproporción es mayor a las dos quintas partes (40%), el lesionado adicionalmente tendrá que probar el aprovechamiento de su necesidad apremiante. Cuando la desproporción es mayor a las dos terceras partes (66%) se presume *juris tantum* que ha existido lesión). (Patrón, 2001, p. 143)

En el mismo sentido, Castillo Freyre ha argumentado que:

Esta norma constituye un aval al abuso que, paradójicamente, la lesión trata de impedir. ¿Por qué? Porque le bastaría a alguien que, sin haber sufrido estado de necesidad alguno, traficó un bien de su propiedad por un valor inferior al 66,6% del mercado para que, ex post facto, pudiera arrepentirse arbitrariamente y, sin la obligación de probar nada, conseguir del juez la rescisión del contrato. Estaría abusando así de quien de buena fe contrató, él sí, sin abusar de nadie. El lesionado sería entonces este último y aquí se estaría cometiendo una injusticia que el Derecho no puede amparar. El artículo 1448 del Código Civil podría sí, pues, ser eliminado sin contemplaciones por absurdo. (Castillo, 2004, pp. 99-100)

ser derogada por las mismas razones que fueron explicadas anteriormente.

En primer lugar, no existe necesidad de introducir un elemento objetivo en la lesión. El hecho de que exista desproporción –sea lo que sea que signifique este término– es consecuencia del aprovechamiento del estado de necesidad apremiante. Por sentido común, hay una relación causal entre el elemento subjetivo y el objetivo. El aprovechamiento del estado de necesidad apremiante es la causa de la desproporción, haciendo superflua la explicitación de este último en la norma.

Dada la subjetividad inherente a la valoración de los bienes, la determinación de un porcentaje o fracción que defina la “desproporción” resulta arbitraria. Como se ha argumentado, cualquier criterio cuantitativo introducido en la norma resultará defectuoso.

En segundo lugar, incluso si fuese necesario contemplar un elemento objetivo, la redacción del artículo 1449 del Código Civil resulta deficiente, al insistir en la errónea premisa de la proporcionalidad o simetría de las prestaciones, cuando, como hemos visto, los contratos son esencialmente desequilibrados.

Por lo tanto, si es que el legislador persistiera en la incorporación de un elemento objetivo en la lesión y en la preservación del artículo 1449 del Código Civil, consideramos que el juez no debería utilizar como parámetro la desproporción entre las prestaciones, sino más bien la desproporción existente entre el precio pactado y el valor de mercado. En los casos en que la transacción consista en una permuta, el juez tendrá que realizar este análisis con respecto a los bienes intercambiados.

No obstante, como se ha argumentado previamente, la inclusión de cualquier elemento objetivo resulta innecesaria y, en consecuencia, debe eliminarse. Dado que el artículo 1449 del Código Civil regula el momento de la valoración del elemento objetivo, dicha disposición debería ser derogada. Únicamente en el hipotético caso de que se mantuviera un elemento objetivo en la norma, la eva-

luación de la desproporción debiera ser analizada a la luz del valor de mercado.

VI. ¿CUÁL DEBERÍA SER EL REMEDIO PARA LA LESIÓN EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS?

Como hemos visto, el legislador ha establecido la rescisión como el remedio para la lesión. Sin embargo, compartiendo la opinión de Bullard sobre la similitud de la lesión y los vicios de la voluntad (2001, p. 232), tendría más sentido que el remedio sea la anulabilidad.

Sostengo, contrariamente a la opinión mayoritaria de la doctrina civilista peruana, que la rescisión resulta innecesaria en nuestro ordenamiento jurídico. Su función no resulta clara, y en los escasos supuestos en que se contempla, la anulabilidad podría sustituirla sin menoscabo del sistema.

La distinción entre rescisión y resolución, frecuentemente enfatizada en la enseñanza del derecho contractual, se sustenta, primero, en que mientras la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo²⁰, la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración²¹. Segundo, a diferencia de la resolución, la rescisión solo puede ser declarada judicialmente²². Por último, la rescisión únicamente puede ser invocada en los supuestos expresamente previstos por el legislador como la lesión, la compraventa de bien ajeno²³ o la compraventa sobre medida²⁴.

Sin embargo, la distinción entre rescisión y anulabilidad resulta difusa. Ambos remedios presentan notables similitudes: (i) ambos dejan sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo; (ii) ambas solo pueden ser declarados judicialmente; (iii) en ambos casos, la sentencia se retrotrae al momento de la celebración del contrato; (iv) ambos generan un efecto restitutorio de las prestaciones; (v) ambos remedios solo pueden ser invocados a petición de parte; y (vi) en ambos casos, el acto jurídico puede ser confirmado por la parte legitimada para solicitar la rescisión o la anulabilidad.

²⁰ El artículo 1370 del Código Civil establece que “la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo” (1984).

²¹ El artículo 1371 del Código Civil establece que “la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración” (1984).

²² El artículo 1372 del Código Civil establece que “la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato” (1984).

²³ El artículo 1579 del Código Civil expresa que “la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación la demanda” (1984).

²⁴ El artículo 1575 del Código Civil establece que “si el exceso o falta en la extensión o cavidad del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato, el comprador puede optar por su rescisión” (1984).

La significativa similitud entre ambos remedios cuestiona la necesidad de mantener ambos en el ordenamiento jurídico, especialmente considerando que cumplen una función prácticamente idéntica. Un análisis funcional del derecho exige la eliminación de remedios redundantes para optimizar la eficiencia del sistema y reducir los costos de transacción.

Esta conclusión se ve corroborada por instrumentos internacionales del derecho comercial internacional, tales como los Principios UNIDROIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), ambos ampliamente utilizados en el arbitraje internacional. A pesar de ciertas divergencias terminológicas (como la utilización del término “*avoidance*” para referirse a la resolución contractual en la CISG y a la anulación en los Principios UNIDROIT), ninguno de estos instrumentos contempla la figura de la rescisión. La ausencia de la rescisión en estos instrumentos, elaborados por los más destacados expertos en derecho privado, y su frecuente utilización como modelo para la redacción de códigos civiles, sugiere que la rescisión no resulta indispensable en un sistema jurídico.

El sistema de *common law*, reconocido por su pragmatismo, corrobora este argumento. En Estados Unidos, por ejemplo, los remedios de rescisión y anulación son virtualmente lo mismo, o, en todo caso, uno es consecuencia del otro. Así, en los materiales de enseñanza de la Barra de Nueva York se ha establecido que: “*Rescission is a remedy whereby the original contract is considered voidable and rescinded. The parties are left as though a contract had never been made*”²⁵.

De hecho, en Estados Unidos la rescisión se aplica en casos de ‘*mistake*’, ‘*misrepresentation*’, ‘*duress*’, ‘*undue influence*’, entre otros supuestos similares a los que, en el sistema jurídico peruano, habilitan a solicitar la anulabilidad del acto jurídico en el sistema jurídico peruano.

La situación en Inglaterra y Gales es análoga. La anulabilidad y la rescisión son sinónimos, sin necesidad de establecer categorías jurídicas separadas. Los materiales del programa SQE para aspirantes a *Solicitor* señalan que:

A voidable contract is one that operates as a valid contract until a party elects to **avoid** (“**rescind**”) it. Until it is rescinded the contract

remains in full force and effect. The innocent party can choose (‘elect’) to rescind or affirm (carry on) the contract. Rescission has the effect of putting the parties back into the position they would have been had the contract not been entered into [el énfasis es nuestro]²⁶.

Uno de los puntos que no se suele conocer en los sistemas del *civil law* es que, a diferencia de un remedio como la resolución contractual (*termination*), la rescisión es un remedio que se deriva de la equidad. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas de *civil law*, en Inglaterra y Gales la equidad es fuente de derecho. Esta es una reseña histórica muy relevante en el sistema jurídico inglés. Durante siglos, el sistema jurídico inglés se bifurcó en dos sistemas paralelos: (i) el *common law*; y (ii) la equidad. Por un lado, los ‘*king's judges*’ resolvían los casos y decidían en base a la idea de que casos similares con hechos similares debían decidirse de manera similar. Esto producía decisiones uniformes, pero los resultados podían muchas veces ser duros e inequitativos. A este sistema se le conoce como ‘*judge made law*’ y se trata del sistema de precedentes. Sin embargo, los principios de equidad también se desarrollaron en Inglaterra a partir de las decisiones de los ‘*king's chancellors*’ (conocidos como ‘*keepers of the king's conscience*’), quienes emitían sentencias fundadas en principios de justicia y equidad. Estas decisiones se adoptaban en las ‘*Courts of Chancery*’ que funcionaban de forma paralela a los ‘*common law courts*’. Sin embargo, estos dos sistemas –*common law* y equidad– se fusionaron en 1875 y ello explica por qué hoy los remedios de *common law* y de equidad se encuentran entremezclados y ambos pueden ser dictados por las mismas cortes. Sin embargo, los derechos, remedios e instituciones derivados de la equidad aún se encuentran inspirados por un conjunto separado de principios.

La influencia de la equidad en el desarrollo de los sistemas jurídicos es significativa, aunque a menudo se desconoce. Su aportación más notable es la creación del fideicomiso (trust), una institución fundamental de derecho inglés con impacto global. La equidad ha dado origen, además, a otras instituciones jurídicas de gran relevancia, como el *equitable estoppel*, el enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment*), y el principio de “manos limpias” (*unclean hands*). Este último principio, en sus orígenes, establecía que quien recurriía a la equidad debía haber actuado previamente con equidad, presentándose ante el tribunal “con las manos limpias” (*como to equity with clean hands*).

²⁵ Véase a Barbri (s.f., p. 115).

²⁶ Véase a Barbri (s.f., p. 381).

Otro de los ejemplos paradigmáticos es la doctrina del “alter ego” o el levantamiento de velo societario. Como se explica en el laudo del ICC N° 3879, the “alter ego” doctrina rests on overriding considerations of equity and fairness, which mandate disregarding an entity’s separate legal identity in specified circumstances²⁷. De igual manera, en el caso Cambridge Biotech Corp, una corte federal de circuito estadounidense estableció que “the concept of piercing the corporate veil is equitable in nature and courts will pierce the corporate veil ‘to achieve justice, equity, to remedy or avoid fraud or wrongdoing, or to impose a just liability.’”²⁸

Así como hay instituciones que se derivan de la equidad, también hay remedios que se derivan de esta. Entre los remedios más representativos destacan la “injunction” y la rescisión. Estos remedios, a diferencia de los remedios del *common law*, se originaron en la equidad. Por regla general, los remedios que se derivan de la equidad son subsidiarios. Por ejemplo, mientras que los “damages” son remedios propios del *common law*, el “specific performance” constituye un remedio que se deriva de la equidad. Esta característica explica por qué, salvo en casos excepcionales, los tribunales de *common law* ordenan el pago de daños y perjuicios (“damages”), en lugar de la ejecución específica del contrato (“specific performance”). Este principio de residualidad de la equidad ha tenido eco, en algunos casos, en los sistemas de *civil law*, donde instituciones como los actos propios o el enriquecimiento sin causa presentan un carácter igualmente subsidiario.

El estudio de la equidad en el *common law* revela la importancia de que el derecho no se limite

a la aplicación formal y estricta de la ley, sino que también cree normas e instituciones que transmitan valores en la sociedad. Como señala Bullard, la justicia es, en esencia, una emoción. La lesión, esto es, el aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de otra persona afecta el sentido de justicia que tiene la sociedad y, en consecuencia, no debe ser permitida.

En cualquier caso, regresando al tema de marras, la rescisión no resulta el remedio jurídico adecuado para la lesión. Además de considerar innecesaria la figura de la rescisión en el ordenamiento jurídico peruano, la lesión se asemeja más a un vicio de la voluntad como el error, el dolo y la intimidación, para los cuales la anulabilidad constituye el remedio más apropiado (Bullard, 2001, p. 232). Los Principios UNIDROIT, por ejemplo, contemplan la anulación como el remedio para la “desproporción excesiva” (lesión), equiparándola a otros vicios de la voluntad. En conclusión, la anulabilidad debería ser el remedio previsto para la lesión²⁹.

Finalmente, coincido con Bullard en que tiene más sentido que, junto con el error, el dolo y la intimidación, la lesión sea regulada en el Libro de Acto Jurídico. No solo porque se asemeja a un vicio de la voluntad³⁰, sino también porque, aunque improbable, es posible que se pueda presentar un supuesto de lesión en el caso de un acto jurídico unilateral.

Así, si se acepta que la desproporción no se debe realizar en función a la contraprestación sino más bien al valor de mercado, la lesión podría presentarse en actos jurídicos unilaterales como la promesa unilateral³¹. La ubicación actual de la lesión en el Libro de Contratos, que presupone la

²⁷ Laudo interino en el Caso CCI N° 3879, Westland Helicopters Ltd v. Arab Organization for Industrialization, XI Y.B. Comm. Arb. 127, 131 (1986).

²⁸ Cambridge Biotech Corp., 186 F.3d 1356, 1376 (Fed. Cir. 1999).

²⁹ Véase los artículos 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 3.2.6, 3.2.7 de los Principios UNIDROIT.

³⁰ Al respecto, Amado ha señalado que:

Históricamente el Derecho ha dado su amparo fundamentalmente a tres fenómenos que son conocidos como el error, el dolo y la vis compulsiva. Es importante señalar que no existe ninguna razón natural o lógica para esto, se trata simplemente de una opción legislativa que tiene tras de si el respaldo de la tradición jurídica. Por tanto, de ninguna manera se podría afirmar que son los únicos casos en que la voluntad del individuo se encuentra viciada [...]. Resulta evidente que en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada. (1984, p. 42)

³¹ El artículo 1956 del Código Civil establece que:

Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona. Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa. (1984)

existencia de un acto jurídico bilateral³², dificulta su aplicación a la promesa unilateral. Incluir la lesión en el Libro de Actos Jurídicos eliminaría esta dificultad.

VII. CONCLUSIONES

El artículo 1447 del Código Civil ha sido utilizado como una excusa por varios académicos para realizar una disertación de la teoría subjetiva del valor. Sin embargo, la naturaleza subjetiva del valor no justifica la derogación de la institución de la lesión; tan solo exige una reformulación de la norma para eliminar cualquier elemento que sugiera una concepción objetiva del valor.

La teoría subjetiva del valor evidencia las deficiencias en la redacción del elemento objetivo del artículo 1447. La exigencia legislativa de proporcionalidad o simetría entre las prestaciones resulta incongruente con la naturaleza inherentemente asimétrica de los contratos. Sin embargo, la teoría subjetiva del valor no nos ofrece ningún insumo para determinar si debe resultar tolerable en un ordenamiento jurídico que una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de otra en el marco de la celebración de un contrato.

La atención excesiva al elemento objetivo en el debate sobre la lesión resulta, por lo tanto, equivocada. En realidad, la esencia de la lesión no reside en el elemento objetivo, sino en los elementos subjetivos. Lo que resulta intolerable es que, al celebrar un contrato, una persona se aproveche del estado de necesidad apremiante de la otra. Los críticos de la lesión no justifican la tolerancia de esta conducta por parte del ordenamiento jurídico.

Considero que el artículo 1447 del Código Civil busca transmitir valores morales fundamentales a la sociedad. Un principio básico del Estado de Derecho radica en el reconocimiento del ser humano como un fin en sí mismo. La derogación de la lesión contraviene este principio al permitir el aprovechamiento de la necesidad apremiante de

otra persona. Un ordenamiento jurídico que no proscriba la explotación en mala fe de personas en situación de necesidad apremiante mediante la celebración de contratos no hace más que deslegitimar al derecho.

La dificultad de definir el concepto de justicia no implica que esta última no cumpla un rol fundamental en el sistema jurídico. Si expertos se encerraran en un aula a discutir qué significa justicia, podrían permanecer ahí semanas y no se pondrían de acuerdo. Sin embargo, dado que la justicia es, en gran medida, una emoción, no con poca frecuencia se genera un consenso con respecto a situaciones que deben ser calificadas como injustas. Como decía Rawls, la sociedad internacional concuerda en que existen algunos mínimos comunes que deben ser respetados por todos. Y es que hay situaciones que la sociedad no debe estar dispuesta a tolerar. En mi opinión, la lesión es una de ellas.

En lo que se refiere a incentivos, si se analiza en términos contrafactuales, la lesión podría en efecto reducir el número de operaciones de rescate en comparación con un escenario en el que dicha institución no existiera. Si bien este argumento merece consideración, no resulta concluyente. No obstante, un contrapeso muy importante a dicha afirmación es que la ausencia de una norma que regule la lesión podría incentivar la violencia porque, frente al abuso y aprovechamiento de la contraparte, la persona que se encuentra en estado de necesidad apremiante podría verse obligada a recurrir a la fuerza para salvar su vida o su salud, teniendo en cuenta que se encuentra exonerada de responsabilidad penal.

Además, aún en el supuesto de que la lesión desincentivase operaciones de rescate, la derogación de la norma no constituye la única alternativa para alinear esos incentivos. Por ejemplo, Posner afirma que una solución posible es que se le reconozca al rescatador un “reasonable fee”, afirmando que esta regla “is the cornerstone of the admiralty rules of salvage”³³. Por lo tanto, la

³² Soy consciente de que el hecho de que se presente un supuesto de lesión en el caso de una promesa unilateral es improbable porque, en estos casos, es el promitente quien suele ofrecer *motu proprio* una recompensa específica. Y si ello sucede, este es un indicio muy fuerte de que no existe aprovechamiento. Sin embargo, el hecho de que la víctima del aprovechamiento sea quien ha realizado la promesa es tan solo un indicio y no permite inferir de forma concluyente que no ha existido aprovechamiento. Por lo tanto, no descarto que se prenda presentar un supuesto de lesión en el caso de una promesa unilateral.

³³ Al respecto, Posner ha señalado que “after this long excursus into some dubious extensions of the concept of duress, let us return to a real case of duress (economically conceived). A ship becomes disabled, and the crew flees, leaving on board only the master, who let us assume is also the shipowner’s authorized representative to deal with any salvors who may chance by. A tug operated by a salvage company comes alongside, and the captain of the tug offers the master a contract to save the ship for a price equal to 99 percent of the value of the ship and its cargo. If the master signs, should the owner of the ship be held to the contract? Admiralty law answers no, and this seems the correct economic result. The situation is one of bilateral monopoly, with the added complication that transaction costs are even higher than in other

derogación de la lesión no constituye la única alternativa para no desincentivar las operaciones de rescate.

En última instancia, lo que debiese inclinar la balanza en la decisión de mantener o derogar la lesión no debiese ser la estructura de incentivos que crea la norma, sino más bien los valores que deben imperar en la sociedad. Los incentivos son ciertamente importantes, pero los valores de las normas tienen un efecto directo en la legitimidad del derecho. Cuando el derecho no se pronuncia sobre situaciones que la sociedad considera injusta, se deteriora significativamente su legitimidad. Las personas no confían en un derecho que permite abusos y atropellos. Y, qué duda cabe, necesitamos un derecho con legitimidad. 

REFERENCIAS

- Amado, J. (1984). El Estado de Necesidad como Vicio de la Voluntad. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (1), 40-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10483/10951>
- Barbri (s.f.). Outlines for Multistate, Contracts and Sale. (s.f.) SQE1 Prep, Volume 1.
- Benegas Lynch, A. (s.f.). *Fundamentos del Análisis Económico*. Abeledo Perrot.
- Bullard González, A (2001). La Parábola del Mal Samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (43), 225-236.
- Calabresi, G & Melamed, D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, (85), 1089-1128.
- Castillo Freyre, M & Vásquez Kunze, R. (2004). La Escuela del Abuso y los Buenos Samaritanos. En M. Castillo Freyre y R. Vásquez Kunze (Eds.), *Analizando el Análisis* (pp. 92-100). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Club Español e Iberoamericano de Arbitraje. (27 de abril de 2021). *Arbi Talks con Alfredo Bullard* [archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=JBvPtdmwCIk>
- Correa, S. (2020). *Aspectos Generales del Estado de Necesidad en la Suscripción de Contratos y Acuerdos en los Tiempos del Covid-19* [Tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad CES]. REDICES. https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/4991/1152449204_2020.pdf?sequence=5&isAllowed=y#:~:text=Por%20lo%20tanto%2C%20se%20puede,acci%C3%B3n%20que%20le%20es%20irresistible
- Cornell Law School (s.f.). *Definition of unconscionability*. Legal Information Institute. <https://www.law.cornell.edu/wex/unconscionability>
- El Comercio (29 de junio de 2020). Denuncian que Clínica San Pablo cobró S/. 165 por medicamento omeprazol, que en el sector público cuesta S/. 1. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/coronavirus-peru-denuncian-que-clinica-san-pablo-cobro-165-soles-por-medicamento-que-en-el-sector-publico-cuesta-1-sol-omeprazol-nndc-noticia/>
- Fiss, O. (1984). Against Settlement. *The Yale Law Journal* (93), 1073-1090.
- Ghersi Silva, E. (2005). El Problema de la Equivalencia de las Prestaciones. *Revista Advocatus*, (13), 2005, 189-197.
- Hinestrosa, F. (2005). Estado de Necesidad y Estado de Peligro. ¿Vicio de Debilidad? *Revista de Derecho Privado*, (8), 111-134. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/608/573>
- Menger, C. (1871). *Principles of Economics*. Ludwig Von Mises Institute.
- Moisset de Espanés, L. (s.f.) Comentario al artículo 1447 del Código Civil. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica.
- Newmedia UFM. (28 de marzo de 2011). *¿Qué es liberalismo? Alberto Benegas Lynch*. [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=51S2ZHnrhY0&t=134s>
- Patrón, C. (2001). ¿Mentiras verdaderas?: Reflexiones en torno a la regulación del derecho con-

bilateral-monopoly contexts, since if the master of the ship tries to hold out for a better deal, the ship and all its cargo may sink beneath him. These transaction costs can be avoided by a rule—the cornerstone of the admiralty rules of salvage—that the salvor is entitled to a reasonable fee for saving the ship, but that a contract made after the ship gets into trouble will only be evidentiary of what that reasonable fee is. Richard Posner, 'Economic Analysis of Law'. Boston, Little Brown & Co, 4ta edición, 1992, pp. 116-117.

tructual. En F. Cantuarias Salaverry (Ed.), *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (pp. 131-153). Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Posner, R. (s.f.). Torture, Terrorism, and Interrogation. En Sanford Levinson (Ed.), *Torture: A Collection*. Oxford University Press.

RPP Noticias (2 de junio de 2020). Ante la alta demanda, balones de oxígeno se venden hasta en S/. 6 mil. *Radioprogramas del Perú*. <https://rpp.pe/lima/actualidad/coronavirus-en-peru-ante-la-alta-demanda-balones-de-oxigeno-se-venden-hasta-en-s-6-mil-video-noticia-1270182?ref=rpp>

Schäfer, H. (2010). Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule-Based Legal System? *German Working Papers in Law and Economics* (20), 1-27.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Código Penal [CP]. Decreto Legislativo 635, 8 de abril de 1991 (Perú).

House of Lords, 26 de abril de 1915, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. Selfridge & Co Ltd*.

COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL PERÚ A LOS 40 AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

COMMENTS ON LEGISLATION AND JURISPRUDENCE OF THE LEASE AGREEMENT IN PERU FOR THE 40th ANNIVERSARY OF THE CIVIL CODE

Marco Villota Cerna*

Pontificia Universidad Católica del Perú

This article analyzes the regulation of the lease contract in the Civil Code from a jurisprudence and comparative law point of view to suggest some regulatory changes or interpretation criteria after 40 years of validity of the Peruvian Civil Code. The article analyzes the relationship between the lease and the right of possession to distinguish it from the real right of use and usufruct, deals with the lease subcontract to delimit the responsibilities of the subtenant and, above all, focuses on the issue of the duration of the lease contract, regarding the discussion whether the tenant with an expired contract has the status of precarious occupant. Finally, it analyzes the various forms of conclusion of the lease contract, the causes of the eviction process and the various types of process, in order to streamline the eviction process.

KEYWORDS: Lease; subletting; precarious; eviction; possession.

El presente artículo realiza un análisis de la regulación del contrato de arrendamiento en el Código Civil y normas conexas, desde un punto de vista de la jurisprudencia y del derecho comparado, para sugerir algunos cambios normativos o criterios de interpretación a los 40 años de vigencia del Código Civil peruano. El trabajo analiza la relación entre el arrendamiento y el derecho de posesión para distinguirlo del derecho real de uso y de usufructo; trata el subcontrato de arrendamiento para delimitar las responsabilidades del subarrendatario y sobre todo, se centra en el tema de la duración del contrato de arrendamiento, a propósito de la discusión si el arrendatario con contrato vencido tiene la calidad de ocupante precario. Finalmente, analiza las diversas formas de conclusión del contrato de arrendamiento, las causales del proceso de desalojo y las diversas clases de proceso, a fin de hacer más ágil el proceso de desalojo.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento; subarrendamiento; precario; desalojo; posesión.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Doctorado en la PUCP. Ha sido profesor de los cursos de Contratos Típicos y de Responsabilidad Civil en la PUCP. Actualmente profesor del curso de Obligaciones en la misma casa de estudios. Notario de Lima. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1636-0364>. Contacto: villota.ma@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de mayo de 2024, y aceptado por el mismo el 25 de julio de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto hacer una revisión y análisis a la regulación del contrato de arrendamiento en el Código Civil de 1984 y sus normas conexas; en sus aspectos más importantes y en los que más dudas han generado. Ello a propósito de la conmemoración por los 40 años de vigencia del Código Civil. Este análisis no puede limitarse solamente al aspecto normativo, sino también debe abarcar el ámbito jurisprudencial, porque es la jurisprudencia la que actualiza la norma y evita muchas veces los cambios normativos con una adecuada interpretación.

El artículo tiene su origen en algunas dudas que me surgieron en el análisis del contrato de arrendamiento, durante la preparación de mis clases del curso de Contratos Típicos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; en la revisión del contrato desde un punto de vista del derecho comparado, de la jurisprudencia del Tribunal Registral y de la Corte Suprema de Justicia de la República. Particularmente, estaba siempre latente profundizar el análisis del tema del desalojo contra el arrendatario, porque la Corte Suprema de Justicia de la República había considerado que tenía la calidad de ocupante, cuando vencido el contrato se le hubiera requerido la devolución del bien (IV Pleno Casatorio Civil).

En principio, se planteaba la inquietud respecto de la definición del contrato de arrendamiento del artículo 1666 del Código Civil¹: si comprende solamente el derecho de uso, o comprende también el derecho de goce, como sucede con la mayor parte de códigos civiles en el derecho comparado, tales como el artículo 1571 del Código Civil italiano, el artículo 1709 del Código Civil francés y el artículo 1543 del Código Civil español. Esto particularmen-

te a propósito del alquiler de predios rústicos o del alquiler de empresas o si había la posibilidad de arrendar concesiones mineras. De otro lado, el término cesión temporal en uso del bien en el contrato de arrendamiento presentaba la interrogante de sus diferencias con el derecho real de uso, sobre todo a propósito de la discusión de si el arrendamiento tiene naturaleza personal o real, por cuanto es susceptible también de inscripción en los registros públicos, conforme al artículo 2019 inciso 6 del Código Civil².

De igual modo, se presentaba la inquietud sobre si el arrendamiento era un acto de administración o podría implicar de alguna manera un acto de gravamen cuando se arrendaba el bien por un período largo, por ejemplo por hasta 10 años. En algunas legislaciones se suele distinguir entre actos de administración ordinaria y extraordinaria respecto del contrato de arrendamiento (artículo 1572 del Código Civil italiano); exigiendo un poder especial cuando el arrendamiento excede determinado plazo, por ejemplo mayor de tres años, como sucede con el artículo 1191 del Código Civil y Comercial Argentino del 2015. Relacionado con el tema del acto de administración se presentaba la discusión acerca de si bastaba la intervención de uno de los cónyuges para arrendar un bien social, porque el artículo 292 del Código Civil³ otorga la facultad de administración ordinaria a cualquiera de ellos; o regía el artículo 313 del Código Civil⁴ respecto a que corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social y que se requiere otorgar poder para ello. Igualmente, en el caso de los copropietarios surgía la discusión si el arrendamiento por uno o más de los copropietarios, sin autorización de los demás, generaba la nulidad del contrato de arrendamiento o resultaba en todo caso ineficaz, sujeto a la ratificación de los demás copropietarios. De otro lado, respecto

¹ Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (1984).

² Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:
[...]

6.- Los contratos de arrendamiento (1984).

³ Artículo 292.-

La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado (1984).

⁴ Artículo 313.-

Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos (1984).

del contrato de subarrendamiento se presentaba la inquietud si es que el subarrendatario responde frente al arrendador por todas las obligaciones del arrendatario o solamente hasta el monto de su contrato (artículo 1693 del Código Civil⁵); y sobre todo qué pasa en el caso que el arrendador no hubiera autorizado el subarrendamiento, ¿podría dirigirse contra el subarrendatario?

Pero quizá el tema más relevante y con mayores consecuencias prácticas era el análisis del vencimiento del contrato de arrendamiento y la figura del ocupante precario, a propósito del IV Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, porque significaba que el arrendador no podía demandar al inquilino ante el juez de paz letrado por vencimiento de contrato y tenía que demandarlo por ocupante precario ante el juez especializado, pudiendo llegar hasta la Corte Suprema, dilatándose con ello el proceso.

Esta interpretación de la Corte Suprema ha motivado hacer un análisis del vencimiento del contrato de arrendamiento: ¿qué significa el plazo resolutorio?; ¿qué es la continuación y la prórroga del contrato arrendamiento?; ¿se requiere la constitución en mora para exigir la devolución del inmueble?; ¿cuáles son los efectos cuando el contrato se ha vencido; ¿cuál es la naturaleza de la posesión del arrendatario durante el contrato y después de vencido?; ¿cuál es el concepto de ocupante precario a lo largo de la historia y en el derecho comparado?. Esto con la finalidad de dilucidar si el arrendatario tiene la calidad de ocupante precario cuando le es requerida la devolución del inmueble; y si en todo caso no sería mejor diferenciar las diversas causales de desalojo para agilizar el mismo.

Estas y otras inquietudes, como una especie de homenaje a los 40 años de su vigencia, serán abordadas en el presente artículo para plantear algunas sugerencias de cambio normativo y, en su caso, de variación de la jurisprudencia en relación al contrato de arrendamiento en el Perú; para mantener actualizado a nuestro Código Civil. Agradezco al Consejo Ejecutivo de la Revista THÉMIS por haberme invitado a participar en este número tan especial; y al doctor Mario Castillo Freyre por su confianza y por llevar adelante la dirección del presente número.

II. DEFINICIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El contrato de arrendamiento adquirió autonomía jurídica en el Código Civil de 1984 (en adelante, Código Civil), porque fue regulado de manera independiente y separado del contrato de obra y de la locación de servicios, a diferencia del Código Civil de 1936 y de otros códigos que siguieron la inspiración romana de clasificar el arrendamiento en el de cosas y en el de servicios (artículo 1708 del Código Civil francés y artículo 1583 del Código Civil español). El artículo 1490 del Código Civil peruano de 1936 señalaba que: "Por la locación-condición una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida". El Código Civil de 1984 distinguió claramente el contrato de arrendamiento que estaba destinando al uso de bienes (artículos del 1666 al 1712); y el contrato de prestación de servicios para obligaciones de hacer dentro del cual estaba el contrato de locación de servicios (artículos del 1764 al 1770) y el contrato de obra (artículos del 1771 al 1789).

A. El arrendamiento y el derecho de posesión

El artículo 1666 del Código Civil define al contrato de arrendamiento como aquel por el cual "el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida" (1984). Un elemento fundamental del contrato de arrendamiento es la cesión en uso temporal de un bien. El arrendador se obliga a una prestación de dar que consiste en la entrega de un bien al arrendatario, pero se obliga también a un hacer que consiste en la obligación de mantenerlo en el uso del bien, conforme al inciso 1 del artículo 1680 del Código Civil⁶.

La entrega del bien al arrendatario es como poseedor inmediato porque el arrendador mantendrá la posesión mediata sobre el bien, conforme al artículo 905 del Código Civil⁷. El inquilino será entonces un poseedor del bien, pero su posesión será derivada, ya que, como reconoce el derecho del arrendador, no posee en nombre propio, sino en nombre ajeno. En el derecho comparado se suele distinguir entre la tenencia y la posesión,

⁵ Artículo 1693.- Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario (1984).

⁶ 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 [...] (1984).

⁷ Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título (1984).

por cuanto la primera sería un poder fáctico sobre el bien y la segunda sería aquella posesión que se ejerce en nombre propio, tal es el caso de los artículos 762 y 775 del Código Civil colombiano⁸. La distinción entre posesión y tenencia es seguida por legislaciones que han recogido la teoría de Savigny para quienes la posesión requiere de un *animus dominii* (Hernández, 1987, p. 89) de poseer como propietario. Sin embargo, nuestro Código Civil, en el artículo 896⁹, ha recogido la teoría de Ihering sobre la posesión, de que no se requiere un *animus* especial para ser poseedor, sino que basta con un *animus possidendi* de tener la cosa o el bien. En ese sentido, es poseedor quien detenta el bien (arrendatario) así como aquel que posee en nombre propio.

En consecuencia, en nuestra legislación el arrendatario es un auténtico poseedor porque ejerce un poder de hecho o fáctico sobre el bien; pero también tiene un derecho de posesión en virtud del contrato que le otorga el arrendador. En la doctrina se distingue la posesión como hecho y como derecho. La posesión como hecho es el poder fáctico sobre el bien, es lo que se conoce como derecho de posesión (*iust possessoris*); y la posesión como derecho, que se conoce como derecho a poseer (*iust possidendi*). El profesor español Manuel Albaladejo explica al respecto lo siguiente:

A ese derecho de posesión (*iust possessoris*), se le contrapone el derecho a poseer (*iust possidendi*), que es el que, independientemente de que sea o no poseedor, compete a la persona a quien, según la ley, corresponde la facultad de poseer la cosa (por ejemplo, al dueño de la misma, o al arrendatario, etc.). (1982, p. 32)

El derecho de posesión del arrendatario explica que no pueda ser privado violentamente del bien y que pueda ejercer los interdictos posesorios contra cualquier persona, incluso contra el propietario. Pero tiene también un derecho a poseer el bien en virtud al título otorgado por el arrendador; solo que este derecho es de carácter limitado porque solamente puede ser opuesto al arrendador, más no a terceros, salvo que el arrendatario inscriba su contrato en los registros públicos, conforme al artículo 2019, inciso 6 del Código Civil.

El derecho a poseer del arrendatario es un derecho personal o de crédito porque se deriva de la posesión otorgada por el arrendador. En ese sentido, solamente puede ser opuesta a él. El arrendatario

no tiene un derecho de carácter real que sea oponible *erga omnes*, a diferencia del derecho real de usufructo o de uso previstos en los artículos 999 y 1026 de nuestro Código Civil. Los derechos reales de uso y de usufructo son formas de desmembramiento de los atributos del derecho de propiedad, de allí que como derechos reales sean oponibles *erga omnes*.

En ese sentido, el arrendamiento no goza de los atributos de persecutoriedad ni de oponibilidad que otorgan los derechos reales porque no puede ser opuesto al comprador, ni al que tiene un derecho real de uso o de usufructo. De esta manera, el profesor Díez-Picazo afirmaba al respecto lo siguiente:

El problema de la configuración del arrendamiento como derecho real, presenta sin embargo claros obstáculos en lo que suele denominar reipersecutoriedad. A ello habrá que añadir, como en seguida veremos, que el arrendatario no tiene una protección especial frente a los terceros adquirentes del dominio o de derechos reales sobre la cosa arrendada. Por estas razones, se debe coincidir con las opiniones generalmente mantenidas por la doctrina y por la jurisprudencia en el sentido de que, en el Derecho común de arrendamientos, tal y como se encuentra recogido en el Código Civil, el derecho arrendatario es un derecho personal o de crédito que solo adquiere la consideración de derecho real o eficacia *erga omnes* cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad [...]. (2010, p. 273)

Ahora bien, la inscripción del derecho de arrendamiento en los registros públicos no cambia su naturaleza de derecho personal a derecho real porque la oponibilidad es un efecto de la inscripción en los registros públicos, más no una característica del derecho. En ese sentido, la autora española Pilar Álvarez Olalla sostiene lo siguiente:

El arrendamiento es además, un contrato recíproco, oneroso y de trato sucesivo, generador de derechos de crédito. Ello es así incluso en los casos en que, por su acceso al Registro, goza de oponibilidad a tercero, pues dicha oponibilidad no es efecto de su carácter real, sino de la protección de que debe gozar el arrendatario en orden a la continuidad de su derecho, para enervar en perjuicio de tercero los efectos del principio de inoponibilidad de lo no inscrito. (2020, pp. 2990-2991)

⁸ En el derecho comparado se distingue también entre posesión natural que sería la tenencia y posesión civil que sería poseer en nombre propio. Es el caso del artículo 430 del Código Civil español.

⁹ Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (1984).

En consecuencia, el arrendatario tiene un derecho de posesión del bien (*ius possesionis*), pero su derecho a la posesión (*ius possidendi*) tiene carácter limitado, porque se deriva del arrendador y tiene naturaleza personal y no resulta oponible a terceros, salvo que inscriba su derecho en los registros públicos.

B. Los atributos del arrendatario

En principio, el arrendatario tiene un derecho de posesión sobre el bien, siempre y cuando se encuentre en su poder o se encuentre ocupándolo. Es un derecho de carácter real por el hecho de la posesión, independientemente del título o derecho a poseer.

Por el derecho real de posesión el arrendatario ejerce un poder de hecho sobre el bien y no puede ser privado violentamente del mismo. Este derecho consiste en ocupar el inmueble o tener el bien mueble. El artículo 896 del Código Civil define a la posesión como “el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad” (1984). El arrendatario tiene la posesión del bien, que permite usarlo por el hecho de la posesión, pero es una posesión en nombre ajeno.

Un segundo atributo que tiene el arrendatario es el derecho de usar el bien, que se deriva del derecho otorgado por el arrendador (*ius possidendi*). El artículo 1666 de nuestro Código Civil refiere que el arrendador se obliga a ceder temporalmente el uso de un bien. Por el derecho de uso el arrendatario tiene el derecho a ocupar el bien inmueble o tener el bien mueble, servirse de él. Generalmente se ha entendido que el derecho de uso en el caso de inmueble es el derecho de habitarlo y ocuparlo; y en el caso de bien mueble de aprovecharlo y de utilizarlo, sea para un uso personal o para un trabajo, como puede ser el alquiler de un vehículo.

Pero surge la interrogante si el arrendatario tiene derecho a aprovechar los frutos naturales del bien, por ejemplo los frutos naturales de un predio rural, o puede aprovecharse de los frutos industria-

les que produce un bien, por ejemplo, el arrendamiento de un negocio o empresa. La mayor parte de los códigos civiles en el derecho comparado considera que el arrendatario tiene un derecho de uso y de goce del bien. Así tenemos que el artículo 1709 del Código Civil francés refiere que el arrendatario tiene el derecho a disfrutar del bien; al igual que el artículo 1571 del Código Civil italiano. El artículo 1543 del Código Civil español señala que el arrendatario tiene el derecho de uso y goce de la cosa; al igual que lo establecía el artículo 1493 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield y lo establece ahora el artículo 1187 del Código Civil y Comercial de Argentina. El artículo 1973 del Código Civil colombiano hace la referencia al derecho de goce de una cosa. Solo el Código Civil alemán señala que el inquilino tiene derecho a utilizar la cosa (artículo 535).

El artículo 1490 del Código Civil Peruano de 1936¹⁰ utilizaba el mismo término de cesión en uso, al igual que el artículo 1666 de nuestro Código Civil actual. El profesor Jack Bigio Chrem consideraba que el término cesión en uso significaba que el arrendatario no tenía derecho a apropiarse de los provechos provenientes del contrato, ni podía hacer suyo los frutos (1997, p. 33). Sin embargo, bajo el propio Código Civil de 1936, en el artículo 1496¹¹, se permitía el arrendamiento de predios rústicos; y el Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, permite el arrendamiento de predios rústicos y remite a las normas del Código Civil. El arrendamiento de predios rústicos presupone que el arrendador pueda hacer suyo los frutos.

Quizá la limitación de considerar que el arrendamiento otorga solamente el derecho de uso de un bien y no el derecho de goce haya sido por la prohibición del artículo 1681, inciso 9¹² del Código Civil de que el arrendatario no puede subarrendar el bien, salvo la autorización del arrendador. Sin embargo, bajo el Código Civil de 1936, en el artículo 1523¹³, aun cuando se utilizaba el término cesión de uso, se permitía el subarrendamiento del bien, salvo disposición en contrario. Adicionalmente, nuestro actual Código Civil ya contiene la prohibi-

¹⁰ Artículo 1490.- Por la locación-conducción una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida.

¹¹ Artículo 1496.- Se entiende que el arrendamiento de una heredad es por el año rural. Este se cuenta en cada lugar y para cada clase de heredades desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra a recibirlas en arrendamiento (Código Civil, 1936).

¹² Artículo 1681.- El arrendatario está obligado:

[...]

9.- A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador (1984).

¹³ Artículo 1523.- El conductor tiene derecho de subarrendar a otro el todo o parte de la cosa arrendada, si en el contrato no se le privó de esta facultad (Código Civil, 1936).

ción expresa de subarrendar, salvo disposición en contrario, que permite excluir del arrendamiento los frutos civiles.

La limitación de que el arrendamiento comprenda solamente la cesión en uso no permite explicar que se puedan arrendar predios rústicos. Adicionalmente, existen ciertos bienes que producen frutos industriales, como por ejemplo, el arrendamiento de una empresa o de un negocio, que presupone que el arrendatario puede hacer suyo los frutos industriales que produce dicho bien. La única limitación sería para el caso de los frutos civiles respecto de la prohibición subarrendar el bien, salvo autorización del arrendador. Incluso podría darse el caso de arrendarse una concesión minera que genera productos que no son renovables, que podría ser materia de contrato de arrendamiento si se tuviera una concepción más amplia del derecho de arrendamiento de uso y goce de un bien.

Bajo esta perspectiva resultaría recomendable modificar el artículo 1666 del Código Civil para considerar que el arrendamiento comprende el derecho de uso o goce de un bien, al igual que lo consideran la mayor parte de los códigos civiles, con el fin de que las partes tengan la oportunidad de pactar diferentes situaciones, así como ampliar el espectro del arrendamiento; ello debido a que es uno de los contratos más usados en nuestra economía. Ya dependerá del acuerdo entre las partes cuál es el contenido preciso de ese derecho de uso o de goce y ello dependerá también de la naturaleza del bien y de las circunstancias del caso: si, por ejemplo, el arrendamiento es solamente para ocupar un inmueble; o si se arrienda un negocio, o se arrienda un predio rústico o una concesión. En ningún supondrá aprovechar los frutos civiles por expresa prohibición del artículo 1681 del Código Civil, salvo pacto en contrario. En caso no pudiera darse la modificatoria, sería recomendable que la jurisprudencia tenga una concepción amplia del derecho de uso que comprenda no solamente la ocupación o tenencia, sino también aprovechar el bien, per-

cibir los frutos de acuerdo a la naturaleza del bien, con exclusión, claro está, de los frutos civiles, salvo pacto en contrario.

C. Diferencias entre el derecho de uso del arrendamiento y el derecho real de uso y de usufructo

Es preciso distinguir entre el derecho de uso que otorga el arrendamiento y el derecho real de uso y de usufructo. En principio, el derecho de uso del arrendamiento y el derecho real de uso coinciden porque ambos suponen un derecho de posesión, una posesión fáctica sobre el bien. Coincidirán también en los atributos porque ambos derechos otorgan el derecho de usar el bien, de ocuparlo, de tenerlo, de servirse de él. Ambas son también posesiones inmediatas, porque el poseedor se encuentran ocupando el bien en nombre ajeno. Sin embargo, se distinguen en cuanto al derecho a poseer (*ius possidendi*), porque, mientras el derecho real de uso otorga un derecho real oponible *erga omnes*, el arrendamiento otorga un derecho personal oponible solamente al arrendador. En virtud de esta diferencia, si se vende un bien inmueble, el usuario puede oponer su derecho al comprador; en cambio, el arrendatario no puede oponer su derecho al comprador, salvo que se hubiera inscrito su derecho en los registros públicos (artículo 1708, inciso 1 del Código Civil¹⁴). Otra diferencia es que el arrendamiento tiene por origen el contrato; mientras que el derecho real de uso puede tener por fuente el contrato, el acto unilateral y el testamento (Bigio, 1997, p. 45), y también la ley, en virtud del artículo 731 del Código Civil¹⁵, que otorga al cónyuge supérstite el derecho a usar el que fuera el hogar conyugal cuando los bienes gananciales y de herencia no resultan suficientes para adjudicárselo. Finalmente, el derecho de uso y el de habitación son derechos de carácter personalísimo, que no pueden ser transmitidos a terceros, conforme al artículo 1029 del Código Civil¹⁶; sin embargo, en el caso del arrendamiento se puede subarrendar con autorización del arrendador.

¹⁴ Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:

1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador (1984).

¹⁵ Artículo 731.-

Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y ganancias no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente (1984).

¹⁶ Artículo 1029.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación (1984).

La semejanza entre el derecho real usufructo y el arrendamiento es que ambas otorgan el derecho real de posesión si el titular se encuentra ocupando fácticamente el bien. Las diferencias son en relación al derecho a poseer, porque mientras el usufructo es un derecho real oponible *erga omnes*, el arrendamiento solamente es oponible al arrendador.

Otra diferencia existe en cuanto a los atributos porque, mientras el usufructuario tiene el derecho de usar y disfrutar el bien (*ius frutendi*), el arrendatario solo tiene derecho a usar el bien y de gozar sus frutos naturales o industriales, más no los frutos civiles, salvo que el arrendador expresamente lo autorice. Adicionalmente, el usufructuario puede transmitir su derecho a terceros, conforme al artículo 1002 del Código Civil¹⁷, mientras que el arrendatario requiere autorización para poder subarrendar o ceder su contrato. Finalmente, el título de constitución es distinto, porque el usufructo se puede constituir por contrato, acto unilateral y testamento, incluso por disposición de la ley como es el caso del artículo 732 del Código Civil¹⁸; mientras el arrendamiento solamente se puede constituir por contrato.

III. EL ARRENDAMIENTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN

El arrendamiento es considerado generalmente como un acto de administración, porque está sujeto a un plazo máximo, que varía según las legislaciones y que es mucho menor que el del derecho de uso y de usufructo y que, además, a diferencia de estos, no puede tener carácter vitalicio. El artículo 1573 del Código Civil italiano establece que el plazo máximo del arrendamiento es por 30 años. Mientras que el artículo 1197 del Código Civil y Comercial de Argentina establece un plazo máximo de 20 años para el arrendamiento habitacional y 50 años para otros destinos. El artículo 1505 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield establecía un plazo máximo de 10 años para el arrendamiento; lo que fue recogido en el artículo 1494 del Código Civil de 1936 y en el artículo 1688 del Código Civil de 1984¹⁹ que establece que el arrendamiento no puede exceder de 10 años.

El profesor Díez-Picazo explica que “la idea de que el arrendamiento es un acto de administración se funda en el presupuesto de que este sea el modo normal de explotación de los bienes y de obtener de ellos los rendimientos que estos son susceptibles de producir” (2010, p. 263). El profesor peruano Jorge Eugenio Castañeda, citado por el doctor Jack Bigio Chrem, señalaba lo siguiente: “El acto de administración es exactamente lo opuesto al acto de enajenación. La locación es uno de los tipos de actos de administración” (1957, p. 52).

El Tribunal Registral ha considerado que el arrendamiento constituye un acto de administración y no de disposición, en reiteradas resoluciones (Resoluciones 1565-2009-SUNARP-TR-L, 2467-2015-TR-L, y 183-2020-SUNARP-TR-A). En la Resolución 2467-2015-TR-L, el Tribunal Registral consideró lo siguiente:

[...] esta instancia en reiterada jurisprudencia ha señalado que son actos de disposición aquellos que provocan una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes, seguido o no de una contraprestación jurídica. En consecuencia, se encontrarán dentro de los actos de disposición los actos de transferencia de bienes y derechos, renuncia, constitución o extinción de un derecho real, así como los actos de gravamen que implica la afectación de bienes en garantía de una obligación, entre los que se encuentra la hipoteca. Se concluye que el arrendamiento no constituye acto de disposición, pues se mantiene el dominio en el arrendador y no hay menoscabo del bien, sino cesión temporal en uso. (Fundamento 7)

Con relación a lo que considera como actos de disposición el artículo 33 del Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución 200-2001-SUNARP-SN, establece lo siguiente:

[...] Para los efectos de este artículo y sin que la enumeración sea restrictiva se consideran actos de disposición o gravamen el aporte, venta, donación, permuta, adjudicación, y, en general, cualquier acto que importe transferencia de bienes y derechos, así como el usufructo, superficie, servidumbre, fianza, prenda e hipó-

¹⁷ Artículo 1002.- El usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa (1984).

¹⁸ Artículo 732.-

Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario [...] (1984).

¹⁹ Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años [...] (1984).

teca, y cualquier otro acto de naturaleza patrimonial que importe restricción a la titularidad de un bien o derecho.

En ese sentido, según la legislación y la jurisprudencia, son actos de disposición la transferencia del derecho de propiedad y los actos de gravamen (las garantías reales y otros derechos reales que gravan el bien). El arrendamiento, al ser considerado como un derecho personal, no sería un acto de gravamen sobre el bien. Sin embargo, el arrendamiento es susceptible de inscripción en los registros públicos y puede extenderse por un plazo no superior a los 10 años, lo que podría significar una afectación al bien porque durante todo ese tiempo el propietario no podrá tener acceso al bien²⁰. Por esta razón algunas legislaciones distinguen respecto del arrendamiento entre actos de administración ordinaria y extraordinaria del bien, cuando el contrato de arrendamiento supera un determinado plazo. Así tenemos el artículo 1572 del Código Civil italiano que establece que el contrato de alquiler que supere los 9 años es un acto que excede la administración ordinaria. Igualmente, el artículo 1548 del Código Civil español establece que los administradores que no tengan poder especial no pueden otorgar en arrendamiento por un término que excede los 6 años.

Finalmente, el artículo 1191 del Código Civil y Comercial de Argentina establece que para celebrar contratos de locación por más de tres años se requiere facultad expresa. Nuestro Tribunal Registral también ha considerado en algunos casos que el arrendamiento constituye un acto de administración extraordinaria que requiere poder especial para ello, aunque sin señalar un plazo a partir del cual resultaría necesario este poder especial, porque nuestro Código Civil no lo establece. En la Resolución 2923-2023-SUNARP-TR el Tribunal Registral consideró que el arrendamiento constituye un acto de administración extraordinaria y que el administrador requiere poder especial para ello, al señalar lo siguiente:

Además de ello debe determinarse si el otorgar un bien en arrendamiento constituye un acto de administración ordinaria, o si para tal efecto se requiere de poder especial, por ser de administración extraordinaria. [...] Ello significa que, el que una persona tenga poder general

de otra, no implica que tenga facultad para arrendar, porque para realizar este acto se requiere de facultad especial. Es pues un acto de administración extraordinaria, no dispositivo, por lo que, para su celebración se requiere de facultades expresamente concedidas y para su otorgamiento no necesariamente se requiere de la formalidad exigida por el artículo 156 del Código Civil. (2023, Fundamento 11)

En consecuencia, si bien el arrendamiento no podría ser considerado como un acto de disposición o de gravamen, porque no tiene las características similares a estos, en algunos casos, puede asemejarse a ellos cuando el plazo resulte largo, razón por la cual debería considerarse que se trata de actos de administración extraordinaria y exigirse facultad expresa al administrador o apoderado para arrendar un bien cuando se supere determinado plazo; tal como sucede con algunas legislaciones en el derecho comparado. Quizá este plazo mayor podría ser cuando se supere los 3 años; o 6 años si es que se quisiera modificar el artículo 1688 del Código Civil y ampliar el plazo máximo de duración del contrato de arrendamiento.

Ahora bien, no debe confundirse la exigencia de facultad expresa que se requeriría para los actos de administración extraordinaria con la autorización judicial que se requiere a los padres para arrendar los bienes de los menores por un plazo mayor de 3 años, a que se refiere el artículo 448, inciso 1 del Código Civil²¹ (igual exigencia está prevista para los tutores en el artículo 532 del mismo Código). Esta autorización judicial es para proteger los bienes de los menores más que por un tema de expresar voluntad.

A. Personas autorizadas para arrendar

En principio, puede otorgar en arrendamiento todo aquel que tenga el derecho de disfrute de un bien (*ius frutendi*), es decir, aquel que tenga derecho a percibir los frutos de un bien, que comprenda los frutos civiles. De esta manera, el propietario puede otorgar un bien en arrendamiento porque goza de los atributos de uso y de disfrute, salvo que hubiera cedido estos derechos en vía de usufructo (nudo propietario). Igualmente, puede otorgar en arrendamiento el usufructuario porque goza del derecho de uso y de disfrute del bien, con-

²⁰ En este sentido se pronuncia el profesor Díez-Picazo quien sostiene lo siguiente:

Por esta razón, la regla no parece aplicable en aquellos casos en que el arrendamiento resulta especialmente oneroso y gravoso, o no concorde con lo que se ha llamado modo normal de explotación. Esta especial onerosidad puede resultar del tiempo por el que el arrendamiento se pacte (por ejemplo, veinte años) (2010, p. 263).

²¹ Artículo 448.- Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: 1.- Arrendar sus bienes por más de tres años (1984).

forme al artículo 999 del Código Civil²². El usuario y la persona que goza del derecho de habitación no pueden ceder el bien en arrendamiento porque su derecho es de carácter personalísimo, conforme al artículo 1029 del Código Civil²³. El arrendatario o inquilino no puede ceder su contrato o subarrendar el bien, porque no tiene derecho a percibir los frutos civiles sobre el bien, salvo que hubiera sido autorizado por el propietario o arrendador.

1. El arrendamiento efectuado por el administrador

En cuanto al administrador de un bien, el artículo 1667 del Código Civil señala que puede dar en arrendamiento el que tenga esa facultad respecto de los bienes que administra. Mientras que el artículo 1491 del Código Civil de 1936 señalaba que puede dar bienes en locación el que por ley o pacto tenga esa facultad respecto de los bienes que administra. Ambas normas parecen configurar al arrendador desde un punto de vista del administrador; sin embargo, existen otras personas autorizadas para dar en arrendamiento, conforme lo hemos visto anteriormente. Sin perjuicio de ello, el artículo 1667 del Código Civil, al igual que el artículo 1491 del Código Civil de 1936, parecen considerar al arrendamiento como un acto de administración, de allí la referencia al administrador exclusivamente. El término administrador es un concepto amplio ya que admite un administrador judicial, es decir, nombrado por un juez, un administrador legal, designado por la norma, como en el caso de los padres o los tutores por los bienes de los menores, o un administrador de carácter contractual instituido por voluntad del propietario. Si consideramos la administración judicial, existen diferentes supuestos y corresponderá a cada proceso específico la regulación correspondiente.

Así, por ejemplo, en el caso del embargo en forma de administración, el artículo 671 del Código Procesal Civil concede una serie de facultades al administrador de gerenciar la empresa, lo que podría comprender, en su caso, el arrendamiento; por su parte, el artículo 769 del mismo Código²⁴ regula la administración judicial de los bienes de las personas que carecen de padres, tutores o cu-

radores, los ausentes y de los bienes sujetos a copropiedad, remitiendo las atribuciones a las normas del Código Civil y a las que el juez apruebe. En el caso de la administración legal, el artículo 448, inciso 1²⁵, y el artículo 532, inciso 1²⁶, del Código Civil, conceden a los padres o a los tutores la facultad de administración ordinaria, y pueden dar el bien en arrendamiento por un plazo no mayor de 3 años, requiriendo autorización judicial si el plazo fuera mayor.

En el caso del administrador contractual, la realidad es que es un apoderado que se rige por el poder otorgado y las disposiciones del Código Civil. En principio, hay que considerar que el arrendamiento no es un acto de disposición, por lo que no se requiere del otorgamiento del poder por escritura pública que exige el artículo 156 del Código Civil, salvo que se requiera inscribir el poder en cuyo caso es exigible la escritura pública por exigencia del artículo 2010 del Código Civil. En segundo término, en ausencia de facultad expresa para poder arrendar el bien, surge la interrogante de si bastaría con haberse otorgado facultades de administración del bien o si se requiere facultad precisa. Si consideramos al arrendamiento como un acto de administración, bastaría un poder general para otorgar el bien en arrendamiento, conforme al artículo 155 del Código Civil que señala que el poder general solo comprende los actos de administración.

El Tribunal Registral ha considerado en algunos casos que el arrendamiento constituye un acto de administración y no se requiere poder especial para ello (Resolución 4881-2022-SUNARP-TR); sin embargo, en última jurisprudencia lo está considerando como un acto de administración extraordinaria y por tanto, exige un poder especial para ello (Resolución 2923-2023-SUNARP-TR). Consideramos que la interpretación de administración extraordinaria debería considerarse cuando el plazo de arrendamiento sea largo como sucede en algunos códigos, pero cuando no se supere dicho plazo debería considerarse como un acto de administración ordinaria; para lo cual debería modificarse el Código Civil para precisar a partir de cuanto el arrendamiento se considera como un acto administración extraordinaria.

²² Artículo 999.- El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno [...] (1984).

²³ Artículo 1029.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

²⁴ Artículo 769.- A falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad, procede designar administrador judicial de bienes (1993).

²⁵ Artículo 448.- Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: 1.- Arrendar sus bienes por más de tres años (1984).

²⁶ Artículo 532.- El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para: 1.- Practicar los actos indicados en el artículo 448 (1984).

2. El arrendamiento de un bien indiviso

En cuanto al arrendamiento de un bien indiviso o sujeto a un régimen de copropiedad, se requiere la intervención de todos los copropietarios, conforme lo establece el artículo 971, inciso 1 del Código Civil²⁷, al igual que el artículo 1669 del mismo Código²⁸. Ahora bien, si es que uno o varios de los copropietarios arriendan el bien sin autorización de los demás, es un acto que resultaría válido²⁹, pero ineficaz, sujeto a la ratificación de los demás copropietarios. Aunque el artículo 1669 del Código Civil hace la referencia a que la validez se encuentra sujeta a que el arrendamiento se encuentre ratificado por los demás copropietarios, el término correcto es eficacia. De otro lado, cabe preguntarse si resulta suficiente para dar en arrendamiento que uno de los copropietarios haya otorgado a otro poder para administrar un bien indiviso. Si consideramos que el arrendamiento es un acto de administración ordinaria, no se requeriría facultad expresa para poder arrendar, en cambio si consideramos un acto de administración extraordinaria, sí se requeriría esta facultad expresa, conforme lo hemos señalado anteriormente. Consideramos que debería precisarse en nuestro Código Civil a partir de cuando resultaría exigible facultad expresa para poder dar un bien arrendamiento. Mientras tanto debería considerarse como un acto de administración extraordinaria, porque el apoderado podría comprometer el bien hasta por 10 años.

3. El arrendamiento de un bien sujeto al régimen de sociedad de gananciales

Con relación al arrendamiento de un bien sujeto al régimen de sociedad de gananciales, se requiere la intervención de ambos cónyuges para poder arrendar un bien social. El artículo 313 del Código Civil³⁰ establece que corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha admi-

nistración respecto de todos o algunos bienes. Por su parte, el artículo 314 del Código Civil establece que la administración de los bienes de la sociedad corresponde a uno de los cónyuges cuando el otro hubiera hecho abandono del hogar conyugal o se presenten los supuestos de los incisos 1 y 2 del artículo 294 del Código Civil; es decir, si el otro cónyuge se encuentre impedido por interdicción (reclusión por ejemplo) u otra causa, o se ignora su paradero o se encuentra en lugar remoto (desaparición o se encuentra fuera del país, por ejemplo).

De esta manera, conforme al artículo 313 del Código Civil, concordante con el artículo 314 del mismo Código, se requiere la autorización de ambos cónyuges para poder arrendar un bien social; y solo excepcionalmente en caso de ausencia o impedimento de un cónyuge el otro puede arrendarlo sin su intervención. Ahora bien, el artículo 292 del Código Civil³¹ considera que para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Sin embargo, consideramos que esta norma debería entenderse para los actos de administración ordinaria, lo que no aplicaría para el contrato de arrendamiento que consistiría en un acto de administración extraordinaria.

El Tribunal Registral ha considerado que deben intervenir ambos cónyuges para dar el bien social en arrendamiento, conforme parece entenderse de la Resolución 368-2011-SUNARP-TR-L, en la que consideró que no resulta exigible la intervención de ambos cónyuges cuando se haya efectuado la separación de patrimonios, es decir, cuando el bien se ha convertido en propio, más no cuando se trata de bienes sociales. Por su parte la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, en un caso sobre nulidad de acto jurídico (Casación 2967-2011-Huaura), que no es necesaria la intervención de ambos cónyuges para dar el bien en arrendamiento cuando el otro cónyuge haya salido del país para radicar en otro lugar, aplicando el supuesto previsto en el

²⁷ Artículo 971.- Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1.- Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él (1984).

²⁸ Artículo 1669.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás participes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente (1984).

²⁹ El arrendamiento otorgado por uno de los copropietarios sin autorización de los demás es un acto válido si es que se hubiera expresado que el bien está sujeto a copropiedad, pero si se hubiera invocado el bien como de propiedad exclusiva podría ser susceptible de anulación por causal de engaño. En ambos casos el acto está sujeto a ratificación o convalidación de los demás copropietarios.

³⁰ Artículo 313.- Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos (1984).

³¹ Artículo 292.- [...] Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges (1984).

inciso 2 del artículo 294 del Código Civil³², que establece que corresponde a uno de los cónyuges la administración de los bienes de la sociedad cuando el otro se encuentra en lugar remoto. Es decir, fuera de los supuestos de impedimento o ausencia se requiere la intervención de ambos cónyuges para dar el bien social en arrendamiento.

Por otro lado, surge la interrogante si para arrendar un bien a nombre de la sociedad conyugal basta con el otorgamiento de facultades de administración al otro cónyuge o si se requiere facultad expresa para poder arrendar. Si consideramos el arrendamiento como un acto de administración ordinaria sería suficiente el otorgamiento de facultades de administración; pero si consideramos como un acto de administración extraordinaria se requería facultad expresa. Consideramos que si el arrendamiento puede comprometer un bien hasta por diez años sería un acto de administración extraordinaria.

4. El arrendamiento de bienes de menores de edad y de las personas con discapacidad que no pueden expresar voluntad

Con relación a los bienes de los menores de edad, el artículo 448, inciso 1 del Código Civil, autoriza a los padres que ejercen la patria potestad a arrendar los bienes por un plazo no superior a 3 años; si el plazo fuera mayor se requiere autorización judicial. Igual regla se aplica cuando los menores se encuentren sujetos a tutela, en cuyo caso el tutor podrá arrendar sus bienes por un plazo no superior a 3 años y si el plazo fuera mayor se requiere autorización judicial, conforme al artículo 532 del Código Civil.

En el caso de las personas mayores de edad, con la promulgación del Decreto Legislativo 1384, De-

creto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, hay que distinguir entre aquellos que tienen capacidad de ejercicio restringida (reguladas por el artículo 44 del Código Civil³³) y las personas con discapacidad que no pueden manifestar voluntad, es decir, aquellas personas que se encuentran privadas de discernimiento. En el caso de las personas con capacidad de ejercicio restringida (los pródigos, los malos gestores, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren de pena con interdicción civil), el artículo 564 del Código Civil³⁴ ha mantenido la curatela para ellos; en cuyo caso los curadores están facultados para arrendar los bienes del que se encuentra con capacidad de ejercicio restringida, siempre que sea por un plazo no mayor de 3 años; si el plazo fuera mayor se requeriría autorización judicial, conforme al artículo 568 del Código Civil que remite la curatela a las normas de la tutela.

En el caso de personas con discapacidad que no pueden manifestar voluntad, el artículo 45-B del Código Civil establece que contarán con apoyo nombrado judicialmente y la fijación de salvaguardias. Surge la interrogante si el apoyo designado judicialmente puede arrendar los bienes de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad, porque no existe una remisión a las normas sobre tutela que señala el artículo 568 del Código Civil. Sin embargo, consideramos que sí podría aplicarse supletoriamente la norma y que el apoyo podría arrendar el bien de la persona con discapacidad por un período no superior a 3 años; si el plazo fuera mayor a tres años se requeriría necesariamente autorización judicial.

Para el caso de los bienes de los incapaces en general, el artículo 1688 del Código Civil³⁵ establece que el arrendamiento no puede ser superior de seis

³² Artículo 294.- Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad:

2.- Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto (1984).

³³ Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1.- Los mayores de diecisésis y menores de dieciocho años de edad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad (1984).

³⁴ Artículo 564.- Personas sujetas a curatela

Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8 (1984).

³⁵ Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años.

Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años (1984).

años. Cabe preguntarse a qué tipo de incapaces se refiere la norma cuando el concepto de capacidad ha sido modificado por el Decreto Legislativo 1384. En principio, sería el caso de los menores de edad, cuyos padres o tutores no podrían arrendar el bien por más de seis años, ni siquiera con autorización judicial. En el caso de los mayores de edad, se aplicaría para los que tienen capacidad de ejercicio restringida y se encuentran sujetos a curatela, en cuyo caso no se podría arrendar el bien por más de seis años, ni siquiera con autorización judicial. Finalmente, aquellas personas con discapacidad que no pueden expresar voluntad, sus apoyos no podrían arrendar el bien por un plazo superior a seis años, ni siquiera con autorización judicial. Este plazo máximo del contrato de arrendamiento para personas con discapacidad no aplicaría para los casos de personas con discapacidad que sí pueden expresar voluntad. Su discapacidad en este caso sería sobre todo física y si fuera mental no excluye la manifestación de voluntad.

B. Personas impedidas para recibir un bien en arrendamiento

Las personas impedidas de recibir un bien en arrendamiento son aquellas que no pueden ser inquilinas o arrendatarias. El artículo 1668 del Código Civil señala que “no pueden tomar en arrendamiento: i) el administrador respecto de los bienes que administra; y ii) aquel que por ley está impedido” (1984). La norma tiene su antecedente en el artículo 1493 del Código Civil de 1936 que prohibía ser arrendatario a los mandatarios respecto de las cosas encomendadas, salvo autorización del mandante, y al administrador respecto de los bienes que administraba.

El primer supuesto de prohibición de ser arrendatario del artículo 1668 es del administrador de los bienes. La norma no distingue a qué tipo de administrador se refiere. Si al administrador judicial, al legal o al contractual. Si fuera el administrador legal, existen normas expresas que prohíben a los representantes legales a tomar los bienes en arrendamiento. El artículo 538 del Código Civil³⁶ prohíbe a los tutores tomar en arrendamiento los bienes

del menor; norma que se aplica también en el caso de los curadores, conforme al artículo 568 del Código Civil, por los bienes de aquellas personas que tienen capacidad de ejercicio restringida (pródigos, malos gestores, ebrios habituales, toxicomanos, los que llevan anexa pena de interdicción).

En el caso del administrador judicial consideramos que también existe prohibición que tome en arrendamiento los bienes del administrado, porque el artículo 775 del Código Procesal Civil señala que el administrador judicial está sujeto a las prohibiciones que señala el Código Civil; y el inciso 8 del artículo 1366 del Código Civil³⁷ establece que no pueden adquirir derechos reales quienes por autoridad pública administren bienes ajenos. Para el caso del administrador contractual, el artículo 1668 del Código Civil ha eliminado la prohibición de ser arrendatarios de los mandatarios, pero se mantiene la prohibición del artículo 166 del Código Civil de que no se puede celebrar contrato consigo mismo, a menos que el poderdante lo hubiera autorizado, es decir el apoderado no podría celebrar un contrato a su favor para ser arrendatario, salvo que su poderdante lo hubiera autorizado.

El segundo supuesto de prohibición de ser arrendatario es cuando existe prohibición legal. Es el caso del artículo 1366 del Código Civil que establece la prohibición a algunas personas de adquirir derechos reales respecto de ciertos bienes. Aunque la norma se refiere a la adquisición de derechos reales, está comprendida también el derecho de posesión, conforme lo señalaba el profesor Manuel De la Puente y Lavalle³⁸, porque si bien el arrendamiento otorga un derecho personal (*ius possidendi*), sin embargo se manifiesta en un derecho real (*ius possessionis*). En ese sentido, no podrían tomar en arrendamiento el Presidente de la República, los ministros, congresistas y otras autoridades nacionales respecto de los bienes públicos nacionales. Igualmente, los alcaldes y gobernadores regionales respecto de los bienes públicos de su jurisdicción. Los jueces o fiscales respecto de los bienes que hayan intervenido en razón de su función. Los abogados respecto de los bienes que hubieran patrocinado hasta un año de concluido el

³⁶ Artículo 538.- Se prohíbe a los tutores:

1.- Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor (1984).

³⁷ Artículo 1366.- No pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta:

8.- Quienes por ley o acto de autoridad pública administren bienes ajenos, respecto de dichos bienes (1984).

³⁸ En ese sentido, De la Puente señala:

Resulta así que las personas consideradas en el artículo 1366 están prohibidas de adquirir no únicamente la propiedad de los bienes, sino también la copropiedad (con excepción de los casos contemplados en los incisos 6 y 7), la posesión, el usufructo, el derecho de superficie, las servidumbres, la prenda, la anticresis, la hipoteca y el derecho de retención sobre los bienes allí mencionados (2007, p. 425).

proceso. Los albaceas respecto de los bienes que administran. Los que administren bienes ajenos designados por ley o por autoridad pública, es el caso del administrador judicial. Finalmente, los mediadores, martilleros o peritos respecto de los bienes que hubieran intervenido hasta un año después de su intervención.

Un tema pendiente es si los apoyos pueden tomar en arrendamiento los bienes de las personas que sufren de discapacidad. Si fueran personas con discapacidad que no puedan expresar voluntad, como los apoyos son designados judicialmente, existe prohibición de que estos puedan tomar en arrendamiento los bienes ajenos que administren, conforme al inciso 8 del artículo 1366 del Código Civil. Si fueran apoyos de personas que si pueden expresar voluntad, consideramos que debe existir autorización expresa de estas para que el apoyo pueda tomar el bien en arrendamiento.

IV. EL SUBARRENDAMIENTO

El subarrendamiento es un subcontrato por medio del cual el arrendatario celebra como arrendador un nuevo contrato de arrendamiento con un tercero respecto del mismo bien o parte de él, adquiriendo en este nuevo contrato el arrendatario la calidad de subarrendador y el tercero la calidad de subarrendatario. El artículo 1523 del Código Civil de 1936 facultaba al arrendatario a subarrendar el bien, salvo que se le hubiera prohibido en el contrato³⁹. La mayoría de códigos civiles en el derecho comparado autoriza al arrendatario a subarrendar el bien, siempre que no exista prohibición en contrario. Así tenemos el artículo 1717 del Código Civil francés, el artículo 1594 del Código Civil italiano, el artículo 1214 del Código Civil y Comercial de Argentina, y anteriormente el artículo 1583 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield.

El artículo 1681, inciso 9 del Código Civil de 1984⁴⁰ prohibió al arrendatario a subarrendar el bien, total o parcialmente, sin que tuviera asentimiento escrito del arrendador; mientras que el artículo 1692 del mismo Código define el contrato de subarrendamiento y establece que se debe contar con el asentimiento escrito del arrendador. La norma no establece el tiempo y la forma de esta autorización escrita, pudiendo efectuarse en el mismo contrato de arrendamiento, o en el subarrendamiento o

en cualquier escrito posterior (Bigio, 1997, p. 124-125). En cuanto a la forma de la autorización, la formalidad escrita sería *ad probationem*, porque no se establece la forma bajo sanción de nulidad.

Las razones por las cuales se prohibió el subcontrato de arrendamiento, salvo autorización del arrendador, fueron porque era motivo de especulación por parte del arrendatario que lo alquilaba a mayor precio; y porque cuando se le alquilaba era por sus características personales, conforme lo afirmaba el profesor Jack Bigio Chrem (Bigio, 1997, p. 123). En efecto, cuando el arrendador negocia con el futuro inquilino, lo natural es que analice sus características personales y económicas, para saber quién o quienes van a ocupar el bien y si tienen la capacidad para poder pagar la renta. Adicionalmente, si se autorizara libremente el subarrendamiento, ello podría generar especulación en cuanto a los precios del alquiler de las viviendas y de los locales comerciales o industriales.

Otro tema polémico respecto del subarrendamiento es el referido a la relación del arrendador con el subarrendatario, especialmente en el caso en que el arrendatario no cumpla con sus obligaciones frente al arrendador. La mayor parte de códigos civiles considera que el arrendador tiene una acción directa contra el subarrendatario por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, sea por las obligaciones de conservación y mantenimiento del bien, así como por el pago de la renta convenida, aunque en este último caso solo hasta el monto de la renta fijada en el contrato de subarrendamiento. Así, por ejemplo el artículo 1595 del Código Civil italiano señala que el arrendador, sin perjuicio de sus derechos frente al arrendatario, tiene acción directa contra el subarrendatario para exigirle el precio del subarrendamiento que todavía le debe en el momento de la reclamación judicial, y para obligarle a cumplir todas las demás obligaciones que se deriven del contrato de alquiler.

Igualmente, el artículo 1551 del Código Civil español establece la obligación del subarrendatario frente al arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada; mientras que el artículo 1552 del mismo Código señala que el subarrendatario queda también obligado frente al arrendador por el precio convenido en el contrato de subarrendamiento. El artículo

³⁹ Incluso se podría subarrendar contra la voluntad del arrendador, cuando el arrendatario propusiera un subarrendatario que goce de solvencia y buen crédito (artículo 1524), lo cual era muy subjetivo respecto de cuando se encontraba en dicha situación.

⁴⁰ Artículo 1681.- El arrendatario está obligado:

[...]

9.- A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador (1984).

1753 del Código Civil francés establece también la responsabilidad del subarrendatario frente al arrendador hasta por el precio del subarrendamiento. Finalmente, el artículo 1216 del Código Civil y Comercial de Argentina establece una acción directa del arrendador contra el subarrendatario por el cobro de la renta del arrendatario hasta el límite de la renta del subarrendamiento.

Entre el contrato de arrendamiento y el subcontrato de arrendamiento existen diversas obligaciones derivadas de cada contrato: por un lado, las obligaciones del arrendatario (pagar la renta, los servicios públicos, a cuidar el bien, a no introducir mejoras, entre otros); y por otro lado, las obligaciones del subarrendatario (pagar su renta, los servicios públicos, a cuidar el bien, no introducir mejoras, entre otros). En principio, la mayor parte de los códigos civiles establece una acción directa del arrendador contra el subarrendatario por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario y por el pago de la renta hasta el límite de la renta del subarrendamiento. Pero no establecen una acción directa del arrendador contra el subarrendatario por las obligaciones derivadas del subcontrato de arrendamiento, salvo el caso del artículo 1216 del Código Civil y Comercial de Argentina.

El artículo 1693 de nuestro Código Civil⁴¹ no ha establecido una acción directa del arrendador contra el subarrendatario por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario, sino que ha establecido que el subarrendatario responde solidariamente frente al arrendador por todas las obligaciones del arrendatario, sin establecer ningún límite. El doctor Soria Aguilar expresa al respecto lo siguiente:

Sobre el particular nosotros entendemos que la solidaridad expresada por el Código Civil abarca la totalidad de la obligación existente en cabeza del arrendatario respecto del arrendador, dado que la norma no se refiere a la acción directa ni otorga elementos que restrinjan la solidaridad expresamente señalada. (2014, p. 512)

De esta manera, si el arrendamiento es por una renta de S/ 1 000 y el subarrendamiento es por S/ 500 soles, el subarrendatario debe responder frente al arrendador por los S/ 1 000. Ahora bien, el artículo 1693 del Código Civil debe ser interpretado con un criterio de razonabilidad, siempre y cuando el bien materia de subarrendamiento sea exactamente igual porque puede suceder que se ha subarrendado parte del bien y no resultaría razonable que el subarrendatario responda frente al arrendador por una extensión del bien que no se

encuentra ocupando. Sin embargo, consideramos que la obligación solidaria del subarrendatario frente al arrendador por las obligaciones del arrendatario resulta la adecuada con la finalidad de garantizar el pago de la renta y las obligaciones del contrato de arrendamiento. Establecer un límite a la responsabilidad del subarrendatario frente al arrendador podría generar que se pacte o simule una menor renta del subarrendatario para eludir sus obligaciones.

Por otro lado, lo que sí constituye un vacío de nuestro Código Civil es que la responsabilidad solidaria del subarrendatario frente al arrendador por las obligaciones del arrendatario, prevista en el artículo 1693 del Código Civil, solamente se aplica si es que el arrendador hubiera autorizado el subcontrato de arrendamiento. Así lo señalaba el profesor Jack Bigio Chrem, quien afirmaba lo siguiente: "Este numeral supone que el arrendador haya autorizado debidamente al arrendatario para subarrendar" (1997, p. 127). De esta manera, no existiría responsabilidad solidaria del subarrendatario si es que el arrendador no hubiera autorizado el subarrendamiento; lo cual podría convertirse en un incentivo para que el arrendatario subarriende, porque de esta manera se podría eludir la responsabilidad del subarrendatario.

Además, significaría contravenir la voluntad del arrendador, quien se vería forzado a autorizar el subarrendamiento para dirigirse contra el subarrendatario. En ese sentido, consideramos que debería modificarse el artículo 1693 del Código Civil para establecer que la obligación solidaria del subarrendatario ante el arrendador se aplica por las obligaciones del arrendatario haya o no autorizado el subcontrato de arrendamiento. Se trataría de una solidaridad de fuente legal exclusivamente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de arrendamiento.

V. DURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es un contrato de naturaleza temporal sujeto a un plazo de duración. Este plazo puede ser determinado cuando las partes así lo han establecido; por ejemplo, por un año, dos años, etc. Puede ser a plazo indeterminado cuando las partes no lo han fijado y corresponde al legislador determinar cuándo se entiende por vencido el contrato. La importancia del plazo final en el contrato de arrendamiento es para efectos de determinar cuándo se entiende por vencido

⁴¹ Artículo 1693.- Tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario (1984).

el contrato y a partir de cuándo el arrendatario ya no tiene derecho a poseer el bien y procede la demanda de desalojo. A continuación vamos a desarrollar los plazos de duración del contrato de arrendamiento, sea a nivel del derecho comparado y en nuestro Código Civil.

A. Contrato de arrendamiento de duración determinada

El arrendamiento de duración determinada ocurre cuando existe un plazo fijo de duración del contrato o cuando existe un plazo cierto o determinado de cuando va a finalizar el contrato. El contrato a plazo fijo es, por ejemplo, cuando el arrendamiento es por un mes, un año, o hasta un máximo de 10 años según lo establece el artículo 1688 de nuestro Código Civil⁴². Cualquier exceso del plazo máximo se entiende reducido a ese máximo legal. El plazo máximo de duración del contrato de arrendamiento es solamente para contratos de duración determinada, porque en el caso de duración indeterminada en cualquier momento se puede dar por concluido el contrato (artículo 1703 del Código Civil⁴³).

La otra forma de duración determinada del contrato de arrendamiento sucede cuando existe un plazo cierto o determinado, es decir, aun cuando no se señale el término final del contrato de arrendamiento, se puede determinar por la finalidad u el objeto del contrato. Son los casos de los contratos por una finalidad específica o por temporada. El artículo 1689 del Código Civil señala que hay también duración determinada: i) cuando el arrendamiento tenga una finalidad específica, se entiende pactado por el tiempo necesario para llevarlo a cabo; por ejemplo, cuando se realiza una convención minera o una feria de libros, etc., se sabe cuánto es el tiempo que durarán dichos eventos; ii) cuando se trata de predios ubicados en lugares por temporada, se entiende que el arrendamiento es por una temporada; por ejemplo los alquileres de casas de playa o de campo; sin embargo, en este caso es más difícil considerar la fecha de término del contrato, porque el clima de las estaciones suele variar y además hay la costumbre de alquilar por plazos menores.

B. Contrato de arrendamiento de duración indeterminada

El arrendamiento de duración indeterminada ocurre cuando las partes no han fijado un plazo de duración del contrato de arrendamiento. Se conoce también como contrato de arrendamiento de

duración indefinida. La mayor parte de los códigos civiles suplen esta ausencia de plazo a través de normas supletorias, presumiendo un determinado plazo fijo o de acuerdo a la naturaleza o al uso del bien, durante el cual no se le podría dar término. Ello considerando también que el arrendamiento está asociado a un tema de vivienda y las normas que se han dictado tienen generalmente un carácter tutivo para el arrendatario. Excepcionalmente, se ha considerado que el contrato de arrendamiento de duración indeterminada puede ser concluido en cualquier momento por cualquiera de las partes. El profesor Vicenzo Roppo señala respecto de esta última opción del contrato de duración indeterminada:

Para algunos contratos, la ley admite que el contrato no contenga ningún plazo; entonces este es de duración indeterminada, y produce sus efectos jurídicos indefinidamente, hasta que no sobrevenga una causa de cesación de los mismos; tal causa puede ser por ejemplo, una resolución, o una separación unilateral. (2009, p. 597)

En ese sentido, existen dos opciones frente al contrato de duración indeterminada: una que suple a través de un plazo supletorio; y otra que establece que en cualquier momento se puede dar término dando aviso a la otra parte. Veamos a continuación qué opciones se ha tomado en el derecho comparado y cómo ha sido recogido en nuestro Código Civil de 1984 y, en su antecedente, el Código Civil de 1936.

1. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil francés

El artículo 1758 del Código Civil francés suple la ausencia del plazo de duración del contrato con un plazo supletorio o en su defecto según el uso del local, señalando lo siguiente:

El arrendamiento de departamento amoblado se supone que se hace por un año, cuando se hacía por esa cantidad al año; por meses, cuando se hacía a tanto por mes, de día, cuando se hacía tanto por día; si no se acredita que el arrendamiento se realiza a razón del año, de mes o día, se entenderá que el arrendamiento se realiza según el uso del local (1804).

2. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil italiano

El artículo 1574 del Código Civil italiano suple la ausencia del plazo del contrato de arrendamiento

⁴² Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años (1984).

⁴³ Artículo 1703.- Se pone fin a un arrendamiento de duración indeterminada dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (1984).

por un plazo de un año cuando se trata de casas no amobladas o habitaciones para el ejercicio de profesión o industria (Padovini, 2014, p. 980); y según se pague la renta para el caso de departamentos amoblados. El artículo 1574 señala lo siguiente:

Cuando las partes no hayan determinado la duración del arrendamiento, se considerara pactado: 1) Si se trata de casas sin muebles o habitaciones para el ejercicio de la profesión, industria u oficio, por la duración de un año, salvo los usos locales; 2) en el caso de habitaciones o departamentos amoblados, por la duración correspondiente a la unidad de tiempo a que sea proporcional el alquiler. (1942)

3. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil español

En el caso del Código Civil español, se distingue entre predios rústicos y predios urbanos para la supletoriedad del plazo. Si se trata de predios rústicos, el artículo 1577 del mismo Código entiende que es por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que la finca diera en un año o que pueda dar por una vez aunque pasen dos o más años para obtenerlos. En el caso que se tratara de predios urbanos, el artículo 1581 consideraba lo siguiente:

Si no se hubiera fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término. (1889)

4. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil alemán

El artículo 542 del Código Civil alemán⁴⁴ regula el contrato de arrendamiento de duración indeterminada, señalando que si no se especifica el período de alquiler, cada parte contratante puede rescindirlo o resolverlo de conformidad con las disposiciones legales. Es decir, ante la ausencia de plazo, no se suple por otro, sino que se otorga a las partes el derecho a ponerle término en cualquier momento.

5. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil peruano de 1936

En el Código Civil de 1936 se hacía la distinción entre arrendamiento de una heredad y el arren-

damiento de casas. El arrendamiento por heredad era esencialmente de predios rústicos y en caso de ausencia se entendía por un año rural. El artículo 1496 de dicho Código Civil establecía lo siguiente: “Se entiende que el arrendamiento de una heredad es por el año rural. Este se cuenta en cada lugar y para cada clase de heredades desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra a recibirlas en arrendamiento” (1936). Ahora bien, para poner fin a este contrato, cualquiera de las partes debía dar aviso con un anticipación de seis meses. El artículo 1495 de dicho Código señalaba lo siguiente: “Cuando no se fijó la duración del arrendamiento de una heredad, cualquiera de las partes que se decida a terminar el contrato, lo avisará a la otra con anticipación de seis meses” (1936). En el caso de arrendamiento de casas, el contrato de duración indeterminada se entendía efectuado en los plazos según se pague la renta. Si el pago era anual se consideraba por un año, si era mensual por un mes y así sucesivamente. El artículo 1497 del Código Civil de 1936 establecía lo siguiente:

El alquiler de casas por tiempo indeterminado se reputa ser por años, semestres o meses, según se pague la renta al año, al semestre o mensualmente. Sin embargo no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato.

Es decir, para poner fin a un contrato de arrendamiento de duración indeterminada respecto de una casa se requería hacer un aviso previo antes de que se generara el nuevo plazo.

6. El arrendamiento de duración indeterminada en el Código Civil peruano de 1984

El Código Civil de 1984 no contiene una definición de contrato de arrendamiento de duración indeterminada. Debería entenderse por oposición al contrato de duración determinada. Es decir, cuando el contrato de arrendamiento carece de plazo de duración o cuando ex profesamente se ha pactado como de duración indefinida. Ahora bien, puede suceder que no se haya pactado un plazo del contrato, pero sí se haya establecido la forma de pago de la renta: que la renta sea pagada en forma mensual, semestral o anual.

En ese sentido, el artículo 1690 del Código Civil de 1984, al igual que el artículo 1497 del Código

⁴⁴ Artículo 542: Fin del contrato de arrendamiento

(1) Si no se ha determinado un período de alquiler, cada parte contratante puede rescindir el contrato de arrendamiento de acuerdo con las disposiciones legales.

(2) Un contrato de arrendamiento celebrado por un período específico finaliza al término de dicho período, a menos que: Se rescinda de manera extraordinaria en los casos permitidos por la ley, o se prorrogue (1900).

Civil de 1936, suple la falta de plazo del contrato de arrendamiento señalando que el contrato se reputa por meses u otro período, según se pague la renta. Pero, a diferencia del artículo 1497 del Código Civil de 1936, se ha eliminado la referencia a que para poner fin al contrato debe darse el aviso previo antes de que se generará el nuevo período. Muy por el contrario, el artículo 1703 del Código Civil de 1984 establece que el contrato de duración indeterminada se puede poner fin en cualquier momento, por cualquiera de las partes, dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante.

Es decir, nuestro Código Civil de 1984 ha reconocido dos fuentes respecto del contrato de arrendamiento de duración indeterminada. Por un lado, el artículo 1690 que reputa o suple el contrato de arrendamiento por el período según se pague la renta; al igual que el artículo 1497 del Código Civil de 1936. Y por otro lado, el artículo 1703 que establece que se puede poner fin al contrato de arrendamiento de duración indeterminada en cualquier momento, dando aviso a la contraparte.

Quizá esta confusión del Código Civil de 1984 y la reminiscencia al Código Civil de 1936 es lo que ha generado que en muchas casaciones de la Corte Suprema de Justicia se haya considerado que, cuando vence el contrato de duración determinada, se convierte en duración indeterminada, como veremos más adelante.

VI. VENCIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El vencimiento del contrato de arrendamiento es una forma de conclusión del contrato de arrendamiento vinculada al plazo o duración. Existen otras formas de conclusión del contrato como la resolución por incumplimiento o por imposibilidad, entre otros. Pero el vencimiento está asociado al plazo. Se trata de un plazo o término final del contrato de arrendamiento. El profesor Vincenzo Roppo señala al respecto lo siguiente: "El problema del plazo final se plantea esencialmente en los contratos de duración, es decir, de ejecución continuada o periódica" (2009, p. 597). Se trata de un plazo resolutorio (Lorenzetti, 2007, p. 362) porque concluido el plazo se resuelve el contrato de arrendamiento. Aunque la mayoría de la doctrina considera que con el plazo final se extingue el vínculo o la relación obligatoria.

En ese sentido, el profesor Lorenzetti señala lo siguiente: "El plazo en la locación es resolutorio, de modo que su cumplimiento extingue el vínculo" (2007, p.362). De igual modo, el profesor Díez-Picazo sostiene lo siguiente: "El término final es un determinado momento que marca la expiración

de la relación obligatoria. El término final aparece ante todo como el momento que pone fin a la relación" (1996, p. 328). En Perú, el profesor Castillo Freyre ha sostenido lo siguiente: "El artículo 1699 se explica por sí solo, en la medida que el plazo resolutorio implica que, al vencer su término final, el contrato deja de producir efectos" (2021, p. 313).

Sin embargo, propiamente, cuando vence el contrato de arrendamiento, nos encontramos ante un caso de resolución de la relación obligatoria por vencimiento del plazo. Se aplicarán los efectos de la resolución de un contrato teniendo en consideración que nos encontramos frente a un contrato de duración. En ese sentido, se extinguirá el derecho a ocupar el bien (*ius possidendi*) y el pago de la renta se convertirá en una obligación por el uso del bien hasta su devolución definitiva. Se generará a su vez una obligación de restitución de las partes, de tal manera que el arrendatario tendrá una obligación de restitución del bien y a su vez, el arrendador deberá devolver la garantía en caso el bien se hubiera reparado y no exista renta pendiente. Ahora bien, las partes pueden haber convenido regular los efectos resolutorios del contrato de arrendamiento, por ejemplo, a través de una cláusula penal compensatoria o moratoria, por el uso del bien o por cada día de retraso, respectivamente.

En consecuencia, la resolución de un contrato de arrendamiento por el vencimiento del plazo no significa que cese cualquier relación u obligación entre las partes, cesarán los efectos propios de la duración del contrato de arrendamiento, pero se devendrán otros efectos derivados de la resolución y adicionalmente las partes también pueden convenir regular esos efectos resolutorios. Veamos ahora las diferentes formas de vencimiento del contrato de arrendamiento.

A. Vencimiento del contrato de arrendamiento de duración determinada

El contrato de arrendamiento de duración determinada vence cuando se cumple el plazo fijo o el plazo cierto o determinado, si se trata del alquiler con una finalidad específica o por temporada. En el derecho comparado se considera que el contrato de duración determinada vence automáticamente cuando concluye el plazo. Así, tenemos el artículo 1737 del Código Civil francés que señala lo siguiente: "El arrendamiento cesa automáticamente al vencimiento del plazo fijado, cuando se haya hecho por escrito, sin necesidad de aviso previo" (1804). A su vez el artículo 1596 del Código Civil italiano establece lo siguiente: "El arrendamiento por un período determinado por las partes finaliza con el vencimiento del plazo, sin necesidad de

cancelación" (1942). Mientras que el artículo 1565 del Código Civil español establece lo siguiente: "Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento" (1889). Por su parte el artículo 594 del Código Civil alemán señala que el contrato de arrendamiento finaliza al finalizar el período por el cual fue celebrado. A su turno el artículo 1604, inciso 1, del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield señalaba lo siguiente: "La locación concluye: 1) si fuese contratada por tiempo determinado, acabado ese tiempo" (1871).

En el Perú, el inciso 1 del artículo 1531 del Código Civil de 1936 establecía lo siguiente: "Se acaba el contrato de locación: 1) por concluirse el término de duración que fijaron las partes, sin que sea necesario aviso de despedida del locador, ni del conductor" (1936). Mientras que el artículo 1699 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente: "El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas" (1984).

El vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada plantea dos problemas: i) un primer problema: si el solo transcurso del plazo concluye el contrato de arrendamiento o es necesario constituir en mora; ii) un segundo problema sobre qué pasa cuando ha vencido el plazo del contrato y el arrendatario continua en la posesión del bien: ¿se entiende que continúa el contrato o se entiende que se prórroga el contrato?, ¿cuál es el nuevo vencimiento del contrato si fuera el caso?

En cuanto al tema de la mora automática del contrato de arrendamiento. El profesor argentino Lorenzetti explica las dos posiciones respecto del derecho argentino expresando lo siguiente:

La segunda cuestión que ha sido discutida es el efecto que produce el vencimiento del plazo. La regla del Derecho es que, agotado el plazo resolutorio, la mora del deudor es automática y surge la obligación de restitución (...) En contra, se ha sostenido que, en la locación, la mora no es automática, y que hay que interpelar al loca-

tario para que se produzca la mora de la obligación de entregar. (2007, pp. 440-441)

En el caso del Perú, se plantea la misma interrogante porque el artículo 1333 del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación. No hay problema de pactar la mora automática según lo establece el mismo artículo 1333 del Código Civil en su inciso 1. La mora se ha entendido como exigencia para que se configure el incumplimiento, mientras tanto existiría lo que se llama el retraso o demora⁴⁵. El artículo 1699 del Código Civil de 1984⁴⁶ parece haber contemplado un supuesto de mora automática porque señala que no se requiere el aviso previo para que se entienda vencido el contrato.

Sin embargo, la duda que se presenta es respecto del artículo 1700 del Código Civil⁴⁷, cuando señala que vencido el plazo del contrato, si es que el arrendatario permanece en el uso del bien y el arrendador no requiere la devolución del mismo, se entiende que continúa el contrato de arrendamiento bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, lo cual puede de pedir en cualquier momento. Es decir, por el artículo 1700 del Código Civil, el arrendatario que continúa en la posesión del bien no se considera que sea un deudor moroso, sino que mantiene su derecho a ocupar el bien (*ius possidendi*), hasta que el arrendador pida su devolución; exigencia que podría ser considerada como una forma de constitución en mora. El artículo 1700 del Código Civil tiene mayores alcances porque plantea la discusión: ¿cuál es la regulación cuando el arrendatario continúa en posesión del bien y el arrendador no le ha requerido la devolución?: ¿se entiende que continúa el contrato o que se prórroga el mismo? Veamos a continuación cuál es la regulación en el derecho comparado y en el Perú.

1. La tácita reconducción o la prórroga tácita del contrato de arrendamiento de duración determinada

Si bien los códigos civiles en el derecho comparado consideran que el contrato de arrendamiento de duración determinada vence cuando concluye

⁴⁵ Aunque un sector de la doctrina ha considerado también que la mora solamente tiene efectos para la configuración del daño y para la transferencia del riesgo en caso de perdida del bien. Véase a Díez-Picazo, Luis, 1996, Volumen Segundo, pp. 620.

⁴⁶ Artículo 1699.- El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (1984).

⁴⁷ Artículo 1700.-

Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento. (1984)

el plazo, sin necesidad de requerimiento previo; sin embargo, la gran mayoría considera que si el arrendatario continúa en la posesión del bien y el arrendador no le ha requerido la devolución dentro de un plazo, se entiende que se prorroga el contrato de arrendamiento, pero bajo las reglas del contrato de arrendamiento de duración indeterminada. Así tenemos el artículo 1597 del Código Civil italiano que establece lo siguiente:

El contrato de arrendamiento se considera renovado si, una vez vencido su plazo, el arrendatario permanece y queda en posesión del inmueble arrendado. [...] El nuevo contrato de arrendamiento se rige por las mismas condiciones que el anterior, pero su duración es la establecida para los arrendamientos por tiempo indefinido. (1942)

La norma no establece un plazo mínimo de continuación en la posesión para que se entienda renovado el contrato. Mientras que el artículo 1566 del Código Civil español establece lo siguiente:

Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entienda que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento. (1889)

Es decir, el contrato de arrendamiento de duración determinada se convierte en un contrato de duración indeterminada, si es que no existe requerimiento de devolución dentro de un plazo de 15 días de vencido el contrato⁴⁸.

En esa misma línea, el artículo 545 del Código Civil alemán establece lo siguiente:

Si el inquilino continúa utilizando la propiedad de alquiler después de que el período de alquiler haya expirado, el contrato de alquiler se prorroga por un tiempo indefinido, a menos que una de las partes contratantes declare su intención en conflicto a la otra parte dentro de dos semanas. (1900)

Es decir, el contrato se entenderá prorrogado como un contrato de duración indefinida, si es que el arrendador no haya requerido el bien en dos

semanas. Finalmente, el artículo 1738 del Código Civil francés señala lo siguiente: "Si al vencimiento de los arrendamientos escritos el arrendatario permanece y queda en posesión, se produce un nuevo arrendamiento, cuyo efecto se regula por el artículo relativo a los alquileres sin escritura" (1804). Es decir, para los contratos de duración indeterminada en que se presume un plazo de duración.

La discusión que se plantea en la doctrina es ¿cuál es la naturaleza de la tácita reconducción?; es decir, si el contrato de arrendamiento de duración determinada se convierte en uno de duración indeterminada ¿Se trata de una prorroga tácita del contrato de arrendamiento o de un nuevo contrato de arrendamiento? En el caso de España, el Tribunal Supremo consideró que nos encontramos frente a un nuevo contrato de arrendamiento (Sentencia del 20 de septiembre de 1991) porque se extinguen las garantías otorgadas por un tercero, pero el arrendamiento se rige por las normas del contrato anterior, salvo en lo atiente a la duración que se convierte en duración indeterminada⁴⁹. Sin embargo, la doctrina más importante considera que nos encontramos frente a una prorroga tácita del contrato de arrendamiento, es decir, una voluntad tácita o presunta que la ley asume ante el silencio de las partes y que lo sujeta a las normas del contrato de duración indeterminada, como si no existiera un plazo. En ese sentido, el profesor Díez-Picazo sostiene lo siguiente: "Se llama 'tácita reconducción' a una tácita prorroga de la relación arrendaticia mediante el comportamiento confluente de ambas partes" (2010, p. 287). En esa misma línea, el profesor italiano Fabio Padovini considera que en la renovación tácita del artículo 1597 del Código Civil italiano, el comportamiento del locador hace presumir la voluntad de renovar el contrato de arrendamiento (2014, p. 983).

En nuestra opinión, en la tácita reconducción o en la renovación tácita propiamente estamos hablando de una prorroga, porque la ley es la que presume que, ante la ausencia de manifestación de voluntad de las partes, se entiende renovado o prorrogado el contrato por uno de duración indeterminada. Esta figura de la tácita reconducción ha obedecido a una concepción tuitiva del arrendatario para protegerlo por un tema de vivienda sobre todo; y se ha manifestado en prorrogar el contrato

⁴⁸ Para el caso español, el profesor Díez-Picazo establece los requisitos para que se produzca la tácita reconducción:

1º.- La expiración del plazo contractual; 2º.- La inexistencia de requerimiento expreso del arrendador para que el arrendatario cese en el arrendamiento y le entregue la cosa arrendada; 3º.- La permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada durante por lo menos quince días [...]; 4º.- La aquiescencia del arrendador, que en el Código es una conducta meramente negativa consistente en no formular ningún tipo de reclamación (Puede ir, como es lógico, acompañada de comportamientos positivos (p.ej., el percibo de las rentas); 5º.- La inexistencia de prorrogas expresas o producidas por la aplicación de lo establecido en el propio contrato (2010, p. 287).

⁴⁹ Véase a Díez-Picazo, Luis, 2010, Tomo IV, p. 287.

presumiendo una voluntad que no necesariamente era tal y estableciendo un requerimiento previo para concluir el contrato al sujetarlo al contrato de duración indeterminada.

En ese sentido, vencido el contrato de arrendamiento no solamente se consideraba renovado por un plazo supletorio, según la legislación de cada caso, sino que para ponerle término había que comunicarlo con la anticipación del caso, porque si no, se entendía renovado nuevamente el contrato. Así por ejemplo, bajo la aplicación supletoria del artículo 1574 del Código Civil italiano, el contrato de arrendamiento de casas habitación se entenderá renovado tácitamente por un año y para ponerle término había que avisar con anticipación antes de que se generará un nuevo plazo. En el caso del artículo 1566 del Código Civil español, concordante con el artículo 1581 del mismo Código, el contrato de arrendamiento se entendía renovado por un año, un semestre, o un mes según se pagara la renta, y para ponerle término antes que surgiera el nuevo plazo había que hacer un requerimiento previo. Veamos ahora como era la regulación en el Código Civil de 1936.

2. La tácita reconducción o prórroga tácita del contrato de arrendamiento en el código civil peruano de 1936

El artículo 1532 del Código Civil de 1936 contempló la tácita reconducción estableciendo lo siguiente:

Concluida la locación por haberse vencido el término, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada. En este caso, no subsisten las garantías que constituyó una tercera persona en el contrato anterior. (1936)

La norma se aplicaba vencido el contrato de arrendamiento si es que el arrendador no solicitaba la devolución del bien en el término de quince días. Era una prórroga tácita del contrato porque se presumía, ante el silencio de las partes, que había intención de continuar con el contrato, si es que el arrendatario se encontraba ocupando el bien y el arrendador no le había solicitado la devolución. El contrato quedaba sujeto a sus mismas estipulaciones, pero en cuanto a su duración, la ley los sujetaba a las normas sobre el contrato de duración indeterminada. En ese sentido, se aplicaban los artículos 1496 y 1497 de dicho Código que presumían para los predios rurales que el arrendamiento era por un año y para casas habitación que el arrendamiento era por un año, semestre o mes, según se pague la renta.

Sin embargo, para ponerle término al plazo supletorio había que efectuar un aviso previo antes de que se generará un nuevo plazo. El artículo 1497 del Código Civil de 1936 señalaba en su parte *in fine* que no termina el alquiler en el año, semestre o mes, si uno de los contratantes no avisa anticipadamente al otro que pone fin al contrato. Así por ejemplo, si la renta se pagaba mensualmente y se había vencido el plazo del contrato de arrendamiento, sin que se hubiera efectuado el requerimiento, el contrato de arrendamiento se consideraba renovado mensualmente si es que antes no hubiera efectuado el aviso previo el arrendador. Si el pago de la renta era semestral o anual, el contrato se entendía renovaba por un semestre o año y así sucesivamente, hasta que se efectúe el requerimiento previo, antes de que se generaran nuevos períodos.

Procesalmente, a la tácita reconducción o renovación tácita del contrato de arrendamiento había que ponerle término a través del aviso de despedida, que podía ser judicial o extrajudicial. El artículo 961 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 establecía lo siguiente: “el locador para poner término a un arrendamiento de duración indeterminada o de años forzados y voluntarios, puede dar al conductor aviso de despedida judicial o extrajudicialmente”. La jurisprudencia de aquella época así también lo señalaba: “En los casos de contratos locación-conducción de inmuebles urbanos celebrados después del 9 de agosto de 1968 y convertidos en contratos de duración indeterminada, el locador podía ponerles término mediante el aviso de despedida [...]” (Guzmán Ferrer, 1982, p. 971).

La tácita reconducción o renovación tácita del contrato de arrendamiento producía una situación muy injusta porque hacía presumir que las partes habían querido renovar el contrato por un plazo de duración indeterminada; lo que resultaba contrario a la autonomía de la voluntad. Pero más que presumir una voluntad lo que se sancionaba, era un descuido del arrendador, como lo señalaba el profesor Jack Bigio Chrem. En este sentido, citaba al profesor argentino Raymundo M. Salvat que señalaba lo siguiente:

[...] La tácita reconducción tenía el inconveniente de dar a la permanencia del locatario en el uso y goce de la cosa un alcance desmedido: no era lógico, por la simple continuación durante un breve plazo, inducir de este hecho la voluntad de renovar el contrato por un plazo más o menos largo. (Bigio, 1997, p. 147)

Adicionalmente, como también lo afirmaba el profesor Jack Bigio, existía jurisprudencia contradictoria de la Corte Suprema de Justicia de la República porque algunos jueces interpretaban que el plazo de 15 días de vencido el contrato de arrendamiento era

para presentar la demanda, se admite y se notifique, lo cual era prácticamente imposible; y otros consideraban que el envío de la carta no suspendía el plazo, sino se necesitaba de requerimiento judicial.

Estas y otras razones fueron las que motivaron que la tácita reconducción fuera abandonada en el Código Civil de 1936, conforme lo señalaba el profesor Jack Bigio. Sin embargo, como veremos a continuación, esta concepción de la tácita reconducción se mantiene en la reminiscencia de algunos magistrados que consideran que cuando vence un contrato de arrendamiento de duración determinada se convierte en indeterminada.

3. La continuación del contrato de arrendamiento de duración determinada en el Código Civil de 1984

A diferencia del Código Civil de 1936 y de la mayoría de códigos que habían contemplado la tácita reconducción o renovación tácita del contrato de arrendamiento de duración determinada, nuestro Código Civil de 1984 no la contempló y en su lugar consideró la figura de la continuación del contrato de arrendamiento, hasta que se solicite la devolución del bien. El artículo 1700 del Código Civil de 1984 establece lo siguiente:

Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento. (1984)

La figura de la continuación del contrato de arrendamiento tuvo por antecedente el artículo 1622 del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield que señalaba lo siguiente:

Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluida, y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa; y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiese continuado en el uso y goce de la cosa⁵⁰. (1871)

La continuación del contrato de arrendamiento del artículo 1700 del Código Civil de 1984 no significaba la renovación tácita del contrato por un plazo supletorio (por meses, años, según se pague la

renta) ni que se convierta en un contrato de duración indeterminada, ni que se requiera de un aviso previo para ponerle fin a un contrato de duración indeterminada. Era simplemente que la ley consideraba que el contrato de arrendamiento continuaba bajo sus mismas estipulaciones hasta que se pida la devolución del bien. De esta manera, se consideraba que se mantenía las obligaciones del contrato de arrendamiento, tanto para el arrendador como para el arrendatario, y cualquiera de ellos podía ponerle término final, sin necesidad de aviso previo por ninguna de las partes. El profesor Jack Bigio señalaba al respecto lo siguiente:

En otras palabras, cuando el contrato de arrendamiento continúa, tanto el arrendador como el arrendatario le pueden poner fin en cualquier momento sin necesidad de aviso previo. Es así que, ya no existe plazo de quince días contado a partir del vencimiento del contrato para solicitar la restitución del bien, sino que, ambas partes pueden ponerle término en cualquier momento. (1997, p. 149)

Ahora bien, la discusión que se presenta es ¿cuál es la naturaleza de la continuación del contrato de arrendamiento una vez vencido el plazo?, porque existiría contradicción entre el artículo 1699 y el artículo 1700 del Código Civil, pues la primera norma señala que el contrato de arrendamiento concluye al vencimiento del plazo, sin necesidad de aviso previo; mientras que la segunda norma refiere que el contrato de arrendamiento continúa bajo sus mismas estipulaciones hasta que se pida su devolución.

Esta aparente contradicción ha tratado de ser explicada por el profesor Alfredo Soria Aguilar, que ha sostenido que cuando vence el contrato de arrendamiento ya no existe contrato y lo que se genera es una situación jurídica de hecho que por disposición de la norma se regula por las disposiciones del contrato anterior. En ese sentido, afirma lo siguiente:

En consecuencia, con posterioridad al vencimiento del plazo, ha concluido el contrato de arrendamiento y se genera una situación jurídica de hecho, en la que no existe contrato, la cual se va a regir con las estipulaciones y reglas del contrato de arrendamiento que ha concluido. Es decir, la interpretación del artículo 1700 del Código Civil, no debe llevarnos a la conclusión que el contrato de arrendamiento continúa, el contrato concluyó, se extinguío. (2014, p. 509)

⁵⁰ Similar norma ha sido contemplada en el artículo 1218 del Código Civil y Comercial de Argentina del año 2015, aunque con la introducción de un plazo mínimo legal del contrato en caso las partes no lo hubieran pactado.

Incluso, ha habido posiciones desde antaño para derogar el artículo 1700 del Código Civil por la aparente contradicción con el artículo 1699 del Código Civil (Falla, 1989, p. 92). Es el caso también del Anteproyecto de Propuesta de Mejora al Código Civil peruano, presidido por el profesor Gastón Fernández Cruz (Resolución Ministerial N° 0046-2020-JUS, p. 107).

Sin embargo, esta misma discusión se planteó en la doctrina argentina a propósito del artículo 1622 del Código Civil de Vélez Sarsfield, antecedente del artículo 1700 del Código Civil de 1984, respecto a qué pasa luego de vencido el plazo de un contrato de duración determinada. La polémica que se planteó fue si la mora era automática con el solo vencimiento o si se requería el requerimiento de la devolución, conforme se ha señalado anteriormente (Lorenzetti, 2007, pp. 440-441). En el Perú, específicamente el profesor Mario Castillo Freyre ha sostenido que el artículo 1700 del Código Civil constituye una prórroga del plazo final del contrato de arrendamiento y que mientras el arrendador no solicite la devolución se produce un supuesto de demora hasta que el arrendador pida su devolución, sea judicial o extrajudicialmente, en cuyo caso se produce la mora. De esta manera afirma lo siguiente:

En tal sentido, si el arrendador no reclama al arrendatario la devolución del inmueble arrendado, el Derecho asume que durante el lapso que demore la entrega del mismo no deberá entenderse que hay mora, sino simple demora, situación que no acarrea consecuencias jurídicas negativas para el arrendatario. [...] Dentro de este orden de ideas podemos afirmar que el artículo 1700 del Código Civil concuerda plenamente con lo prescrito en el artículo 1333 (primer párrafo), debiéndose entender que el arrendatario no se encuentra en situación moratoria hasta que el arrendador le reclame la devolución del bien. (2021, p. 315)

En nuestra opinión, el artículo 1700 del Código Civil constituye un supuesto de continuación del contrato de arrendamiento por disposición legal porque es la ley la que ha presumido que, ante la falta de requerimiento de la devolución del bien y la posesión del arrendatario, el contrato continúa bajo sus mismas estipulaciones, con el derecho a ocupar el bien (*ius possidendi*) y la obligación del

pago de la renta, hasta que cualquiera de las partes le ponga término, lo cual puede ser efectuado en cualquier momento, sin necesidad de aviso previo. La norma también puede ser explicada bajo la figura de la mora, conforme lo señalaba el profesor Castillo Freyre, porque mientras el arrendador no solicite la devolución podría entenderse que el arrendatario se encuentra en situación de demora. Sin embargo, dicha figura no explicaría totalmente el caso en que se hubiera pactado la mora automática⁵¹.

Se trata del mismo contrato de arrendamiento con sus mismos términos y estipulaciones, que continúa vigente por disposición legal hasta que se pida la devolución del bien. No es que se haya producido un vacío legal, ni una situación jurídica de hecho posterior. El legislador ha presumido la voluntad de las partes de continuar con el contrato hasta que se pida su devolución. No se requiere tampoco requerimiento previo, aviso previo para ponerle fin al contrato porque no hay la figura de la tácita reconducción o renovación tácita. El arrendador puede ponerle término en cualquier momento vencido el contrato, sea mediante un requerimiento extrajudicial (carta notarial u otro) o judicial demandando directamente el desalojo. El inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicial el cumplimiento de su obligación.

Ahora bien, la interrogante que uno se plantea es ¿cuándo concluye entonces el contrato de duración determinada? Si fuera solamente el artículo 1699 del Código Civil⁵², se entendería que la conclusión del contrato se producía cuando vence el plazo del contrato de duración determinada, porque la norma no exige ningún requerimiento previo, basta el solo vencimiento del plazo. Sin embargo, por aplicación del artículo 1700 del Código Civil el contrato de arrendamiento continuará hasta que el arrendador pida la devolución, lo cual puede hacer en cualquier momento. En consecuencia, el contrato de arrendamiento de duración determinada se entenderá concluido cuando venza el plazo y el arrendador pida su devolución. La solicitud o requerimiento de devolución es justamente el presupuesto para dar por concluido el contrato de arrendamiento de duración determinada y en ningún caso podría considerarse que el

⁵¹ Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente (1984).

⁵² Artículo 1699.- El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (1984).

arrendatario sea un poseedor precario⁵³. Además, resulta ser un hecho natural y cotidiano que el arrendador requiera la devolución del bien una vez vencido el plazo del contrato, para evitar por alguna situación un proceso judicial; y por esa circunstancia no podría castigársele considerándolo como ocupante precario. Sería como castigar al acreedor por ejercer un derecho de constituir en mora a su deudor.

El artículo 1704 del Código Civil establece que vencido el plazo del contrato (supuesto aplicable al contrato de duración determinada); o cursado el aviso de conclusión de arrendamiento (supuesto aplicable al contrato de duración indeterminada), el arrendador tiene derecho a exigir la devolución del bien y a cobrar la penalidad convenida, lo que en ningún caso importa o significa la continuación del contrato de arrendamiento. En el caso de contrato de duración determinada debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1700 del Código Civil: que no basta el vencimiento del plazo para que se entienda concluido, sino que se requiere adicionalmente la solicitud de devolución, sea judicial o en el mismo proceso judicial. En ese sentido, el profesor Jack Bigio sostuvo lo siguiente: “la sanción prevista en este artículo se produce sólo cuando, en el caso del contrato de duración determinada no sólo se ha vencido el plazo, sino que, además el arrendador ha exigido la devolución del bien [...]” (1997, p. 158).

Para guardar concordancia entre los artículos 1699, 1700 y 1704 del Código Civil, debería precisarse en el artículo 1699 que el contrato de arrendamiento de duración determinada concluye con el vencimiento del plazo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1700; y en el artículo 1704 debería indicarse que vencido el plazo del contrato y concluido conforme al artículo 1700 del Código Civil, el arrendador tiene derecho al cobro de la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva, lo que en ningún importará la continuación del contrato. Para el caso en que se considere eliminar la figura de la continuación del contrato de arrendamiento y derogar el artículo 1700 del Código Civil, existirá absoluta concordancia entre los artículos 1699 y 1704 del Código Civil, solo que habría que interpretar que el artículo

1699 del Código Civil es un supuesto de mora automática por disposición legal. Lo que sí no podría entenderse, en ningún caso, es que la solicitud de devolución del bien convierte en precario al arrendatario, porque un supuesto específico de desalojo es el vencimiento del contrato y un requerimiento natural de ello es la solicitud de devolución para constituir en mora al obligado.

Finalmente, no puede considerarse que vencido el contrato de arrendamiento de duración determinada, sin que el arrendador solicite la devolución, se convierte en uno de duración indeterminada, como lo ha venido sostenido mucha jurisprudencia de la Corte Suprema como la expresada en la Casación 896-98⁵⁴ porque ello supondría admitir la figura de la tácita reconducción o renovación tácita de que el contrato se convierte en uno de duración indeterminada, que hay un plazo supletorio, y hay que ponerle término mediante un aviso previo; lo que fue rechazado expresamente por el legislador en el artículo 1700 del Código Civil de 1984, conforme hemos visto anteriormente.

B. Vencimiento del contrato de arrendamiento de duración indeterminada

A diferencia del artículo 1497 del Código Civil de 1936 y de los artículos 1574 del Código Civil italiano, 1758 del Código Civil francés y 1581 del Código Civil español, que establecen un plazo supletorio para el contrato de duración indeterminada, sea por un año o según se pague la renta (mensual, semestral o anualmente), el artículo 1703 del Código Civil de 1984 no establece un plazo supletorio, sino que establece que el contrato de duración indeterminada se pone fin dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante. Es decir, se puede poner término al contrato de duración indeterminada en cualquier momento, por cualquiera de las partes. No se requiere el vencimiento de un plazo supletorio, ni un aviso previo para que concluya el contrato, basta la simple comunicación de cualquiera de las partes para que se entienda concluido el contrato. En ese sentido, el profesor Jack Bigio señalaba lo siguiente: “[...] este precepto permite que tanto el arrendador como el arrendatario pongan fin de manera inmediata al arrendamiento sin tener que cursar un aviso con anticipación” (1997, p. 156).

⁵³ En la Casación 2195-2011-Ucayali, que motivó el IV Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema de Justicia consideró que el requerimiento de devolución del bien pone fin al contrato de arrendamiento y convierte al arrendatario en precario por fenecimiento del título (p. 27).

⁵⁴ La casación señala lo siguiente:

El artículo mil setecientos del Código acotado es claro en señalar que una vez vencido el contrato y si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que hay renovación tácita sino la continuación del arrendamiento, es decir, el contrato de arrendamiento no fenece, solo se convierte en uno de duración indeterminada bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador ponga fin a dicho contrato dando aviso judicial o extrajudicial al arrendatario [...].

Bajo el Código Civil de 1936, tenía que avisarse con la anticipación del caso (aviso de despedida) antes de que se generará un nuevo período del contrato de arrendamiento, según se pagará la renta. Esta reminiscencia se ha mantenido en el artículo 1690 del Código Civil de 1984 que establece que el arrendamiento de duración indeterminada se reputa por meses u otro período, según se pague la renta; norma que debería ser derogada, porque conforme al artículo 1703 del Código Civil el contrato de arrendamiento de duración indeterminada se puede poner término en cualquier momento. No rige para este caso lo dispuesto en el artículo 1365 del Código Civil, sobre que se pone término al contrato de ejecución continuada con una anticipación de 30 días, porque se aplica la norma especial contenida en el artículo 1703 del Código Civil.

Finalmente, la conclusión del contrato de duración indeterminada, con el envío de la comunicación al arrendatario, tampoco puede considerar a este como precario porque, conforme lo hemos señalado anteriormente, para estos casos existe una causal específica de desalojo por vencimiento de contrato y un efecto natural de ello es la obligación de restitución.

C. Los efectos del vencimiento del contrato de arrendamiento

El artículo 1704 del Código Civil regula los efectos del vencimiento del contrato de arrendamiento, señalando lo siguiente:

Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento". (1984)

Conforme lo ha señalado el profesor Jack Bigio (1997, p. 158), la norma contiene dos supuestos: el vencimiento en el contrato de duración determinada, que se produce con el transcurso del plazo y la solicitud de devolución, conforme al artículo 1700 del Código Civil; y el vencimiento del contrato de duración indeterminada que se produce con el aviso judicial o extrajudicial, conforme al artículo 1703 del Código Civil. No se debe confundir la solicitud de devolución del bien del artículo 1700 del Código Civil con el aviso de conclusión del artículo 1703 del Código, porque uno es para el contrato de duración determinada y el otro para el contrato de duración indeterminada.

Cuando vence el contrato de arrendamiento (sea de duración determinada o indeterminada) se presenta la figura del vencimiento del plazo resolutorio. En esta línea se han pronunciado los profesores Lorenzetti, Díez-Picazo y el doctor Mario Castillo Freyre, según hemos señalado anteriormente. La figura del plazo resolutorio significa que el contrato de arrendamiento deja de producir sus efectos naturales, como cualquier supuesto de resolución, porque se extingue o disuelve la relación obligatoria, pero como resultado de la resolución se producen efectos liberatorios, resolutivos o restitutorios e incluso también indemnizatorios, de ser el caso. En ese sentido, se pronuncia el profesor Vincenzo Roppo cuando afirma lo siguiente: "No necesariamente, por lo demás, la resolución extingue todos los efectos del contrato" (2009, p. 860). Igualmente, el profesor Díez-Picazo señala que son efectos de la resolución: la eficacia liberatoria y restitutoria, cuando afirma lo siguiente:

El primer efecto que produce la resolución es desvincular a las partes de la relación obligatoria en la que se encontraban inmersas. Puede hablarse por ello de una eficacia de liberación [...] La segunda de las consecuencias que la resolución produce, cuando alguna de las prestaciones hubieran sido ejecutadas, es constituir a cada una de las partes en el deber de reintegrar o de restituir a la otra tales prestaciones. Como consecuencia de la resolución, surgen específicos deberes de liquidación y de restitución. (1996, pp. 722-723)

En consecuencia, como resultado de la resolución del contrato por vencimiento del plazo resolutorio, se producen efectos liberatorios, restitutorios y de ser el caso indemnizatorios. Aplicado al contrato de arrendamiento e interpretando el artículo 1704 del Código Civil significaría que el arrendatario ya no tiene el derecho a usar el bien (*ius possidendi*) y deja de estar obligado al pago de la renta; y a su vez el arrendador deja de estar obligado a mantener en uso del bien al arrendatario; por los efectos resolutorios el arrendatario tiene la obligación de restitución del bien y el arrendador de devolver la garantía que quedará remanente; y por los efectos indemnizatorios el arrendatario está obligado a pagar por concepto de uso del bien hasta su devolución efectiva o el arrendador tiene derecho a cobrar la penalidad si es que así se hubiera convenido.

Sin embargo, en ningún caso el arrendatario o el inquilino podría ser considerado como ocupante precario, porque si bien ya no tiene derecho a ocupar el bien (*ius possidendi*), que podría entenderse como efecto liberatorio o extintivo; tiene la obligación de restitución del bien derivada de los efectos restitutorios o liquidatorios del contrato de arren-

damiento. En consecuencia, no debe confundirse la falta del derecho del arrendatario como consecuencia de la resolución con los efectos restitutorios del contrato que justifican que la causal específica de desalojo sea por vencimiento de contrato.

D. El problema del ocupante precario

1. El concepto de precario en la historia y en el derecho comparado

El concepto de ocupante precario surge en Roma y se origina en la posesión que los dueños o patrones otorgaban a sus clientes, a ruego de estos, para explotar sus tierras, pudiendo ser revocada en cualquier momento. Era una posesión consentida o tolerada que podía ser revocada en cualquier momento, a solicitud del patrono, de allí que viene el término precario como temporal o transitorio o revocable. Al respecto el autor Eduardo Herrero Casajús, en su tesis sobre el precario en el Derecho Romano al Derecho Actual, manifiesta lo siguiente:

El origen del precario es muy remoto y quizás se encuentre, como se destaca en doctrina, en la antigua sociedad romana y en las especiales relaciones que se daban entre el patrono y sus clientes, y en las que aquél, a ruego de estos, les dejaba disfrutar de sus tierras o algunas otras cosas (2019, p. 7).

Era una posesión de carácter gratuita, tolerada, transitoria y revocable en cualquier momento. En ese sentido se pronunciaba Ulpiano en el Digesto cuando definía el concepto de precario de la siguiente manera: "precario es lo que se concede en uso al que lo pide con ruegos y por tanto tiempo cuanto lo tolere el concedente" (citado en Herrero, 2019, p. 9).

En el Derecho español, el artículo 1565 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil citaba el término precario para referirse a la acción de desahucio contra él, el arrendatario, entre otros, señalando lo siguiente:

Procederá el desahucio y podrá dirigirse la demanda: 1º Contra los inquilinos, colonos y demás arrendatarios; 2º Contra los administradores, encargados, o porteros o guardas puestos por el propietario en sus fincas; y 3º Contra cualquier otra persona que disfrute o tenga en precario la finca, sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuera requerida con un mes de anticipación, para que la desocupe. (1881)

La jurisprudencia española amplió el concepto de precario a cualquier posesión que se ejerza de manera gratuita, sin pagar merced conductiva, tal es el caso del que posee sin título (usurpador) o de

aquel que tenga un título ineficaz o nulo (posesión ilegítima). Conforme lo señala Eduardo Herrero Casajús, esta concepción fue resumida en la sentencia del Tribunal español del 30 de octubre de 1986, cuando se afirmaba lo siguiente:

Conforme a repetida jurisprudencia el concepto de precaria a que alude el numeral 3) del artículo 1565 de la LEC no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atrayó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominio que ostenta el actor. (Herrero 2019, p. 26)

Sin embargo, en ningún caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo español consideró que el inquilino sea un ocupante precario. La ocupación precaria era en palabras del profesor Díez-Picazo, citando al profesor Roca Sastre: solamente la posesión concedida, la posesión tolerada, y la posesión sin título (2009, pp. 582-583).

2. La posesión precaria en el derecho peruano

El Código Civil de 1936 no recogió el concepto de posesión precaria. Fue el artículo 970 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 el que incorporó el término precario, cuando señaló que procedía la acción de desahucio no solamente contra el usuario o el usufructuario, sino también contra el que procede de modo precario y sin pagar pensión. La norma parecía recoger el concepto romano de posesión precaria, de poseer de manera precaria y sin pagar pensión, al igual como fue recogido en el artículo 1565 de la antigua Ley Española de Enjuiciamiento Civil. Pero fue la jurisprudencia, al igual que el caso español, que amplió el concepto de posesión precaria no solamente al que posee de manera graciosa o tolerada o sin pagar pensión, sino también al que posee sin título.

Así la jurisprudencia señalaba lo siguiente: "Procede la acción de desahucio por ocupación precaria contra el que ocupa un inmueble sin título alguno y, además, anteriormente fue vencido en un juicio de reivindicación del mismo bien" (Revista Jurídica citado en Guzmán Ferrer, 1982, p. 1001). Pero en ningún caso el arrendatario podía ser considerado como ocupante precario porque había una causal específica de desahucio por vencimiento del contrato. De esta manera la jurisprudencia también señalaba lo siguiente: "El vencimiento del plazo del contrato de locación-conducción no constituye al conductor en ocupante precario" (A.J. citado en Guzmán Ferrer, 1982, p. 1001).

El Código Civil de 1984 fue el que incorporó el concepto de precario en su artículo 911 cuando señala lo siguiente: "La posesión precaria es la que se ejerce sin título o cuando el que se tenía ha fenecido". Esto comprendía dos supuestos: i) el poseedor sin título (usurpador u otro); y ii) el poseedor cuyo título ha fenecido (usuario, usufructuario, acreedor anticrético). Bajo esta perspectiva el Código Civil de 1984 abandonó el concepto romano de precario y confundió la posesión precaria con la posesión posesión ilegítima porque comprendió a todo aquel que carecía de un derecho a poseer, no solamente aquel que no tiene o no tuvo un título, sino también cuyo título ha fenecido. En ese sentido, el profesor Avendaño Valdez afirmaba lo siguiente:

El Código en el artículo bajo comentario se refiere evidentemente a la posesión ilegítima. No alude a la posesión temporal del inmediato porque en este último caso hay un título en virtud del cual se ejerce de hecho algún poder inherente a la propiedad mientras que el artículo 911 hay referencia expresa a la falta de título o en todo caso a su extinción. (1988, p. 136)

Igualmente, el artículo 911 del Código Civil no distinguió entre posesión precaria y posesión inmediata, pues una cosa es poseer sin un título y otra cosa es poseer con un título que ha vencido y en donde, como consecuencia del contrato, existe la obligación de restitución.

Esta confusión en el concepto de precario y la interpretación de que cuando vence el contrato de arrendamiento cesa todo efecto del contrato fue la que motivó que la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación 2195-2011-Ucayali, IV Pleno Casatorio Civil, considerara que el arrendatario tiene la calidad de ocupante precario cuando ha vencido su contrato y se le haya requerido la devolución del bien; afirmando lo siguiente:

También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contra-

rio, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado en el artículo 1700 del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución. Sólo en el caso de la existencia del requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento del título.

Esta posición de la Corte Suprema fue compartida por el doctor Lama More, quien sostuvo lo siguiente:

Como se puede apreciar, luego de cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, el contrato dejó de existir, pues en adelante lo que se cobra ya no es renta, es, como se indica en la norma, penalidad o prestación por el uso. Sin renta no hay arrendamiento. Siendo así, el poseedor dejó de tener la calidad de arrendatario o la de poseedor inmediato; deviniendo en precario por fenecimiento del título. (2007, p. 149)

Resulta destacable el esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia de la República de haber tenido un concepto amplio de posesión precaria (resolución de contrato, nulidad de oficio, enajenación de bien arrendado, entre otros), con la finalidad de que la desocupación del bien pueda ser tramitada en la vía del proceso de desalojo en el proceso sumarísimo (artículo 586 del Código Procesal Civil⁵⁵). Sin embargo, consideramos que en el caso del arrendatario no puede ser considerado como ocupante precario, no solamente porque existe una causal específica o especial de desalojo que es el vencimiento del contrato, sino también porque con la resolución del contrato por vencimiento del plazo (plazo resolutorio) se producen efectos restitutorios o resolutorios que generan la obligación del arrendatario de restituir el bien, teniendo como presupuesto justamente que el arrendador solicite la devolución del bien para constituir en mora al arrendatario o para dar por concluido el contrato de arrendamiento, conforme al artículo 1700 del Código Civil. Si bien con el vencimiento del contrato de arrendamiento se producen efectos extintivos o liberatorios de que el arrendatario ya no tiene derecho a ocupar el bien (*ius possidendi*), también se producen efectos restitutorios o liquida-

⁵⁵ Artículo 586.- Pueden demandar: el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que, salvo lo dispuesto en el Artículo 598, considere tener derecho a la restitución de un predio.

Pueden ser demandados: el arrendatario, el sub-arrendatario, el precario o cualquier otra persona a quien le es exigible la restitución (1993).

torios que generan la obligación de restitución del bien. El doctor Günther González Barrón también sostuvo anteriormente que el arrendatario no es precario porque el vencimiento del contrato produce efectos liquidatorios⁵⁶.

En consecuencia, la falta de derecho a ocupar el bien del arrendatario por la resolución del contrato no puede significar la ausencia de cualquier obligación entre las partes, porque justamente como consecuencia de la resolución se produce la obligación de restitución del bien y otros efectos liquidatorios del contrato. Igual criterio podría ser extensivo para cualquier poseedor inmediato cuyo contrato ha vencido, en donde no tiene sentido aplicar el concepto de ocupante precario, sino propiamente la causal de vencimiento de contrato que resulta ser más expeditiva para efectos del desalojo.

Admitir que el arrendatario tiene la calidad de ocupante precario porque su contrato ha vencido significaría también que el arrendatario con contrato resuelto por falta de pago tendría esa misma condición, cuando en ambos casos nos encontramos frente a formas de resolución de contrato una por vencimiento y otra por incumplimiento. Consideramos que la causal de desalojo por ocupación precaria debería ser entendida en forma residual, cuando no exista una norma o causal específica por la cual proceda el desalojo, porque de lo contrario todo sería encaminado bajo la causal de ocupante precario.

El considerar al arrendatario como ocupante precario por la Corte Suprema de Justicia de la República ha traído como consecuencia que los procesos de desalojo contra aquél se dilaten, ello debido a que el desalojo por ocupación precaria se inicia ante el juez especializado en lo civil en virtud del artículo 547 del Código Procesal Civil, pues no existe cuantía; luego hay la posibilidad de apelación ante la Sala Superior y cabe el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia de la República; a diferencia de un proceso de desalojo por vencimiento de contrato que se tramita ante el juez de paz letrado, cuando la renta mensual no supera las 50 Unidades de Referencia Mensual (S/ 25 750), que son la mayoría de casos y que concluyen indefectiblemente ante el juez especializado en lo civil.

VII. OTRAS FORMAS DE CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Aparte del vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, existen otras formas de conclusión o extinción del contrato de arrendamiento, las cuales inciden también en las causales de desalojo. Veamos estas otras causales.

A. La resolución de contrato por falta de pago de la renta

Se presenta cuando el arrendatario incumple con su obligación específica del pago de la renta. Frente a ese incumplimiento, el arrendador tiene derecho a resolver el contrato de arrendamiento y exigir la devolución del bien. El inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil establece que el contrato de arrendamiento puede resolverse:

Si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes y además quince días. Si la renta se pacta por períodos mayores, basta el vencimiento de un solo período y además quince días. Si el alquiler se conviene por períodos menores a un mes, basta que venzan tres períodos. (1984)

Esta norma tiene por antecedente el inciso 5 del artículo 1529 del Código Civil de 1936, que señalaba que cuando el pago de la renta era mensual el incumplimiento debía ser de 2 meses y 15 días. El inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil de 1984 precisa que cuando el pago de la renta es por períodos mayores, por ejemplo bimensual, trimestral o semestral, basta el vencimiento de un solo período y quince días; pero si el pago de la renta es por períodos menores a un mes, por ejemplo, en días o semanas, deberían ser tres períodos.

La duda que presenta el artículo es sobre si se trata de una norma imperativa, de si necesariamente deben respetarse esos plazos para que proceda la resolución del contrato; o se trata de una norma dispositiva que admite pacto en contrario. El profesor Jack Bigio sostuvo que se trata de una norma en beneficio del arrendatario, porque establece un régimen especial de resolución, pero admitió también que se podría pactar en contrario cuando señalaba lo siguiente: "Tal situación no ocurre en el caso del arrendador quien no puede –salvo pacto en contrario – demandar la resolución del contrato ante la falta de pago de un solo período de renta"

⁵⁶ "No hay precariedad en los casos de vencimiento del plazo de la relación jurídica que origina el deber de restitución del bien. En tal caso el plazo se extingue, pero no la relación jurídica pues quedan pendientes todos los deberes de liquidación propios de la terminación del plazo de ejecución, entre los que se encuentra señaladamente la obligación de restitución" (Gonzales Barrón, 2009, p. 73).

No compartimos el criterio de que la relación jurídica se mantiene, porque el contrato se ha resuelto por vencimiento del plazo, lo que existe son obligaciones de restitución producto justamente de la resolución.

(1997, p. 137). Igualmente, para el caso del desalojo con intervención notarial, el inciso 2 del artículo 7 de la Ley 30933, Ley que regula el Procedimiento Especial de Desalojo con Intervención Notarial⁵⁷, establece como causal de desalojo el incumplimiento del pago de la renta convenida de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento. En caso contrario, entendemos se aplica supletoriamente el plazo del inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil.

Una segunda inquietud que plantea la norma es si la falta de pago de la renta genera automáticamente el incumplimiento de la obligación o se requiere la constitución en mora para configurar el incumplimiento. La norma no establece un supuesto de mora automática o mora *ex re*, sino que se requiere que haya intimación en vía judicial o extrajudicial, conforme al artículo 1333 del Código Civil. Nada quita que las partes puedan pactar la mora automática y establecer que la falta de pago de la renta genera automáticamente el incumplimiento de la obligación. Sería aconsejable modificar el artículo 1697, inciso 1 del Código Civil, para establecer que la mora es automática y precisar que la norma admite pacto en contrario de que se acuerde períodos menores para que proceda la resolución del contrato por falta de pago de la renta.

Una vez configurada la situación de incumplimiento de falta de pago de la renta el arrendador puede dar por resuelto el contrato de arrendamiento, para lo cual debe enviar una comunicación notarial dando por resuelto el contrato de arrendamiento y pedir la devolución del bien. Puede también demandar directamente el desalojo por falta de pago. En la Casación 2466-2010-Loreto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha considerado que el propio proceso de desalojo tiene carácter resolutivo y no se requiere una formalidad adicional.

Ahora bien, el desalojo es por haberse resuelto el contrato por falta de pago y como consecuen-

cia de ello es que procede la restitución del bien, como efecto restitutorio derivado de la resolución del contrato, conforme al artículo 1372 del Código Civil⁵⁸. En ese sentido, no es correcto señalar que el desalojo es por la causal de falta de pago, como lo señala el artículo 591 del Código Procesal Civil⁵⁹, porque da la idea de que el contrato se mantiene todavía vigente, cuando el desalojo es por la resolución del contrato por la falta de pago y como consecuencia de ello se genera el efecto restitutorio. En ese mismo error incurre el artículo 7, inciso 2, de la Ley 30933, cuando señala como causal de desalojo con intervención notarial el incumplimiento del pago de la renta convenida. El artículo 594 del Código Procesal Civil expresa correctamente, para el caso de desalojo con cláusula de allanamiento a futuro, que procede el desalojo por la resolución del contrato por falta de pago.

B. Resolución de contrato por incumplimiento de otras obligaciones

El artículo 1697 del Código Civil contempla también otras causales de resolución del contrato de arrendamiento. La norma se refiere al incumplimiento de obligaciones del arrendatario, pero el inciso 5 admite que la resolución puede obedecer también al incumplimiento de las obligaciones del arrendador. Entre el incumplimiento de las obligaciones del arrendatario la norma considera el destinar el bien para un fin distinto al convenido o contrario al orden público o buenas costumbres (inciso 3); o subarrendar o ceder el bien sin asentimiento del arrendador (inciso 4). La resolución puede obedecer también al incumplimiento de otras obligaciones. El artículo 1681 del Código Civil establece una serie de obligaciones del arrendatario, derivadas, entre otros, de la posesión del bien, tales como el pago de los servicios públicos suministrados en beneficio del bien (inciso 3); lo que incluye el pago de los gastos comunes o de mantenimiento, en el caso por ejemplo de los inmuebles sujetos a un régimen de copropiedad o propiedad horizontal.

⁵⁷ Artículo 7. Causales

El desalojo al amparo de la presente ley procede cuando se configura alguna de las siguientes causales:

[...]

2. Incumplimiento del pago de la renta convenida de acuerdo a lo establecido en el contrato de arrendamiento. Si no se ha establecido plazo alguno, se aplica lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil. (Ley 30933, 2019)

⁵⁸ Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.

En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe. (1984)

⁵⁹ Artículo 591.- Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso (1993).

A diferencia del caso de la resolución por falta de pago, que tiene una causal específica de desalojo, en el caso de las otras obligaciones no hay un cauce específico para que proceda el desalojo, salvo el caso de los gastos por mantenimiento o por seguro del inmueble incluidos en las cuotas de abono (artículo 7, párrafo 7.1 del Decreto Legislativo 1177, Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda); y el uso del bien para un fin distinto acreditado con una constatación policial; cuyos incumplimientos podrían generar el desalojo vía el Proceso Único de Ejecución de Desalojo, conforme al artículo 14 del citado Decreto Legislativo.

En forma general, el incumplimiento de las otras obligaciones del arrendatario podría ser encausado vía la acción de resolución del contrato o vía el proceso mismo de desalojo, porque el artículo 586 del Código Procesal Civil establece que dicha acción puede ser ejercida por todo aquel que considere tener derecho a la restitución y contra aquella persona a quien le es exigible la restitución. En la Casación 2195-2011-Ucayali, que motivó el IV Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República consideró como ocupante precario aquel cuyo contrato había sido resuelto extrajudicial conforme a los artículos 1429 y 1430 del Código Civil.

Ahora bien la resolución del contrato por falta de pago es un supuesto que tiene más certeza, a diferencia de otros supuestos de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario del artículo 1681 del Código Civil, máxime cuando ahora el pago de la renta se realiza generalmente a través de cuenta bancaria; razón que explicaría que los procesos de desalojo sean más expeditos por la causal de resolución por falta de pago, como el caso del desalojo con cláusula de allanamiento a futuro del artículo 594 del Código Procesal Civil, el Proceso Único de Ejecución de Desalojo del artículo 15 del Decreto Legislativo 1177, y el Desalojo con Intervención Notarial del artículo 7 de la Ley 30933.

C. Resolución del contrato por pérdida del bien o por imposibilidad de la prestación

El artículo 1705 del Código Civil contempla una serie de supuestos de conclusión del contrato de

arrendamiento que operan sin necesidad de declaración judicial, según lo señala la propia norma. Dentro de estos supuestos podemos distinguir algunos vinculados a la imposibilidad física o jurídica del bien. Es el caso del inciso 3 que señala que concluye el contrato de arrendamiento por la destrucción total o pérdida del bien arrendado. Esto significa que no existe bien sobre el que recaiga el contrato de arrendamiento y por tanto el contrato se habrá resuelto de pleno derecho, conforme a los artículos 1431 y 1432 del Código Civil.

La causa de la pérdida o destrucción del bien puede obedecer a culpa del arrendatario, del arrendador o puede darse sin culpa de las partes cuando obedece a un caso fortuito o fuerza mayor. El artículo 1683 del Código Civil señala que el arrendatario es responsable por la pérdida del bien, incluido del incendio, que ocurran durante el arrendamiento y por los hechos imputables a las personas que hubiera admitido aunque sea temporalmente en el bien. Es decir, el arrendatario resultaría responsable por la pérdida del bien por causa imputable a él y a las personas que vivan en el inmueble o que haya admitido su ingreso. La única forma de exonerar responsabilidad es que el hecho sea imputable al arrendador o sea por caso fortuito o fuerza mayor. La responsabilidad del arrendatario será por dolo o culpa; en este último caso en la negligencia en el cuidado del bien. La norma no señala cuál debería ser el parámetro de diligencia; si es un parámetro de diligencia media o elevada (buen padre o muy buen padre de familia); aunque se aplicaría el artículo 1320 del Código Civil, en el sentido que la culpa leve es por la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, de tiempo y del lugar.

El otro supuesto de imposibilidad por razón de objeto es el inciso 4 del artículo 1705 del Código Civil⁶⁰, cuando el bien es objeto de expropiación. Es un caso de imposibilidad jurídica, porque el bien saldría del comercio para pasar a ser un bien de uso público (artículo 1137, inciso 3 del Código Civil⁶¹). La expropiación del bien extinguiría el título del arrendatario; pero habría que seguirse el trámite para la desocupación efectiva del bien; lo cual se haría en la ejecución del mismo proceso expropiatorio a través de la ministración de la posesión,

⁶⁰ Artículo 1705.- Además concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:
[...]

4.- En caso de expropiación (1984).

⁶¹ Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:
[...]
3.- Por quedar fuera del comercio (1984).

según las normas que regulan dicha materia. Igualmente, podría utilizarse en todo caso el proceso de desalojo a que se refiere el artículo 586 del Código Procesal Civil.

El otro supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento de pleno derecho es cuando el arrendador pierde el derecho que tenía respecto del bien y como consecuencia de ello se extingue también el derecho del arrendatario. Está previsto en el inciso 1 del artículo 1705 del Código Civil⁶², cuando señala que concluye el arrendamiento en caso que el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía. El arrendador puede haber tenido la calidad de propietario o usufructuario y haber perdido dicha calidad en un proceso sobre nulidad de acto jurídico o de mejor derecho de propiedad. Como el arrendatario es un poseedor inmediato o en nombre ajeno y además su derecho es de carácter personal, la extinción del derecho o título del arrendador genera la extinción del derecho del arrendatario. El arrendatario tendrá la calidad de ocupante precario frente al tercero que solicite la desocupación del bien, en cuyo caso dicho tercero podrá seguir el proceso de desalojo conforme al artículo 586 del Código Procesal Civil.

El otro supuesto de conclusión del arrendamiento es cuando es preciso para la conservación del bien que sea devuelto por el arrendatario a fin de repararlo. Se encuentra previsto en el inciso 2 del artículo 1705 del Código Civil⁶³. En cuanto a la reparación del bien, el arrendador tiene la obligación de realizar las reparaciones necesarias, conforme al artículo 1680, inciso 2 del Código Civil; lo que puede comprender las mejoras necesarias para que no se destruya el bien o para conservarlo. Estas reparaciones pueden requerir privar al arrendatario de todo o parte de la posesión del bien, conforme lo señala el artículo 1674 del Código Civil, que otorga al arrendatario el derecho a resolver el contrato o solicitar la rebaja proporcional en el pago de la renta. La conclusión del contrato por devolución del bien para repararlo debe obedecer a una situación mucho más grave o permanente que impida el cumplimiento del contrato o en otras palabras que genere imposibilidad de cumplirlo; porque si es una situación pasajera o transitoria el artículo 1674 del Código Civil da al arrendatario la opción de resolver el contrato o pedir rebaja de la renta.

Finalmente, existe el supuesto de conclusión del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario y la comunicación de sus herederos que usan el bien de no continuar con el contrato de arrendamiento (inciso 5 del artículo 1705). Esta comunicación debe ser efectuada en el plazo de 90 días de fallecido el arrendatario y la decisión solamente puede ser tomada por los herederos que usan el bien.

El profesor Jack Bigio considera que el plazo debe ser computado en días naturales y que la razón de la norma es que el derecho del arrendatario no es *in tuitu personae* y que por tanto puede ser transmitido a sus herederos, salvo pacto en contrario. En ese sentido, afirmaba lo siguiente: “En primer término, debe indicarse que en principio, el fallecimiento del arrendatario no pone fin al contrato de arrendamiento, sino que este debe ser continuado por sus herederos que vienen usando el bien” (1997, p. 185). El artículo 1705, inciso 5 del Código Civil, sobre conclusión del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario y comunicación de sus herederos que usan el bien de no continuar con el arrendamiento, debe ser armonizado con el artículo 1710 del Código Civil, que establece que si la mitad o mayoría de los herederos que usan el bien no manifiestan la voluntad de extinguirlo, el contrato de arrendamiento continúa para estos. Es decir, la falta comunicación da a entender que el contrato de arrendamiento continúa para los herederos que usan el bien. Aquellos herederos que usan el bien y que no desean continuarlo pueden darlo extinguir de respecto de ellos comunicando al arrendador.

La conclusión del contrato de arrendamiento prevista en el inciso 5 del artículo 1705 del Código Civil no es en realidad una resolución por imposibilidad de la prestación, porque la extinción no se produce por la muerte del arrendatario, sino que está sujeta a decisión de los herederos que usan el bien que comuniquen su voluntad de no continuar con el contrato de arrendamiento.

D. Conclusión del contrato de arrendamiento por enajenación del bien arrendado

El artículo 1708 del Código Civil regula el supuesto extinción del contrato de arrendamiento por enajenación del bien arrendado. Es decir: ¿Qué pasa si el arrendador transfiere la propiedad del bien

⁶² Artículo 1705.- Además concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:
1.- Cuando el arrendador sea vencido en juicio sobre el derecho que tenía [...] (1984).

⁶³ Artículo 1705.- Además concluye el arrendamiento, sin necesidad de declaración judicial, en los siguientes casos:
[...]
2.- Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo [...] (1984).

arrendado a un tercero?; ¿el contrato de arrendamiento concluye o continúa con el adquirente o nuevo propietario? La norma tiene por antecedente el artículo 1515 del Código Civil de 1936, aunque dicha norma no distinguía entre bien mueble o inmueble como sí lo hace el artículo 1708 del Código Civil.

Según el profesor Jack Bigio, la norma se aplica para cualquier supuesto de enajenación, no solamente en el caso de la compraventa. En ese sentido, afirmaba lo siguiente:

El precepto hace referencia a la enajenación del bien, que constituye el género. Por tanto, la norma tiene un amplio ámbito de aplicación ya que la enajenación del bien no sólo puede producirse por compraventa, sino también por permuta, por dación en pago, por aporte de un bien a una sociedad, y en general, por cualquier otro contrato innominado mediante el cual el arrendador, durante el curso del arrendamiento, transfiera la propiedad del bien a favor de un tercero [...]. La norma no solo se refiere a los casos de enajenación onerosa mencionados, sino también al supuesto de enajenación gratuita, esto es a la que se produce con motivo de un contrato de donación. (1997, p. 170)

La enajenación debe producirse por actos intervinientes, más no se aplica para los casos de adquisición mortis causa o por vía de sucesión. La discusión que presenta la norma es que pueda aplicarse incluso a los contratos a título gratuito porque puede suceder que el arrendador, para no respetar el contrato de arrendamiento, dona el bien a un familiar y con ello este puede lograr la desocupación del bien. Esta situación puede configurar un acto de mala fe, que puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios por parte del arrendador, conforme al artículo 1709 del Código Civil, pero se configuraría la conclusión del contrato de arrendamiento por enajenación del bien arrendado. De allí que resulta recomendable que el arrendatario inscriba su contrato en los registros públicos para que pueda oponerlo a cualquier tercero adquirente.

El derecho del arrendatario (*ius possidendi*) es uno de carácter personal, que solamente resulta oponible al arrendador, salvo que aquél inscriba su derecho en los registros públicos. La inscripción del contrato de arrendamiento en los registros públicos le otorga oponibilidad frente a terceros, pero no cambia su naturaleza de derecho personal. De allí que, en caso el arrendador o comprador pierdan su derecho de propiedad frente a un tercero, el arrendatario no puede oponer a este su contrato de arrendamiento aun cuando se encontrara inscrito, porque no tiene carácter real y no goza de la buena fe pública registral.

En cuanto a la conclusión específica del contrato de arrendamiento, no se produce de manera automática con la adquisición del bien, sino que el adquirente tiene el derecho de continuar con el contrato o puede darlo por concluido. En caso que quiera continuar con el contrato de arrendamiento se producirá un supuesto de cesión de posición contractual de carácter legal como lo afirma el profesor Mario Castillo Freyre (2021, p. 334). La cesión puede ser en forma expresa en el propio contrato de compraventa o en acto posterior; o en forma tácita si es que el adquirente cobra la renta. En caso que el adquirente decida dar por concluido el contrato de arrendamiento por la adquisición del bien, debe comunicarlo al arrendatario antes de iniciar la acción de desalojo, en cuyo caso el arrendatario habrá devenido en ocupante precario. Así lo ha considerado la Corte Suprema en la Casación 2195-2011-Ucayali, que motivó el IV Pleno Casatario Civil, cuando afirmó lo siguiente:

La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquirente se hubiera comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el contrato de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compraventa, acto después del cual el ocupante devendrá en precario. (2012)

Veamos a continuación cada uno de los supuestos de enajenación del bien arrendado del artículo 1708 del Código Civil.

1. Enajenación de bien cuando el contrato de arrendamiento se encuentra inscrito en los Registros Públicos

El inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil contempla este supuesto. Si el arrendamiento hubiera sido inscrito en los registros públicos, el adquirente debe respetar dicho contrato y sustituirse en lugar del arrendador, con todos los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento. Recién podrá desalojar al inquilino sujeto a las normas del contrato de arrendamiento, sea en caso de incumplimiento de contrato o por vencimiento del mismo. El inciso 6 del artículo 2019 del Código Civil permite la inscripción del contrato de arrendamiento, no obstante tratarse de un derecho personal. La

inscripción puede producirse se trate de un bien inmueble o de un bien mueble, por ejemplo, en el caso de vehículos. La protección igualmente del arrendatario con derecho inscrito se aplica tanto si la enajenación es de un bien inmueble así como de un bien mueble, aunque no lo señale el inciso 3 del artículo 1708 del Código Civil.

La problemática que se presenta es que resuelta a veces difícil la inscripción del contrato de arrendamiento en los registros públicos. En principio, las partes acostumbran a celebrar el contrato de arrendamiento con documento privado con firma legalizada solamente, sea porque el monto de la renta no es significativo o porque el plazo del contrato resulta breve.

En ese sentido, no se acostumbra celebrar el contrato arrendamiento por escritura pública, a pesar de que esta resulta ser más ventajosa en algunos casos, no solamente porque permite la inscripción en los registros públicos (artículo 2010 del Código Civil), sino porque posibilita un proceso de desalojo más célebre como es el desalojo con intervención notarial a que se refiere la Ley 30933. En segundo término, muchos inmuebles no se encuentran saqueados o se alquila una parte de ellos que no se encuentra independizado. Si bien en este último caso el artículo 133 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución 097-2013-SUNARP-SN, permite la inscripción del arrendamiento de una parte material de un inmueble, sin que fuera independizado, se debe adjuntar los planos correspondientes, salvo que pueda determinarse de sus antecedentes registrales. La Resolución 994-2015-SUNARP-TR-L establece al respecto que deben presentarse los planos correspondientes, conforme al artículo 5.2 de la Directiva 03-2014-SUNARP-SN y remitirse al área de catastro.

Los planos a presentarse son los planos perimétricos y de ubicación, memoria descriptiva, suscritos y sellados por el profesional responsable; lo cual resulta costoso para algunos arrendatarios o no les resulta conveniente considerando el monto de la renta o el plazo del contrato. Finalmente, el criterio del pago de los derechos registrales no promueve la inscripción del contrato de arrendamiento, porque hay registradores que cobran el derecho no en función de la renta mensual, sino por todo el período del contrato de arrendamiento, lo cual resulta excesivo no obstante que siempre existe el límite que no se debe superar el monto de una

Unidad Impositiva Tributaria⁶⁴. En ese sentido, debería modificarse el criterio de registros públicos para cobrar los derechos registrales en función a la renta mensual y no por la suma de todo el período.

2. Enajenación del bien cuando el contrato de arrendamiento no se encuentra inscrito en los Registros Públicos

En caso el arrendamiento no se encuentre inscrito en los registros públicos, el adquirente tiene la opción de continuar con el contrato de arrendamiento o darlo por concluido (inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil). En caso decida continuarlo, se producirá la sucesión legal en reemplazo del arrendador. Esta decisión pueda haberla asumido el adquirente en el contrato de arrendamiento o también puede ser efectuada en acto posterior, e incluso podría ser efectuada en forma tácita si decide continuar con el cobro de la renta. En caso el adquirente decida concluir el contrato de arrendamiento, deberá comunicarlo al arrendatario quien devendrá en ocupante precario, conforme al IV Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República. La discusión que plantea la norma es ¿qué pasa si el adquirente ha conocido la existencia del contrato de arrendatario?; ¿no existiría mala fe en la adquisición de un bien que se encuentra arrendado? En este caso debe considerarse que el arrendamiento genera un derecho personal que solo vincula al arrendador, más no a terceros; razón por la cual el tercero adquirente no se encontraría vinculado con este contrato, salvo que hubiera asumido la obligación. La mala fe sería del arrendador quien resultaría responsable civilmente conforme al artículo 1709 del Código Civil.

3. Enajenación de bien mueble cuando el contrato de arrendamiento no se encuentra inscrito en los registros públicos

El inciso 3 del artículo 1708 del Código Civil señala que si el bien arrendado fuera mueble el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe. Esto significa que si el adquirente recibió el bien de buena fe sin conocer el contrato de arrendamiento, no se encuentra obligado a respetarlo. El profesor Jack Bigio señala que la razón de ello es para proteger el tráfico jurídico (1997, p. 181); y también añadiríamos porque la posesión muchas veces equivale al título. Sin embargo, la norma no prevé la situación si es que el arrendatario se encuentra en posesión del bien

⁶⁴ Este criterio se siguió en la Resolución 4250-2022-SUNARP-TR, en donde se liquidó los derechos registrales por todo el período del arrendamiento. En la resolución se expresó lo siguiente: "Sin perjuicio de lo señalado, si resulta relevante calcular el monto del contrato en función a las rentas pactadas hasta un límite que permita a las instancias registrales determinar una suma exacta para la liquidación y cobro de los derechos registrales".

mueble y el arrendador transfiere la propiedad del bien arrendado a un tercero, ¿debería respetar el contrato de arrendamiento? Al parecer por la finalidad de la norma se inclinaría por proteger al arrendatario bajo la consideración especial de que la posesión equivale al título; sin embargo, ello rompería con la naturaleza de que el arrendamiento tiene carácter personal y no genera oponibilidad a terceros como el derecho real.

VIII. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL PROCESO DE DESALOJO

La conclusión del contrato de arrendamiento por diferentes causales genera la obligación de restitución del bien a cargo del arrendatario que se tramita vía el proceso de desalojo. En nuestro país existen diferentes vías para lograr el desalojo de un bien. Inicialmente se encontraba el artículo 585 del Código Procesal Civil, que regula el proceso de desalojo en la vía del proceso sumarísimo, a través de la demanda, contestación, audiencia, sentencia y apelación con efecto suspensivo; lo cual hace que el proceso de desalojo sea demasiado largo, por la carga procesal, el período de notificación, los plazos que no se respetan, entre otros.

Para agilizar el proceso de desalojo se promulgó la Ley 30201, que modificó el artículo 594 del Código Procesal Civil, e introdujo la figura del desalojo con cláusula de allanamiento a futuro o llamado 'desalojo express', que permite tramitar el proceso de desalojo de manera más breve solo por las causales de falta de pago y conclusión de contrato (vencimiento de contrato) y que, luego de la demanda y la contestación, autoriza al Juez a disponer el lanzamiento, pero tiene el inconveniente que las notificaciones dilatan el proceso y además la apelación de la sentencia es con efecto suspensivo. De otro lado, con la finalidad de promover la inversión en el sector inmobiliario, se promulgó el Decreto Legislativo 1177, Decreto Legislativo que establece el Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda, que establece un Proceso Único de Ejecución de Desalojo para los contratos que se celebran bajo el Formulario Único de Arrendamiento de inmueble destinado a Vivienda (en adelante, FUA) y que tiene las etapas de demanda, contestación, sentencia y apelación sin efecto suspensivo; pero que no ha tenido el éxito esperado porque el proceso tiene muchas etapas, las notificaciones se prolongan, y además la suscripción e inscripción de estos formularios resulta engoroso.

Finalmente, se dictó la Ley 30933, Ley que regula el Procedimiento Especial de Desalojo con Intervención Notarial, que procede únicamente por las causales de falta de pago y vencimiento de contrato y siempre que el contrato de arrendamiento

se celebre por escritura pública o bajo el FUA, y que tiene la ventaja que constatada la causal de desalojo por el notario, al Juez de Paz Letrado dispone inmediatamente el lanzamiento, sin que se requiera el trámite de un proceso, ni que exista un recurso de apelación que suspenda la ejecución de la sentencia. El tema es que muchos inmuebles no se encuentran saneados o no se encuentran independizados y existe la costumbre de las personas de preferir el contrato de arrendamiento con firma legalizada a la escritura pública, a pesar que esta en el tiempo resultaría más barata si se considera los tiempos que se puedan abreviar con el procedimiento especial de desalojo.

Adicionalmente, a la presencia de varios procesos de desalojo, existe el problema de que no hay claridad sobre las causales por las que procede el desalojo y existe la necesidad de adecuarlos a los supuestos de conclusión del contrato del Código Civil. El artículo 591 del Código Procesal Civil es más o menos claro cuando establece como causales de desalojo la falta de pago y el vencimiento del plazo. Adicionalmente, el artículo 586 del mismo Código comprendía como supuesto de desalojo el de ocupación precaria. Sin embargo, con la Casación 2195-2011-Ucayali, que motivó el IV Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema de Justicia de la República amplió el concepto de precario al arrendatario con contrato vencido cuando se le ha requerido la devolución del bien o cuando se da por vencido el contrato de duración indeterminada; lo cual en la práctica ha vaciado de contenido la causal de desalojo por vencimiento de contrato, sea de duración determinada o de duración indeterminada, porque todo debería tramitarse bajo la causal de ocupación precaria. Incluso si se siguiera ese mismo criterio el desalojo por resolución de contrato por falta de pago debería tramitarse bajo la figura del ocupante precario.

Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, el arrendatario no puede ser considerado como ocupante precario, porque existe una causal específica de desalojo que es el vencimiento del contrato y además porque es un poseedor inmediato cuya obligación de restitución es el efecto restitutorio o extintivo del contrato. El criterio de ocupante precario debería ser residual para aquellas situaciones no previstas y no generalizarse para que abarque todo; porque al final eso genera más dilación de los procesos, ya que el desalojo por ocupación precaria se tramita ante el juez especializado, luego puede subir en apelación ante la Corte Superior y cabe incluso recurso de casación ante la Suprema si la sentencia no fuera confirmatoria.

Finalmente, consideramos que las causales de desalojo derivadas del contrato de arrendamien-

to, en concordancia con el Código Civil, deberían ser: i) resolución por falta de pago; ii) vencimiento de contrato, sea de duración determinada o indeterminada; iii) resolución de contrato en general, sea por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o por imposibilidad de la prestación; y iv) la causal de ocupación precaria debería ser residual cuando un tercero solicite la desocupación del bien, sea porque ha adquirido el inmueble o porque tiene un mejor derecho de propiedad o cuando exista cualquier otra situación no prevista.

A continuación, desarrollaremos cada uno de los procesos de desalojo y cuáles son las mejoras que podrían implementarse para agilizar el desalojo.

A. El desalojo en general del Código Procesal Civil

El artículo 586 del Código Procesal Civil señala que procede el desalojo, entre otros, del propietario o arrendador contra el arrendatario, el subarrendatario, el precario, o cualquier persona a quien es exigible la devolución. El desalojo puede ser por cualquiera de las causales. La demanda se tramita ante juez de paz letrado si la renta mensual no es superior a las 50 Unidades Referenciales Procesales; en caso contrario o cuando no exista cuantía se tramita ante el juez especializado (artículo 547 del Código Procesal Civil). Aquí viene el problema del ocupante precario, porque al considerar la Corte Suprema que el arrendatario tiene la calidad de ocupante precario cuando se ha vencido el contrato y se le ha requerido la devolución del bien, el proceso de desalojo se inicia ante el juez especializado y puede llegar hasta la Corte Suprema.

Se presenta la demanda, hay la posibilidad de deducir excepciones y defensas previas y contestar la demanda; sigue la audiencia única en donde el Juez da a conocer su fallo y en un plazo de cinco días notifica la sentencia (artículo 555 del Código Procesal Civil). La apelación de la sentencia es con efecto suspensivo (artículo 371 del Código Procesal Civil), de tal manera que no se puede ejecutar el lanzamiento si es que no se confirma la sentencia. Si fuera un proceso de desalojo por vencimiento de contrato, el proceso se iniciaría ante el juez de paz letrado y concluiría en el juez especializado, porque la mayoría de la renta mensual no supera la cuantía de 50 Unidades Referenciales Procesales; pero como la Corte Suprema ha considerado que el arrendatario deviene en precario cuando se le requiere la devolución del bien, el proceso se puede dilatar hasta la Corte Suprema. Consideramos que, salvo la precisión de que el inquilino no es precario, debería mantenerse las reglas de este proceso de desalojo, porque es el más general y además el arrendador no tiene un

título especial para que se pueda despachar más rápidamente la ejecución.

B. El desalojo con cláusula de allanamiento a futuro o desalojo express

Se encuentra regulado en el artículo 594 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 30201. Procede por las causales de resolución de contrato por falta de pago y por conclusión de contrato. Aunque la norma no lo precisa, consideramos que esta última causal se refiere al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento, porque es una causal objetiva. Es requisito que las firmas del contrato de arrendamiento hayan sido legalizadas ante notario o juez de paz en los lugares donde no exista aquél. Adicionalmente, el contrato debe contener expresamente la cláusula de allanamiento a futuro por las indicadas causales.

El proceso se inicia ante el Juez de Paz Letrado cuando la renta mensual no supere las 50 Unidades Referenciales Procesales, porque es un proceso de desalojo por falta de pago o por vencimiento del contrato. Existía la duda si se requeriría la conciliación extrajudicial antes de interponer la demanda de desalojo, pero en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2017 se consideró que no se requiere el requisito de la conciliación extrajudicial en el desalojo con cláusula de allanamiento a futuro. Finalmente, la Resolución Administrativa 427-2023-CE-PJ ha reafirmado que no se requiere la conciliación extrajudicial para este tipo de desalojo y que es un proceso célere en donde no procede las excepciones y defensas previas. Sin embargo, no se ha aclarado la duda si el requerimiento de la devolución del inmueble al arrendatario convierte a este en precario. Al parecer la consideración parece ser que como se trata de un proceso especial no rige el IV Pleno Casatario Civil, pero sería bueno que ello se aclarara.

El procedimiento se inicia con la demanda, y el arrendatario tiene un plazo de seis días de notificada la demanda para acreditar únicamente que el contrato se encuentre vigente o que se hubiera cancelado la renta. El juez sin otro trámite debe expedir sentencia disponiendo el lanzamiento del inmueble si es que el arrendatario no acredita dichos supuestos. El problema de este procedimiento es que la apelación de la sentencia es con efecto suspensivo (artículo 371 del Código Procesal Civil), que impide que se pueda disponer el lanzamiento hasta que la sentencia sea confirmada. Consideramos que para agilizar este proceso y considerando que las causales son claras y objetivas la apelación de la sentencia debería ser sin efecto suspensivo para que se pueda disponer inmediatamente el lanzamiento del inmueble.

C. El desalojo vía el proceso único de ejecución de desalojo

El Decreto Legislativo 1177 regula los contratos de arrendamiento de inmueble con fines de vivienda. El contrato de arrendamiento debe estar contenido en un Formato Único de Atención (en adelante, FUA). Este formulario debe ser suscrito por las partes ante notario o juez de paz en lugares donde no existe aquél (artículo 4) y debe encontrarse inscrito en un registro administrativo del Ministerio de Vivienda denominado Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda, que resulta diferente a los registros públicos. El pago de la renta debe ser efectuado en una cuenta de abono bancaria, en donde se depositarán el concepto de garantía y también los otros gastos por el uso del bien, tales como cuotas de mantenimiento, servicios públicos, seguros, entre otros (artículo 7). Las causales por las que procede el desalojo son las siguientes (artículo 14.2): i) conclusión del contrato por vencimiento del plazo; ii) resolución contractual por mutuo acuerdo con firmas legalizadas; iii) incumplimiento del pago de la renta por dos meses consecutivos; iii) incumplimiento de pago de los conceptos complementarios, por seis meses consecutivos, tales como la cuotas de mantenimiento, servicios públicos, seguros, entre otros; y iv) uso del inmueble para un fin distinto a la vivienda acreditado con una constatación policial.

A diferencia del artículo 594 del Código Procesal Civil, se amplía en este procedimiento las causales de desalojo. Es competente el juez de paz letrado, sin que se precise ninguna cuantía. El desalojo se tramita vía un Proceso Único de Ejecución de Desalojo (artículo 15) con las etapas de demanda; la contestación acreditando la vigencia del contrato, el pago de la renta o de las cuotas periódicas adeudadas, entre otras obligaciones. Se pueden presentar excepciones y defensas previas con la contestación de la demanda. El juez expide sentencia en el plazo de tres días luego de vencido el plazo para contestar la demanda; y la apelación contra la sentencia es sin efecto suspensivo (artículo 15, párrafo 15.1, literal k). El problema de este procedimiento es que el FUA es muy engorroso con toda la información que se pide y además, está sujeto a una inscripción en un registro administrativo que no resulta ser un registro jurídico, sino meramente informativo, a diferencia de los registros públicos. Lo positivo de la norma es que amplía las causales de desalojo, aunque algunas no son muy objetivas, y prevé que la apelación contra la sentencia sea sin efecto suspensivo, permitiendo que la sentencia de primera instancia se ejecute inmediatamente.

D. El desalojo con intervención notarial

La Ley 30933 regula un procedimiento especial de desalojo con intervención notarial para los contra-

tos de arrendamiento. No están comprendidos los supuestos de alquiler venta u otros que conlleven a la adquisición de la propiedad, a excepción del arrendamiento financiero (artículo 2). El contrato de arrendamiento debe haberse celebrado por escritura pública o través del FUA, en cuyo caso se requerirá la inscripción en el Registro Administrativo de Arrendamiento para Vivienda del Ministerio de Vivienda. Adicionalmente, el contrato de arrendamiento debe contener la cláusula de allanamiento a futuro y la cláusula de sometimiento expreso a la Ley 30933. Igualmente, debe consignarse una cuenta de abono bancaria en donde se efectúe el pago de la renta. El inmueble materia de arrendamiento debe estar individualizado en forma inequívoca, lo que plantea la duda si solamente los inmuebles inscritos pueden ser objeto de estos contratos.

Consideramos que la ley no exige que sean bienes independizados, pero sí individualizados, lo cual puede efectuarse con algún plano. Las causales por las que procede el desalojo son: i) por falta de pago de la renta en la forma convenida, en su defecto lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1697 del Código Civil (2 meses y 15 días); y ii) vencimiento del contrato de arrendamiento. Aquí no existe el problema de que al arrendatario se le considere como ocupante precario porque existe norma expresa que señala que para proceder al desalojo se debe enviar una carta notarial en donde se requiera la devolución del inmueble, por vencimiento del contrato, entre otros (artículo 6, párrafo 6.2, inciso 2). El procedimiento se inicia ante notario para que realice la constatación de las causales de falta de pago y vencimiento del contrato. El notario notifica al arrendatario quien tiene un plazo de 5 días para formular oposición únicamente por las siguientes causales (artículo 8): i) renovación o prórroga del contrato de arrendamiento con escritura pública o FUA; ii) la constancia del pago de la renta en la cuenta de abono; iii) el incumplimiento de las formalidades establecidas por ley. El notario constata si se configura las causales de falta de pago o vencimiento de contrato y expide un acta notarial dejando constancia de la configuración de dichas causales y la procedencia del desalojo.

El acta no contenciosa del notario es título ejecutivo especial para solicitar al juez de paz letrado el lanzamiento del inmueble. El juez de paz letrado con la copia legalizada del expediente remitido por el notario y sin otro trámite dispone el lanzamiento del inmueble si se verifica los requisitos de la solicitud. La resolución del juez que dispone el lanzamiento es apelable sin efecto suspensivo, lo que permite que se ejecute de manera inmediata el lanzamiento. Es un procedimiento muy expeditivo, porque el notario constata las causales de desalojo y el Juez

inmediatamente dispone el lanzamiento del inmueble, sin otro trámite ni que interfiera el recurso de apelación. Quizá la norma requiera algún ajuste en cuanto a la oposición, para que cualquier otra alegación no impida que el notario expida el acta no contenciosa de configuración de las causales de desalojo o que el Juez resuelva ello conjuntamente con la solicitud de lanzamiento del bien.

IX. CONCLUSIONES

- El arrendamiento genera un derecho de posesión del arrendatario sobre el bien (*ius possessionis*), que consiste en el poder fáctico sobre el bien cuando le es entregado; pero también otorga un título o derecho a poseerlo (*ius possidendi*), que tiene naturaleza personal porque solamente resulta oponible al arrendador, salvo que se inscriba en los registros públicos; a diferencia del derecho real de uso y de usufructo que tienen naturaleza real y que resultan oponibles *erga omnes*.
- Debería modificarse el artículo 1666 del Código Civil para incluir dentro de la definición de arrendamiento el derecho de uso o de goce de un bien; tal como sucede con la mayoría de códigos civiles en el derecho comparado; a fin de que se entienda que el arrendamiento comprende el derecho a percibir los frutos naturales en los predios rústicos, o los frutos industriales si se trata del alquiler de una empresa, o incluso los productos no renovables si se trata de una concesión minera; con la limitación de los frutos civiles, porque no se puede subarrendar el bien en este caso, salvo autorización escrita del arrendador.
- El arrendamiento debe ser considerado como un acto de administración del bien y no un acto de disposición. Sin embargo, cuando el plazo del arrendamiento es demasiado largo podría entenderse que se afecta el bien; razón por la que debería considerarse que cuando el arrendamiento no sea superior a tres años constituye un acto de administración ordinaria para el cual basta con el poder general de administración, pero cuando supera ese plazo sería un acto de administración extraordinaria en la cual se requiere poder especial para arrendar el bien, tal como sucede con algunas legislaciones en el derecho comparado. Actualmente, el arrendamiento es considerado como un acto de administración extraordinaria por la jurisprudencia registral, independientemente del plazo del contrato.
- Existe un vacío legal en el artículo 1693 del Código Civil, porque la responsabilidad solidaria del subarrendatario frente al arrendador, por las obligaciones del arrendatario, solamente se aplica si es que el arrendador hubiera autorizado el subarrendamiento; más no cuando no lo hubiera autorizado; lo cual podría convertirse en un incentivo para que el arrendatario subarriende, porque de esta manera eludiría las obligaciones del subarrendatario. Debería modificarse el artículo 1693 para establecer que la obligación solidaria del subarrendatario ante el arrendador, por las obligaciones del arrendatario, se aplica se haya o no autorizado el subcontrato de arrendamiento. Sería una obligación solidaria de carácter legal.
- Existen dos fuentes en el contrato de duración indeterminada: una primera que suple el plazo por un período determinado, un año por ejemplo, o según se pague la renta, en forma mensual, semestral o anual (Código Civil francés, italiano, español, entre otros); y una segunda que establece que el contrato se puede poner término en cualquier momento dando aviso a la contraparte. Nuestro Código Civil de 1984 ha recogido las dos opciones respecto del contrato de duración indeterminada; por un lado, el artículo 1690 suple el plazo de duración por un período según se pague la renta, y por otro lado, el artículo 1703 que establece que se puede poner fin al contrato en cualquier momento, dando aviso a la contraparte. Sin embargo, debería derogarse el artículo 1690 del Código Civil porque carece de contenido al no haberse regulado el aviso de despedida y porque prevalece lo dispuesto en el artículo 1703 de dicho Código.
- El contrato de arrendamiento de duración determinada vence cuando transcurre el plazo. Sin embargo, la mayoría de códigos en el derecho comparado han acogido la figura de la tácita reconducción o prórroga tácita, que significa que ante el silencio de las partes o el transcurso de un breve plazo sin pedir la devolución del bien, la ley presume la voluntad de las partes y prorroga el contrato de arrendamiento bajo las normas del contrato de duración indeterminada. Es decir, que para poner fin al contrato se requiere un aviso previo de despedida a fin de que el contrato no se prorrogue nuevamente. Sin embargo, nuestro Código Civil ha recogido en el artículo 1700 la figura de la continuación del contrato de arrendamiento, que significa que el contrato continúa

hasta que se pida la devolución, sin necesidad de un aviso previo. En la continuación del contrato de arrendamiento de duración determinada no se convierte en uno de duración indeterminada.

- Para guardar concordancia de los artículos 1699, 1700 y 1704 del Código Civil, debería precisarse en el artículo 1699 que el contrato de arrendamiento de duración determinada concluye con el vencimiento del plazo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1700; y en el artículo 1704 debería indicarse que vencido el plazo del contrato y concluido conforme al artículo 1700 del Código Civil, el arrendador tiene derecho al cobro de la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva, lo que en ningún importará la continuación del contrato. Para el caso en que se considere eliminar la figura de la continuación del contrato de arrendamiento y derogar el artículo 1700 del Código Civil, existirá absoluta concordancia entre los artículos 1699 y 1704 del Código Civil, solo que habría que interpretar que el artículo 1699 del Código Civil es un supuesto de mora automática por disposición legal.
- La resolución del contrato de arrendamiento por vencimiento del plazo genera efectos liberatorios, restitutorios e indemnizatorios. Aplicado al contrato de arrendamiento e interpretando el artículo 1704 del Código Civil significa que el arrendatario ya no tiene el derecho a usar el bien (*ius possidendi*) y deja de estar obligado al pago de la renta; y a su vez el arrendador deja de estar obligado a mantener en uso del bien al arrendatario; por los efectos resolutorios el arrendatario tiene la obligación de restitución del bien y el arrendador de devolver la garantía que quedará remanente; y por los efectos indemnizatorios, el arrendatario está obligado a pagar por concepto de uso del bien hasta su devolución efectiva o el arrendador tiene derecho a cobrar la penalidad si es que así se hubiera convenido.
- El arrendatario no puede ser considerado como ocupante precario, no solamente porque existe una causal específica o especial de desalojo que es el vencimiento del contrato, sino también porque con la resolución del contrato por vencimiento del plazo (plazo resolutorio) se producen efectos restitutorios o resolutorios que generan la obligación del arrendatario de restituir el bien, teniendo como presupuesto justamente que el arren-

dador solicite la devolución del bien para constituir en mora al arrendatario o para dar por concluido el contrato de arrendamiento, conforme al artículo 1700 del Código Civil. Admitir que el arrendatario tiene la calidad de ocupante precario porque su contrato ha vencido, significaría también que el arrendatario con contrato resuelto por falta de pago tendría esa misma condición.

- El concepto de ocupante precario debería ser un criterio residual para aquellas situaciones no previstas y no generalizarse para que abarque todo, como ha sucedido con el vencimiento del contrato porque al final genera más dilación de los procesos. Las causales de desalojo derivadas del contrato de arrendamiento, en concordancia con el Código Civil, deberían ser: i) resolución por falta de pago; ii) vencimiento de contrato, sea de duración determinada o indeterminada; iii) resolución de contrato en general, sea por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o por imposibilidad de la prestación; y iv) la causal de ocupación precaria debería ser residual cuando un tercero solicite la desocupación del bien, sea porque ha adquirido el inmueble o porque tiene un mejor derecho de propiedad o cuando exista cualquier otra situación no prevista.
- Deberían efectuarse algunas modificaciones para agilizar el proceso de desalojo. En principio, eliminar el criterio de que el arrendatario es ocupante precario. En el caso del contrato de arrendamiento con cláusula de allanamiento a futuro o 'desalojo express', debería modificarse el artículo 371 del Código Procesal Civil para que la apelación de la sentencia sea sin efecto suspensivo y se pueda disponer inmediatamente el lanzamiento del inmueble. Debería promoverse figuras como el desalojo notarial para que, en mérito de un título especial, el Juez pue de disponer inmediatamente el lanzamiento del inmueble, sin necesidad de un proceso previo. 

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (1982). *Curso de Derecho Civil Español. Derecho de Bienes* (tomo III). Librería Bosch.
- Álvarez P. (2020). *Arrendamiento. Tratado de Contratos* (tomo II). Tirant lo Blanch.
- Avendaño, J. (1988). *Derechos Reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Bigio J. (1997). *El Contrato de Arrendamiento*. Gaceta Jurídica Editores.
- Castillo Freyre, M. (2021). *Tratado de los Contratos Típicos* (tomo II). Gaceta Jurídica.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General* (tomo I). Palestra Editores.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (volumen segundo). Editorial Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2009). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (tomo III). Editorial Aranzadi.
- Díez-Picazo, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (tomo IV). Editorial Aranzadi S.A.
- Falla, A. (1989). El vencimiento del plazo y la continuación en el uso del bien en el contrato de arrendamiento (arts. 1700 y 1704). *THĒMIS-Revista de Derecho*, (14), 84-93. <https://revisitas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10788>
- Gonzales Barrón, G. (2009). Los vaivenes jurisprudenciales sobre el precario. *Actualidad Jurídica*, (190), 67-74.
- Guzmán Ferrer, F. (1982). *Código de Procedimientos Civiles* (tomo II). Cultural Cuzco SA Editores.
- Hernández Gil, A. (1987). *La Posesión como Institución Jurídica y Social* (tomo II). ESPASA-CALPE S.A.
- Herrero Casajús, E. (2019). *El Precario: Del Derecho romano al Derecho actual*. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. <https://zguate.unizar.es/record/90196?ln=es>
- Lama More, H. (2007). *La Posesión y la Posesión Precaria*. Editorial Jurídica Grijley EIRL.
- Lorenzetti, R. (2007). *Tratado de los Contratos* (tomo II). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Padovini, F. (2014). Durata e Vicende del Rapporto. En V. Roppo (Dir.), *Trattato Dei Contratti*. Giuffrè Editore.
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Soria Aguilar, A. (2014). Contrato de Arrendamiento: Algunos cambios normativos que pueden realizarse a 30 años de la vigencia del Código Civil. En *Estudios Críticos sobre Código Civil*. Gaceta Jurídica.

- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC], Ley 8305, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de junio de 1936 (Perú).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil Alemán, 01 de enero de 1900 (Alemania).
- Código Civil Argentino, 01 de enero de 1871 (Argentina).
- Código Civil Español, 16 de agosto de 1889 (España).
- Código Civil Francés, 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Código Civil Italiano, 16 de marzo de 1942 (Italia).
- Código Procesal Civil [CPC], Decreto Legislativo 768, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de marzo de 1992 (Perú).
- Decreto Legislativo 653, Diario Oficial *El Peruano*, 01 de agosto de 1991 (Perú).
- Decreto Legislativo 1384, Diario Oficial *El Peruano*, 04 de setiembre de 2018 (Perú).
- Decreto Legislativo 1177, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 2015 (Perú).
- Ley 30201, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de mayo de 2014 (Perú).
- Ley 30933, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de abril de 2019 (Perú).
- Ley Enjuiciamiento Civil, *Gaceta de Madrid*, 5 de febrero de 1881 (España).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Resolución Ministerial 0046-2020-JUS (Perú).
- IV Pleno Casatorio Civil, agosto de 2012, (Perú)
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 2195-2011-Ucayali (Perú).
- SUNARP, Resolución 200-2001-SUNARP/SN (Perú).
- SUNARP, Resolución 368-2011-SUNARP-TR-L (Perú).
- SUNARP, Resolución 2923-2023-SUNARP-TR (Perú).
- Tribunal Registral, Resolución 2467-2015-TR-L (Perú).

LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE EN EL PERÚ

THE REGULATION OF ADMINISTRATIVELY APPROVED GENERAL CONTRACTING CLAUSES IN PERU

Carlos Tamani Rafael*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The present article examines the regulation and application of administrative approval of general contract clauses in the Peruvian context, with a focus on the financial services and telecommunications sectors.

It highlights and questions the importance of this approval for consumer protection. Furthermore, it discusses jurisprudential discrepancies regarding the challenge of these clauses.

In summary, the article offers a detailed and critical view of the regulation of general contract clauses in Peru, highlighting key challenges and considerations in this legal field.

KEYWORDS: General contracting clauses; administrative approval; regulation; consumers.

El presente artículo examina la regulación y aplicación de la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación en el contexto peruano, con énfasis en los sectores de servicios financieros y telecomunicaciones.

Se destaca y cuestiona la importancia de esta aprobación para la protección de los consumidores. Además, se discuten las discrepancias jurisprudenciales sobre la impugnación de estas cláusulas.

En suma, el artículo ofrece una visión detallada y crítica de la regulación de las cláusulas generales de contratación en el Perú, destacando los desafíos y consideraciones clave en este ámbito legal.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas generales de contratación; aprobación administrativa; regulación; consumidores.

* Abogado. Magíster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca. Consultor en la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi. Profesor de Derecho Privado en los Departamentos Académicos de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Contacto: ctamani@pucp.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 13 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Estamos a cuarenta años de la promulgación de nuestro principal cuerpo legal en el ámbito del derecho privado: el Código Civil peruano de 1984. Esta ocasión invita a reflexionar acerca de nuestra codificación, con sus aciertos y errores, pero también a explorar las figuras que fueron recogidas en dicho cuerpo normativo y que han tenido un desarrollo más allá de su configuración original. El tema escogido para la presente investigación versa sobre las cláusulas generales de contratación que cuentan con aprobación administrativa.

La contratación en masa o por adhesión ya no es un caso extraño o novedoso, sino más bien una realidad que lleva varias décadas entre nosotros y que ha tenido un interesante desarrollo dogmático, normativo y jurisprudencial tanto dentro como fuera del país¹. Esta evolución se refleja en la gran cantidad de casos que existen en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) y en sede judicial, en la presencia de secciones dedicadas a la materia de consumo en revistas de actualidad jurídica en el Perú, así como en la existencia de áreas dedicadas a dicha materia en los principales estudios jurídicos y empresas.

La gran relevancia práctica de la materia, que se tramita tanto en sede administrativa como judicial, no ha implicado que se produzcan estudios que acompañen la complejidad de la temática. Esto se debe en parte a la percepción de que existe una especialidad que lo aleja de la dogmática civil en general, lo que ha generado un espacio lleno de novedad, aunque con poca profundidad. Dicha circunstancia ha impactado en la resolución de algunos casos, creando escenarios que se alejan del régimen de la contratación privada en general y dando una falsa idea de autonomía a los operadores jurídicos.

El panorama planteado se encuentra también vinculado al hecho de que la gran mayoría de casos son de baja cuantía o no tienen un gran impacto social, pese a que pudieran ser circunstancias graves para los consumidores (como reportes indebidos ante centrales de riesgos, falta de concreción de compras de deuda, falta de cobertura de seguros, incumplimientos en compras de inmuebles, cortes de servicio, atribuciones indebidas de créditos, etc.). Debido a que el Indecopi no puede brin-

dar resarcimiento por daños y perjuicios, muchas circunstancias solo se ven desde la óptica sancionadora, perdiéndose la posibilidad de evaluar los daños generados o permitiendo una mejor tutela a los consumidores afectados.

Lo señalado pone en evidencia la necesidad de trabajar en la construcción de categorías jurídicas que puedan armonizar la doctrina contractual con los pronunciamientos jurisprudenciales del Indecopi, brindando claridad a los operadores jurídicos que a menudo se enfrentan a situaciones donde la respuesta no es clara.

En ese sentido, el presente trabajo analiza el régimen de los contratos que incluyen cláusulas generales aprobadas por la Administración, específicamente en el ámbito de los servicios públicos y aquellos bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS). Es importante destacar que este aspecto no ha sido tomado en cuenta por la mayoría de la doctrina nacional al analizar las cláusulas generales de contratación. Se ha afirmado de manera bastante ligera que no existen casos de cláusulas generales aprobadas administrativamente (Arias-Schereiber Pezet, 2000, pp. 162-163; De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 745-749; González Barbadillo, 2020a, pp. 319-321). En contraposición, cabe resaltar una única corriente doctrinaria que sí toma en cuenta la existencia de un sistema de aprobación de cláusulas generales por la Administración, aunque de manera poco profunda (Torres Vásquez, 2012, pp. 459-460).

Dado el panorama planteado, se procederá a realizar una aproximación a las cláusulas generales, centrándonos luego en la división entre cláusulas aprobadas y no aprobadas administrativamente, y su régimen según el Código Civil del Perú y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC). Posteriormente, se evaluarán dos casos concretos de aprobación administrativa: el sector bancario y el de las telecomunicaciones.

II. BREVE APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS GENERALES

Las cláusulas generales son condiciones contractuales empleadas en una serie de contratos sin haber sido elaborados para un contratante particular. Dicha uniformización es útil a efectos de agilizar las transacciones en el mercado, ello es factible al ge-

¹ Véase a Arias-Schereiber Pezet (2000); Bautista Huananca (2022); Cañizares Laso (2015); Cárdenas Quirós (1996); Chiassoni, (2011); Criado-Castilla (2021); Cueva Chaman (2022); González Barbadillo (2020a, 2020b); Mato Pacín (2017); Mendoza Alonzo y Morales Ortiz (2020); Soncco Mendoza (2003); Soto Coaguila, (2003); Vásquez Rebaza (2023); Vega Mere (2020).

nerar un marco de adhesión general que permite despersonalizar la contratación y eliminar la posibilidad de negociación.

En atención a su funcionamiento y descripción, surge la pregunta sobre si estas cláusulas tienen naturaleza normativa o negocial. Esto se centra en el momento de la celebración de estas y en el hecho de que cada cláusula sea independiente en cada contrato en particular.

Por un lado, en la teoría normativa, se ha afirmado que “sólo [sic] en apariencia el contrato por adhesión es el resultado de una voluntad de las partes; en realidad, el predisponente expresa una voluntad unilateral y dicta su ley, no a cierto individuo, sino a una colectividad indeterminada” (Bianca, 2007, p. 365). Esta doctrina pone énfasis en el carácter abstracto e indeterminado de las cláusulas, ya que existen de manera independiente de los contratos a los que pertenecen, lo que sugiere que su naturaleza no se limita al ámbito contractual, sino que se sitúa en el normativo al ser impuestas al adherente.

El planteamiento reseñado considera que el contrato es un acuerdo que requiere la participación efectiva de las partes en la construcción del reglamento contractual. Sin embargo, esta visión no es suficiente para entender cómo funciona actualmente la contratación. Hoy en día, se ha alejado de una conformación pormenorizada del reglamento contractual por cada una de las partes (incluso en la contratación civil clásica), poniendo más énfasis en la posibilidad de alejarse de la oferta que en la posibilidad de su modificación. Así, en la actualidad, el contrato no requiere una negociación sobre todas sus estipulaciones, siendo suficiente el plegamiento de una de las partes hacia la oferta. Además, el poder económico de la parte que propone el futuro reglamento contractual es irrelevante, siempre que no haya empleado mecanismos que impidan la construcción libre de la decisión de contratar de la parte adherente (Bianca, 2007, p. 365).

Por otro lado, la teoría negocial afirma que:

Las condiciones generales son eficaces en cuanto tengan su título en el contrato, esto es, en cuanto sean aceptadas por el adherente. La regla legal válida para las condiciones generales no excluye la necesidad de la aceptación del adherente, sino que reconoce como suficiente la aceptación genérica de lo que predispuso la otra parte. Las cláusulas, en definitiva, son eficaces, no porque así lo quiere la ley, sino porque el adherente aceptó el reglamento de la otra parte. (Bianca, 2007, p. 366)

El planteamiento resaltado enfatiza la necesidad de una aceptación expresa de las condiciones generales, lo que significa que la predisposición de cláusulas generales para un número indeterminado de contratos no elimina la necesidad de obtener el consentimiento del adherente para que ese cuerpo de reglas tenga eficacia en una relación concreta. De este modo, no es la voluntad del que propone el contrato lo que determina la eficacia de las cláusulas generales en cada contrato individual, sino que es la manifestación de conformidad de cada uno de los adherentes con ese conjunto normativo. Por ello, nos adherimos a esta mirada sobre la naturaleza de las cláusulas generales como derivadas de una fuente negocial.

Aunque puede resultar una obviedad, es preciso indicar que la adhesión a las cláusulas generales debe ser expresa, libre e informada debidamente, sin que exista vicio en la decisión tomada, no solo en consideración de la regulación del Código Civil peruano, sino en particular con lo dispuesto sobre métodos comerciales coercitivos en el CPDC.

Existen teorías adicionales, como la de la institución (las cláusulas generales serían verdaderas instituciones, en la medida que se instaura una situación permanente, susceptible de generar futuras relaciones jurídicas), la de interpretación típica (el adherente realiza una declaración de adhesión al contrato a través de la que se incluyen las cláusulas generales a este) y la de declaración tipificada (la declaración del adherente tiene un carácter típico en la medida que se le da el valor de una manifestación de voluntad) (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 713). Sin embargo, no consideramos que estas teorías sean adecuadas para explicar el fenómeno de las cláusulas generales, ya que obvian la cuestión fundamental de que se produce un verdadero acuerdo entre las partes, a pesar de que una de ellas estipule las condiciones unilateralmente con el objetivo de celebrar un número indeterminado de futuros acuerdos (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 697-702; Vega Mere, 2020, pp. 307-310).

Habiendo establecido la naturaleza negocial de las cláusulas generales en los términos precisados, podemos analizar sus características distintivas, como a continuación detallamos.

A. Predisposición

La predisposición de las cláusulas generales es la característica principal de esta figura. Esto implica que las condiciones son preestablecidas por el predisponente con la finalidad de aplicar ese reglamento a sus relaciones habituales, en el marco de la actividad empresarial dirigida a un público masivo. Aunque las cláusulas están pensadas

para el ámbito de las relaciones de consumo, no es excluyente de que se predispongan condiciones en el marco de relaciones entre profesionales o entre consumidores.

La predisposición implica que la construcción de las cláusulas generales debe hacerse de manera previa a la celebración del contrato y de manera abstracta sin pensar en una relación concreta. Si bien esta característica por definición excluye la posibilidad de negociar, sería posible que incluyan cláusulas generales de contratación en un contrato paritario, ello sobre puntos accesorios respecto a lo contratado, sin que ello implique que se convierta en un contrato por adhesión.

La característica de la predisposición es una necesidad del tráfico comercial, el cual al masificarse hace imposible pensar en negociaciones individuales para los cientos de relaciones contractuales a realizarse para la adquisición de bienes o servicios producidos en serie. Esto, que sin duda genera ventajas para el funcionamiento de las complejas cadenas de distribución y comercialización modernas, no deja de conllevar un riesgo de afectación a los consumidores y usuarios que pueden verse obligados a aceptar condiciones desfavorables sin siquiera ser conscientes de ello debido a la velocidad de las transacciones actuales, que dejan poco espacio para la reflexión.

B. Generalidad y abstracción

Otras características de las cláusulas generales son la generalidad y abstracción. Sobre la primera, se entiende como “la posibilidad de aplicar las cláusulas a una serie (o clase, o categoría) indefinida de contratos singulares sin desnaturalizarlos, aun cuando cada uno de éstos [sic] tenga elementos propios” (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 699). Como ya se señaló previamente, se pone énfasis en la función que cumple la cláusula, en su carácter indeterminado y útil para un número indefinido de operaciones, que si bien particulares (al cambiar los adherentes), siempre recogerán una transacción típica, en el sentido de su uniformidad.

Sobre la segunda, se refiere a que “las cláusulas son concebidas sin pensar en una relación concreta, o sea no se toma en consideración la personalidad de las contrapartes de los futuros contratos ni la relación jurídica particular que van a crear tales contratos” (De la Puente y Lavalle, 2007, p. 670). De este modo, se pone énfasis en la despersonalización de las cláusulas generales, las cuales no reflejan las motivaciones de las partes involucradas, sino que se reducen al reglamento contractual necesario para la materialización de una operación económica concreta.

Ambas características brindan la necesaria maleabilidad a las condiciones generales para que puedan adaptarse a un número indeterminado de operaciones económicas, sin que sean relevantes las motivaciones particulares de cada adherente. Esto no implica que deba existir una sola clase de condiciones generales por proveedor, sino que es posible que existan tantas clases como sea necesario para el empresario o profesional, en atención a su particular rubro económico. Así, cada ‘paquete’ de cláusulas generales recoge lo más relevante e indispensable para la celebración de contratos de manera masiva y eficiente.

C. Inmutabilidad

Sobre esta característica se ha indicado que:

Consiste en que dichas cláusulas, bien se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas (artículos 1393 y 1397 del Código Civil), o bien, a semejanza de los contratos por adhesión, son planteadas por el predisponente como un conjunto único e indiscutible, de tal manera que no cabe modificación de tales cláusulas. (De la Puente y Lavalle, 2007, pp. 700-701)

Se ha señalado, con razón, que la fortaleza de esta característica es que:

Depende de las condiciones del mercado en el cual se ofrecen productos y servicios bajo ciertos términos contractuales, dado que en un mercado abiertamente competitivo y al cual concurren diversos proveedores, el interesado podrá optar (aunque no es lo frecuente en consumidores inadvertidos o que centran su interés en las prestaciones esenciales) por cláusulas menos onerosas o menos desfavorables y con ello no tendrá que someterse a las mismas de modo ineluctable. (Vega Mere, 2020, p. 309)

En definitiva, la inmutabilidad es una característica fundamental de las cláusulas en la medida que está vinculada con su carácter predispuesto; toda vez que resultaría contradictorio que, por un lado, se establezcan en forma anticipada las condiciones bajo las cuales se van a realizar una serie de operaciones y, por otro, sea posible modificarlas en cada oportunidad.

III. CLÁUSULAS GENERALES APROBADAS Y NO APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones en atención al tipo de cláusulas generales que existen en el ordenamiento jurídico peruano: las aprobadas y las no aprobadas administrativamente. En

primer lugar, las cláusulas aprobadas por la Administración resultan vinculantes para el predisponente (en calidad de ofertas), pero no pierden su naturaleza contractual. Esto significa que no será hasta el momento de su aceptación por el adherente que resultarán de obligatorio cumplimiento.

En segundo lugar, las cláusulas no aprobadas administrativamente, hasta que no sean incorporadas al contrato, no resultan vinculantes para el predisponente, a menos que las hubiera publicitado (de manera que el adherente, con uso de su diligencia ordinaria, puede tomar conocimiento de estas). En ese caso, estas cláusulas se vuelven vinculantes. En ambas circunstancias, nos mantenemos en el ámbito de la naturaleza contractual, ya que siempre será necesaria la adhesión de la parte no estipulante para que las condiciones generales se conviertan en obligatorias para ambas partes.

Desde el punto de vista legal, las cláusulas generales se dividen en aprobadas y no aprobadas administrativamente, cada una con un régimen diferenciado. Los artículos 1393, 1394 y 1396 del Código Civil peruano, hacen referencia a las cláusulas aprobadas administrativamente, mientras que los artículos 1397, 1398, 1399 y 1400 del mismo texto legal se refieren a las cláusulas no aprobadas administrativamente. Esta clasificación también está presente en el CPDC, donde el artículo 49 menciona las cláusulas no aprobadas administrativamente, y el artículo 52 y siguientes se refieren a las cláusulas aprobadas administrativamente.

Esta clasificación no genera mayor complejidad, en tanto basta con corroborar si la operación económica para la cual se desea predisponer una serie de reglas preestablecidas está sujeta o no a la aprobación administrativa. Sobre los contratos específicos que pertenecen a una u otra clase, se trata de contratos que requieren la aprobación administrativa de sus cláusulas generales. Esto aplica a los contratos de consumo celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica, y los celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la SBS (conforme al artículo 54 del CPDC). De este modo, todos los demás serían considerados como contratos con cláusulas no aprobadas administrativamente.

Cabe precisar que el hecho de que un contrato pertenezca a una u otra clase, tiene consecuencias respecto a las reglas que se le aplican, por lo que al aproximarse a esta materia es vital ubicar el contrato que se esté analizando en una u otra categoría.

Uno de los aspectos más destacados de la regulación de las cláusulas generales en Perú es la dispersión regulatoria existente. Si bien no es inusual

en el Derecho comparado que exista más de un cuerpo legislativo dedicado a la contratación de consumo (Código Civil del Perú y alguna ley o código especial), resulta peculiar que la legislación especial se haya desarrollado sin tener en cuenta el derecho común. Esto ha llevado, en la práctica, a que no se recurra a las reglas del Código Civil, sino a las de protección al consumidor. Esta interpretación errónea de la regulación autónoma del CPDC ha generado confusiones en nuestra doctrina y práctica legal, al punto de que ciertos sectores afirman una supuesta independencia o autonomía del derecho de consumo respecto del derecho civil.

En vista de esta circunstancia, planteamos la necesidad de sistematizar ambas regulaciones estableciendo con claridad, estableciendo sus ámbitos de aplicación y sus interconexiones necesarias. Esto no implica generalizar las reglas establecidas en la legislación especial, sino encontrarles un lugar dentro del sistema de derecho privado. De esta manera, se brindará claridad a los operadores jurídicos que pudieran verse privados de valiosas herramientas del derecho común, esto al pensar en esos 'cantos de sirena' que afirman la autonomía del derecho de consumo.

Así, por ejemplo, analizamos a continuación una importante modificación en el ámbito de los contratos por adhesión y de cláusulas generales: la vuelta a la formalidad en la celebración de los acuerdos. Debido a la gran cantidad de operaciones económicas para las que están pensadas las condiciones generales, se ha convertido en estándar plasmar por escrito las cláusulas preestablecidas, ello con la finalidad de facilitar su distribución y comunicación a los posibles adherentes. Aunque no se excluye la posibilidad de utilizar otros tipos de soporte, siempre que sea posible revisitarlos sin problemas (grabación de audio o video).

Es de resaltar que, sobre la redacción y formalidad de las cláusulas, los artículos 47 y 48 del CPDC obligan a los proveedores a que las condiciones cumplan con lo siguiente:

- Verificar de manera indubitable la voluntad de contratar de los consumidores, incluyendo las restricciones o condiciones especiales del producto o servicio materia del acuerdo.
- Prohibición de establecer obstáculos injustificados para que los consumidores puedan ejercer sus derechos derivados del acuerdo.
- Se debe garantizar que los consumidores puedan apartarse o modificar los contratos empleando los mismos mecanismos que fueron utilizados para la celebración del contrato.

- Se debe garantizar la legibilidad de los formularios, tanto en su redacción y contenido, como en las cuestiones formales, indicándose concretamente una medida del tamaño de letra a utilizar en el documento (3 milímetros).
- Se debe de entregar copia de todos los documentos contractuales firmados por los consumidores, siendo de cargo de los proveedores dejar constancia de dicha entrega.
- Debe garantizarse en todo momento la buena fe y equilibrio contractual, evitando la inclusión de cláusulas abusivas.

Se aprecia que existen una serie de reglas pormenorizadas respecto a la complejidad, lenguaje y forma que deben emplearse en las condiciones generales y contratos por adhesión. Esto refleja las necesidades propias de la protección a los consumidores, donde se ha tenido que intervenir de forma más activa. Cabe indicar que esto no es una peculiaridad del ordenamiento jurídico peruano, sino que resulta ser la regla en la mayoría de los sistemas de protección al consumidor que se basan en el mundo legal de origen romano germánico.

En este caso, podemos apreciar que el Código Civil no hace referencia a la necesidad de formalidad ni de la claridad al redactar cláusulas generales. Sin perjuicio de ello, aunque existen reglas para contratos de adhesión o de cláusulas generales que abordan la forma, redacción y contenido mínimo estas figuras, al estar reguladas por el CPDC, se excluyen aquellos contratos paritarios que pudieran ser considerados como contratos de adhesión. Por lo tanto, en estos casos no sería necesario cumplir con los estándares mencionados, sino sujetarse que las partes deben seguir los usos y reglas que, en virtud de la buena fe, guíen su conducta en el contrato.

En definitiva, en el momento actual del derecho privado peruano, es menester que al revisar la regulación referida a las cláusulas generales de contratación se tenga en cuenta no solo el Código Civil, sino también el CPDC, así como la normativa que se ha desarrollado en específicos sectores del mercado.

El régimen general de la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación se encuentra en el artículo 54 del CPDC, el cual establece dos tipos de contratos de consumo que pueden estar sujetos al juicio previo de la Administración: los referidos a los servicios públicos y los referidos al sistema financiero.

En el mencionado artículo se establece que la aprobación de la cláusula por la Administración solo puede ser cuestionada en la vía judicial (CPDC, 2010). Esto significa que la aprobación de la cláusula en forma abstracta (sin vinculación a una concreta relación contractual), solo podría ser cuestionada de manera general. De esta manera, se otorga mayor legitimidad a la aprobación realizada por la Administración y mayor seguridad a los proveedores que confían en el criterio de la entidad competente.

Sin perjuicio de lo indicado, de existir alguna afectación concreta a un consumidor, este puede recurrir a la vía administrativa o judicial para obtener un pronunciamiento específico. Esto quiere decir que, si bien abstractamente se le brinda a la cláusula una protección fuerte con miras a asegurar su legitimidad, ello se equilibra con la posibilidad de cuestionar alguna cláusula aprobada por la Administración en casos concretos. Solo se ha de precisar que tal pronunciamiento tendría efectos solo para las partes del proceso o procedimiento.

La diferencia en el tratamiento para sancionar una cláusula abusiva ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Indecopi, el cual ha indicado lo siguiente:

De haberse producido la aprobación administrativa por la SBS, el consumidor solo podrá realizar la denuncia si la cláusula cuestionada le hubiese sido efectivamente opuesta y aplicada. Ello se debe a que, de manera previa, el ente regulador ya ha efectuado un control, a efectos de lograr un equilibrio contractual entre las empresas supervisadas y los usuarios. Así, la tutela a los intereses difusos o colectivos de los consumidores está garantizada por la labor supervisora de la SBS, mediante la aprobación de cláusulas generales de contratación, siendo que la decisión del ente regulador solo podrá ser cuestionada en la vía judicial. (Indecopi, 2019, pp. 115-116)

Finalmente, el artículo 54 del CPDC (2010) establece que la Autoridad Administrativa, al revisar las solicitudes de aprobación de cláusulas generales, puede identificar aquellas que son abusivas y emitir normativa que impida su inclusión en futuros contratos, tanto para el caso del solicitante como para todos los demás proveedores del mercado supervisado.

Ahora bien, conforme al artículo 55 del CPDC (2010) se indica que las cláusulas generales aprobadas administrativamente deben ser difundidas a través del portal institucional de las entidades. Esta medida puede comprobarse fácilmente visi-

tando los portales de los organismos reguladores de diversos sectores económicos, como la SBS.

Hasta este punto, se aprecia que existe un verdadero sistema de aprobación de cláusulas generales por la Administración, un aspecto importante que algunas doctrinas nacionales parecen ignorar (González Barbadillo, 2020a, p. 321) . En definitiva, hay una gran cantidad de contratos en el ámbito privado que cuentan con cláusulas generales aprobadas por entidades administrativas especializadas.

IV. SERVICIOS QUE REQUIEREN APROBACIÓN ADMINISTRATIVA DE CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

El artículo 54 del CPDC (2010) establece que están sujetos a aprobación administrativa los contratos celebrados por empresas supervisadas por la SBS, así como los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos, ya sea que estén sujetas o no a regulación económica. Es importante destacar que el Indecopi, en atención a una investigación efectuada en el ámbito de su competencia, puede proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros un sector del mercado que requiera la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación. Aunque hasta la fecha no ha habido propuestas por parte del Indecopi, habrá que ver si en el futuro se incluye algún nuevo sector de la economía nacional.

Así, en lo que sigue, evaluaremos a modo de ejemplo los servicios financieros y el servicio público de telecomunicaciones, así como la forma en que su contratación está sometida al control administrativo.

En el ámbito de las telecomunicaciones, el regulador del sector es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel), el cual está encargado de la supervisión de la calidad y condiciones del servicio, así como de la aprobación de las cláusulas generales de contratación.

Así, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTEL), en su artículo 17, establece la necesidad de aprobar las cláusulas generales incluidas en los diversos contratos elaborados por las empresas concesionarias. Así, se indica la necesidad de la aprobación para continuar con la comercialización de los productos, así como que, en caso de existir alguna negociación sobre algún punto del contrato, esta deberá ser demostrada por el prestador del servicio:

Artículo 17.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por el OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualesquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio. (Osiptel, 2012)

Asimismo, no será posible contratar con cláusulas no aprobadas administrativamente ni tampoco será posible incluir condiciones contrarias a la normativa vigente. Esto último resulta reiterativo, pero tiene más que ver con un tema de política legislativa debido a la naturaleza del concreto mercado. También se establecen contenidos mínimos del contrato y la necesidad de informar al Osiptel sobre cualquier modificación que se vaya a realizar a los contratos aprobados.

En el ámbito financiero, la Resolución SBS 3274-2017, Reglamento de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (en adelante, 'el Reglamento'), establece en su Título V todo lo vinculado a las condiciones generales de contratación. En lo que resulta relevante para el presente trabajo, en el artículo 50 se indica la lista de productos y servicios financieros en los que las cláusulas generales de los modelos de contratos deben ser aprobadas por la SBS, encontrándose las siguientes: crédito hipotecario y de consumo, depósito de ahorro y a plazos (incluye los certificados de depósitos y certificados bancarios), depósito por compensación de tiempo de servicio y en cuenta corriente, y dinero electrónico.

La mencionada lista no es cerrada, ya que eventualmente podrían ampliarse las materias bajo este sistema. Asimismo, se indica que no se puede utilizar cláusulas generales no aprobadas administrativamente y que el plazo máximo para la aprobación previa es de sesenta días hábiles. Es decir, que las entidades financieras solo pueden utilizar las cláusulas generales que hayan sido aprobadas por la SBS, lo que, sin embargo, no excluye la posibilidad de que se realice la negociación individual de algunas cláusulas del contrato. Aunque en dicho caso corresponderá al proveedor demostrar la existencia efectiva de dicha negociación. Adicionalmente, resulta relevante indicar que se cierra toda posibilidad de que, a través de los anexos del contrato, se incorporen derechos y obligaciones adicionales a los establecidos en las cláusulas generales aprobadas por la SBS, ni tampoco se puede establecer alguna modificación.

Si bien en ambos casos es posible cuestionar si las cláusulas generales aprobadas administrativamente resultan ser o no correctas, en el caso particular de los contratos bancarios, el hecho de ser una cláusula aprobada administrativamente puede implicar una vía distinta para cuestionar la corrección de estas. Ello puede apreciarse de diversos pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi.

Es preciso señalar de manera previa que el artículo 54 del CPDC, ya mencionado previamente, establece en su inciso 2 que solo es posible cuestionar la aprobación administrativa de una cláusula en la vía judicial (2010). Siendo que solo en caso de que la cláusula haya sido opuesta directamente al consumidor este puede recurrir a la autoridad administrativa o judicial competente.

En la Resolución 1553-2023/SPC-INDECOPI, se indica que dicho inciso 2 del artículo 54 del CPDC solo se aplica a los escenarios de consumidores particulares, mas no a las denuncias que son formuladas por asociaciones de consumidores, ya que estos actúan en la defensa de intereses colectivos y no individuales. Por lo tanto, en el caso bajo análisis se consideró que sí era posible cuestionar una cláusula aprobada administrativamente.

No obstante, sobre el fondo de la cuestión, se consideró que la cláusula invocada como abusiva no lo era. La referida cláusula tenía el siguiente tenor: “El Asociado renuncia al fuero de su domicilio y se somete expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales de Lima”. Por lo tanto, para el ejercicio de acción alguna contra la denunciada era necesario acudir a la ciudad de Lima. Sobre ello, la Sala en mayoría estableció que la referida cláusula no resultaba ser abusiva, ya que consideró que, en atención al artículo 25 de Código Procesal Civil (1992), era posible prorrogar la competencia territorial de forma convencional, lo que habría ocurrido en el caso concreto mediante la referida cláusula.

Cabe indicar que la denunciada en dicho procedimiento era una empresa que contaba con sucursales a nivel nacional, por lo que dicha estipulación aparecía en todos los contratos celebrados a nivel nacional. En esa línea, se puede apreciar cómo una equivocada consideración de la naturaleza de un contrato de adhesión que contiene cláusulas generales puede ser incorrectamente analizada, tanto por el regulador (que la aprobó), como por la entidad dirimente, en este caso el Indecopi.

De este modo, si bien el artículo 25 del Código Procesal Civil establece que es posible pactar la prórroga de la competencia territorial, esto impli-

ca una aceptación expresa y consciente de dicha circunstancia (1992). Esto se reconoce incluso en el propio CPDC (2010), que establece en diversos artículos la necesidad de no establecer trabas a la posibilidad de reclamar de los consumidores. Esto se condice además con la regulación existente en otras latitudes, como las consideraciones que existen al respecto en la Directiva 2011/83 y los Reglamentos Roma I y II, que siempre contemplan la necesidad de reconocer que es el domicilio del consumidor el que determina el ámbito de competencia territorial para efectos de realizar un reclamo o demanda.

En esa línea, el pronunciamiento de la Sala demuestra una visión alejada de los últimos desarrollos en materia de consumo y no recoge la esencia misma del CPDC, que busca tutelar la posición desventajosa del consumidor, brindándole herramientas para que pueda ejercer sus derechos y recibir una adecuada tutela.

Cabe indicar que hubo un voto en discordia que, si bien no recogió en concreto lo que indicamos, sí se opone a la consideración de que la cláusula habría sido correctamente establecida, ello en la medida que implicaría un costo adicional a nivel económico para poder ejercer sus derechos y obtener la tutela respectiva.

De otro lado, es de resaltar la Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI, que confirmó la improcedencia de la denuncia de un consumidor, en la medida que el cuestionamiento de los formularios contractuales solo era posible por la vía judicial.

El referido pronunciamiento es interesante, ya que parece existir una discrepancia con el pronunciamiento reseñado previamente. De la revisión del pronunciamiento del 2023, pareciera ser que existía una línea jurisprudencial consolidada respecto a considerar que las asociaciones de consumidores podían siempre cuestionar una cláusula aprobada administrativamente sin la necesidad de que exista una afectación concreta. Esto se aprecia también en la Resolución 2440-2018/SPC-INDECOPI y 1052-2019/SPC-INDECOPI.

Sin embargo, en la Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI se señala todo lo contrario, precisando que es indispensable la existencia de una afectación concreta a un determinado consumidor o consumidores. Por ello, declaran improcedente la denuncia.

Esta diferencia de criterios resulta preocupante, ya que no pareciera existir una línea jurisprudencial definida respecto a si es posible o no para las asociaciones de consumidores cuestionar las cláusulas aprobadas administrativamente. De este

modo, se hace necesario que se aclare el criterio respecto a este punto por parte de la autoridad administrativa.

En líneas generales, a través de la revisión de la jurisprudencia del Indecopi, se puede observar la relevancia práctica de la distinción entre cláusulas aprobadas administrativamente y aquellas que no lo están. Se entiende que las primeras se encontrarían sujetas a un mayor control respecto de su contenido, aunque, como se ha visto, esto no siempre sea así.

V. CONCLUSIONES

- A diferencia de lo afirmado por un sector mayoritario de la doctrina nacional, existen casos relevantes de contratos con cláusulas generales aprobadas administrativamente. Además, existe un marco regulatorio relevante y una gran cantidad de casos vinculados con dicha regulación en el sector administrativo.
- Los principales sectores donde se emplean cláusulas generales de contratación son los servicios financieros y el servicio público de telecomunicaciones, supervisados por la SBS y el Osiptel. Esto se debe al gran número de operaciones realizadas en dichos sectores y a su relevancia para la economía en general.
- Existen implicancias prácticas vinculadas con la existencia de las cláusulas aprobadas administrativamente, como la limitación para denunciar la existencia de una cláusula abusiva por un consumidor particular, ello solo en casos en los que hayan sido opuestas.
- Es necesario aclarar el criterio establecido sobre si las asociaciones de consumidores pueden denunciar cláusulas abusivas en casos donde las condiciones hayan sido aprobadas administrativamente, a efectos de comprender mejor esta situación. 

REFERENCIAS

- Arias-Schereiber Pezet, M. (2000). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984* (Tomo I, Vol. 1). Gaceta Jurídica.
- Bautista Huarancca, L. (2022). *La vulneración de la libertad de empresa a través del control de las cláusulas abusivas en las relaciones jurídicas de consumo* [Tesis de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bianca, C. (2007). *Derecho Civil 3. El Contrato*. Universidad del Externado de Colombia.
- Cañizares Laso, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, 2(3), 67-105.
- Cárdenes Quirós, C. (1996). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *Ius et Veritas*, 7(13), 19-35.
- Chiassoni, P. (2011). Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. *Revista de Derecho Privado*, (21), 89-106.
- Criado-Castilla, J. (2021). *Proporcionalidad y cláusulas abusivas. El principio de proporcionalidad como criterio para definir la abusividad de las condiciones generales de la contratación* [Tesis de Doctorado]. Universidad de Salamanca.
- Cueva Chaman, A. (2022). *¿Más Estado o más mercado?: la crisis del sector inmobiliario de consumo en el Perú por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos inmobiliarios* [Tesis de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Tomo I, Vol.1). Palesstra Editores.
- González Barbadillo, E. (2020a). Comentario al artículo 1393. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.
- (2020b). Comentario al artículo 1394. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (2019). *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*. Indecopi.
- Mato Pacín, M. (2017). *Cláusulas abusivas y empresario adherente*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Mendoza Alonzo, P. y Morales Ortiz, M. (2020). Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (34), 207-216.
- Soncco Mendoza, P. (2003). Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA*, (5), 161-178.

Soto Coaguila, C. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 52(106), 563-609.

Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría General del Contrato* (tomo I, Vol. 1). Instituto Pacífico.

Vásquez Rebaza, W. (2023). El control del contenido en contratos estandarizados. Análisis de la prohibición de cláusulas abusivas bajo el artículo 1399 del Código Civil peruano. *Ius et Veritas*, (67), 87-134.

Vega Mere, Y. (2020). Comentario del artículo 1392. *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de 1984 (Perú).

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2010 (Perú).

Decreto Legislativo 768, Código Procesal Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de marzo de 1992 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y

Propiedad Intelectual del Indecopi, 17 de setiembre de 2018, Resolución 2440-2018/SPC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 30 de enero de 2019, Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI, Expediente 767-2017/CC1 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 22 de abril de 2019, Resolución 1052-2019/SPC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, 5 de junio de 2023, Resolución 1553-2023/SPC-INDECOPI (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, 19 de setiembre de 2012 (Perú).

Resolución SBS 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 18 de agosto de 2017 (Perú).

SOBRE LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN CONTINUADA E INSTANTÁNEA: EL TIEMPO Y LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREDOR

ABOUT CONTRACTS OF CONTINUOUS AND INSTANTANEOUS PERFORMANCE: TIME AND SATISFACTION OF THE CREDITOR'S INTEREST

Luis Diego Vargas Sequeiros*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Rafaela Ojeda Villamar**

Pontificia Universidad Católica del Perú

This article analyzes the national and international regulation of continuous and instantaneous performance contracts, focusing on the incomplete nature of this regulation and its impact on legal certainty.

The authors propose a classification based on the role of time in contractual performance and satisfaction of the creditor's interest. These criteria are presented as more precise to differentiate between continuous and instant performance contracts, facilitating their practical application.

KEYWORDS: Contracts; continuous execution; instant execution; contractual resolution; penalties; legal uncertainty.

El presente artículo analiza la regulación nacional e internacional de los contratos de ejecución continuada e instantánea, destacando la naturaleza incompleta de dicha regulación y su impacto en la seguridad jurídica.

Los autores proponen una clasificación basada en el papel del tiempo en la ejecución contractual y la satisfacción del interés del acreedor. Estos criterios se presentan como más precisos para diferenciar entre los contratos de ejecución continuada e instantánea, facilitando su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Contratos; ejecución continuada; ejecución instantánea; resolución contractual; penalidades; inseguridad jurídica.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP. Investigador del Observatorio Inmobiliario y Mercantil (OIM) de la Facultad de Derecho PUCP. Abogado del Estudio Mendoza del Maestro Consultores & Abogados (Lima, Perú). Contacto: ldvargas@pucp.edu.pe

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente de docencia en los cursos Instituciones del Derecho Privado 2 y Seminario de Integración en Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho. Investigadora del Observatorio Inmobiliario y Mercantil (OIM) de la Facultad de Derecho PUCP. Contacto: rafaela.ojedav@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 19 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En este mundo hay tres cosas seguras, la muerte, pagar impuestos y realizar negocios jurídicos. Así, todos los días celebramos múltiples contratos. En ellos acordamos si debemos realizar una acción o entregar un bien, los objetos relacionados, sus características y cualidades, y la manera en la que deben cumplirse las obligaciones pactadas. Precisamente, es en el último punto donde el tiempo se convierte en un elemento determinante para la adecuación en la ejecución del contrato. Ello porque es distinto acordar que debemos realizar una acción en un momento, o entregar un conjunto de objetos de manera periódica, o que deberemos realizar acciones sucesivas para que se pueda considerar que hemos cumplido el contrato. En consecuencia, podemos concluir que el tiempo en el modo de cumplimiento de las obligaciones es de vital importancia en el mundo jurídico y en la vida real. Precisamente, esta diferenciación de los negocios jurídicos según el rol del tiempo en su ejecución ha dado origen a la clasificación de los contratos según la ejecución sea continuada o instantánea. Pero ¿es cierto que conocemos adecuadamente las diferencias entre estas clasificaciones?

El legislador del Código Civil peruano de 1984 olvidó incluir una definición o caracterización que nos permita identificar con certeza cuándo nos encontramos ante una categoría contractual u otra. En consecuencia, para conocer cómo se han entendido los contratos de ejecución continuada e instantánea debemos remitirnos a otras fuentes, como la doctrina y la jurisprudencia.

Por lo anterior, consideramos importante investigar el desarrollo de los contratos de ejecución continuada e instantánea y sus variaciones desde la doctrina y la práctica jurídica peruana. Primero, porque algunos de sus efectos jurídicos, como veremos a continuación, se codificaron, ello significa que su regulación es incompleta, al no comprender todos los supuestos de hecho que pudieran razonablemente presentarse. En segundo lugar, porque las características de estos contratos están presentes en las operaciones económicas diarias de las personas, sea en la compraventa de un vehículo, el suministro de insumos para un restaurante o la contratación de una obra pública tradicional. Lo cierto es que todos los contratos celebrados contemplan un elemento vital en su ejecución: el tiempo. Y es este elemento, junto con la satisfacción del interés del acreedor, lo que nos permite clasificar a un determinado negocio jurídico como uno a ejecutarse de forma instantánea o continuada, sea a través de una prestación única o en acciones divisibles.

Es de nuestro parecer que la sola comprensión de la literatura jurídica no nos permite identificar adecuadamente las características principales de estos contratos. Esto porque los autores han empleado una variación del lenguaje altamente especializada, así como referencias a autores extranjeros desconocidos para el público en general y cuyos trabajos académicos son mayoritariamente inaccesibles por la barrera del lenguaje. Como consecuencia de lo anterior, hoy contamos con trabajos académicos de gran proeza doctrinaria, con alta capacidad de abstracción, que resultan poco claros para el lector no especializado. Lo que es aún peor si reconocemos que estas fuentes académicas no han sido actualizadas a las nuevas formas de contratación que hacen de la línea divisoria establecida desde la academia sea útil y poco clara. Ello a su vez ha provocado que la jurisprudencia nacional se limite a la aplicación de los efectos positivizados en el Código Civil, sin profundizar sobre la naturaleza y clasificación de estos contratos. Es por lo anterior, que consideramos necesario proponer una clasificación clara y dinámica de estos negocios jurídicos, que sea lo suficientemente flexible para adaptarse a las necesidades humanas, y guardar las esperanzas de que sea acogida en una nueva revisión del Código Civil.

Para realizar el presente trabajo se ha recurrido a una cuidadosa revisión dogmática de la doctrina peruana y extranjera, así como a la jurisprudencia nacional. De acuerdo con Carlos Ramos, este método se caracteriza por ocuparse de los conceptos jurídicos puramente abstractos, dejando de lado cualquier elemento de la realidad (2007, p. 111). En otras palabras, implica la lectura cuidadosa y sistematización ordenada de las ideas presentadas por la doctrina nacional e internacional sobre estos tipos contractuales caracterizados por su desenvolvimiento en el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor. Asimismo, se ha estudiado la jurisprudencia y los laudos arbitrales publicados que han desarrollado esta discusión a fin de poder apreciar la práctica real de estas categorías de contratos.

A continuación, en el primer capítulo presentaremos el marco teórico y normativo relevante, analizaremos la regulación general y especial pertinente, así como las normas internacionales que han desarrollado estas categorías contractuales. Luego, explicaremos el estado de la cuestión desde la academia y la práctica jurídica. Por otro lado, en el segundo capítulo profundizaremos en las categorías jurídicas propuestas, considerando el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor como criterios decisivos para su clasificación y explorando cómo estas categorías se relacionan con las nuevas formas de contratación. Por último, presenta-

remos una propuesta normativa para una mejor clasificación de estos tipos de contratos, junto con las conclusiones de esta investigación.

II. MARCO NORMATIVO: ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN GENERAL, LAS NORMAS ESPECIALES Y LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

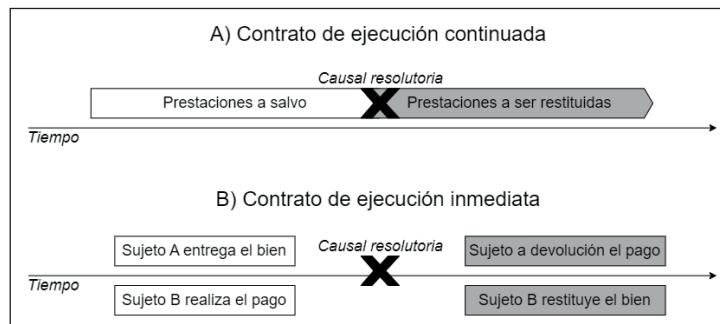
Como indicamos anteriormente, no es óptimo que el legislador peruano no haya considerado tipificar los contratos de ejecución continuada e instantánea en el Código Civil. Sin embargo, esta situación no descalifica al Código como una fuente de derecho sujeta a revisión obligatoria, ya que logró positivizar algunos de los aspectos más elementales de estos contratos: los efectos de su resolución.

En primer lugar, el artículo 1372¹ del Código Civil señala que, como consecuencia del efecto restitutorio de la resolución contractual, las partes deben devolverse mutuamente las prestaciones que se hubieran ejecutado hasta el momento en el que se produjo la causal resolutoria o, si ello no fuera posible, reembolsar su valor en dinero (1984). En consecuencia, esta norma produce efectos distintos según el contrato resuelto, pues

ello significa que, para los contratos de ejecución continuada, las prestaciones se restituyen desde el momento en el que aparece la causal resolutoria, quedando a salvo del efecto restitutorio de la resolución las prestaciones ejecutadas durante la vigencia del contrato.

Por ejemplo, en el caso de un contrato de suministro con un plazo de cinco meses que se resuelve por un incidente ocurrido en el tercer mes, las partes deberán restituirse las prestaciones recibidas a partir de ese momento, sin considerar las prestaciones anteriores. En contraste, en los contratos de ejecución instantánea, la regla establecida en el artículo 1372 del Código Civil implica que los efectos de la resolución contractual se retrotraen al momento de la celebración del contrato, independientemente de que se hayan ejecutado parcialmente (1984). En consecuencia, deberán restituirse todas las prestaciones realizadas (Forno, 2020, p. 215). De este modo, según la naturaleza instantánea o continuada de la ejecución del contrato, esta norma puede implicar desde la devolución de un automóvil recientemente adquirido hasta el reintegro del monto total pagado por la construcción de un inmueble.

Gráfico 1: Diferentes efectos restitutorios



Fuente: Elaboración propia

Una segunda disposición del Código Civil que requiere estudio es el artículo 1365², el cual establece que los contratos de ejecución continuada de plazo indeterminado podrán ser resueltos por cualquiera de las partes mediante un aviso previo por vía notarial (1984). Esta norma es importan-

te porque establece un procedimiento diferenciado del régimen general para la resolución de estos contratos. Así, la *ratio legis* de este artículo es ofrecer una opción a las partes que deseen dar por terminada de forma unilateral una relación jurídica que, debido a su naturaleza, podría exten-

¹ Artículo 1372.-

La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe. (1984)

² Artículo 1365.-

En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho. (1984)

derse perjudicialmente *ad infinitum* (Muro, 2020, p. 187). En consecuencia, únicamente deben comunicar notarialmente su decisión y, luego de 30 días calendarios, se entenderá resuelto el contrato.

En la misma línea, los artículos 1440 y 1441 del Código Civil³ establecen un trato diferenciado para la modificación de los contratos comutativos de ejecución continuada, periódica o diferida e instantánea, ello como consecuencia de la excesiva onerosidad (1984). Es importante reiterar que, en ese momento, lamentablemente, el legislador peruano no desarrolló con mayor precisión qué consideraba por estas categorías contractuales, a pesar de diferenciarlas expresamente y otorgarles soluciones distintas en caso se afecte el equilibrio contractual.

Así, en primer lugar, se entiende que estas normas no son aplicables a los contratos de ejecución instantánea, en los que las prestaciones deben ejecutarse en un único momento (Oviedo y Camargo, 2020, p. 543). En segundo lugar, se distingue a estos acuerdos de los contratos de ejecución instantánea con prestaciones diferidas por causas no imputables a los deudores (Oviedo y Camargo, 2020, p. 546). Esto se debe a que los artículos reseñados sí resultan aplicables a los contratos de ejecución instantánea con prestaciones diferidas. Aquí se puede observar cómo el legislador aprecia una similitud en los contratos de ejecución continuada y aquellos cuyas prestaciones no se dan en un mismo momento, pero son instantáneas. Todo ello lo ha conducido a equiparar la modificación de estas categorías contractuales tan disímiles.

Por otro lado, fuera del Código Civil, los contratos de ejecución continuada e instantánea también han sido regulados limitadamente en el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado a través del Decreto Supremo 344-2018-EF (en adelante, 'el Reglamento'). Es importante revisar esta fuente de derecho, ya que regula

los aspectos principales de la contratación pública, aplicando de manera supletoria las disposiciones del Código Civil. Además, vincula al principal sujeto económico de nuestro país, el Estado, quien celebra a diario innumerables contratos para la construcción de obras públicas a nivel nacional y coordina los suministros necesarios para el funcionamiento de los establecimientos de las múltiples entidades que lo conforman. Como se indicó líneas arriba, dado que la resolución de los contratos tiene graves efectos según la forma de ejecución de los contratos, es aún más importante poder distinguir entre los contratos de ejecución continuada e instantánea cuando las consecuencias deberán ser pagadas con dinero público.

Ahora bien, nuestro legislador tampoco incluyó una definición para los contratos de ejecución continuada e instantánea ni en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento. No obstante, en los numerales 1 y 2 del artículo 162 del Reglamento⁴ podemos encontrar indicios sobre sus principales diferencias. Este artículo describe una fórmula matemática para el cálculo de las penalidades que deberán aplicarse al contratista o proveedor en caso incurra en mora, según el contrato sea de ejecución continuada o instantánea. En resumen, el Reglamento establece consecuencias materiales y dinerarias divergentes ante el incumplimiento, ello según la naturaleza del contrato celebrado.

En términos amplios, como regla general, la norma establece que para el supuesto en el que el contratista incurra en un retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones, la Entidad aplicará automáticamente una penalidad dineraria por cada día de atraso. Según el primer numeral, esta penalidad se calcula multiplicando el monto del contrato por 0.1 y luego dividiéndolo entre un factor que se multiplica por el número de días del plazo acordado en el contrato.

³ Estos artículos sostienen lo siguiente:

Artículo 1440.-

En los contratos comutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitará el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas

Artículo 1441, inciso 1.-

Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican: 1. A los contratos comutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella [...]. (1984)

⁴ Artículo 162 del Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.-

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula [...].

162.2. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al monto vigente del contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica o entregas parciales, a la prestación individual que fuera materia de retraso. (2018)

Gráfico 2: Cálculo de la penalidad diaria según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.1 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$

Fuente: Decreto Supremo 344-2018-EF (2018).

La diferenciación según el tipo contractual la encontramos explícitamente en el segundo numeral. Para el cálculo de la penalidad en contratos de ejecución instantánea, se aplicará el monto nominal del contrato, es decir, el monto total asociado a la prestación adeudada. En cambio, en los contratos de ejecución continuada, solo se utilizará el valor de la prestación individual materia de retraso, es decir, el monto asociado a la obligación no ejecutada y no a las ya cumplidas. De esta manera, el Reglamento mantiene la fórmula establecida en el Código Civil para los efectos resolutorios, aplicándola a la indemnización por incumplimiento del deudor. Por un lado, en los contratos de ejecución inmediata, la consecuencia del incidente en la ejecución contractual afecta a la prestación, contemplada como una unidad. Por otro lado, en los contratos de ejecución continuada, la consecuencia se limita a aquellas prestaciones realizadas después de su manifestación.

A fin de suprir el vacío de la regulación sobre la definición de estas categorías contractuales, la Dirección Técnico Normativa (en adelante, DTN) del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (en adelante, OSCE) ha emitido diversas opiniones. Estas proporcionan una visión sobre cómo las entidades estatales interpretan los contratos públicos de ejecución continuada e instantánea. Su revisión es, a todas luces, importante, ya que son empleadas por personas revestidas con autoridad jurisdiccional, como árbitros y jueces, al momento de resolver controversias sobre la materia.

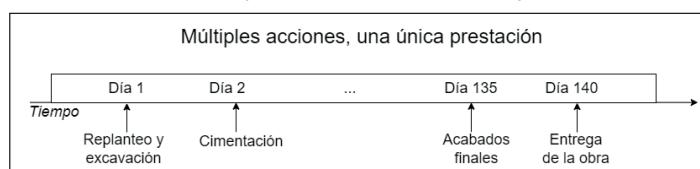
En primer lugar, la DTN ha establecido un criterio diferenciador en el **modo** de ejecución de las

obligaciones del negocio jurídico. Así, distingue entre los contratos de ejecución única, aquellos que contienen una obligación que “se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad”, y los contratos de duración, en los que “su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes” (DTN, 2020). De esta manera, se ha construido un criterio sobre dos elementos: (i) la finalidad contractual; y (ii) el modo en el que debe ejecutarse la obligación principal.

Por ejemplo, cuando el Estado suscribe un contrato de obra pública tradicional a suma alzada, le encarga al contratista la edificación de esta a cambio de un pago total por el resultado. El negocio jurídico no ha sido celebrado para que el contratista únicamente levante las columnas de la obra, sino que está obligado a realizar un conjunto de acciones, como el replanteo, la excavación o la cimentación que, por su naturaleza, no pueden realizarse en un mismo espacio temporal. De esta manera, a pesar de que la obligación principal del contrato se deba realizar en múltiples momentos, entendemos que estamos ante un contrato de ejecución instantánea, en tanto solo podrá decirse que el contratista ha cumplido su obligación al entregar la obra completa.

En otras palabras, su obligación se ejecuta en un único instante (al entregar la obra), y las diversas acciones que realiza deben entenderse como una unidad indivisible. Aunque estas acciones se desarrollen a lo largo de un espacio de tiempo relativamente extenso, al Estado, como acreedor de la obligación de construcción, no le interesa tener los cimientos de un puente; lo que necesita es el puente en sí mismo.

Gráfico 3: Ejecución de contrato de obra pública

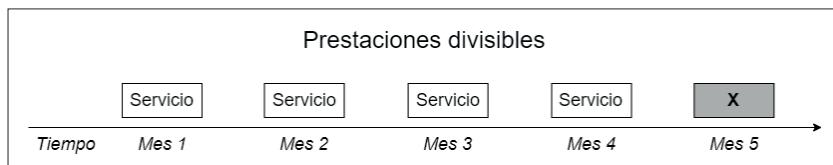


Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, si el Estado suscribe un contrato para que un proveedor realice el mantenimiento periódico de un puente, este mantenimiento se llevará a cabo de manera repetitiva y sucesiva, en distintos momentos. A cambio, el Estado pagará por cada servicio de mantenimiento prestado. En el escenario de que el proveedor únicamente realice los cuatro primeros mantenimientos acordados y que el contrato se resuelva antes del quinto ser-

vicio, aunque no haya completado el total de las prestaciones acordadas, no se puede negar que el proveedor cumplió parcialmente el contrato. De acuerdo con el criterio de la DTN, este contrato estaría compuesto por una obligación principal compuesta por un número de prestaciones divisibles, y la finalidad del contrato habría sido satisfecha parcialmente. Así, se entiende que estamos ante un contrato de ejecución continuada.

Gráfico 4: Ejecución del contrato de mantenimiento periódico



Fuente: Elaboración propia.

En conclusión, la DTN es de la opinión de que los contratos de ejecución continuada e instantánea pueden ser distinguidos según la distribución en el tiempo de las prestaciones contractuales. En los contratos de ejecución instantánea, las obligaciones se extinguen en el momento en el que se alcanza su finalidad, independientemente de que el deudor requiera realizar una o múltiples acciones. En contraste, la DTN considera que los contratos de ejecución continuada solo pueden ser ejecutados a través de prestaciones que se extienden en el tiempo, lo que sería una cualidad deseada por las partes.

Dejando de lado la regulación nacional, consideramos de vital importancia revisar la regulación internacional. Para ello, es fundamental analizar los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado sobre los Contratos de Comercio Internacionales (en adelante, los Principios UNIDROIT). A diferencia de nuestra legislación nacional, los Principios UNIDROIT ofrecen una definición original, directa y simple sobre los contratos de ejecución continuada. Según su artículo 1.11, estos contratos son aquellos “cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo y que suele involucrar, en mayor o menor medida, una operación compleja y una relación continuada entre las partes” (UNIDROIT, 2016). No obstante, para los contratos de ejecución instantánea no se incluye una definición precisa, aunque sí se han regulado algunos de sus efectos.

En ese sentido, el artículo 7.3.6 de los Principios UNIDROIT señala que, como consecuencia de la

resolución de un contrato de ejecución instantánea, cada parte puede reclamar la restitución de las prestaciones dadas hasta el momento. En sus palabras, cuando se resuelve “un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido” (UNIDROIT, 2016). Por su parte, el artículo 7.3.7 de los Principios UNIDROIT⁵ señala que las partes deberán restituirse mutuamente las prestaciones –divisibles por naturaleza– posteriores a la resolución (2016).

En suma, a pesar de que en este cuerpo normativo no se ha incluido una clasificación detallada para estos tipos contractuales, los Principios UNIDROIT coinciden con nuestro ordenamiento al resaltar el elemento del **tiempo** en cuanto al modo de ejecución de los contratos y la naturaleza divisible o unitaria de la obligación principal.

III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA ACADEMIA

En este apartado, estableceremos de manera suelta cómo la doctrina peruana y extranjera ha entendido a los contratos de ejecución continuada e instantánea, así como el desarrollo jurisprudencial. Esto con el fin de suplir los vacíos dejados por la normativa nacional.

Para sorpresa del lector, es fácil identificar cómo se origina esta clasificación contractual. La clasificación de los contratos de ejecución continuada e

⁵ Artículo 7.3.7 de los Principios UNIDROIT.-

(1) Al resolver un contrato de larga duración, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible.

(2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6. (2016).

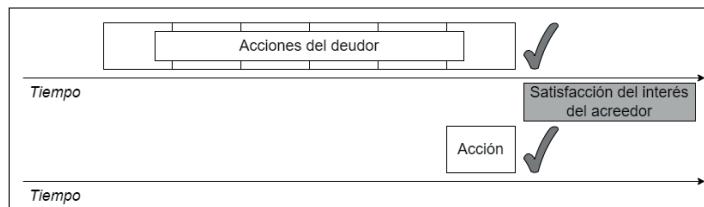
instantánea es consecuencia de la conceptualización de la satisfacción del interés del acreedor. Se plantea que lo que distingue a ambas categorías contractuales es: (i) el momento en el tiempo en el que las prestaciones deben realizarse; y (ii) la forma en la que ello cumple con satisfacer el interés del acreedor (Zatti y Collusi, 1999). En contraste, resulta más complejo identificar una designación única para los contratos de ejecución instantánea, ya que la doctrina nacional utiliza términos como 'inmediata' o 'única' para designar a los contratos que contienen una obligación principal indivisible y que se ejecuta en un único momento (De la Puente, 2007, p. 181).

En esta línea, según Forno Florez, los contratos de ejecución instantánea contienen una única prestación que puede realizarse en un espacio de tiempo prolongado o reducido, que solo puede entenderse como una acción global capaz de satisfacer el interés del acreedor (1994, p. 193). En otras palabras, para el autor no es determinante que la obligación se cumpla en un único hacer por el deudor,

sino que el elemento esencial en la ejecución de este tipo de contratos es la satisfacción del interés del acreedor.

Por ejemplo, en el caso de un contrato de obra, cuando el contratante vea completa su casa y esta esté lista para ser usada, se entenderá que la obligación ha sido satisfecha. Esto no ocurre necesariamente al momento en el que se instalen las columnas o se tarrajean las paredes. Por lo tanto, si bien el transcurso del tiempo es un enfoque que diferencia a los tipos contractuales de otros como la compraventa o el arrendamiento, viene a ser un elemento incidental al momento de desarrollar los contratos de ejecución instantánea. En otras palabras, que una prestación pueda realizarse en un segundo o en varios meses no es un indicio de que nos encontramos ante un contrato de ejecución instantánea. Para la doctrina nacional, lo esencial es que la satisfacción del acreedor se realice en un único instante, independientemente de que el deudor deba realizar una sola acción o miles de ellas.

Gráfico 5: Momento de satisfacción del interés del acreedor y cumplimiento del contrato



Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, existen contratos que se ejecutan a través de varias prestaciones durante un espacio de tiempo prolongado. Autores como De la Puente, Forno y Morales denominan a estos contratos como 'de duración', en contraste con los contratos de ejecución instantánea. Lo que caracteriza a estos contratos es que el tiempo es un elemento esencial en su cumplimiento. Según De la Puente, podemos identificar a estos contratos "cuando las prestaciones que surgen de él tienen que ejecutarse necesariamente en el discurrir del tiempo, entendiendo esto como que las prestaciones, por su naturaleza, no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente" (2007, pp. 182-183). En este tipo de contratos, el transcurso del tiempo es vital para su clasificación, ya que la satisfacción del interés del acreedor no se produce en un instante ni mediante una única acción.

Por su parte, Forno coincide con De la Puente y plantea que el "elemento esencial que sirve [...] para la determinación de esta categoría es la función del tiempo relativa a la satisfacción de una necesidad durable que precisamente el contrato satisface, y la duración es pues condición de tal

satisfacción" (1994, pp. 193-194). Dicho de otro modo, el interés del acreedor en los contratos de ejecución continuada radica en la ejecución de prestaciones divisibles a lo largo de un período de tiempo, aunque el cumplimiento de una sola de ellas lograría satisfacerlo parcialmente. A ello debemos agregar que, para Morales, los contratos de ejecución continuada son "aquellos en donde la atribución o atribuciones patrimoniales no pueden ejecutarse en un solo momento, sino que necesariamente deben ejecutarse durante un período de tiempo más o menos prolongado" (2007, p. 372). Esto porque (i) la prestación debe realizarse de manera ininterrumpida; o (ii) debe llevarse a cabo en intervalos de tiempo periódicos (Morales, 2007, p. 372). En otras palabras, estos contratos pueden subdividirse en contratos de ejecución continuada en sentido estricto o de ejecución periódica.

De esta manera, los autores citados reflejan la tendencia uniforme que sigue nuestra doctrina nacional en cuanto a esta clasificación. Según ellos, lo que distingue a los contratos de ejecución continuada de los contratos de ejecución instantánea es que, en los primeros, "la esencia del con-

trato es prolongarse en el tiempo, pues esta prolongación es lo que permite alcanzar su finalidad" (De la Puente, 2007, p. 183). En contraste, para un contrato de ejecución instantánea, lo esencial es que esta se realice, entendiendo todas las acciones orientadas a obtener este resultado como una unidad.

La razón detrás de esta extraordinaria uniformidad en la doctrina peruana es que nuestros académicos son herederos de los esfuerzos de la doctrina italiana en esta conceptualización. Por ejemplo, Francesco Messineo señala que un contrato será de ejecución instantánea si contiene una obligación que se agote "uno actu, es decir, con una solutio única" (1986, p. 430). En otras palabras, para la doctrina nacional lo importante no es si la prestación se realiza en un momento largo o corto, o en varios momentos distintos, sino que sea una única acción la que dé cumplimiento a la obligación instantánea.

Esta idea contrasta con la definición de los contratos de ejecución continuada esbozada por Messineo, para quien se caracterizan por contener prestaciones que se distribuyen en el tiempo. En palabras de este autor, en estos contratos la dilatación del cumplimiento durante "cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad [...] que las indujo a contratar" (1986, pp. 429-430). Además, caracteriza a los contratos de ejecución continuada como aquellos donde "la duración no es tolerada por las partes, sino que es querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración" (1986, pp. 429-430). Es así como, nuevamente, concluimos que el tiempo y la distribución de la ejecución de la prestación son los elementos que caracterizan estos contratos.

En esta línea, es importante reconocer que fue el italiano Giusseppe Osti quien marcó la tendencia doctrinaria sobre estos tipos contractuales. En palabras de Gabrielli, Osti fue el primero en señalar que los contratos de ejecución continuada o contratos de duración se caracterizaban por su ejecución a través del transcurso del tiempo. Osti indicó que esta nomenclatura respondía "más a la concisión que a la propiedad de la fórmula pues en sentido propio, no es el contrato, sino la relación la que es de duración" (citado en Gabrielli, 2017). Para Osti, la definición "no se vincula con el negocio como fuente de la relación, sino a la relación como efecto del negocio. Debería pues hablarse no de contratos, sino de relaciones de duración" (citado en Gabrielli, 2017). A esta idea, Gabrielli agrega que, por razones de precisión terminológica, debería denominarse a estas relaciones como "relaciones obligatorias de duración" (2017).

En América Latina, esta forma de categorización de los contratos según su cumplimiento es además compartida por juristas de la región. Abatti *et al.* consideran que nos encontramos ante contratos de ejecución continuada cuando "partes en cada trato sucesivo van cumpliendo las respectivas prestaciones", y donde será necesario hablar "de rescisión, puesto que el contrato no se disuelve retroactivamente, sino para el futuro, a partir de la notificación de la demanda" (2013, p. 28).

Por su parte, la doctrina nacional comparte los criterios esbozados por los autores de la región sobre los efectos principales de la resolución de estos tipos contractuales. Por ejemplo, algunos autores concuerdan en que, en la resolución de los contratos de ejecución inmediata, los efectos se retrotraen a la celebración de estos en tanto se ha cumplido la única prestación que contemplan (Morales, 2013, p. 151; Forno, 1994, p. 190). Mientras que, en los contratos de duración las prestaciones deben reintegrarse desde el momento en el que ocurrió la causal resolutoria (Morales, 2013, p. 151; Forno, 1994, p. 193). Esta coincidencia, como vimos en el acápite anterior, se encuentra presente en el Código Civil de 1984.

En consecuencia, es posible afirmar que la doctrina nacional como la extranjera concuerdan en los elementos que caracterizan a los contratos de ejecución continuada y los contratos de ejecución diferida. Además, no existe discusión en cuanto a los efectos de la resolución de estos contratos, ya que se decantan por dos soluciones: (i) si el contrato es de ejecución instantánea, sus efectos retornan al momento de la celebración del contrato y se restituyen todas las prestaciones; y (ii) en contratos de ejecución continuada, las prestaciones deberán reintegrarse hasta el momento de la aparición de la causal resolutoria.

Sin embargo, es posible identificar algunas falencias en sus trabajos académicos que –consideramos, respetuosamente– reducen su eficacia. Por ejemplo, no son fácilmente accesibles para el público no especializado. Esto no solo significa que no hayan sido difundidos de forma adecuada en la academia peruana, sino que también el lenguaje y la forma en que fueron redactados no son los más didácticos para aclarar las dudas que puedan surgir en el lector especializado, y mucho menos en el ciudadano de a pie. Además, al no compartir criterios ni el mismo vocabulario para referirse a estas categorías contractuales, se crea la apariencia de una discusión doctrinal donde no la hay, ya que sabemos que son contratos distintos por naturaleza. Sin embargo, en la práctica, diferenciarlos resulta más que complejo.

IV. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

A lo anterior debemos sumar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido nuestro país sobre los contratos de ejecución continuada e instantánea. Para ello, nos remitiremos a los pronunciamientos pertinentes de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Superior de Justicia de Lima. Asimismo, consultaremos las resoluciones de los Tribunales Registrales de Lima y Arequipa, los cuales han podido dirimir conflictos donde la determinación de la categoría contractual correcta era un elemento determinante para la resolución de la controversia.

En primer lugar, en el razonamiento de las Casaciones 064-2016-Huaral y 5146-2017-La Libertad de 2017 y 2018, respectivamente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señaló que el tiempo en el que se pacta la ejecución en los contratos de ejecución continuada es un elemento esencial de los mismos, lo que justifica la fórmula resolutoria del artículo 1365 del Código Civil. En ambas decisiones, la Sala Civil Transitoria pudo establecer que la resolución unilateral por medio de una comunicación notarial es, en principio, exclusiva de los contratos de ejecución continuada. Asimismo, refiriendo a De la Puente, se comparte que “de no lograrse el mutuo acuerdo extintivo la relación continuaría *ad infinitum*, obligando perpetuamente a las partes aun cuando alguna de ellas no tuviera interés económico en continuar con el contrato” (citado en la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2018). De esta manera, se identificó la *ratio legis* del artículo 1365 del Código Civil, ya analizada en el anterior acápite.

En esta línea, como desarrollamos previamente, dado que estos contratos se ejecutan a través de prestaciones divisibles, cuando no se establezca *a priori* un plazo extintivo, es únicamente a través de esta comunicación que podrá entenderse resuelto el contrato, y nacerán los efectos restitutorios entre las partes. No es menor la importancia de aquella misiva, pues de su recepción dependerá el valor de las prestaciones a ser restituidas.

Aquí podemos observar como la carencia de una fórmula resolutoria similar para los contratos de ejecución instantánea evidencia dos de sus principales características: (i) contienen obligaciones indivisibles; y (ii) los efectos restitutorios alcanzan el total de las prestaciones realizadas. Como tal, el lector comprenderá la angustia que provoca el no saber con claridad si la obligación de su deudor tiene una u otra naturaleza. Por ejemplo, si nuestro deudor incumple su obligación y noso-

mos decidimos resolver el contrato a través de una carta notarial, pero desconocemos su naturaleza, esta situación podría producir una resolución contractual eficaz. No obstante, ¿podremos descansar seguros de que nuestros intereses están garantizados por el programa contractual que diseñamos? Si le estuvimos pagando en cuotas, ¿nuestro deudor nos devolverá el valor total de lo pagado o tan solo considerará aquellos pagos producidos después de la causal resolutoria? En el siguiente capítulo presentaremos un caso límite que explora esta situación.

Por su parte, en la sentencia recaída en el Expediente 01689-2021-0-1801-JR-CA-20, la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas Tributarios y Aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima ha determinado que, en los contratos de arrendamiento se presentan obligaciones de ejecución continuada e inmediata. Además, en este caso, la Sala pudo distinguir el pago del arrendamiento como una prestación de ejecución instantánea que se contrapone al derecho de llave, el cual implica una prestación de duración determinada y que debe realizarse de manera continuada (2022). Sin embargo, discrepamos de la conclusión a la que arribó la Sala, ya que consideramos que el pago de la renta es una obligación periódica, que debe producirse constantemente a lo largo del tiempo y, en consecuencia, no agota la finalidad contractual en un único instante.

Ahora bien, coincidimos con la Sala al afirmar que un mismo programa contractual puede contener prestaciones de naturaleza continuada e instantánea. Por ejemplo, en la venta de un automóvil, el pago del precio es una obligación instantánea y la garantía de su buen funcionamiento es, en cambio, una prestación de ejecución continuada. De esta manera, el depósito del monto nominal del contrato por el adquirente extingue su obligación; no obstante, la obligación de garantía debe mantenerse por el tiempo acordado por las partes. Este sí sería, a nuestro parecer, un ejemplo adecuado.

En la misma línea del expediente anterior, a través de la sentencia recaída en el Expediente 132-2013-0-1817-JR-CO-02, la Segunda Sala Especializada en lo Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima indicó que la excesiva onerosidad es exclusiva de los contratos comutativos de ejecución continuada, periódica o diferida. Este criterio le permitió negar la aplicación de los artículos 1440 y 1441 del Código Civil, ya que las prestaciones del contrato que dieron origen a la controversia ya se habían ejecutado, siendo su naturaleza la de contratos de ejecución instantánea (2022).

Por su parte, analizando la fecha de inicio del plazo de caducidad de las hipotecas, el Tribunal Registral de Lima ha tratado de diferenciar los contratos de ejecución continuada de los de ejecución instantánea. Se ha indicado que el plazo de caducidad de las hipotecas comienza al vencimiento del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de ejecución diferida garantizadas, entendidos como contratos de ejecución continuada (2009). Situación que ha distinguido de la que ocurre respecto de los contratos de ejecución instantánea, ya que en estas “la obligación es inmediatamente exigible y su cumplimiento no insume un tiempo jurídicamente relevante, resulta razonable que el plazo se cuente desde la inscripción de la hipoteca” (Tribunal Registral de Lima, 2009). De este modo, la diferenciación entre los contratos de ejecución continuada e inmediata no es simplemente ‘de escritorio’, ya que tiene efectos en el mundo real, en tanto clasificar de una u otra manera un contrato podría implicar la caducidad de la hipoteca celebrada.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Registral de Arequipa. A través de las Resoluciones 2500-2021-SUNARP-TR (2021) y 2397-2022-SUNARP-TR (2022), este tribunal ha clasificado el contrato de *leasing* como uno de ejecución continuada. Por ello, determinó que:

No constituye un acto de gravamen que implique la afectación de un bien [...] en garantía de una obligación [...] puesto que el arrendamiento financiero es el traspaso que realiza el arrendador del derecho a usar un bien a un arrendatario, a cambio del pago de rentas durante un plazo determinado con la posibilidad que, al vencimiento del plazo pactado, el arrendatario puede adquirir la propiedad del bien arrendado pagando un precio (Tribunal Registral, 2022).

En vista de lo anterior no quedan dudas respecto de la importancia de diferenciar los contratos de ejecución continuada y de ejecución instantánea. No solo acarrea consecuencias respecto del cálculo de plazos de caducidad, sino que incluso podrían determinar la constitución o no de una garantía inmobiliaria tan importante como la hipoteca o el gravamen de un bien.

En conclusión, es evidente que la doctrina nacional y extranjera convergen en la forma en la que se clasifican los contratos de ejecución continuada y de ejecución instantánea. Asimismo, se observa que nuestros tribunales de justicia y tribunales administrativos han seguido la línea interpretativa presentada por la doctrina y han podido identificar algunas consecuencias relevantes para la práctica en estos tipos contractuales. Sin embargo, debido

a su difícil acceso, redacción poco didáctica y falta de claridad en el manejo de la conceptualización de estas categorías contractuales, actualmente no existen formas ni criterios únicos que permitan construir clasificaciones uniformes. La doctrina y la jurisprudencia, al no colmar los vacíos dejados por la ley ni resolver los conflictos producidos por su regulación anti sistemática, no ofrecen al lector mejores resultados que simplemente leer el Código Civil hasta lograr entenderlo.

V. SITUACIONES COMPLEJAS: CLASIFICACIONES JURÍDICAS, EL TIEMPO Y LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS DEL ACREDOR

El Derecho, al igual que otras disciplinas humanas, requiere que sus colaboradores empleen términos precisos, uniformes y claros. Por ello, la academia jurídica lleva más de un siglo definiendo y redefiniendo conceptos jurídicos abstractos, usando ‘la máquina partidora de pelos’ como diría von Jhering. A continuación, propondremos una clasificación de los contratos de ejecución continuada e instantánea que se adapte a las diversas realidades jurídicas y a las necesidades reales de las personas.

Como indicamos en el capítulo precedente, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada emplean distintos criterios para determinar cuándo la ejecución de un negocio jurídico debe ser calificada como continuada o instantánea. Mientras que algunos autores evalúan la relevancia del tiempo en la ejecución de las prestaciones, otros consideran el modo en el que estas se ejecutan o si la prestación se realiza en un único momento o en diversas oportunidades. De la lectura conjunta de las opiniones, pronunciamientos e interpretaciones legales expuestas en el capítulo anterior se entiende que, a pesar de que los criterios empleados son distintos, convergen todos en dos elementos cruciales: el rol del tiempo en la ejecución del contrato y la satisfacción del interés del acreedor.

Por un lado, un primer elemento por considerar para determinar cuándo nos encontramos ante un contrato de ejecución continuada o instantánea es el rol que juega el tiempo en la ejecución de un contrato. Ello porque, (i) las prestaciones se ejecutan en un momento determinado; o (ii) se deben realizar en un lapso prolongado. De esta manera, el tiempo juega un papel determinante en la clasificación de estos contratos, ya que mientras que en algunos casos es irrelevante, en otros justifica la contratación. Así, de una parte, en los contratos de ejecución instantánea el tiempo ocupa un lugar secundario, en tanto las partes se han vinculado para obtener prestaciones específicas, las cuales deben ser cumplidas en momentos determinados, ya sea a través de un conjunto de acciones entendidas

como una única prestación o mediante una sola acción. De otra parte, en los contratos de ejecución continuada, el tiempo es un factor determinante de la intención de las partes de vincularse y auto-regularse, extendiendo su relación jurídica a la duración de la ejecución de las obligaciones pactadas.

A modo de ejemplo, el contrato de compraventa se define como “un contrato simple, donde el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad y el comprador la de pagar el precio en dinero” (Castillo Freyre, 2010, p. 90). Es decir, que las partes están obligadas, como mínimo, a realizar dos acciones que se agotan en un único momento: la transferencia de propiedad del bien y la cancelación del pago. Estas prestaciones recíprocas pueden ser realizadas en un mismo instante o en momentos distintos e independientes. Incluso, el comprador podría realizar el pago en cuotas o a través de un único depósito, ya que su obligación se extinguirá una vez que haya pagado el monto total acordado. Por lo tanto, coincidimos con Castillo Freyre al señalar que estos contratos se ejecutan de manera instantánea (2010, p. 96). Por ejemplo, no habría forma de entregar un automóvil por piezas a través de un contrato de compraventa sin desnaturalizar el negocio jurídico celebrado.

Sin embargo, discrepamos de la idea del autor mencionado cuando sugiere que las partes pueden convertir un contrato de compraventa en uno de duración al acordar que el precio deba ser pagado en plazos (Castillo Freyre, 2010, p. 96). Como indicamos, el diseño de un cronograma de pagos no convierte a este tipo contractual en un contrato de duración, ya que el pago a través de cuotas solo es una facilidad otorgada al deudor para poder satisfacer su obligación. De esta manera, para el acreedor lo importante es que el comprador pague el monto total acordado, ya sea hoy, mañana o en tres semanas. De lo contrario, perdería sentido acordar un monto global por el valor del bien y bastaría la estimación de las cuotas. En consecuencia, la prestación en un contrato de compraventa se realiza en un único instante, lo que lo caracteriza como un contrato de ejecución instantánea.

La situación no podría ser distinta en los contratos de ejecución continuada, en los que el **tiempo es esencial** debido a la duración prolongada de las obligaciones –que mantiene a las partes vinculadas por un periodo determinado o determinable– lo que las ha motivado a celebrar el acuerdo. Esto

se traduce en prestaciones divisibles, donde la obligación principal se cumple progresivamente a través de prestaciones parciales y menores.

Un ejemplo de esto es el contrato de cesión minera, donde el titular de la concesión minera se compromete a transferirla temporalmente, de beneficio, de labor general o de transporte minero a un tercero, permitiendo al contratante realizar las actividades mineras correspondientes a cambio de una compensación o renta (Lastres, 2009, p. 17).

En este caso, la obligación del cesionario no se cumple en un día específico, sino que se extiende a lo largo de un periodo que permita a ambas partes alcanzar un rédito económico beneficioso. En consecuencia, es la duración de la ejecución de las prestaciones lo que motiva a las partes a contratar. Así, coincidimos con Lastres cuando identifica que “por las características de la actividad minera, cuyos retornos se dan en el mediano o largo plazo, el contrato de cesión minera debiese proyectarse bajo esos parámetros” (2019, p. 18). En consecuencia, a diferencia de los anteriores contratos, en esta categoría contractual, el tiempo juega un rol esencial, pues al cesionario le interesa poder realizar la actividad de explotación minera durante cinco o diez años para asegurar sus propios ingresos económicos y así poder luego cancelar la contribución comprometida con el cedente. Del mismo modo, al cedente le interesa mantener su derecho de concesión en actividad continua para no perderlo por caducidad.

Un ejemplo similar lo encontramos en el contrato de mutuo, regulado por el artículo 1648⁶ del Código Civil, donde el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, a cambio de que este le devuelva en un momento posterior otros bienes de la misma especie, calidad o cantidad. Por parte del mutuante, se espera que el mutuario le “devuelva exactamente lo que recibió, o en su defecto, devuelva objetos similares a aquellos que le fueron entregados” (Castillo Freyre, 2010, p. 190). De este modo, la obligación del mutuatario se entenderá cumplida cuando haga entrega de todos los bienes recibidos o su equivalente, así como de los intereses acumulados en favor del mutuante. Para ello, el acreedor le otorga un plazo en el que deberá devolver los bienes entregados, y es esto lo que caracteriza a este contrato como un contrato de duración, ya que, de acuerdo con el artículo 1664⁷

⁶ Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (1984).

⁷ Artículo 1664.- Si en el mutuo se declara recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, el contrato se entiende celebrado por esta última, quedando sin efecto en cuanto al exceso (1984).

del Código Civil, su contraparte deberá pagarle los intereses legales acumulados, salvo pacto en contrario. Los intereses representan la ganancia adicional por la pérdida de la oportunidad económica que produce la desposesión de los bienes, y esto es lo que motiva al mutuante a contratar. Para incrementar su ganancia, deberá elevar la tasa de interés acordada o aumentar el plazo otorgado al mutuatario para la devolución de los bienes.

Así las cosas, de acuerdo con Rinessi, citado por Castillo (2010), en este tipo contractual es el plazo lo que determina la restitución de los intereses generados por la entrega de los bienes, enriqueciendo al mutuante (p. 198). El Código Civil, en su artículo 1656⁸, establece que en caso de que las partes no hayan determinado un plazo para la devolución de los bienes, entonces el plazo subsidiario será de treinta días calendario desde la entrega. En otras palabras, incluso en contratos con dos obligaciones recíprocas cuyo cumplimiento se agota en un único momento –la entrega de los bienes y la restitución de estos y los intereses acumulados– el tiempo juega un rol principal, caracterizando a este contrato como uno de ejecución continuada y no de ejecución instantánea.

Por otro lado, el segundo elemento para determinar cuándo nos encontramos ante un contrato de ejecución continuada o instantánea es de la satisfacción del interés del acreedor, entendido como un termómetro para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. El interés del acreedor constituye una segunda etapa –externalizada– de su motivación contractual interna, por la que se objetivizan sus necesidades. Así, de acuerdo con Fernández, el interés del acreedor incide de forma determinante en la utilidad del contrato, en tanto “constituye como la valoración subjetiva que el acreedor realiza de ella, con el fin de eliminar una necesidad preexistente” (2012, p. 27).

En otras palabras, el interés del acreedor, entendido como la razón de la motivación del sujeto para celebrar el contrato, nos permite observar si lo realizado por el deudor ha podido cumplir con lo esperado por este o no, según lo dispuesto por el contrato. De esta manera, el resultado del contrato y de las acciones realizadas por el deudor en virtud de este y su obligación deben ‘agradar’ finalmente al acreedor, de lo contrario, podría decirse que ha incumplido el contrato. Dicho todo ello, afirmamos que la adecuada ejecución de un contrato encuentra su correlato en colmar la necesidad del

acreedor, necesidad que lo impulsó a contratar y que puede determinar indirectamente la causa y el objeto del negocio jurídico.

Por lo tanto, se trate de un contrato de suministro, uno de ejecución diferida o un contrato pensado para extenderse por un largo plazo, un elemento a considerar para evaluar su naturaleza es la composición de las obligaciones recíprocas y cómo estas corresponden a la motivación de las partes al contratar. De otro modo, no podría determinarse por qué un sujeto preferiría celebrar un contrato con un programa de prestaciones sucesivas o una única prestación, ya que ambos producen sus consecuencias jurídicas de formas muy distintas. Además, podríamos incluso categorizar erróneamente estos contratos en una categoría que no corresponde al programa deseado.

La satisfacción del interés del acreedor es un criterio esencial que nos asiste al momento de determinar si el cumplimiento de una obligación ha sido adecuado, en virtud de la elección previa por uno u otro tipo contractual, motivada por las necesidades de las partes. En consecuencia, este segundo elemento nos permite entender a cabalidad la naturaleza de las obligaciones recíprocas de los contratos de ejecución continuada o instantánea. En este último, al sujeto que espera la ejecución instantánea de su contrato no le es suficiente que el deudor cumpla parcialmente su obligación. Por su parte, al sujeto que necesita que una prestación se realice durante un tiempo determinado y previamente acordado, no le sirve que esta se realice una única vez.

De esta manera, por ejemplo, el contrato de obra se caracteriza porque pone en cabeza del contratista una obligación de resultado con un contenido específico: “el contrato fija en forma precisa en qué consiste la obra que el contratista tiene que realizar” (Tovar y Ferrero, 2020, p. 150). Para el contratante, lo que motiva la contratación es obtención de una edificación independizada y lista para ser usada. Por lo tanto, solo si se produce esta situación, entenderemos que su interés se ha visto satisfecho y el contratista ha logrado extinguir su obligación. Este tipo de contratos pue-
de abarcar:

El diseño, el desarrollo de ingeniería básica y de detalle, la realización de obras civiles (trabajos en los cimientos, construcción de estructuras), la provisión de equipos (turbinas, máquinas, equipos de control), la realización de las

⁸ Artículo 1656.- Cuando no se ha fijado plazo para la devolución ni éste resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega (1984).

pruebas de los equipos y luego de las obras ya ejecutadas (primero en vacío, para ver si funcionan, y luego con carga para ver si funcionan como se espera), y [...] la puesta en marcha de la planta, para recién proceder a su entrega (Tovar y Ferrero, 2020, p. 153).

La suma de todas estas acciones, consideradas en su conjunto, constituirá el cumplimiento de la obligación del contratista. Ni una más ni una menos. En consecuencia, existe una única prestación debida por parte del contratista, ello a pesar de que deba realizarse a través de múltiples actos relacionados entre sí. Así, la obligación del contratista se satisface en un instante, a pesar de haber trabajado durante meses para ello.

En contraposición, la ejecución de un contrato de suministro se caracteriza por involucrar a dos sujetos donde una parte, “una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo con sus necesidades” (citado en Castillo Freyre, 2010, p. 26). Como tal, el interés del acreedor se satisface parcialmente con cada entrega, de manera periódica. Así, de acuerdo con el autor, este contrato “tiene por finalidad mantener relaciones jurídicas estables” (2010, p. 59). En cada entrega, el suministrado ve satisfecho su interés, ya que durante el periodo contratado hasta la próxima entrega, tiene a su disposición los bienes que necesitaba y no deberá preocuparse de celebrar un nuevo contrato a futuro. Esto se debe a que, al término del periodo, le volverán a entregar los insumos que requiere. Esta naturaleza, común en los contratos de ejecución continuada, es razón por la que afirmamos que en este tipo de contratos se contempla una obligación principal compuesta por prestaciones secundarias. Cada obligación secundaria tiene la capacidad de satisfacer el interés del acreedor, a diferencia de los contratos de ejecución instantánea, en los que solo la ejecución total de la prestación tiene esta facultad.

En conclusión, empleando ambos criterios, el tiempo y la satisfacción del interés del acreedor, podemos clasificar con claridad y precisión cuándo nos encontramos ante un contrato de ejecución continuada o instantánea. Según lo indicado anteriormente, es posible identificar si el tiempo juega un rol protagónico o secundario en el modo de ejecución de las prestaciones acordadas. Si el tiempo es un factor determinante en el programa contractual, entonces nos encontraremos ante un contrato de ejecución continuada. En cambio, si la prestación debida es única y el tiempo no es relevante respecto de cómo se eje-

cuta, entonces podemos afirmar que este es un contrato de ejecución instantánea.

En conjunto con el primer criterio, la categorización de estos contratos se aligera al emplear la satisfacción del interés del acreedor como un segundo criterio, ello para asegurar que hemos identificado correctamente la naturaleza del contrato estudiado. De acuerdo con lo expuesto, en función del diseño contractual y la prestación esperada por el acreedor, podemos determinar con precisión si la obligación del deudor es divisible o debe entenderse como una única prestación global. Si lo que finalmente le sirve al acreedor es un resultado u otro, entonces estaremos ante un contrato de ejecución continuada, donde el tiempo juega un rol esencial al desear que la prestación se prolongue a lo largo del tiempo. Por el contrario, si lo que deseaba adquirir el acreedor era una prestación singular, independientemente del tiempo que le tomará al deudor cumplir con su obligación, categorizaremos al contrato como uno de ejecución instantánea.

A fin de poder ejemplificar mejor los conceptos que hemos desarrollado hasta este momento, a continuación, analizaremos la problemática tratada en un caso límite real, donde elegir por una u otra categoría provocaría graves consecuencias para ambas partes. Este es el caso arbitral 0458-2021-CCL, emitido el 7 de septiembre de 2022 por el Tribunal Arbitral compuesto por Rolando Eyzaguirre Mccann, Fernando Cantuarias Salaverri y Domingo Rivarola Reisz, como presidente del Tribunal.

En este proceso, el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 24 Sede Central (en adelante, la ‘Entidad’) y Viettel Perú S.A.C. (en adelante, la ‘empresa’) se vieron envueltos en una controversia respecto sobre la metodología y el cálculo de las penalidades incurridas por la última durante la ejecución del Contrato 048-2018-MINEDU/SGOGA-OL, Servicio de Interconexión de Voz y Datos de la Sede Central del Ministerio de Educación con Sedes Descentralizadas a nivel nacional.

De acuerdo con el contrato en cuestión, la empresa debía: (i) presentar un cronograma de actividades, en un plazo no mayor a tres días; (ii) capacitar, instalar e implementar el servicio de interconexión, a través de 59 enlaces con fibra óptica, en un plazo no mayor a 110 días; y (iii) prestar el servicio de interconexión a las sedes de la Entidad durante 1095 días. Cada prestación fue denominada como ‘fase’ en el programa contractual.

A cambio, la Entidad se comprometió a pagarle a la empresa la suma total de S/ 11 652 350 por la

ejecución de las fases, bajo el sistema de contratación de 'suma alzada'. Este monto sería pagado por la Entidad luego de que la empresa ejecutase cada una de sus obligaciones.

Lamentablemente, durante la ejecución del contrato, la empresa incurrió en retrasos y solo pudo colocar 57 enlaces con las cualidades exigidas. En las sedes restantes la empresa utilizó radioenlaces en lugar de los enlaces de fibra óptica acordados. Este incumplimiento fue señalado por la Entidad, que le solicitó enmendar su error. La empresa manifestó que la demora en el cumplimiento de su obligación se debía a circunstancias ajenas a ella y que había cumplido con su obligación, ya que el servicio de interconexión se estaba prestando con normalidad. Por su parte, en vista de que todavía no se habían colocado los 59 enlaces acordados, la Entidad la intimó en mora.

En respuesta, la empresa reconoció haber incumplido con su obligación de capacitación, instalación e implementación del servicio y solicitó que la penalidad diaria por mora fuera calculada únicamente en función de la obligación incumplida y no el monto nominal del contrato. Según la empresa, el contrato celebrado era uno de ejecución continua y contenía obligaciones parciales. Por su parte, la Entidad defendió su estimación de la penalidad en función del valor total del contrato, sosteniendo que el mismo era uno de ejecución instantánea, y que sus obligaciones eran indivisibles.

Al momento de resolver, el Tribunal Arbitral consideró que la finalidad principal del contrato era la prestación continua del servicio de interconexión durante un plazo determinado (2022, p. 26). Como tal, calificó al contrato como uno de ejecución continua y sostuvo lo siguiente:

(i) El interés principal de la Entidad es que se le preste el servicio de interconexión de voz y datos durante un determinado periodo de tiempo de manera ininterrumpida; y, (ii) las tres fases establecidas en el Contrato, si bien son necesarias como actos precedentes de la prestación del servicio, tienen diversas particularidades y plazos, y, por ende, no califican como prestaciones parciales. Por definición, las prestaciones parciales en una relación contractual de duración con obligaciones periódicas deben ser homogéneas entre sí de cara a la satisfacción del interés del acreedor (Tribunal Arbitral, 2022, p. 27).

De esta manera, el Tribunal Arbitral sostuvo que los contratos de ejecución periódica están compuestos por obligaciones divisibles, idénticas todas por naturaleza (2022, pp. 28-29). Así, identifi-

có que cada fase del contrato contenía sus propias particularidades que la distinguían de la anterior, como el plazo para su ejecución, el objeto de cada prestación y su naturaleza. Inclusive, determinó que cada prestación debía articularse adecuadamente con la prestación anterior para poder alcanzar la finalidad del contrato. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral concluyó que el contrato contenía una **única prestación global**, a ejecutarse durante un plazo determinado y deseado por las partes, es decir, que se trataba de un contrato de ejecución instantánea (2022, p. 32). En consecuencia, determinó que la penalidad debía ser calculada en función del valor nominal del contrato y la estimó en función de los S/ 11 652 350. Finalmente, se le imputó a la empresa una penalidad total de S/ 1 034 049.60.

El caso expuesto ilustra cómo desconocer la naturaleza del contrato que se celebra puede tener graves consecuencias para las partes involucradas. Como indicamos al inicio de este trabajo de investigación, algo tan simple como la forma en la que deben ejecutarse las prestaciones en el tiempo puede producir efectos de gran magnitud, como ser penalizado con un millón de soles. Asimismo, es posible apreciar como la falta de regulación por parte del Código Civil, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento puede provocar controversias e incertidumbres innecesarias sobre su resolución. Por nuestra parte nos encontramos de acuerdo con la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral; no obstante, otro tribunal podría emplear otros criterios para arribar a la conclusión contraria y sancionar a la Entidad. A fin de resolver esta incertidumbre, consideramos que es necesario contar con una regulación sistemática y funcional sobre estas categorías contractuales. Por ello, en el siguiente acápite presentaremos nuestra propuesta normativa.

VI. PROPUESTA NORMATIVA

Como se explicó en el apartado anterior, el Código Civil no incluyó una definición completa para los contratos de ejecución continua e instantánea, siendo una deficiencia compartida por otras normas especializadas tanto nacionales como internacionales. Por lo que, en el presente acápite presentamos la siguiente propuesta normativa, ello haciendo uso de los criterios de clasificación que hemos desarrollado *supra*.

Es de nuestra opinión que, en el Título I de la Sección Primera del Libro VII de Código Civil, deben incluirse dos artículos que indiquen lo siguiente:

- Serán contratos de ejecución instantánea aquellos acuerdos en los cuales las presta-

ciones acordadas deban ser ejecutadas en un único instante según el programa contractual. Es decir, aquellos en los que el deudor da cumplimiento a su obligación cuando realiza la prestación acordada en el momento determinado y único, con independencia de las acciones que deba realizar para ello.

- Serán contratos de ejecución continuada aquellos acuerdos en los cuales las prestaciones acordadas deban ser ejecutadas durante un plazo determinado, determinable o indeterminado, según lo querido por las partes. Es decir, aquellos en los que las partes desean vincularse durante un periodo de tiempo, por razón de la ejecución de la prestación debida, entendida esta como una obligación principal y divisible.

VII. CONCLUSIONES

- La regulación nacional e internacional de los contratos de ejecución continuada e instantánea es deficiente porque solo algunos de sus principales aspectos y sus efectos jurídicos fueron positivizados. Esta regulación incompleta produce inseguridad jurídica en los contratos celebrados y en su ejecución, así como en las consecuencias de su posible resolución.
- Entre los aspectos codificados se encuentran los efectos de la resolución contractual, que son abismalmente disímiles entre una categoría contractual y la otra. Mientras que en los contratos de ejecución continuada el efecto restitutorio es parcial y alcanza únicamente a las prestaciones ejecutadas luego de la aparición de la causal resolutoria, en los contratos de ejecución instantánea se afecta toda la prestación debida, incluso si solo se incumplió una de las múltiples acciones para alcanzar la finalidad querida por el contrato.
- Otro aspecto regulado con consecuencias relevantes para el mercado es el cálculo de la penalidad en contratos públicos. En línea con los efectos restitutorios antes explicados, para el cálculo de la penalidad en contratos de ejecución instantánea se aplicará el monto nominal del contrato. En cambio, en los contratos de ejecución continuada, únicamente se utilizará el valor del valor de la prestación individual materia de retraso.
- La doctrina nacional considera que estas categorías contractuales se pueden distinguir en función de la forma de ejecución y

la finalidad del contrato. Estos criterios son idénticos a los empleados por la doctrina extranjera. No obstante, el problema surge en la nomenclatura de estos, ya que los autores emplean diversos términos para referirse a los mismos criterios u otros muy similares.

- Por nuestra parte, sostenemos que es posible distinguir entre los contratos de ejecución continuada e instantánea en función del rol que juega el tiempo en la ejecución contractual. En los contratos de ejecución instantánea, el tiempo no es relevante para la ejecución y las prestaciones se realizan en un momento determinado. En contraste, en los contratos de ejecución continuada, el tiempo es un elemento querido y determinante para la consecución de la finalidad contractual.
- Asimismo, consideramos que es posible distinguir entre estos contratos en función de la satisfacción del interés del acreedor. Entendido como la motivación objetivizada del acreedor y la razón por la que contrató finalmente, lo que permite apreciar si lo realizado por el deudor sirve o no para cumplir lo dispuesto por el contrato.

Empleando ambos criterios, se puede estar seguro de la categoría asignada al contrato, ya que o bien se deseaba que el tiempo tuviera un rol principal y que la ejecución se realizara durante un período negociado, o bien no es relevante cuánto tiempo le demore al deudor o cuántas acciones deba realizar para alcanzar el resultado esperado del contrato. Además, el presupuesto de si finalmente le sirve o no el resultado al acreedor, comprueba la elección que realizamos. 

REFERENCIAS

- Abatti, E., A. Dibar y Rocca, I. (2013). *La imprevisión contractual*. Thompson Reuters
- Alcalde, J. (2011). Comentario sobre la 'Propuesta de anteproyecto de ley de modificación del 'Código de Comercio' español' en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (37), 39-92.
- Castillo Freyre, M. (2010a). *Tratado de la Venta* (tomo I). Palestra Editores.
- (2010b). *Tratado de los Contratos típicos* (tomo I). Palestra Editores.

- De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (2da ed., tomo I). Palestra Editores.
- Fernández, G. (2012) La Obligación. En R. Morales y G. Priori (eds.), *De las Obligaciones en general* (pp. 19-36). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Flores, C. (2020). Principio de división de las deudas y créditos. Comentarios al artículo 1172. En M. Muro y M. Torres (Coords.), *Código Civil Comentado* (tomo VI) (pp. 169-173). Gaceta Jurídica.
- Forno, H. (1994). El principio de la retroactividad de la resolución contractual. *Thēmis- Revista de Derecho*, (30), 185-195.
- (2008). Efectos de la rescisión y de la resolución. Comentarios al artículo 1372. En W. Gutiérrez (ed.), *El Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (tomo 7). Gaceta Jurídica.
- (2020). Efectos de la rescisión y de la resolución. En M. Muro y M. A. Torres (Eds.), *Código Civil Comentado* (Tomo 7). Gaceta Jurídica.
- Gabrielli, E. (28 de septiembre de 2017). Contratos de larga duración. *Diario La Ley*. https://www.academia.edu/36596089/Contratos_de_larga_duracion
- (2014). La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano, *Revista de Derecho*, 9(9).
- Gazzoni, F. (2003). Manuale di diritto privato (traducción de L. León). *Derecho de la Relaciones Obligatorias*. Jurista Editores.
- Lastres Bérniz, E. (2009). Los contratos mineros. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 11-23.
- Lorenzetti, R. (2001). *Derecho contractual Nuevas formas contractuales*. Palestra Editores.
- Messineo, F. (1986). *Doctrina General del Contrato*, (traducción de R. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Voltaterra). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Morales, R. (2013). La resolución del contrato y sus efectos. En M. A. Torres Carrasco (coord.), *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Gaceta Jurídica.
- Muro, M. (2020). Conclusión del contrato de plazo indeterminado. En M. Muro y M. A. Torres (eds.), *Código Civil Comentado* (tomo VII). Gaceta Jurídica.
- Oviedo, J. y M. L. Camargo (2020). Excesiva onerosidad de la prestación. En M. Muro y M. A. Torres (eds.), *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- Osterling, F. y M. Castillo (2001). *Tratado de las obligaciones* (tomo I). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Osterling, F. y M. Castillo (2015). Naturaleza jurídica de la obligación. *Revista del Foro*, (102), 306-321.
- Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994). Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Roma.
- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento (y cómo sustentar expedientes)*. Gaceta Jurídica.
- Torres, A. (2012). *Teoría General del Contrato* (tomo I). Pacífico Editores.
- Tovar, M. y V. Ferrero (2020). Capítulo Tercero. Contrato de obra. *Código Civil Comentado* (tomo IX) (pp. 148-156). Gaceta Jurídica.
- Zatti, P. y V. Colussi (1999). Lineamenti di diritto privato. (Trad. L. León) *Derecho de las Relaciones Obligatorias*. Jurista Editores.
- ### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Decreto Supremo 344-2018-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y la Resolución Ministerial 495-2017-EF-15, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de diciembre de 2018 (Perú).
- Cámara de Comercio de Lima (2022) Laudo em Derecho del caso arbitral 0458-2021-CCL. Tribunal Arbitral: Rivarola D.
- Resolución 868-2009-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 19 de junio de 2009 (Perú).

Resolución 2397-2022-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 20 de junio de 2022 (Perú).

Resolución 2500-2021-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 14 de mayo de 2021 (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 5 de mayo del 2017, Casación 3064-2016-Huaura (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de noviembre de 2018, Casación 5146-2017-La Libertad (Perú).

Segunda Sala Especializada en lo Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia 132-2013 (Perú).

Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas tributarios y aduaneros de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia 1689-2021 (Perú).

LA DONACIÓN REMUNERATORIA: UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A SU NATURALEZA Y A SUS ALCANCES

THE REMUNERATIVE DONATION: A CRITICAL APPROACH TO ITS NATURE AND EXTENT

Ulises Bautista Quispe*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The remunerative donation has a treatment partially different from that of an ordinary donation; neither the rules of revocation nor those of the obligation of maintenance (including the rules that protect the 'legítima') do not apply to it. However, in the Civil Code such treatment is omitted and there is a tendency to equate it to an onerous act or a payment, which is not uncommon to find also in several sectors of the national and foreign doctrine.

The author criticizes these positions, pointing out several deficiencies, and argues that the remunerative donation is a subtype of donation that is entered into freely. Furthermore, he argues that the remunerative donation should not be equated with mercantile interests, given its essence and the values it promotes. Likewise, in view of the legal gap in the Civil Code, the author identifies and specifies the scope that this contract should have.

KEYWORDS: Liberality; remunerative donation; irrevocable donation; gratuitous provision of services; onerous contract.

La donación remuneratoria tiene un tratamiento parcialmente diferente al de una donación ordinaria; no se le aplican las normas de la revocación ni las de la obligación de alimentos (entre ellas las normas que protegen la legítima). Sin embargo, en el Código Civil se omite tal tratamiento y existe una tendencia a equipararla a un acto oneroso o a un pago, lo cual no es raro encontrar también en varios sectores de la doctrina nacional y extranjera.

El autor critica estas posturas, señalando varias deficiencias, y sostiene que la donación remuneratoria es un subtipo de donación que se celebra de manera libre. Además, argumenta que la donación remuneratoria no debe ser equiparada con los intereses mercantiles, dada su esencia y los valores que promueve. Asimismo, ante la laguna legal en el Código Civil, el autor identifica y precisa el alcance que debería tener este contrato.

PALABRAS CLAVE: Liberalidad; donación remuneratoria; donación irrevocable; prestación gratuita de servicios; contrato oneroso.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se desempeña como docente en el curso de Derecho Civil Patrimonial dentro del Centro de Educación Continua de la PUCP. Contacto: ulises.bautista@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de febrero de 2024, y aceptado por el mismo el 17 de marzo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

En la experiencia común, es probable que rehusemos un pago por el servicio que hemos prestado a un familiar o un amigo cercano, y, en su lugar, prefiramos un regalo u otra liberalidad como compensación. Por intuición, sabemos que una relación mercantil debilita o destruye la amistad o las relaciones de familia; en cambio, una liberalidad mejora la integración, la reciprocidad y la colaboración entre quienes participan de este acto. Por ello, que con determinadas personas se prefiera una liberalidad antes que un acto mercantil.

En el contexto de una retribución por un servicio o un favor entre amigos o familiares, el acto de liberalidad responde a una lógica distinta a los actos mercantiles. Una liberalidad trata de compensar una deuda moral que se ha adquirido en el pasado, pero intensificando la relación humana entre quienes participan de ella. En cambio, el dinero como retribución despierta instintivamente el egoísmo y trata a la otra parte como un mero agente del mercado. Por ello, en una relación de amistad o familiar, se prefiere la liberalidad.

A nivel jurídico, la liberalidad que se da como consecuencia de un servicio recibido es un subtipo de donación que se conoce como **donación remuneratoria**. La importancia de reconocerla está en que se distingue de la donación ordinaria, debido a que, en teoría, no se le aplica alguno de sus remedios, como la revocación y la obligación de alimentos. Por ello, la liberalidad que es calificada como una **donación remuneratoria** tiene una mayor estabilidad que una donación cualquiera, la que siempre es precaria ante una posible causal de ineficacia.

Ahora bien, a nivel legislativo, en nuestro país, la donación remuneratoria cuenta con pocos artículos en el Código Civil, todos con una regulación defectuosa, lo que dificulta la labor del operador jurídico. Las opiniones de la doctrina mayoritaria tampoco ayudan debido a que existe una tendencia a tratar la donación remuneratoria como un acto mercantil, cuando una donación, por esencia, es todo lo contrario. Esta tendencia a mercantilizar no es propia de nuestro país, ya que está presente también en parte de la doctrina extranjera.

Dada la valoración descrita de la donación remuneratoria en nuestro medio, en este trabajo se identificará la naturaleza jurídica de la donación remuneratoria, se precisará su alcance y se dará una relectura al tratamiento jurídico que le debiera corresponder. Con tal propósito, cuando sea de utilidad, se aprovechará de los aportes de la doctrina extranjera, principalmente, la del derecho ita-

liano, por ser uno de los ordenamientos con mayor desarrollo sobre este tema.

II. LA SABIDURÍA DEL DERECHO ROMANO

En la Ley Cincia (204 a. C.), la donación (*donis*) y la remuneración (*muneribus*) aparecían juntas (*lex Cincia de donis et muneribus*) y daban un mayor alcance a la prohibición de donación entre cónyuges que superan cierto límite (Biondi, 1961, pp. 706-707). La *donis* era una donación libre y espontánea; mientras la *muneribus*, una donación exigible socialmente o por conciencia.

Con el tiempo, la combinación del *donis* y la *muneribus* originó la donación remuneratoria. Hay un *donare remunerandi causa* cuando una donación se celebraba de manera libre y espontánea, inspirada en un deber social de remunerar o recompensar sin que sea calificada como una contraprestación. Como se ha comentado en doctrina, una donación en la que existe una finalidad de remunerar o recompensar el servicio recibido (Biondi, 1961, p. 707).

En el derecho romano, la donación remuneratoria no se equiparaba exactamente a una donación ordinaria. La primera tenía una finalidad gradualmente diversa a esta última y, por la misma razón, se le asociaba un tratamiento parcialmente diferente. Propiamente, la donación remuneratoria era reconocida como un subtipo de donación. Por ejemplo, en uno de los fragmentos de la jurisprudencia romana, se abordó el destino de un bien inmueble donado por Aquilo a su maestro. Ante la controversia sobre el futuro del inmueble, se le instruyó a este último para defender el derecho adquirido ante su eventual ineficacia. Se argumentó que se debía mantener el inmueble adquirido, ya que lo recibido no era una donación común, sino una donación en retribución por las enseñanzas impartidas y porque siempre acompañó al padre de su alumno (D. 39, 5, fr. 27).

En otros ejemplos, en la jurisprudencia romana, de manera expresa, se señaló que la donación remuneratoria era irrevocable. Tal era el caso de que quien había recibido una donación como recompensa por salvar a otra persona de los atracadores o de un enemigo. Para que no queden dudas, se manifiesta que se trata de **una donación irrevocable**. Ello obedecería –en la explicación de la jurisprudencia– a que la vida tiene un gran valor; es inestimable y no se puede cuantificar en términos monetarios (D. 39, 5, 34.1).

Esta disciplina jurídica particular tenía una justificación moral. Como se ha manifestado, “[r]epugnaba

a la sabiduría de los romanos que tales atribuciones [las donaciones remuneratorias] estuvieran sujetas, de igual a igual, a toda la disciplina de la donación [ordinaria]" (Biondi, 1961, p. 710). En ese sentido, los romanos fueron prudentes en la aplicación del derecho al caso concreto. De allí que, en la donación remuneratoria, no se aplicara el régimen de la revocación de la donación ordinaria.

III. LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO PERUANO: UN ROMPECABEZAS

En el derecho peruano, prescindiendo de la época en que se propusieron, se han expuesto, por lo menos, tres posiciones sobre lo que se entiende por donación remuneratoria: (i) las que la asocian a un contrato oneroso; (ii) las que la asocian a un contrato que acopla a un acto oneroso y un acto gratuito; y (iii) las que la asocian a un subtipo de donación. A continuación, se comentarán cronológicamente estas posturas, teniendo en cuenta el Código Civil vigente en su momento.

A. Durante el Código Civil de 1852

El Código Civil de 1852 señalaba, en su artículo 603, que:

[e]n las donaciones remuneratorias, si el valor de la cosa donada fuere mayor, que el de los servicios, en más de la mitad, de estos apreciados en dinero, el exceso quedará sujeto a las reglas de las donaciones gratuitas: de modo, que, si se da una cosa que vale más de quince, por servicios que solo valen diez, el exceso se reputa donación sin causa remuneratoria.

Esta norma parece distinguir y separar la donación remuneratoria en dos actos: (i) el que representa al costo del servicio; y (ii) el que representa al exceso. El primero, aunque no se diga expresamente, parece que se asociaba al tratamiento de un acto oneroso o a la de una donación remuneratoria en sentido estricto; el segundo, superado el monto que establece el Código Civil, se asociaba a una donación ordinaria.

B. Durante el Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936 no reguló expresamente la donación remuneratoria; sin embargo, la doctrina sí la desarrolló. Al respecto, hubo por lo menos dos posiciones sobre esta: (i) una que la asociaba a un acto oneroso; y (ii) una que la asociaba a un acto de liberalidad.

De acuerdo con la primera posición –que la asocia a un acto oneroso–, en la donación remuneratoria, a diferencia de la donación pura, no existe gratuidad, sino una compensación (Del Carpio

Bacigalupo, 1970, p. 85) o un acto oneroso (Castañeda, 1967, pp. 54-55). Así, por ser un acto oneroso, no se encuentra sujeta a la formalidad de la donación (Castañeda, 1967, p. 54) ni a las reglas sobre la revocación de este contrato (Del Carpio Bacigalupo, 1970, p. 85). En igual sentido, se expresaba la exposición de motivos del Código Civil de 1936, que consideraba a la donación remuneratoria como 'un vicio del lenguaje', ya que era un acto celebrado a título oneroso, por lo que debía sujetarse a las reglas del pago, sea que trate de cumplir con una deuda exigible o no exigible (Aparicio y Gómez Sánchez, 1942, citado en Remy Llerena, 1968, p. 27).

De acuerdo con la segunda posición (que lo asocia a una liberalidad), la donación remuneratoria se celebra con un *animus donandi* por un servicio recibido al que no se está obligado a pagar, por lo que no hay un *animus solvendi* (León Barandiarán, 1992, p. 190). Se precisa que existe una donación remuneratoria siempre que exista una correspondencia con el costo del servicio recibido; si la donación supera el servicio, el exceso debe ser calificado como una donación simple (León Barandiarán, 1992, p. 190). Según esta posición, la donación remuneratoria es un subtipo de la donación y, a diferencia de esta última, no se le aplica la revocación y la ingratitud, debido a que esta donación se sustenta en un deber moral de reconocimiento por el servicio prestado (Barandiarán, 1992, pp. 190-191). En ese sentido, la donación remuneratoria tiene un tratamiento diferente al de la donación ordinaria.

C. Durante el Código Civil de 1984

El Código Civil de 1984 reconoce la donación remuneratoria en el artículo 767 y el artículo 1642. El primero señala que "[e]l legado remuneratorio se considera como pago, en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso". Por su parte, el segundo artículo señala que "[e]n el caso de donaciones remuneratorias [...], su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado [...]".

Redactados de esa manera los artículos mencionados, más allá de que el primero solo menciona al 'legado remuneratorio', su contenido se aproxima a uno de los probables alcances del artículo sobre donación remuneratoria redactada en el Código Civil de 1852, ya que distinguen en este tipo de donación un acto oneroso y un acto gratuito. Y, en teoría, nada impide que lo que se señale sobre el legado remuneratorio se aplique a la donación remuneratoria en general.

Sobre la naturaleza de la donación remuneratoria, se proponen dos posiciones: (i) una posición que combina al acto oneroso y al acto de liberalidad; y (ii) una posición que la asocia, únicamente, a un acto de liberalidad.

La primera posición, que combina al acto oneroso y al acto de liberalidad, más apegada a la literalidad de los artículos del Código Civil, asume una naturaleza mixta. La donación remuneratoria, por una parte, es un acto a título oneroso y, por otro, un acto a título gratuito (Ferrero, 1999, p. 334). Otros por su parte, aunque con matices, han señalado que el legado remuneratorio –donación remuneratoria– consiste en una “obligación legal de pago estimable en dinero” y en una donación (Fernández Arce, 2014, p. 334).

En la exposición de motivos del primer artículo en comentario (artículo 767), también, se considera que el legado remuneratorio tiene una naturaleza doble: oneroso por el servicio recibido y liberalidad por el exceso, que vendría a ser el legado en sentido estricto (Lanatta Guilhem, 1985, p. 95). Dada la onerosidad parcial, un sector de la doctrina, a su vez, considera que la finalidad del otro artículo (artículo 1642) es evitar un enriquecimiento injustificado (Arias-Schreiber Pezet, 1985, p. 304).

Una aproximación similar a lo anterior se encuentra en un sector de la doctrina, que considera que la función del artículo 767 es evitar que se “disfracen liberalidades que terminarían por perjudicar a los herederos cuando concurren con el legatario” (Aguilar Llanos, 2011, p. 413). Bajo esta postura, el artículo pretende que se pague un ‘adeudo’ de manera razonable (a valor de mercado); de manera que solo el exceso se considere una liberalidad (Aguilar Llanos, 2011, p. 414).

A diferencia de todo lo anterior, la segunda posición, que asocia –únicamente– la donación remuneratoria a un acto de liberalidad, considera que la donación remuneratoria se celebra con *animus donandi* por el servicio recibido, sin que se esté obligado a pagar jurídicamente por este último (siguiendo a León Barandiarán, citado en Luca De Tena, 2017, 159). Es decir, la donación remuneratoria es un acto de liberalidad, por lo que no tiene naturaleza onerosa (ni siquiera parcial). Nada menciona esta posición sobre qué pasa si la donación excede largamente el servicio prestado.

Para esta posición, de modo similar a una de las posiciones vigentes durante el Código Civil de 1936, debido a que la donación remuneratoria se sustenta en un deber moral de retribución, no se aplica la ineficacia por desheredación, la indignidad o la ingratitud (Luca De Tena, 2020, p. 458).

IV. LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO EXTRANJERO

La donación remuneratoria en el derecho extranjero, tómese como referencia Francia e Italia, no es uniforme. Hay varias posiciones que tratan de explicar cuál es su naturaleza jurídica. Por lo menos hay cuatro posiciones: (i) la que la asocia a un servicio patrimonialmente invaluable; (ii) la que la asocia a una prestación de mayor valor; (iii) la que la asocia al exceso del costo del servicio prestado; y (iv) la que la asocia a un subtipo de donación. En cambio, hay un mayor consenso cuando se tiene que definir cuáles son las normas jurídicas de la donación que se le inaplican.

Bajo la primera posición, la cual asocia a la donación remuneratoria con una prestación de mayor valor, la donación remuneratoria solo es posible cuando el servicio prestado es patrimonialmente inestimable como, por ejemplo, cuando se da a favor de quien salva la vida. En cambio, si el servicio es estimable económicamente, se está ante una remuneración, que no califica como donación por no existir el *animus donandi* (Ascoli, 1898, pp. 117-129; Lambert & Putman, 2006, p. 413). Consecuencia de esta postura, el servicio de un abogado no es objeto de una donación remuneratoria debido a que el servicio es cuantificable económicamente.

Bajo la segunda posición, que asocia la donación remuneratoria a una prestación de mayor valor, la cual tiene sus antecedentes en la doctrina alemana y francesa (Oppo, 1947, p. 163), la donación remuneratoria solo existe si la atribución patrimonial es superior al servicio prestado. Si solo existe equivalencia (igualdad de prestaciones), no hay donación sino simplemente pago (Maroi, s. f., y Messineo, s. f., citado en Torrente, 2006, p. 310)¹.

Bajo la tercera posición, que asocia la donación remuneratoria al exceso del costo del servicio prestado, similar a la de la doctrina peruana, la donación remuneratoria es un acto oneroso en el límite de la equivalencia del servicio prestado y donación en el exceso².

¹ Véase a Oppo, 1947, p. 146; mientras que, en el derecho francés, véase a Malaurie & Aynès, 2012, p. 182.

² Véase al comentario de Oppo, 1947, p. 166; Biondi, 1961, p. 729; Malaurie & Aynès, 2012, p. 182; la posición mayoritaria de la doctrina y varios pronunciamientos franceses, como la Corte de Apelación de Nancy, Primera Sala Civil, expediente 18/01581 del 20 de enero de 2020.

Bajo la cuarta posición, que asocia la donación remuneratoria a un subtipo de donación, la donación remuneratoria es una acto que se celebra de manera libre y espontánea como agradecimiento a una prestación recibida sin que sea calificada como una contraprestación. Esa es la posición mayoritaria en el ordenamiento jurídico italiano, principalmente, la de los últimos años.

En cuanto a su tratamiento jurídico, la donación remuneratoria tiene un régimen parcial que se aleja de la donación ordinaria. Sin embargo, muchos códigos civiles, similar a lo que sucede en el Código Civil peruano, omiten una regulación normativa expresa de este subtipo de donación, lo que dificulta a los operadores jurídicos aplicar el tratamiento jurídico correspondiente.

De manera excepcional, el Código Civil italiano sí le da un tratamiento normativo suficiente. Es así que el artículo 437³ del Código Civil italiano exonerá a la donación remuneratoria de las obligaciones de alimentos al donatario cuando se lo requiera; asimismo, el artículo 797, inciso 3⁴, limita la garantía de evicción hasta el monto de la prestación recibida antes de la donación; mientras el artículo 805⁵ señala que no se la puede revocar por causa de ingratitud o sobrevinencia de hijo. Se trata de una verdadera donación, tan solo se le inaplican algunas normas sobre esta.

Al respecto, se ha manifestado que la revocación por ingratitud y la prestación de alimentos en la donación ordinaria se debe a que la donación origina un 'deber moral de gratitud hacia el donante'. Sin embargo, en la donación remuneratoria tal deber se elimina debido a que esta se celebra "en cumplimiento de un deber de reconocimiento que deriva de una prestación de servicios" (D'Angelo, 1942, pp. 62-63). En otras palabras, el deber moral se neutraliza con el deber de reconocimiento.

V. EL ALCANCE DE LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL DERECHO EXTRANJERO

Normalmente, se identifica como donación remuneratoria la que se celebra por un servicio específico recibido (donación por especial remuneración). No obstante, en algunos ordenamientos, como el italiano, se la ha ampliado al que se celebra por reconocimiento y al que se celebra por méritos; en otros como el español, solo al que se celebra por méritos. Al respecto, no existe consenso de que los nuevos supuestos sean una donación remuneratoria, ya que hay quienes consideran a estos, a más, como una donación ordinaria. El ordenamiento peruano guarda silencio sobre este tema.

El Código Civil italiano, en el artículo 770⁶, señala que "[e]s también donación la liberalidad celebrada por reconocimiento o en consideración de los méritos del donatario o por especial remuneración" [traducción libre]; mientras, el Código Civil español de 1889 señala que "[e]s también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles".

Al respecto, hasta cierto grado existe consenso en considerar que la donación por reconocimiento se da como gratitud a quien ha ayudado; en la donación por mérito se reconoce al donatario por su 'cualidad personal' o por su 'particular actividad'; mientras, en la donación por especial remuneración, esta se celebra para recompensar un servicio específico que no es exigible jurídicamente. A continuación, se comenta cada uno de estos supuestos.

A. La donación por reconocimiento

La donación por reconocimiento es la que se celebra como agradecimiento por cualquier beneficio recibido por el propio disponente o su familia (Torrente, 2006, pp. 301-302; Zinno, 2019, p. 65). Se ha manifestado que la gratitud se trata de un

³ Artículo 437: Il donatario è tenuto, con precedenza su ogni altro obbligato, a prestare gli alimenti al donante, a meno che si tratti di donazione fatta in riguardo di un matrimonio o di una donazione rimuneratoria (1942).

⁴ Artículo 797:

Il donante è tenuto a garanzia verso il donatario, per l'evizione che questi può soffrire delle cose donate, nei casi seguenti:

[...]

3) se si tratta di donazione che impone oneri al donatario, o di donazione rimuneratoria, nei quali casi la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante. (Código Civil Italiano, 1942)

⁵ Artículo 805: Non possono revocarsi per causa d'ingratitudine, né per sopravvenienza di figli, le donazioni rimuneratorie e quelle fatte in riguardo di un determinato matrimonio (1942).

⁶ Texto original:

Artículo 770: È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale rimunerazione. Non costituisce donazione la liberalità che si vuole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi. (1942)

“deber ético universal reconocido desde la antigüedad, como un sentimiento connatural con el espíritu humano, que impulsa a al beneficiario a otorgar una liberalidad al benefactor” (Biondi, 1961, p. 712).

En la donación por reconocimiento, a diferencia de la donación por especial remuneración, como ya se ha indicado, el beneficio del servicio lo podría recibir una persona con quien se tiene un vínculo especial; mientras en la donación por especial remuneración, solo lo recibe el donante. Otra diferencia es que en la primera el reconocimiento puede consistir en un comportamiento general de toda la vida; mientras la segunda, compensa un determinado servicio recibido (Biondi, 1961, p. 713).

No se puede identificar la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración, más allá que ambas puedan coincidir como un acto de agradecimiento, ya que tienen finalidades distintas: el reconocimiento pretende cumplir ‘un carácter ético altruístico’; mientras la ‘especial remuneración’, una ‘compensación’ (Biondi, 1961, p. 714; en línea parecida, Oppo, 1947, p. 135).

B. La donación por méritos del donatario

La donación por méritos del donatario es la que se celebra por un sentimiento de admiración o de reconocimiento de la cualidad personal del donatario o su actividad (Oppo, 1947, p. 140; Biondi, 1961, p. 715; Zinno, 2019, p. 66). Se trata de una cualidad o un servicio digno de admiración que no es realizada por cualquiera, sino por quien es un ejemplo para seguir y que beneficia a la generalidad, como, por ejemplo, un descubrimiento científico.

A diferencia de la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración, en la donación por mérito el beneficio es indirecto debido a que la prestación de servicios es a favor de la generalidad de personas; en cambio, en la primera, la prestación de servicios es más delimitada, ya que es a favor del donante o personas con especial vínculo respecto a este último; mientras en la segunda, el beneficio siempre es directo al donante.

Se precisa que nada obsta a que la donación por mérito sea a un grupo más determinado o a una sola persona, como el que el padre otorga a su hijo por distinguirse académicamente de los demás (Torrente, 2006, pp. 299 y 305). Si se quiere expresar con otros términos, en la donación por méritos no se ofrece la donación por el servicio prestado, sino como premio por la cualidad de la otra parte, su conducta, entre otros.

C. La donación por especial remuneración

La donación por especial remuneración es la que se celebra inspirada en un servicio recibido sin que esta llegue a calificar como una contraprestación. Al ser una liberalidad, se trata de un acto libre y espontáneo, inspirada en un servicio prestado, pero no sujeto a un deber jurídico (Biondi, 1961, p. 717). Es decir, no existe correspondencia jurídica entre el servicio recibido y la donación; tan solo existe una coincidencia temporal, pero no interdependencia entre el servicio y la donación (Biondi, 1961, p. 723).

Por ello, se habla de **especial remuneración** para señalar que no se está ante una correspondencia o una remuneración entendida en el sentido común de la palabra; por lo que, no se trata de una remuneración debida por ley ni por el uso social (costumbre) (Oppo, 1947, p. 137); o, si se quiere expresar, en otros términos, en la donación por especial remuneración, la **remuneración** no es pasible de exigencia judicial (D'Angelo, 1942, p. 87).

Detallados cada uno de los supuestos de donación remuneratoria existentes en los códigos civiles, hay tres posiciones sobre cuáles son las verdaderas donaciones remuneratorias: (i) la que considera donación remuneratoria a todos los supuestos reconocidos por ley; (ii) la que delimita la donación remuneratoria a la donación por reconocimiento y la donación por especial remuneración; y (iii) la que restringe la donación remuneratoria tan solo al de especial remuneración.

Entre los argumentos que se dan a favor de la primera posición, está que es una decisión legislativa que así sea, todo lo demás solo es una crítica a la ley (Oppo, 1947, pp. 140-143). De manera similar, se indica que los tres supuestos de donación remuneratoria serían establecidos a modo de ejemplo, sin distinguir la disciplina jurídica entre ellas (Palazzo, 1991).

Entre los argumentos que se dan a favor de la segunda posición, está que la donación por mérito es excluida, debido a que se refiere a un servicio que no beneficia de manera directa al donante o personas cercanas con las que tiene una especial relación. La donación por mérito es un servicio genérico a una asociación, una comunidad, la patria o la misma humanidad, por lo que el beneficio solo es indirecto; en ese sentido, se ha manifestado que es “injustificado anteponer el interés del donatario *ob merita* (por mérito) al del hijo sobreviviente del donante” (D'Angelo, 1942, p. 64).

Entre los argumentos que se dan a favor de la tercera posición, se señala que hay una valoración de la donación por especial remuneración como una

cuasi compensación especial; lo que no sucede con la donación por reconocimiento y la donación por méritos; en ese sentido, debe primar una interpretación restrictiva (Biondi, 1961, pp. 737-739). En el fondo se señala que el único supuesto de donación remuneratoria es la donación por especial remuneración.

Una discusión similar no se ha presentado en el ordenamiento peruano. En este ordenamiento, la doctrina mayoritaria, cuando se refiere a la donación remuneratoria, tan solo se refiere al servicio recibido, sin precisar cuál es su alcance. Por lo que, de una interpretación literal, pareciera que la donación remuneratoria solo se restringe a lo que la doctrina extranjera conoce como 'donación por especial remuneración'.

VI. UNA RELECTURA SOBRE LA DONACIÓN REMUNERATORIA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Empecemos con una advertencia: el que no existan artículos en el Código Civil que desarrollen la donación remuneratoria no quiere decir que no exista esta última donación. Las instituciones jurídicas adquieren cierta autonomía independiente de las normas de rango legal que las integran. El derecho civil, en especial el sistema contractual, tiene una lógica de integración distinta a áreas como la del derecho administrativo o el derecho tributario, en las que predomina un principio de legalidad.

Normalmente, el sistema contractual, casi siempre, tiene una dosis de atipicidad, por lo que los operadores jurídicos tienen el deber de integrar el contenido de las instituciones, ya sea por ausencia de normas o la presencia de normas deficientes. Claro está, siguen (o deben seguir) un procedimiento lógico que disminuya el riesgo de la arbitrariedad y privilegie la justicia al caso concreto. Por ello, la donación remuneratoria no debiera ser vista como una institución huérfana a falta de artículos.

La 'donación remuneratoria' como su propio nombre lo señala es un subtipo de donación. Lo que quiere decir que existen elementos en su formación con relevancia que le dan un tratamiento, parcialmente, distinto al de una donación ordinaria. Aunque nada impide que las liberalidades diferentes a la donación sean celebradas con una fi-

nalidad remuneratoria; es decir, es posible que un comodato o un depósito gratuito sean celebradas con una finalidad remuneratoria.

La donación remuneratoria es una liberalidad que se celebra en respuesta a una prestación recibida a título gratuito, sea total o parcialmente. En otras palabras, es un acto libre y espontáneo del donante, a título de liberalidad, como reconocimiento a quien le ha prestado un servicio gratuito. Por su propia característica, esta donación se celebra como agradecimiento al otro y no en cumplimiento de una obligación exigible jurídicamente o como parte de una obligación natural.

En cuanto a esta última, la donación remuneratoria se diferencia de la obligación natural, en la medida que en la primera existe una menor intensidad de conciencia social y mayor libertad sobre el reconocimiento del deber moral o social que mantiene inalterable el *animus donandi*; mientras en la obligación natural, la intensidad es mayor, al punto de que se debe cumplir para estar bien con la conciencia y evitar la desaprobación pública (Biondi, 1961, p. 748; Zinno, 2019, p. 85).

Ahora bien, por ser un subtipo de donación, la donación remuneratoria (i) no depende de que el servicio prestado sea patrimonialmente inestimable; (ii) ni que la donación remuneratoria sea mayor al servicio prestado; (iii) ni que sea un acto oneroso, como lo sostenía un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1936; y (iv) ni que sea un contrato que acopla elementos de onerosidad y gratuitad, como lo ha sostenido un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1984.

Sobre la primera crítica, ya un sector de la doctrina ha cuestionado esta posición, debido a que confunde el bien inestimable, como la vida o la libertad, que por sí mismas no podrían ser objeto de contrato, con el servicio prestado para salvarla o resguardarla, la cual es cuantificable en dinero (Biondi, 1961, p. 721; entre otros, Gallo, 2009, p. 412). Además, en el Código Civil, existen 'servicios inestimables', como salvar la vida, que aceptan una compensación equitativa en dinero sin que haya lesión (D'Angelo, 1942, pp. 83-84), –el artículo 1447⁷ del Código Civil señala que la desproporción entre prestaciones no debe exceder las dos quintas partes–.

⁷ Artículo 447:

La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos. (1984)

Sobre la segunda crítica, al igual que la anterior, ya un sector de la doctrina ha cuestionado esta posición. Se señala que no se puede excluir la donación remuneratoria cuando las prestaciones son equivalentes, debido a que la donación remuneratoria se celebra *animus donandi* y no es una contraprestación o pago (Oppo, 1947, p. 146); muestra de ello, es que la ley la sigue tratando, salvo algunos remedios, como una donación ordinaria (Oppo, 1947, p. 167).

Sobre la tercera crítica, no es un acto oneroso debido a que la donación no se celebra como una contraprestación a un servicio prestado. Es una compensación como agradecimiento al servicio prestado, que como tal no siempre se tiene que dar (si no se da, no pasa nada). Quien prestó servicios de manera gratuita antes, no tiene manera de exigir jurídicamente una compensación a quien se benefició, ya que en la programación de la prestación de servicios, que favoreció al donante no se estableció una contraprestación.

Sobre la cuarta crítica, la donación remuneratoria tampoco es un contrato que acople elementos de onerosidad y gratuitad. No es suficiente invocar el artículo 767 del Código Civil y señalar que la norma expresamente indica que “[e]l legado remuneratorio se considera como pago, en la parte en que corresponda razonablemente al servicio prestado por el beneficiario del testador y como acto de liberalidad en cuanto al exceso” (1984).

En el derecho de contratos un artículo no cambia la naturaleza de las cosas. Si una norma dice que la donación es una compraventa, no por ello la donación debe ser tratada bajo las normas de este último contrato. Los contratos y sus subtipos tienen una existencia independiente al Código Civil; lo mismo sucede con la donación remuneratoria. Por ello, el operador jurídico debe pretender acercarse con sus decisiones a la auténtica naturaleza del contrato.

Como se indicó arriba, la donación remuneratoria es un subtipo de donación, por lo que no se puede decir que tenga elementos de onerosidad o sea equivalente al pago. ¡Es un contrasentido! En consecuencia, la donación remuneratoria no es un pago en lo que corresponda al servicio prestado, tal como lo establece el artículo 767 del Código Civil.

Si la lógica que está detrás de este artículo es que no se quiere beneficiar al donatario más allá de lo que le costó la prestación de servicio, se presentan puntos cuestionables que no encajan. Por ejemplo, los más importantes: ¿será el juez quien determine la equivalencia de las prestaciones en-

tre la donación remuneratoria y la prestación de servicios recibida?; ¿se puede sostener que dos prestaciones son equivalentes?

En cuanto al primero, el valor de los bienes y los servicios es subjetivo; es decir, lo determina cada sujeto de acuerdo con su propia valoración. Así, un vaso de agua para quien se muere de sed en un desierto podría valer más que un diamante y ello no guarda relación con el valor de mercado. En esa línea, la carta de una madre fallecida para un hijo podría valer más que todo el dinero acumulado en una vida. Por lo tanto, esa valoración no corresponde a un juez, sino a quien celebra la liberalidad. Lo contrario llevaría decir que, en todo contrato con prestaciones recíprocas, el exceso del valor del bien o de pago es una donación ordinaria. El intercambio de bienes y prestación de servicios no se condice con la equivalencia de los valores en el mercado.

Segundo, aunque haya cierta lógica en que las prestaciones sean equivalentes conforme al valor de mercado, ello no es correcto. Como se indicó en el párrafo anterior, la valoración es subjetiva por lo que no hay una equivalencia objetiva, ni siquiera una razonable, como da entender el artículo 767 del Código Civil. De esta manera, una donación remuneratoria de mayor costo que el servicio prestado es posible.

Por ello, como lo manifestaba un sector de la doctrina durante la vigencia del Código Civil de 1936, es impreciso separar una parte como ‘pago’ o como ‘donación remuneratoria’ y la otra como donación. Ello no es posible, salvo que quien celebra el contrato manifieste que una parte es pago y la otra una liberalidad; si no se exterioriza tal manifestación de la autonomía privada, entonces no se puede escindir una liberalidad en dos actos distintos.

Por más bien intencionado que sea parte del artículo 767 del Código Civil, es una norma inaplicable. Por ello, en una futura reforma del Código Civil se debiera derogarlo; o si se quiere mantenerlo como está, se lo podría interpretar para supuestos en los que, efectivamente, por autonomía privada se celebre dos contratos y se acople en un solo documento un contrato oneroso y una donación remuneratoria.

De manera similar al artículo anterior, tampoco tiene sentido el artículo 1642 del Código Civil que señala que “[e]n el caso de donaciones remuneratorias [...], su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado [...]” (1984).

Sobre esto último, ¿por qué la invalidez o ineficacia de la donación remuneratoria ocasiona el retorno del valor del servicio prestado? ¿Acaso, como lo ha indicado un sector de la doctrina nacional, es para evitar un enriquecimiento injustificado? En verdad, no existe justificación; ni siquiera hay un enriquecimiento injustificado, debido a que la prestación de servicios recibido de manera anterior es justificada (tiene una causa); es decir, tiene su origen en un contrato gratuito, que como tal es unilateral.

Va contra el sentido común que quien benefició a otro con un servicio gratuito, exija el retorno del costo bajo el argumento de que se empobreció. Quien ve así las donaciones remuneratorias (o las liberalidades en general) incorpora valores mercantiles a un área del derecho, justamente, donde este elemento tiene poca importancia. Las liberalidades se sustentan en otros valores que están fuera del mercado. Como se indicó en la introducción de este artículo, el interés mercantil corroa los valores que un acto de liberalidad promueve. De lo contrario, el dinero podría comprar la amistad.

Contrario a la naturaleza misma de la donación, el Código Civil ha tomado una posición utilitarista; le interesa más el sacrificio económico que la otra parte sufre. No le interesa el deber moral de agradecimiento que genera el servicio prestado, sino el perjuicio económico de quien lo presta. Cuando lo que debe prevalecer es el acto de liberalidad frente al perjuicio económico –por lo antes señalado, tampoco se comparte el contenido del artículo 797, inciso 3, del Código Civil italiano–.

Sumado a lo anterior, si la donación remuneratoria es inexigible jurídicamente, no se entiende por qué su patología tendría que dar al donatario el derecho de exigir el valor del servicio prestado. No hay ninguna justificación moral y, más bien, como se señaló antes, desnaturaliza los valores en que se sustentan los contratos de liberalidad. Por ello, en una próxima reforma del Código Civil, sería recomendable que se proponga, también, la derogatoria del artículo 1642 del Código Civil.

VII. EL ALCANCE QUE SE LE DEBERÍA DAR A LA DONACIÓN REMUNERATORIA

Las escasas normas sobre la donación remuneratoria en el Código Civil peruano, y los pocos comentarios de nuestra doctrina, impiden que haya claridad sobre el alcance de la donación remuneratoria. Por ello, a continuación, se toma una posición sobre este tema a fin de que ayude a los operadores jurídicos con la aplicación del derecho.

En doctrina extranjera, hay todo un debate –principalmente, en el derecho italiano– si esta com-

prende (i) a la ‘donación por reconocimiento’; (ii) a la ‘donación por mérito’; o, tan solo, (iii) a la ‘donación por especial remuneración’. Al respecto, considero que la donación remuneratoria se debe restringir a la donación por reconocimiento y a la donación por especial remuneración, ya que solo estas merecen un tratamiento jurídico diferente al de una donación ordinaria.

Con tratamiento jurídico diferenciado, me refiero a que en la donación remuneratoria no se aplican las normas de la revocación y las normas de la obligación de alimentos –entre estos, las normas sobre la protección de la legítima–. En cambio, sí se le aplican las demás normas de la donación, como son, enunciativamente, las normas que regulan una responsabilidad diferenciada, interpretación favorable en caso de duda, entre otras. Ya en el derecho romano se intuía este tratamiento diferenciado.

La justificación de negar la revocación o la prestación de alimentos es que, en principio, no hay un perjuicio en el patrimonio del donante. En una prestación de servicios anterior, el donante se enriqueció con una prestación gratuita. En cierta manera hay una compensación entre lo recibido y lo que se entrega como donación remuneratoria –con ello, se salda una deuda moral–. Entre estas prestaciones, como ya se indicó antes, no tiene que existir una equivalencia.

Se podría agregar que esta liberalidad es una alternativa al mercado. De hecho, si se remonta en la historia, en ausencia del mercado, son las liberalidades las que permiten la circulación de riqueza y el funcionamiento de la sociedad. Aún en nuestros días tienen una función importante, ya que se rigen y promueven valores que cohesionan la sociedad. El dinero no resulta siempre ser el mejor medio para pagar las deudas morales.

La donación remuneratoria, a pesar de su menor espontaneidad, es una liberalidad –no un acto mercantil–. Es gobernada por sus propios valores y se le aplican algunas normas de la donación ordinaria. Por ello, es un subtipo de donación. No se puede equiparar esta donación con la donación ordinaria ni tampoco con un acto oneroso, ni mucho menos someterla al régimen jurídico de este último –de la sola inaplicación de la revocación y la obligación de alimentos no se puede equiparar al contrato oneroso–.

Señalado esto, se debe justificar por qué la donación por mérito no es una donación remuneratoria. La justificación está en que la exigencia moral de premiar una cualidad personal o un servicio genérico es difusa. Cuando esta cualidad se presen-

ta corresponde al Estado, como representante de la sociedad, reconocerla de alguna manera. Dada que la exigencia moral para un particular es menor, no se justifica una regulación con especial protección para el beneficiario.

Por su parte, la donación por reconocimiento solo será remuneratoria cuando el beneficio lo reciba el propio donante o un familiar con respecto al cual existe una obligación legal de alimentos. Por ejemplo, un hijo o la cónyuge. No podría ser una familiar fuera de esta obligación, ya que un familiar independiente debe ser responsable de su propia situación jurídica y de sus deberes morales. De lo contrario, resultaría excesivo la menor protección al donante y sus herederos, en favor del donatario.

Entonces, ante el silencio de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestra doctrina, ¿cuál debe ser el alcance de la donación remuneratoria en el Perú? Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, la donación remuneratoria en nuestro ordenamiento debe comprender lo que la doctrina extranjera conoce como (i) donación por reconocimiento; y (ii) donación por especial remuneración, con la precisión que comenté; en cambio, no a la donación por mérito del donatario.

A nivel práctico, el operador jurídico tendrá que reconocer la finalidad remuneratoria de compensar. Si no concurre esa finalidad y se demuestra que no existieron los hechos de la remuneración, no se le podría dar un tratamiento jurídico diferenciado. Además, si no concurren los hechos, se estará ante un supuesto de inexistencia de la causa, por lo que el contrato nacería con una patología en su formación.

Como un sector de la doctrina ya lo ha manifestado, dado el tratamiento particular de la donación remuneratoria, no puede sustentarse en el ‘arbitrio de la psicología individual’; de lo contrario, se estaría eludiendo normas imperativas que protegen al mismo donatario, a su familia y a terceros (D’Angelo, 1942 p. 128; Oppo, 1947, p. 133). No basta la mera alegación de que se celebró una donación remuneratoria.

Por ello, quien señala que ha celebrado una donación remuneratoria lo debe probar. No necesariamente la donación que se celebra luego de un servicio prestado es una donación remuneratoria; depende mucho de la finalidad concreta que se persigue con ella. Como regla general, deberá presumirse que se trata de una donación ordinaria, salvo que se demuestre lo contrario con pruebas que la respalden.

VIII. CONCLUSIONES

La donación remuneratoria es un subtipo de donación por el que el donante como agradecimiento –sin que se entienda como una contraprestación– compensa al donatario por un servicio recibido o por uno que recibió una persona con la que tiene un especial vínculo. Nada impide que esta se presente en otras liberalidades diferentes a la donación.

Asimismo, tiene un tratamiento parcialmente diferente al de la donación ordinaria desde el derecho romano. No se le aplica los supuestos de la revocación ni la de obligación de alimentos. Ello se justifica en gran medida debido a que el donante no sufre una disminución patrimonial, ya que solo compensa un beneficio anterior que no le costó nada. Las demás normas de la donación le son aplicables, en la medida que la donación remuneratoria es un contrato de liberalidad.

La donación remuneratoria solo abarca a lo que la doctrina conoce como (i) donación por reconocimiento, pero con algunas limitaciones; y (ii) la donación por especial remuneración, en las que existe una prestación de servicios recibidos. En cambio, no comprende la donación por méritos del donatario, debido a que no hay una prestación recibida de manera directa, sino un beneficio a la generalidad.

La donación remuneratoria no se celebra en compensación de prestaciones patrimonialmente no estimables. Esta posición confunde el bien inestimable, como la vida, salud, entre otros, con el servicio prestado, el cual siempre es valorable económicamente. Además, el propio Código Civil reconoce que es posible una prestación cuando la finalidad es salvar la vida, siempre que no haya una lesión.

En el mismo sentido, se debe tener en cuenta que esta figura tampoco tiene que ser superior al servicio prestado. La equivalencia de la donación remuneratoria y el servicio recibido es subjetiva. La donación remuneratoria puede ser inferior, equivalente o superior, todo depende de cómo el donante valora el servicio recibido y el que se presta.

La donación remuneratoria no tiene una equivalencia razonable abstracta con el servicio recibido. La valoración de los bienes es subjetiva y corresponde a las partes; son ellas las que dan la valoración correspondiente (es concreta y no abstracta). La única manifestación del valor del servicio recibido lo expresa el donante con la donación remuneratoria. Por lo demás, los valores mercantiles no

son los mejores para medir el bienestar o la riqueza de la donación.

La donación remuneratoria no es un acto oneroso ni un pago, sino un contrato de liberalidad que se celebra de manera libre y con relativa espontaneidad, y no en cumplimiento de una obligación jurídica. Por ello, más allá de la inaplicación de la revocación y la obligación de alimento –en la que se incluye las normas que protegen la legítima–, se le aplica las demás normas de la donación ordinaria.

Los artículos 767 y 1642 del Código Civil peruano deben ser derogados debido a que no son compatibles con la naturaleza de la donación remuneratoria. Existe en esos artículos una tendencia a dar a la donación remuneratoria un tratamiento mercantil que no se condice con los valores presentes en un contrato de liberalidad.

Finalmente, para fines prácticos, se tendrá que verificar que concurra la finalidad remuneratoria de compensar en la donación para que pueda calificarse como donación remuneratoria. Además, se tendrá que verificar que los hechos en que se sustenta existan; de lo contrario, el contrato tendrá que ser calificado como nulo por ausencia de la causa –no basta la mera alegación para recibir un tratamiento diferenciado–. 

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2011). *Derecho de Sucesiones* (2da ed.). Ediciones Legales.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1985). Exposición de motivos y comentarios. Donación. En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.
- Ascoli, A. (1898). *Trattato delle donazioni: secondo il diritto civile italiano, con riguardo al diritto romano e alla giurisprudenza moderna*. Firenze.
- Biondi, B. (1961). *Le donazioni*. Unione Tipografico Editrice Torinese.
- Castañeda, J. (1967). *El contrato de donación*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Corradi, G. (2014). Art. 770. (Donazione rimuneratoria). En *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli. Delle donazioni art. 769-809 a cura di Giovanni Bonilini* (pp. 85-104). Utet Giuridica.
- D'Angelo, A. (1942). Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina. *La donazione rimuneratoria*. Giuffrè Editore.
- Del Carpio Bacigalupo, A. (1970). *Contrato de donación* [tesis de bachiller no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional de la UNMSM.
- Fernández Arce, C. (2014). *Derecho de sucesiones*. Fondo Editorial PUCP.
- Ferrero Costa, A. (1999). *Tratado de derecho de sucesiones*. Gaceta Jurídica
- Gallo, P. (2009). La causa della donazione. En *Trattato di diritto delle successioni de donazioni. Le donazioni* (pp. 405-430). Giuffrè Editore.
- Lambert, S. & Putman, E. (2006). *L'intention libérale dans les donations*. Presses Universitaires D'Aix-Marseille.
- Lanatta Guilhem, R. E. (1985). Exposición de motivos y comentarios. Derecho de sucesiones. En *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (pp. 11 - 147). Thomson Reuters.
- León Barandiarán, J. (1992). *Tratado de derecho civil peruano*. Gaceta Jurídica.
- Luca De Tena, J. G. (2017). *Derecho de sucesiones. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (tomo 2). Gaceta Jurídica.
- Luca De Tena, J. G. (2020). Artículo 1642 (Invalidez de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo). En *Código Civil Comentado. Tomo VIII. Artículos 1529-1712* (4ta ed.). Gaceta Jurídica.
- Malaurie, P. & Aynès, L. (2012). *Les successions. Les libéralités* (5ta ed.). Lextenso Éditions.
- Oppo, G. (1979). *Adempimento e liberalità*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Remy Llerena, G. R. (1968). *Algunos aspectos del contrato de donación en el Código Civil peruano* [tesis de bachiller no publicada, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio Institucional de la UNMSM.
- Palazzo, A. (1991). Donazione. En *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*. Utet Giuridica.
- Torrente, A. (2006). *La donazione* (2da ed.). Giuffrè Editore
- Zinno, M. (2019). Art. 770. (Donazione rimuneratoria). En *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano a cura di Giorgio De nova. Libro secondo: Sucessioni art.*

769-809 a cura di Enrico del Prato (pp. 59-90). Zanichelli Editore.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 29 de diciembre de 1851 (Perú). [Derogado].

Código Civil [CC], Ley 8305, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de agosto de 1936 (Perú). [Derogado].

Code Civile [CC], Decreto Real 262, Diario Oficial *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* 16 de marzo de 1942 (Italia).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil [CC], Decreto Real 206, Diario Oficial *Gaceta de Madrid*, 24 de julio de 1889 (España).

EL USO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT PARA INTERPRETAR Y COMPLEMENTAR EL DERECHO CONTRACTUAL NACIONAL: UN MODELO PARA EL LEGISLADOR PERUANO

THE USE OF THE UNIDROIT PRINCIPLES TO INTERPRET AND SUPPLEMENT DOMESTIC CONTRACT LAW: A MODEL FOR THE PERUVIAN LEGISLATOR

Sergio García Long*
European Law Institute

In 2024, the Peruvian Civil Code turns 40 years since its promulgation in 1984, while the UNIDROIT Principles has its 30th anniversary since their first edition in 1994. Given this, which party should we attend? This essay proposes a look at the Peruvian Civil Code from the perspective of international trade to propose improvements. To this end, the provisions of the UNIDROIT Principles that regulate contractual interpretation, obligations of best efforts and results, penalty clause and force majeure, are taken as reference. These will be compared with the provisions of the Peruvian Civil Code, to identify possible areas of improvement in domestic law, taking the UNIDROIT Principles as a guide.

KEYWORDS: UNIDROIT Principles; Peruvian Civil Code; contract law; international trade.

En 2024, el Código Civil peruano cumple 40 años desde su promulgación en 1984, mientras que los Principios UNIDROIT cumplen 30 años desde su primera versión en 1994. Ante ello, ¿a qué fiesta debemos asistir? Este ensayo propone una mirada del Código Civil peruano desde la perspectiva del comercio internacional, con el objetivo de proponer mejoras. Para ello, se toma como referencia las disposiciones de los Principios UNIDROIT que regulan la interpretación contractual, las obligaciones de medios y resultados, la cláusula penal y la fuerza mayor. Estas disposiciones serán comparadas con las del Código Civil peruano, para identificar posibles áreas de mejora en el derecho doméstico, utilizando los Principios UNIDROIT como guía.

PALABRAS CLAVE: Principios UNIDROIT; Código Civil peruano; derecho de contratos; comercio internacional.

* Abogado. LLM en International Business and Commercial Law por la Universidad de Manchester, Reino Unido. Especialización en Law & Economics of Mergers and Acquisitions por la London School of Economics and Political Science (LSE). Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima. Miembro del European Law Institute (ELI). Miembro de la Society of European Contract Law (SECOLA). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5120-7907>. Contacto: s.garcialong@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 09 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN: ¿A QUÉ FIESTA ASISTIR?

El 2024 es un año especial para los expertos en Derecho Civil debido a la conmemoración de los 40 años del Código Civil peruano de 1984. En este contexto, ya iniciaron los preparativos para el lanzamiento de diversos eventos e iniciativas, como conferencias, *webinars*, y publicaciones (obras personales o colectivas). Dado el carácter significativo de esta ocasión, muchos comentaristas están enfocando sus reflexiones en una mirada retrospectiva sobre este aniversario.

Sin embargo, uno no debe dejarse llevar por el entusiasmo, especialmente cuando se requiere un análisis minucioso. Recientemente, Leysser León explicaba que, en comparación a otras codificaciones, los 40 años del Código Civil peruano es una edad temprana al lado de los casi 170 años del Código Civil chileno (nuestros hermanos en la frontera), los más de 120 años del *BGB* y los más de 200 años del *Code Civil*¹.

Ciertamente, la longevidad de un Código Civil no necesariamente indica su éxito. Desde una perspectiva tradicional, que ha influenciado la oposición a las reformas civiles, podría considerarse –al estilo Napoleónico– que un Código Civil debe ser una norma estable, capaz de perdurar a lo largo de los años, guerras, crisis financieras y, ahora, las pandemias, ello como muestra de su fortaleza y autosuficiencia.

Sin embargo, el contexto ha cambiado, y mucho. El desarrollo del comercio internacional, de los grandes mercados financieros como Londres y Nueva York, la globalización, y la fuerza de los jugadores de origen anglosajón (bancos, empresas, organismos internacionales, entre otros)², han hecho necesario considerar la uniformización o armonización –como se prefiera– del derecho de contratos, un cambio que viene ocurriendo desde hace varios años³.

Bajo este contexto, la edad temprana del Código Civil peruano podría considerarse una ventaja, con el fin de que pueda revisarse y actualizarse confor-

me a las necesidades del comercio, alejándose de la visión tradicional de que un Código Civil debe tener reglas escritas en piedra que duren 200 años. De esta manera, entramos en un contexto donde el Código Civil no necesita permanecer inmutable, sino estar actualizado según las necesidades del comercio. Ante tal escenario, la posta ha sido asumida por los instrumentos internacionales de derecho uniforme, tanto de *soft* como *hard law*, los cuales, partiendo de los derechos nacionales y el derecho comparado, proponen un marco jurídico contractual internacional⁴.

Un ejemplo comúnmente referenciado es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa International de Mercaderías 1980 (en adelante, “CISG”), un instrumento de *hard law* considerado el más exitoso por contar con 97 Estados miembros hasta la fecha, que cumplió 40 años hace poco y cuyo aniversario también fue celebrado⁵.

Aunque la CISG se enfoca en la compraventa internacional (en un ambiente donde junto al contrato de compraventa se celebran contratos de transporte marítimo, seguro y crédito), contiene normas relevantes sobre cómo interpretar y aplicar un instrumento internacional, además de otras disposiciones sobre la formación del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, incluido el incumplimiento, los remedios e impedimentos. Por tal motivo, ha sido referenciada por otros exitosos instrumentos internacionales que redactaron reglas sobre aspectos contractuales en general y no solo para la compraventa internacional. Uno de estos son los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, “Principios UNIDROIT”), cuya fama es bastante conocida.

Precisamente, la primera versión de los Principios UNIDROIT fue publicada en 1994, y luego revisada en posteriores versiones del 2004, 2010 y 2016. Como tal, el 2024 también es una fecha importante para los contractualistas con enfoque internacional, en tanto los Principios UNIDROIT cumplen 30 años y deben ser celebrados⁶.

¹ Véase a León (2024).

² Véase a DeLisle (1999); Mattei (2003); Schwenzer y Whitebread (2014). Lo mismo ocurre en el derecho corporativo. Véase a Dignam y Galanis (2009).

³ Al contrario, Ferrante (2023) expone que códigos civiles como el francés o el chileno han sobrevivido al proceso de globalización y a los instrumentos internacionales de derecho uniforme, en Europa y Latinoamérica respectivamente.

⁴ Véase a Schwenzer (2013); Goode, Kronke & McKendrick (2015); Tripodi (2015); Garro (2016); Schwenzer (2016); Estrella Faria (2016); Cartwright (2018); Hoekstra (2021).

⁵ Véase a Benatti, García Long y Viglione (2023).

⁶ Uno de los más entusiastas académicos en redes sociales es el profesor alemán Eckart Brödermann, con quien mantengo una constante comunicación para promover el uso de los Principios UNIDROIT a nivel doméstico e internacional.

A pesar de esta importante fecha, los Principios UNIDROIT aún son poco conocidos en el Perú en comparación con otras jurisdicciones. Por ejemplo, no he tenido conocimiento de alguna iniciativa para celebrar los 30 años de los Principios UNIDROIT en el Perú. Tal vez el aniversario del Código Civil peruano ha tomado protagonismo y la ha opacado. Sin embargo, teniendo en cuenta el contexto internacional actual, tal vez en los años 90 se podría haber pasado por alto los aniversarios de los Principios UNIDROIT, empero ello ya no puede ocurrir en la actualidad. Son pocos los peruanos que promueven el conocimiento y difusión de este instrumento internacional y su importancia tanto en la contratación como en el arbitraje internacional, ya sea desde la práctica o desde la docencia. Todo esto es fácil de verificar en la comunidad académica peruana en virtud de las publicaciones de artículos y libros al respecto, así como en la falta de invitaciones a peruanos para comentar en publicaciones internacionales.

Entonces, ¿a qué fiesta debemos asistir? En realidad, esta es una pregunta trampa, ya que no debería haber dos fiestas, sino solo una. Esto es una muestra de lo que representa ser un experto en Derecho contractual en la actualidad. Un abogado no solo debe conocer el Derecho contractual nacional, sino también el marco contractual internacional, dado que verá que el mismo también es aplicable a la práctica. Desde que existe la libertad contractual, el *pacta sunt servanda* y la santidad contractual, la ley no es –realmente– ley entre las partes sino el contrato porque la ley civilista (contractual) es supletoria y derogable, de manera que primero aplica el pacto y luego la ley (salvo normas imperativas). Debido a esta particularidad, el dinamismo en torno a las normas contractuales es distinto a otras normas legales porque las partes pueden derogar la ley contractual y establecer reglas específicas para su contrato.

En 1984, cuando nació el Código Civil peruano, esta libertad contractual no tendría mayor repercusión. Sin embargo, en un mundo plano por la globalización y el comercio internacional, cada

vez se aplica más la ley extranjera; esto se debe a que se trasplantan cláusulas al contrato (usualmente de origen anglosajón) o porque se elige la aplicación de una ley extranjera (como la inglesa)⁷. Además, es posible pactar como ley del contrato algún instrumento internacional como los Principios UNIDROIT (*soft law*), o podría ser vinculante la CISG (*hard law*)⁸. Entonces, el conocimiento del Derecho nacional es solo un peldaño, siendo necesario conocer el derecho contractual internacional.

Es importante festejar y rendir tributo al Código Civil peruano, pero ¿qué significa ello? En un panorama donde el derecho internacional cobra mayor relevancia, es necesario que la fiesta por los 40 años del Código Civil peruano consista en una comparación y revisión frente a los Principios UNIDROIT, que también están de aniversario. Por extensión, también debe mirarse a la CISG, que cumplió 40 años hace un par de años, especialmente por ser el instrumento de uniformización más importante en la actualidad y ser la base de los Principios UNIDROIT, así como de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (en adelante, “PECL”)⁹, aunque en esta oportunidad me centraré en los Principios UNIDROIT.

Bajo las circunstancias expuestas, revisar el Código Civil peruano en virtud de su antecedente italiano, ya ampliamente conocido entre nosotros¹⁰, resulta un tanto redundante. Además, en la actualidad, es necesario no solo observar los instrumentos internacionales de alcance global, sino también los regionales, como los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos o el Código Marco de Obligaciones para América Latina elaborado por el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina¹¹. En todo caso, el derecho peruano debe ser revisado con base en su propio derecho y no mirando a un derecho extranjero (italiano) que fue usado como plantilla por la preferencia de los legisladores de hace 40 años, la cual no responde a las necesidades actuales del mercado. En un contexto del comercio internacional, donde los derechos domésticos son dejados de lado, es fundamental revisar y comparar el derecho nacional frente a los

Entre sus trabajos, véase a Brödermann (2011, 2019, 2021). En el 2023 acaba de publicar con Wolters Kluwer la segunda edición de su conocida obra *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary*. También véase a Bonell (2004); Oser (2008).

⁷ Véase a Watson (1974); Örçü (2002); Cordero-Moss (2011).

⁸ Véase a Perillo (1994); Bonell (1998); Pistor (2002).

⁹ Ole Lando hacía referencia a estos tres instrumentos como la “troika”, dado que la CISG fue la referencia para la elaboración de los Principios UNIDROIT y los PECL, otros instrumentos que gran prestigio. Véase a Lando (2005).

¹⁰ Véase a, entre peruanos e italianos, De la Puente (1994); Espinoza (2003, 2021); León (2004); García Long (2018); Nicolussi (2019); Benatti (2020); Fernández (2023); Castronovo (2023); Zúñiga (2023). De manera más general y sobre la influencia del derecho italiano en Latinoamérica, véase los trabajos recopilados en Benatti, García Long, Grondona y León (2024).

¹¹ Véase a Pizarro (2018); Grondona (2019). También se puede consultar a Beale (2017a) para la perspectiva de un *outsider*.

instrumentos internacionales que se aplican diametralmente y que marcan pauta en la práctica.

Explicado lo anterior, este ensayo tiene una sección II que explica cómo los Principios UNIDROIT pueden ser usados por los abogados, académicos y cortes para interpretar y complementar el derecho interno. La sección III revisa las disposiciones de los Principios UNIDROIT en relación con la interpretación de contratos, las obligaciones de medios y resultados, la cláusula penal y la fuerza mayor, con el objetivo de identificar mejoras que podrían introducirse en el derecho contractual peruano. Por último, la sección IV presenta las reflexiones finales.

II. EL ROL DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT PARA INTERPRETAR Y COMPLEMENTAR EL DERECHO INTERNO

Un tema relevante con relación a los Principios UNIDROIT, y en general frente a otros instrumentos de uniformización, es hasta qué medida pueden influir, no solo en la contratación internacional, sino también en la aplicación de los derechos domésticos¹².

El Preámbulo de los Principios UNIDROIT señala que “estos [...] pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional” y que “pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales” (2016). Al respecto, Garro y Moreno (2021) realizaron un interesante estudio donde solicitaron reportes nacionales sobre el uso de los Principios UNIDROIT en el derecho interno en Argentina, Austria, Brasil, Chile, China, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, Italia, Japón, Paraguay, Rusia, Sudáfrica, Turquía y Uruguay. La intención fue identificar y analizar, entre otras cosas, las diferentes vías legales que podrían ser invocadas en el derecho interno para legitimar el uso de los Principios UNIDROIT.

Teniendo como premisa que los Principios UNIDROIT buscan uniformizar el derecho contractual y son considerados como principios generales,

lex mercatoria, usos comerciales o costumbre, se consultó a expertos nacionales sobre si existe una vía legal que permita la aplicación de los Principios UNIDROIT, si alguna corte nacional ha hecho referencia a estos, si se han aplicado en laudos arbitrales, si la doctrina nacional los comenta o si han inspirado reformas legislativas.

En esta oportunidad, me enfocaré en cinco factores aplicados al derecho peruano: (i) si existe una base legal para aplicar los Principios UNIDROIT como principios generales; (ii) si existe base legal para aplicarlos como usos y costumbres; (iii) si es posible aplicarlos en el arbitraje; (iv) el valor que les da la academia peruana; y (v) la posibilidad de usarlos como guía en reformas legislativas en materia contractual.

En primer lugar, se considera que los Principios UNIDROIT proveen un marco común de referencia en materia contractual, o un derecho contractual global o un consenso en material contractual, reflejando aspectos contractuales comunes que se pueden encontrar en diversas jurisdicciones, sobre todo del *Civil Law*. Entonces, si se considera que los Principios UNIDROIT califican como ‘principios generales’, podrían aplicarse si existe una base legal que los respalde.

En el caso del derecho peruano, tal base legal existe en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que, en caso de defecto o deficiencia en la ley, los jueces “deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano” (1984). Igualmente, el artículo 139, inciso 8 de la Constitución Política del Perú señala que en caso de vacío o deficiencia legislativa deben aplicarse “los principios generales del derecho” e incluso sigue y señala que también es aplicable “el derecho consuetudinario” (1993). Cabe mencionar que el artículo 181 de la Constitución también hace mención de los principios generales en materia electoral¹³.

Ambos cuerpos normativos regulan los casos de vacío o deficiencia normativa, siendo la solución

¹² Véase los diversos reportes nacionales recopilados en Garro y Moreno (2021). También puede revisarse otros trabajos donde se comenta cómo los Principios UNIDROIT podrían usarse para interpretar o complementar el derecho interno en relación con específicas materias contractuales. Véase a Net (2002); Brödermann (2011); Michaels (2018); Liu (2022); Mohamed (2023); Khanderia (2018, 2023). Al respecto, también es interesante el caso de aquellas jurisdicciones que tienen normas imperativas en el Código Civil, las cuales impedirían la importación de los Principios UNIDROIT. Por ejemplo, sobre el derecho de palestina y la hardship, véase a Amayreh, Zakri, Tehrani y Shandi (2019). Por otro lado, también es común la discusión en torno a la aplicación de los Principios UNIDROIT para complementar otros instrumentos internacionales como la CISG. Véase a Garro (1995); Perales (2017).

¹³ Artículo 181..

El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los **principios generales de derecho**. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno. (1993) [el énfasis es nuestro]

que la ley se complemente con los principios generales del Derecho. Es claro que la sola existencia de la base legal es insuficiente para aplicar de inmediato los Principios UNIDROIT al caso concreto, en tanto la parte que los invoca tendrá la carga de la prueba. Fuera de este aspecto, lo importante es destacar la existencia de la base legal.

En segundo lugar, los Principios UNIDROIT son considerados no solo como *lex mercatoria*, sino también como usos y costumbres. Con relación al mercado nacional, la parte que los invoca deberá probar la existencia de la costumbre y demostrar que esta corresponde o coincide con los Principios UNIDROIT, pudiendo asumir que será más fácil probar la existencia de usos y costumbres en contraposición a la *lex mercatoria*. Fuera del tema probatorio, el derecho peruano cuenta con base legal para invocar a la costumbre.

En el Código Civil, existen diversas normas específicas que hacen aplicable la costumbre, como los artículos 1380, 1381, 1486, 1521, 1558, 1565, 1610, 1659, 1678, 1738, 1759, 1773, y 1774, entre otros ejemplos. Sin embargo, en el Código Civil no existe una norma general similar al artículo 1135 del Código Napoleónico, que fue replicado en varias jurisdicciones en Latinoamérica y Europa, el cual dicta que el contrato obliga no solo a lo pactado, sino también a lo que derive de la equidad, el uso y la ley. A pesar de esta omisión en el derecho peruano, se considera que la redacción de los artículos 168, 1353 y 1362, que se refieren al *pacta sunt servanda*, la buena fe y las reglas particulares de cada contrato, permiten que los usos empleados por las partes sean vinculantes entre ellas. En todo caso, uno no debe olvidarse que el artículo 139, inciso 8 de la Constitución Política del Perú hace referencia al derecho consuetudinario ante el vacío o deficiencia de la ley. Por último, el artículo 2 del Código de Comercio hace aplicable la costumbre a los contratos comerciales¹⁴.

En tercer lugar, el arbitraje proporciona una mayor flexibilidad para el uso de los Principios UNIDROIT, sobre todo en contratos internacionales sujetos al derecho doméstico. En Perú, el artículo 57 de la Ley de Arbitraje regula las normas aplicables al fondo de las controversias, mientras que su segundo párrafo señala que "si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas" (1996). Asimismo, el cuarto párrafo indica que "en

todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables" (1996). Esto le otorga poderes al árbitro de decidir sobre la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT para resolver la controversia, lo cual deberá justificar adecuadamente.

En cuarto lugar, la influencia de los Principios UNIDROIT también se observa en el valor que le otorga la academia. Los abogados peruanos no suelen ser los más devotos de los Principios UNIDROIT y, por lo tanto, no suelen comentarlos (ya sea por escrito o en ponencias), salvo valiosas excepciones como María del Carmen Tovar, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Leiva Saavedra, Domingo Rivarola, Luciano Barchi, Elvira Martínez Coco, Fabio Núñez del Prado y quien escribe. A diferencia de las mayorías de jurisdicciones de Latinoamérica, Perú tiene una fuerte influencia italiana. Si bien mucho se ha aprendido de esta, el problema radica en que este enfoque se ha limitado también al derecho italiano, en un diálogo entre peruanos a italianos aislados de cualquier otro derecho doméstico o instrumento internacional. Bajo este escenario, se ha prestado poca atención a instrumentos internacionales como los Principios UNIDROIT y la CISG.

Esto es visto con extrañeza por expertos en Derecho contractual internacional que conocen el derecho comparado. Un colega italiano una vez dijo que los peruanos saben más de derecho italiano que los mismos italianos, mientras que otro decía que desde el extranjero resulta incomprensible por qué muchos civilistas peruanos hablan italiano y solo miran al derecho italiano. Al menos, en la actualidad, esta tendencia está cambiando, especialmente debido a la elección de muchos peruanos de estudiar en el Reino Unido o Estados Unidos en lugar de un país europeo, y sobre todo por el aumento de publicaciones en inglés por parte de expertos peruanos en contratos y arbitraje.

En quinto lugar, y finalmente, los Principios UNIDROIT son tomados como guía para legislar y mejorar el derecho interno. Por ejemplo, Garro y Moreno¹⁵ reportan que los Principios UNIDROIT influenciaron la redacción del Código Civil de Rusia y fueron tomados en consideración por las cortes suecas. También es conocido que el artículo 1195 del Código Civil de Francia, después de la reforma del 2016, que incluye el deber de renegociación ante la excesiva onerosidad, tuvo como referencia

¹⁴ Esto ya fue desarrollado en García Long (2022a).

¹⁵ En el resumen de Garro y Moreno (2021, p. 19) se hace un análisis de cada reporte nacional, incluyendo el de Rusia (Alexander Komarov) y Suecia (Christina Ramberg), en relación con la influencia de los Principios UNIDROIT.

las reglas sobre *hardship* en los Principios UNIDROIT¹⁶. De igual manera, el legislador peruano debe estudiar los Principios UNIDROIT para identificar las mejoras que se podrían introducir. Precisamente, la siguiente sección trata sobre ello y se enfoca en la interpretación del contrato, las obligaciones de medios y resultados, la cláusula penal y fuerza mayor.

III. MEJORAS PARA EL DERECHO CONTRACTUAL PERUANO SEGÚN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

A. Interpretación del contrato

El Código Civil peruano es peculiar en cuanto a la interpretación de los contratos, ya que carece de normas específicas para este fin y utiliza criterios generales aplicables al acto jurídico en general¹⁷. Esta fue una decisión legislativa desacertada, ya que los actos de voluntad son distintos y no pueden agruparse con base en los mismos criterios para ser interpretados. Por ello, muchos códigos civiles contienen disposiciones separadas para interpretar la voluntad unilateral (como un testamento) y la voluntad bilateral de los privados (como un contrato)¹⁸.

Una referencia importante sobre la interpretación de los contratos se encuentra en los artículos 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6 y 4.7 de los Principios UNIDROIT, que contienen reglas que son aplicables para todo tipo de contrato, tanto doméstico como internacional.

El artículo 4.1 contiene la clásica norma¹⁹ que se encuentra en las jurisdicciones civilistas en torno al enfoque subjetivo sobre la interpretación del contrato, teniendo como objeto la común intención de las partes por encima del contrato, a diferencia de la posición anglosajona que es más formalista en tal sentido. En caso no pueda identificarse la común intención, aplicará el principio de razonabilidad.

El artículo 4.2²⁰ contiene una disposición interesante, no común en leyes civiles pero presente en varios instrumentos internacionales, inspirada en el *Common Law*. Dicha norma señala que si una parte conocía o no podía ignorar la intención de la otra parte en una declaración o acto, entonces se interpretará conforme a tal intención, de lo contrario, se aplicará la razonabilidad. Por ejemplo, en el caso americano *United Rentals, Inc. c. RAM Holdings, Inc.* (2007) se pactó un *reverse termination fee* y las partes discutían sobre su naturaleza. En el juicio se probó que una parte le había comunicado a la otra lo que significaba la cláusula para ella, y la otra calló, de manera que para la corte prevaleció esa intención objetivamente comunicada.

El artículo 4.3²¹ reafirma que en la labor interpretativa debe tenerse en cuenta la común intención de las partes y no solo el texto del contrato. Así, este enumera hasta seis factores a tener en cuenta, incluyendo los comportamientos previos y posteriores a la celebración del mismo. Este enfoque es más característico del *Civil Law*.

¹⁶ Sobre la reforma francesa y el nuevo derecho contractual en Francia, véase a Rowan (2022).

¹⁷ Véase los artículos 168, 169 y 170 del Código Civil en el libro de Acto Jurídico, y en todo caso, el artículo 1401 en el libro de Contratos.

¹⁸ Sobre el tema, véase a Vidal Ramírez (2007) y Fernández (2002).

¹⁹ Artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT.-

Intención de las partes

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes. (2016)

²⁰ Artículo 4.2 de los Principios UNIDROIT.-

Interpretación de declaraciones y otros actos

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte. (2016)

²¹ Artículo 4.3 de los Principios UNIDROIT.-

Circunstancias relevantes

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

(a) las negociaciones previas entre las partes;

(b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;

(c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;

(d) la naturaleza y finalidad del contrato;

(e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y

(f) los usos. (2016)

Además, los Principios UNIDROIT contemplan los clásicos criterios de interpretación, como el sistemático, el de la efectividad, y el de la *contra proferentem*, según los artículos 4.4, 4.5 y 4.6, respectivamente²². Finalmente, debido al carácter internacional de los Principios UNIDROIT, el artículo 4.7 indica qué pasa si el contrato es escrito en más de una versión lingüística²³.

Las provisiones citadas muestran un marco ciertamente uniforme en torno a las reglas que deben primar para la interpretación del contrato en jurisdicciones del *Civil Law*. Un primer aspecto por notar es que el Código Civil peruano no contiene una norma similar al artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT sobre el enfoque subjetivo de la labor interpretativa (enfocada en buscar la común intención de las partes). Por el contrario –y es una rareza, aunque buena– el artículo 1362 del Código Civil peruano señala que el contrato debe ejecutarse según la buena fe y la común intención de las partes. Además, el artículo 1361 precisa que se presume que la común intención de las partes está en el pacto y encima incluye una carga de prueba sobre la persona que niegue el contrato²⁴.

Un segundo dato importante es que no hay buena fe interpretativa. La buena fe siempre ha sido conceptualmente problemática, y en este caso, los Principios UNIDROIT la excluyen de la labor interpretativa, la cual fue una decisión acertada. ¿Qué es buena fe, y cómo se interpretaría un contrato de buena fe? Nadie lo sabe. Según el enfoque formalista del *Common Law*, interpretar el contrato de buena fe implica reconfirmar el *pacta sunt servanda* y las expectativas de las partes. Sin embargo, nótese que la buena fe sí es utilizada en los Principios UNIDROIT en otros aspectos, como en la integración del contrato. Por lo tanto, su exclusión

de la interpretación del contrato (para satisfacer alguna coherencia teórica u otra razón) podría subsanarse mediante su aplicación en otra modalidad o función²⁵.

En resumen, las lecciones para el derecho peruano son las siguientes:

- Se necesitan reglas de interpretación específicas para el contrato.
- Debe haber un equilibrio entre la búsqueda de la común intención de las partes y la razonabilidad. Al final, debe darse mayor preferencia al pacto.
- La buena fe no debe ser usada como criterio de interpretación.

B. Obligaciones de medios y resultados

Una discusión que fue muy común en la academia peruana²⁶ consistía en si era adecuado diferenciar entre obligaciones de medios y resultados. Este debate tiene cierta curiosidad. Por un lado, es una discusión que está presente en jurisdicciones del *Civil Law* donde prima la responsabilidad contractual por culpa. Bajo este escenario, se discute el nivel de diligencia que debe emplear el deudor para cumplir el contrato. Si solo asume una obligación de medios, basta la diligencia ordinaria sin garantizar un resultado, pero si asume una obligación de resultados, no será relevante el nivel de diligencia porque tendrá que lograr el resultado pactado.

Por el contrario, el *Common Law* parte de una perspectiva objetiva de la responsabilidad contractual, en el sentido de que las partes son responsables a menos que puedan probar la ocurrencia de un im-

²² A continuación, los artículos en mención:

Artículo 4.4

Interpretación sistemática del contrato

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Artículo 4.5

Interpretación dando efecto a todas las disposiciones

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Artículo 4.6

Interpretación contra proferentem

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte. (2016)

²³ Artículo 4.7 de los Principios UNIDROIT.-

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente. (2016).

²⁴ Véase a García Long (2023c, p. 52-53).

²⁵ Véase los artículos 1.7, 4.8(c) y 5.1.2(c) de los Principios UNIDROIT.

²⁶ Véase a Osterling y Castillo Freyre (2000) y Fernández (2005).

pedimento. Incluso, en su momento, el derecho inglés hacía responsable al deudor, aunque la obligación se hubiera convertido en imposible, de manera que la responsabilidad era absoluta²⁷, hasta que se desarrolló la doctrina de la *frustration* que permitía al deudor liberarse si la materia del contrato se destruía sin culpa²⁸. Debido a este esquema objetivo, en la actualidad se han estandarizado las cláusulas de *best efforts* o *best endeavours*, ello para mitigar el rigor de la responsabilidad contractual objetiva.

Sin importar el punto de partida, sea desde el *Civil Law* o del *Common Law*, la diligencia deviene en relevante para verificar si un incumplimiento hace responsable al deudor. Esto puede ser porque la ley regula un régimen de responsabilidad contractual subjetiva o por el pacto de una cláusula específica que modifica el régimen de responsabilidad bajo la ley aplicable.

Los Principios UNIDROIT reconocen esta diferencia y definen criterios para determinar si una obligación es de medios o de resultados. Es importante notar que el artículo 5.1.4 distingue entre obligaciones de resultado y el empleo de los mejores esfuerzos, pero no menciona una 'obligación de medios'²⁹. Desde una perspectiva internacional y comparada, este dato es relevante porque en la práctica contractual se han estandarizado las cláusulas de *best efforts* y no una de *moyens*. Por lo tanto, al redactar los Principios UNIDROIT se tomó como referencia la preferencia en la práctica contractual y el comercio.

Desde mi perspectiva, no se debe considerar a la *obligation de moyens* y a los *best efforts* como sinónimos o equivalentes. En la práctica contractual americana e inglesa se observan diversas técnicas de redacción de la cláusula de *best efforts* (o *best endeavours*), desde *reasonable best efforts*, *com-*

mercially best efforts, *reasonable efforts*, *good faith efforts*, entre otros. Así, tanto la práctica como la jurisprudencia han tenido complicaciones en definir la correcta jerarquía entre los diversos pactos de diligencia³⁰. Por ello, el segundo párrafo del artículo 5.1.4 debe tener en cuenta las diferentes formas de pactar la cláusula y no considerar a todas como una sola.

A continuación, el artículo 5.1.5³¹ es una disposición interesante porque pone fin a los debates doctrinarios en los derechos domésticos sobre la preferencia de distinguir entre obligaciones de medios y de resultados, y sobre cómo determinar cuál obligación se pactó en un caso específico.

Por un lado, es ilustrativo que el artículo 5.1.5 liste factores para analizar si una obligación es de medios o resultados. Sin embargo, por otro lado, esto podría incentivar comportamientos oportunistas, ya que podría ser usado para cuestionar las obligaciones pactadas en el contrato, en el sentido que cualquier obligación podría ser disputada en virtud de los factores enunciados. Por lo tanto, salvo que las partes indiquen de manera clara el tipo de obligación en cada sección del contrato o las circunstancias ayuden a determinar su naturaleza, las obligaciones podrían ser cuestionadas y analizadas bajo el listado del artículo 5.1.5. En todo caso, el éxito de la disposición dependerá de la aplicación de las cortes.

En resumen, las lecciones para el derecho peruano son las siguientes:

- La distinción entre obligaciones de medios y resultados se mantiene vigente en la práctica.
- Es importante el pacto para determinar el tipo de obligación y evitar dudas.

²⁷ Paradine c. Jane (1647).

²⁸ Taylor c. Caldwell (1863).

²⁹ Artículo 5.1.4 de los Principios UNIDROIT.-

Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición. (2016)

³⁰ Véase a García Long (2021).

³¹ Artículo 5.1.5 de los Principios UNIDROIT.-

Determinación del tipo de obligación

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;

(b) el precio y otros términos del contrato;

(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;

(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación. (2016)

- En caso de duda, la lista de factores de los Principios UNIDROIT puede ser de ayuda.

C. Cláusula penal

Desde una perspectiva comparada, y de *law and economics*, la cláusula penal o penalidad siempre ha sido un tema muy controversial³². Por un lado, en ciertas jurisdicciones del *Civil Law* se admite que la penalidad sea un pacto disuasivo e incluso punitivo, mientras que en otras jurisdicciones se requiere que el pacto sea compensatorio. Por otro lado, en jurisdicciones del *Common Law*, especialmente en el derecho americano, se mantiene la posición de que las partes no pueden pactar cláusulas disuasivas (*in terrorem*) ni punitivas. Los pactos extra compensatorios se consideran '*penalties*' y son nulos, mientras que los pactos compensatorios son calificados como '*liquidated damages*', siempre que correspondan a una estimación razonable del daño. El derecho inglés tenía una posición similar hasta que fue matizada por la Corte Suprema, permitiendo el pacto de cláusulas *in terrorem* si se cumple con un *test* que tiene en cuenta la existencia de un legítimo interés³³.

Debido a estas diferentes filosofías, es complicado lograr armonización. Por ello, los Principios UNIDROIT no hacen referencia a cláusula 'penal' o 'penalidad' para evitar que se consideren cláu-

sulas nulas en jurisdicciones del *Common Law*. En su lugar, utilizan términos como '*agreed payment*' o '*agreed damages*', que se traducen al español como 'sumas acordadas', 'sumas convenidas' o 'pagos estipulados', entre otros. En efecto, el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT hace referencia al pago estipulado para el incumplimiento³⁴.

Esta tendencia de evitar mencionar la cláusula 'penal' o 'penalidad' en base a las discusiones de derecho comparado e internacional, también se evidencia en los derechos domésticos. Por ejemplo, la Propuesta de Modernización del Código Civil de España en materia de Obligaciones y Contratos en su artículo 1195 habla de 'prestación convenida' en el título de la previsión, sin perjuicio del pacto de una específica pena convencional (la cual sí tendría una función punitiva por decisión de las partes)³⁵.

Tal vez uno de los aspectos que no queda claro en torno a la funcionalidad de la cláusula penal es su relación con la responsabilidad civil. La cláusula penal es un pacto que deroga las reglas tradicionales de la responsabilidad civil, y como tal, la penalidad reemplaza lo que se pagaría por indemnización. Una vez pactada la penalidad, esta se rige por el contrato y la ley aplicable. Ello ha quedado, por ejemplo, claramente establecido en la Opinión 10 del Consejo Consultivo de la CISG³⁶.

³² Véase a Mattei (1995); Miller (2004); DiMatteo (2010); Marín (2012); Halson y Liu (2019); Osterling y García Long (2019).

³³ *Cavendish Square Holding BV c. Makdessi* (2015); *ParkingEye Ltd c. Beavis* (Consumers' Association intervening) (2015) UKSC 67 and [2015] 3 W.L.R. 1373. Sobre el cambio en el derecho inglés, véase a Beale (2017b).

³⁴ Artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT.-

Pago estipulado para el incumplimiento

- (1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.
- (2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias. (2016)

³⁵ Artículo 1195 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de España en materia de Obligaciones y Contratos.-

Prestación convenida para el incumplimiento del contrato

1. La prestación convenida para el incumplimiento definitivo, el retraso o el cumplimiento no conforme del contrato, determina la cuantía del daño indemnizable en cada uno de estos casos, salvo que el contrato le asigne una función diferente, como la de estimación presuntiva del daño o la de pena convencional.
2. El acreedor no podrá exigir la indemnización previamente convenida si el deudor puede invocar una causa de exoneración de su obligación de indemnizar. Esto se aplica igualmente a las penas convencionales. (2023)

³⁶ CISG-AC Opinion 10 (2012). A continuación, se cita la versión en español traducida por Guillermo Coronado, la cual fue revisada por Alejandro Garro y Pilar Perales Viscasillas:

1. La Convención regula la incorporación en el contrato y la interpretación de cláusulas que estipulan el pago de una suma de dinero para el caso de incumplimiento del contrato («la suma convenida»).
2. De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 6, las partes pueden derogar la aplicación de los artículos 74 – 79 CISG mediante la inclusión de tales cláusulas.

[...]

5. La cuestión de si un impedimento exonera al deudor del pago de la suma convenida constituye, en primer lugar, un tema de interpretación del contrato, a resolver conforme a los artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes estipulen otra cosa, el artículo 79(1) CISG exonera al deudor de la obligación de pagar la suma convenida.

[...]

7. El incumplimiento en la adopción de medidas razonables para mitigar la pérdida (Artículo 77 CISG), no afecta el monto a recuperar en concepto de suma convenida.

Resalta el párrafo 2 de la Opinión 10 que indica que la penalidad deroga las reglas sobre responsabilidad contractual (arts. 74-79 de la CISG), así como el numeral (c) del párrafo 8 de la Opinión 10 cuando señala que no se puede reclamar un monto adicional a la penalidad. Estas precisiones son fundamentales para entender que el pacto de una cláusula penal significa una asignación de riesgos. Si las partes no incluyen una penalidad, deberán regirse por las reglas generales de la responsabilidad civil, lo cual implica la probanza del daño, culpa (en jurisdicciones civilistas), cuantificación, entre otros aspectos. Sin embargo, si las partes prefieren liquidar de manera anticipada un monto dinerario que se pagará ante el incumplimiento, ello significa –por sentido común– que se excluyen las normas de la responsabilidad civil. En términos prácticos, se pagará la penalidad independientemente del daño real, sea este menor o mayor. Aquí radica la asignación del riesgo.

El gran error de las codificaciones civiles es que no han sabido diferenciar bien los remedios, o han querido mezclar un poco de todo, lo cual se observa cuando se dice que la penalidad es el mínimo que se puede cobrar por indemnización³⁷ o que sin perjuicio del pago de la penalidad procede el daño ulterior³⁸. Entonces, ¿para qué se pacta una penalidad en primer lugar? O se pretende lo uno o lo otro, pero no se puede tener ambos a la vez porque sería una incoherencia. Incluso la Opinión 10 del Consejo Consultivo de la CISG indica que el deber de mitigación, aplicable para la responsabilidad en general, no impacta en el monto pactado como penalidad.

En todo caso, el único que puede revisar una penalidad es el juez bajo las condiciones de la ley, sobre todo las verdaderamente punitivas, que son aquellas que permiten el pago de un monto superior a lo que correspondería por indemnización. Esto se debe a la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, que usualmente tiene rango constitucional, el cual aplica a todo tipo de penas,

no solo a las del derecho penal sino también a las privadas o híbridas³⁹.

En el Perú la penalidad se encuentra regulada en los artículos 1341-1350 del Código Civil⁴⁰. Lo primero que debe notarse es que son diez las normas que regulan la penalidad según la ley peruana, mientras que en los Principios UNIDROIT solo hay una provisión, y ese es el estilo en las codificaciones civiles europeas. Por el contrario, en Latinoamérica, el legislador se ha excedido en los casos de laboratorio para incluir normas que son irrelevantes, y el Código Civil peruano es muestra de ello por su abundancia normativa.

Además, como muestra de la creatividad (innesecaria) del legislador peruano, el artículo 1341 hace referencia a la penalidad como ‘prestación’, de manera que la penalidad no está limitada a tener como objeto sumas de dinero. Por el contrario, el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT hace referencia expresa a una suma dineraria. Si bien en teoría es correcta la opción del legislador peruano, en la práctica las penalidades siempre son dinerarias, y en todo caso, no habría problema en pactar en contra de la norma. Sin embargo, el hecho de que el artículo 1341 peruano tenga como premisa que las penalidades no deben ser únicamente de carácter pecuniario, añade complejidad a su tratamiento, lo que resulta en un marco normativo excesivo en comparación con otras leyes civiles e instrumentos internacionales que regulan las penalidades de manera más concisa.

Finalmente, el Perú contiene la tradicional técnica legislativa que hace referencia a una ‘obligación principal’. El artículo 1346 del Código Civil peruano señala que podrá reducirse la penalidad cuando la “obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida” (1984), a diferencia del artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT que solo hace referencia a un incumplimiento. En un arbitraje re-

8. La relación entre la suma convenida y los remedios previstos por la CISG para el supuesto de incumplimiento del contrato plantea una cuestión de interpretación del contrato bajo los Artículos 8 y 9 CISG. A menos que las partes acuerden de otra forma, se aplicarán las siguientes reglas:

(a) El cumplimiento específico puede reclamarse además de la suma convenida a menos que dicha suma se haya pactado como sustitutiva del incumplimiento contrato.
(b) La resolución del contrato no afecta el pago de la suma convenida (Artículo 81(1) CISG).
(c) No se pueden reclamar daños y perjuicios además de la suma convenida. (2015)

³⁷ Artículo 340 del Código Civil Alemán: [...] 2. Si el acreedor tiene una pretensión de indemnización por el incumplimiento, puede exigir la pena como la cantidad mínima del daño. La pretensión por daños mayores no queda excluida (1900).

³⁸ Artículo 1382 del Código Civil Italiano: Una cláusula por la cual se acuerda que, en caso de incumplimiento o retraso en el cumplimiento, una de las partes contratantes queda obligada a una determinada prestación, tiene el efecto de limitar los daños y perjuicios a la prestación prometida, si no se han pactado otros daños y perjuicios. La pena es exigible con independencia de la prueba de los daños y perjuicios (1942).

³⁹ Los límites constitucionales de las penas, con ocasión de los *punitive damages*, ha sido desarrollado en García Long (2019b, pp. 377-381).

⁴⁰ Sobre el tema, véase a Fernández (2017) y García Long (2019a).

ciente, un deudor había incumplido una de las tantas obligaciones del contrato, la cual estaba sujeta al pago de una penalidad en caso de incumplimiento. El deudor incumplió tal obligación y tenía que pagar la penalidad, pero le indicó al acreedor que debía pagar una penalidad menor porque había cumplido con la ‘obligación principal’. Claramente, esta es una lectura errada del artículo 1346 porque lo que la norma quiere decir es que si la obligación, cuyo incumplimiento desencadena la penalidad, ha sido cumplida de manera parcial o defectuosa, se justificaría reducir el monto de la penalidad porque no se trataría de un escenario de incumplimiento total. Sin embargo, la referencia a ‘obligación principal’ es inadecuada porque las partes pueden pactar una penalidad para disuadir cualquier tipo de incumplimiento, no solo de obligaciones principales. Como ha quedado redactada la norma peruana, esta podría fomentar comportamientos oportunistas.

En resumen, las lecciones para el derecho peruano son las siguientes:

- Basta una sola norma para regular a la cláusula penal.
- Las penalidades son dinerarias, salvo pacto en contrario.
- Es válido el pacto de penalidades disuasivas y punitivas en el *Civil Law*.
- Solo debe pagarse el monto de la penalidad. Debe eliminarse el daño ulterior.

- La única revisión de la penalidad la puede hacer un juez según lo dispuesto por la ley aplicable.
- No debe hacerse referencia a una ‘obligación principal’.

D. Fuerza mayor

Los derechos domésticos, especialmente en Latinoamérica⁴¹, están desactualizados cuando se trata de la *force majeure*. Para empezar, sigue codificada la diferencia entre ‘caso fortuito’ y ‘fuerza mayor’, mientras que en los diversos instrumentos internacionales⁴² y últimas reformas de leyes civiles⁴³, se prefiere un solo término, ‘impedimento’ o ‘*force majeure*’, o incluso se usan ambos de manera indistinta y como sinónimos⁴⁴. Esta preferencia se debe a que ‘*force majeure*’ (de origen francés) es común en el comercio internacional y por ello se ha insistido en su uso⁴⁵, mientras que ‘impedimento’ ha sido el término adoptado por instrumentos de uniformización por ser más amplio y no tratarse de un término de derecho doméstico, ello para que al momento de aplicar el instrumento internacional no se aplique nociones de derecho nacional (*homeward trend*)⁴⁶.

En artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT contiene la regulación de la *force majeure* según el estándar internacional⁴⁷. Un primer aspecto por considerar es la formulación de las condiciones para que se verifique un evento de *force majeure*.

⁴¹ Véase a García Long (2024).

⁴² Véase el artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT, artículo 8:107 de los PECL y artículo III. – 3:104 del DCFR. Estos tres instrumentos de uniformización tomaron como referencia el artículo 79 (CISG). Sin embargo, la CISG usa el término “impedimento”, y como tal, no limita su texto a la *force majeure*. Por ello, se debate en torno a la aplicación del artículo 79 para la *hardship*. La CISG no cuenta con una disposición adicional para la *hardship* como sí ocurre en los Principios UNIDROIT, PECL y DCFR. Sobre la discusión sobre los impedimentos bajo el artículo 79 de la CISG, véase a DiMatteo (2015); Kuster y Andersen (2016); García Long (2022). Sobre todo, véase la CISG-AC Opinion 7 (2007) y la CISG-AC Opinion 20 (2020).

⁴³ Véase los artículos 180, 563(1) y 590 del Código Civil de la República Popular de China, y los artículos 1218 y 1231-1 del Código Civil de Francia después de la reforma del 2016.

⁴⁴ La CISG sería la excepción en esta sinonimia para aquellos que consideran que el término “impedimento” del artículo 79 incluye tanto a la *force majeure* como a la *hardship*.

⁴⁵ Sobre todo, por instrumentos que recopilan la práctica comercial como la ICC Force Majeure Clause (2020), y la BIMCO Force Majeure Clause (2022).

⁴⁶ Véase a Ferrari (2009).

⁴⁷ Artículo 7.1.7 de los Principios UNIDROIT. -

Fuerza mayor

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido. (2016)

Siguiendo la tradición francesa, un evento debía ser una *cause étrangère* (causa extraña), *imprévisible* (imprevisible) e *irrésistible* (irresistible)⁴⁸. A primera vista, pareciera que no habría problema en analizar la ocurrencia de un evento impeditorio, sin embargo, en la práctica surgieron diversas complicaciones, entre ellas, cómo entender conceptualmente a cada condición. Por ejemplo, ¿un evento es una causa extraña cuando es extraordinario, ajeno, o fuera del control? ¿El análisis es en abstracto o en concreto? ¿Aplica la razonabilidad? Para evitar estas cuestiones y brindar certeza, los instrumentos internacionales siguieron una tendencia iniciada por el artículo 79 de la CISG para formular las condiciones del impedimento de manera más precisa y detallada. Por ejemplo, en lugar de hablar de una causa ajena a secas, se indica que debe tratarse de un 'impedimento ajeno a su control', con lo cual, queda claro que el factor importante es el control entendido según la concreta posición de la parte afectada.

Esta moderna formulación ha inspirado la redacción de normas de derecho doméstico. Por ejemplo, el nuevo artículo 1218 del Código Civil francés, después de la reforma del 2016, contiene las tres condiciones tal como han sido formuladas en los Principios UNIDROIT⁴⁹.

De igual manera, el artículo 1191 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de España en materia de Obligaciones y Contratos de 2023 proyecta una nueva regulación para la fuerza mayor inspirada en los instrumentos internacionales⁵⁰.

Un segundo aspecto relevante son los deberes aplicables durante la gestión del evento impeditorio. A diferencia de las codificaciones civiles que guardan silencio al respecto, el artículo 7.1.7(3) de los Principios UNIDROIT hace expresa referencia al deber de notificar y de pagar daños en caso de incumplimiento en la notificación. Otros instrumentos del comercio internacional son más precisos y agregan el deber de proveer evidencia, mitigar daños, entre otros⁵¹. Esta tendencia internacional ha inspirado al reciente Código Civil de la República Popular de China, el cual contiene en su artículo 590 el deber de notificación, de evidencia y de mitigación de daños, cuyo texto puede servir de referencia para futuras reformas de los códigos civiles con relación a la *force majeure*, sobre todo en Latinoamérica⁵².

A manera de ejemplo, tan importante es el deber de notificación que su incumplimiento no solo está vinculado a comunicar a la otra parte, proveer evidencia, mitigar, o pagar daños en caso de su incumplimiento, sino que el mismo es considerado

⁴⁸ Véase a Nicholas (2013).

⁴⁹ Se cita la traducción al español que se encuentra en Cortés, Herrera y Riaño (2020, p. 710):
Artículo 1218 del Código Civil francés.-

Hay fuerza mayor en materia contractual cuando un evento que escapa al control del deudor, que no podía ser razonablemente previsto al momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no pueden ser evitados tomando las medidas apropiadas, impide el cumplimiento de la obligación por el deudor.

Si el impedimento es temporal, el cumplimiento de la obligación se suspende, a menos que el retardo que resulta de ello justifique la resolución del contrato. Si el impedimento es definitivo, el contrato se resuelve de pleno derecho y las partes son liberadas de sus obligaciones en las condiciones previstas en los artículos 1351 y 1351-1.

⁵⁰ Artículo 1191 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de España en materia de Obligaciones y Contratos. -
Excepciones a la obligación de indemnizar

El deudor no será responsable de los daños causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:

1. Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

2. Que, de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos, no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento, evitarlo, o superar sus consecuencias.

3. Siendo el impedimento temporal, la exoneración de la obligación de indemnizar los daños solo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá, sin demora, ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo.

5. Lo dispuesto en este artículo no priva al acreedor del derecho a ejercitar cualquier otro remedio que le pudiera corresponder en caso de incumplimiento. (2023)

⁵¹ Véase el modelo de cláusula de *force majeure* de la ICC y BIMCO.

⁵² Traducción a partir de la versión en inglés según Chen, Ge, He, Liu, Wu y Xiong:

Artículo 590

Cuando una de las partes no pueda cumplir el contrato por causa de fuerza mayor, quedará exenta de responsabilidad, en todo o en parte, por razón de la repercusión del evento de fuerza mayor, salvo que la ley disponga otra cosa. En tal circunstancia, la parte deberá notificar oportunamente a la otra parte para mitigar las pérdidas causadas a la otra parte y proporcionar pruebas dentro de un plazo razonable.

Si se produce un evento de fuerza mayor después de que una de las partes retrase su ejecución, dicha parte no quedará exenta de responsabilidad por incumplimiento. (2021) [traducción libre]

como una carga de la parte afectada. Los efectos de la *force majeure* no se producirán mientras no se haya realizado la comunicación, y no de manera automática o en retrospectiva como se desprende de las codificaciones civiles. Tal modelo está presente en la ICC Force Majeure 2020 (Long Form) según sus párrafos 4 y 5 y los respectivos comentarios⁵³.

La práctica comercial suele agregar más deberes según sea el derecho aplicable, como el deber de renegociación, de buena fe, de realizar los mejores esfuerzos para superar el evento impeditivo y reanudar el contrato, entre otros. Estos pactos suelen ser necesarios cuando el contrato está sujeto a un derecho que no reconoce conceptos civilistas, como el derecho inglés.

Otro aspecto a considerar está relacionado a una discusión habitual⁵⁴ en torno a la concurrencia de las condiciones de la *force majeure*. Aunque las

clásicas condiciones son tres, se debate cuál es la realmente importante y si fuese posible prescindir de alguna de ellas. Al respecto, la práctica comercial tampoco es clara.

Por un lado, con relación a la *letter of credit*, el artículo 36 del Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600), solo hace mención de la condición a que el evento sea ajeno al control del banco⁵⁵, tratándose de la primera condición formulada por el artículo 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT.

Por otro lado, la ICC Force Majeure Clause 2020 (Long Form) le da preferencia a la condición de que la parte afectada no pueda haber razonablemente evitado o superado los efectos del impedimento⁵⁶, la cual se corresponde con la tercera condición formulada por el artículo 7.1.7(1) de los Principios UNIDROIT. Con ocasión al listado de eventos es-

⁵³ Traducción al español:

4. Notificación. La Parte Afectada notificará el hecho sin demora a la otra parte.

5. Consecuencias de la Fuerza Mayor. La parte que invoque con éxito esta Cláusula quedará liberada de su deber de cumplir sus obligaciones en virtud del Contrato y de cualquier responsabilidad por daños y perjuicios o de cualquier otro recurso contractual por incumplimiento del Contrato, a partir del momento en que el impedimento cause la imposibilidad de cumplir, siempre que la notificación del mismo se realice sin demora. Si la notificación no se realiza sin demora, la exoneración será efectiva a partir del momento en que la notificación llegue a la otra parte. La otra parte podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones, si procede, a partir de la fecha de la notificación.

El objetivo principal de este párrafo es aclarar que la Parte Afectada queda liberada del cumplimiento de las obligaciones sujetas a Fuerza Mayor a partir de la ocurrencia del impedimento, siempre que se notifique oportunamente. Para evitar que la Parte Afectada invoque la Fuerza Mayor en una fase posterior (por ejemplo, cuando la otra parte alegue incumplimiento) cuando no se haya dado un preaviso en tiempo oportuno, los efectos de la Fuerza Mayor se retrasan hasta la recepción de la notificación.

La otra parte puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones tras la recepción del aviso en la medida en que estas obligaciones se deriven de las obligaciones impidiadas por Fuerza Mayor y puedan suspenderse (2020). [traducción libre]

⁵⁴ Compárese a De Trazegnies (2001) con Fernández y León (2004).

⁵⁵ Artículo 36.-

Fuerza mayor

El banco no asumirá responsabilidad alguna por las consecuencias derivadas de la interrupción de su actividad por causas de fuerza mayor, disturbios, conmociones civiles, insurrecciones, guerras, actos de terrorismo, huelgas, cierres patronales o cualquier otra causa ajena a su control.

Al reanudar su actividad, el banco no pagará ni negociará en virtud de un crédito que haya vencido durante la interrupción de su actividad (2007) [traducción libre].

⁵⁶ Traducción al español:

1. Definición. 'Fuerza Mayor' significa la ocurrencia de un evento o circunstancia ('evento de Fuerza Mayor') que impida o evita a una parte el cumplimiento de una o más de sus obligaciones contractuales en virtud del contrato, si y en la medida en que la parte afectada por el impedimento ('la parte afectada') demuestre:

a) que dicho impedimento está fuera de su control razonable; y
b) que no podía razonablemente preverse en el momento de la celebración del contrato; y
c) que los efectos del impedimento no podían razonablemente haber sido evitados o superados por la Parte Afectada.

La definición de Fuerza Mayor establece un umbral más bajo para invocar la cláusula que la imposibilidad de cumplimiento. Así lo expresa la referencia a la razonabilidad en las condiciones (a) a (c) de la cláusula.

[...]

3. Supuestos de fuerza mayor. Salvo prueba en contrario, se presumirá que los siguientes acontecimientos que afecten a una parte cumplen las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula, y la Parte Afectada sólo tendrá que probar que se cumple la condición (c) del apartado 1:

Los Acontecimientos de Presunta Fuerza Mayor se califican comúnmente como Fuerza Mayor. Por lo tanto, se presume que en presencia de uno o más de estos acontecimientos se cumplen las condiciones de Fuerza Mayor, y la Parte Afectada no necesita probar las condiciones (a) y (b) del apartado 1 de esta Cláusula (es decir, que el acontecimiento estaba fuera de su control y era imprevisible), dejando a la otra parte la carga de probar lo contrario. En cualquier caso, la parte que invoque la Fuerza Mayor deberá probar la existencia de la condición (c), es decir, que los efectos del impedimento no hubieran podido evitarse o superarse razonablemente [traducción libre] (2020).

pecíficos que suelen incluirse en las cláusulas de *force majeure*, el modelo de la ICC precisa que la inclusión de un evento hace presumir que se cumplen con las condiciones de control e imprevisibilidad, pero no libera a la parte que la invoca de probar que no pudo razonablemente evitar o superar los efectos del impedimento. Esto significa que el presupuesto más importante es la irresistibilidad.

Sin perjuicio que las partes puedan pactar una cláusula específica que modifique las condiciones para que se verifique un caso de *force majeure*, si no hay pacto, debe suponerse la probanza de los tres clásicos presupuestos. Si no hay pacto, cualquier discusión teórica al respecto deviene en irrelevante. Si se observa que hay modelos de cláusulas que le dan mayor preferencia a un presupuesto que a otro, ello debe servir para evitar discusiones sobre la prevalencia entre presupuestos. Tal vez en ciertas industrias tenga más sentido darle relevancia a una condición sobre las demás, pero ello debe estar reflejado en el pacto. En caso contrario, si la regla aplicable formula tres condiciones, como lo hacen los Principios UNIDROIT y el derecho peruano, entonces se deben verificar las tres condiciones.

En resumen, las lecciones para el derecho peruano son las siguientes:

- No se debe distinguir entre ‘caso fortuito’ o ‘fuerza mayor’.
- Solo debe emplearse ‘fuerza mayor’ (o *force majeure*).
- Se deben formular las condiciones de la *force majeure* según el derecho uniforme.
- Se debe incluir los deberes específicos de notificación, evidencia, mitigación, daños, entre otros, que apliquen durante la gestión del impedimento.
- Para probar la ocurrencia de un evento de *force majeure* se deben verificar todas las condiciones según la regla o el pacto.

IV. REFLEXIONES FINALES

El derecho contractual se vuelve cada vez más complejo. En los años 80, era justificable revisar el derecho italiano como antecedente del Código Civil peruano de 1984, o revisar el *Code Civil* por su influencia en general. Sin embargo, en la actualidad, ello se ha vuelto redundante e innecesario. Ahora es más importante conocer el *Common Law* en virtud de la globalización (Reino Unido y Estados Unidos), o los instrumentos internacionales de

derecho uniforme. Estos fenómenos hacen que el conocimiento del derecho doméstico sea el primer peldaño a tener en cuenta, pero conforme se avanza, se entra en un mundo donde el contrato es el ejemplo paradigmático de los trasplantes legales o de la importación de conceptos.

Muestra de lo anterior es la influencia que han tenido los Principios UNIDROIT en los contratos internacionales. En el arbitraje, es común que los contratos no estén sometido a una ley nacional, sino a un instrumento internacional, incluso de *soft law*. Esto demuestra la extensión de la autonomía privada y de cómo las partes pueden elegir las reglas que mejor se acomoden a su contrato y a sus intereses particulares.

Esta influencia del derecho contractual internacional debe ser tomada en serio y debe reflejarse, en lo posible, en el derecho doméstico. El derecho internacional no solo define estándares para el comercio internacional, también influye en el derecho doméstico, el cual no puede estar divorciado de este aprendizaje. De manera progresiva se va borrando la línea entre estándares nacionales e internacionales. Seguramente habrá varios aspectos que diferenciarán una operación doméstica de una internacional, pero también habrá otros aspectos donde habrá convergencia, y es allí donde se debe prestar atención.

Esto significa que ahora los proyectos de reforma deben tomar en consideración el estándar definido por los instrumentos internacionales, como se observa en la reforma francesa del 2016, el nuevo Código Civil de la República Popular de China o en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil de España en materia de Obligaciones y Contratos de 2023. El Perú debe seguir esta tendencia y mirar a los Principios UNIDROIT para actualizar sus reglas y definir buenas reglas supletorias. Ahora, el derecho contractual comparado también debe considerarse un derecho contractual internacional, que tome en serio a los instrumentos internacionales de *soft* y *hard law*, así como los usos comerciales. 

REFERENCIAS

- Amayreh, O., Shandi, Y., Tehrani, P. y Zakri, I. (2019). Retaining Economic Contractual Equilibrium Under the Hardship Theory in the UNIDROIT Principles of 2016 and the Contingency-Unforeseen Circumstances Theory in the Palestinian Civil Code Draft. *Business Law Review*, 40(5), 203-216.

- Baltic and International Maritime Council [BIMCO]. (10 de enero de 2022). *Force majeure clause 2022*.

- International Chamber of Commerce [ICC]. (24 de marzo de 2020). *Force majeure and hardship clauses*.
- Beale, H. (2017a). English contract law: legitimate deterrence and penalty clauses. *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht*, 2, 68-73.
- (2017b). The Principles of Latin American Contract Law: A Response from an Outsider. En Momberg, R. y Vogenauer, S. (eds.), *The Future of Contract Law in Latin America: Principles of Latin American Contract Law* (pp. 265-283). Hart Publishing.
- Benatti, F. (2020). Reflexiones sobre el Código Civil italiano y peruano. *Advocatus*, (38), 21-25.
- Benatti, F.; García Long, S. y Viglione, F. (Eds) (2022). *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions*. Wolters Kluwer.
- Benatti, F.; García Long, S.; Grondona, M. y León, L. (Eds.) (2024). *The influence of the Italian civil law in Latin America. 80th Anniversary of the Codice Civile 1942*. Mimesis International.
- Bonell, M. (1998). The UNIDROIT Principles: what next? *Uniform Law Review*, 3(2-3), 275-286.
- (2004). *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, (3ra ed.). Transnational Publishers.
- Brödermann, E. (2011). The impact of the UNIDROIT Principles on international contract and arbitration practice – the experience of a German lawyer. *Uniform Law Review*, 16(3), 589-612.
- (2019). Bridge over troubled waters for International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles 2016, an overview from a long time user. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 28(2), 1-101.
- (2021). Overcoming obstacles to the application to the UNIDROIT Principles: proposals for a descriptive choice of the UNIDROIT Principles clause. *Uniform Law Review*, 26(3), 453-491.
- (2022). *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary*, (2da ed.). Wolters Kluwer.
- Cartwright, J. (2018). Harmonization projects: lessons from the European experience? *Latin American Legal Studies*, 2, 165-184.
- Castronovo, C. (2023). Prólogo: culpa y responsabilidad objetiva. En García Long, S. (Ed.), *Discusiones en torno a la responsabilidad civil* (pp. 17-24). LP Pasión por el Derecho.
- Chen, L., Ge, J., He, J., Liu, Q., Wu, Z., y Xiong, B. (2021). *The Civil Code of the People's Republic of China: English translation* (Vol. X). Brill Nijhoff.
- Cordero-Moss, G. (Ed.) (2011). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge University Press.
- Cortés, E., Herrera, J. y Riaño, A. (2020). Traducción de la *Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. En Riaño, A. y Fortich, S. (Eds.), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* (pp. 671-764). Universidad Externado de Colombia.
- DeLisle, J. (1999). Lex Americana? United States legal assistance, American legal models, and legal change in the post-communist world and beyond. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 20(2), 179-308.
- De la Puente y Lavalle, M. (1994). Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana. *Ius et Praxis*, (23), 9-21.
- De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual* (tomo I, 7ma edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dignam, A. y Galanis, M. (2009). *The globalization of corporate governance*. Ashgate.
- DiMatteo, L. (2010). Enforcement of penalty clauses: A Civil-Common law comparison. *Internationales Handelsrecht*, 10(5), 193-202.
- (2015). Contractual excuse under the CISG: impediment, hardship, and the excuse doctrines. *Pace International Law Review*, 27(1), 258-305.
- Espinosa, J. (2003). La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, 56, 733-757.
- (2021). Título Preliminar y Derecho de las Personas. En Instituto Pacífico, *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (tomo I). Instituto Pacífico.

- Estrella Faria, J. (2016). The Future of Contract Law Harmonization: A View from UNIDROIT. En Schwenzer, I. (Ed.), *35 Years CISG and Beyond* (pp. 351-369). Eleven International Publishing.
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano. *Derecho & Sociedad*, 19, 146-164.
- (2005). El deber de diligencia en las relaciones obligatorias. *Advocatus*, 13, 143-161.
- (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*. ARA Editores.
- (2023). La noción contemporánea de la imputabilidad: un estudio comparado funcional y conceptual a partir de los estudios de los profesores Castronovo y Calabresi y su influencia en el derecho peruano. En S. García Long (Ed.), *Discusiones en torno a la responsabilidad civil* (pp.139-169). LP Pasión por el Derecho.
- Fernández Cruz, G. y León, L. (2004). Comentario al artículo 1315 del Código Civil peruano. En Gaceta Jurídica, *Código Civil Comentado* (tomo V). Gaceta Jurídica.
- Ferrante, A. (2023). Il codice civile come miraggio e baluardo difensivo dinnanzi alla globalizzazione. En Carpi, A., Graziadei, M. y Timoteo, M. (Eds.), *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo. Atti del VII Convegno Nazionale SIRD dedicato alla memoria di Rodolfo Sacco Bologna*, (pp. 137-155). Bologna University Press.
- Ferrari, F. (2009). Homeward trend: what, why and why not. En Janssen, A. y Meyer, O. (Eds.), *CISG Methodology* (pp. 171-206). Sellier European Law Publishers.
- García Long, S. (2018). El nacimiento y ascenso de los civil lawyers. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 79, 271-294.
- (2019a). El concepto de cláusula penal. *Actualidad Civil*, 64, 89-106.
- (2019b). *La función punitiva en el derecho privado*. Instituto Pacífico.
- (2021). Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (best efforts). Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado. *Revista de Derecho-Facultad de Derecho UCSC*, 39, 125-161.
- (2022a). Artículo 1356. En Espinoza, J. (ed.), *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (tomo VIII, pp. 806-846). Instituto Pacífico.
- (2022b). A single theory of impediments under the CISG: A Latin-American perspective. En Benatti, F., García Long, S. y Vigliole, F. (eds.), *The transnational sales contract. 40 years influence of the CISG on national jurisdictions* (pp. 219-267). Wolters Kluwer.
- (2023a). The influence of the Italian model of hardship in Latin America and international trade (with some notes from social sciences). *Uniform Law Review*, 28(1), 57-77.
- (2023b). El Código Civil francés y su recepción en Latinoamérica. En Sotomarino, R., Cuadros, H., Liendo, F., Fernández, J. y García Long, S. (ed.), *El legado del profesor Carlos Ramos Núñez y su contribución al derecho civil* (pp. 97-107). Universidad Científica del Sur.
- (2023c). *La buena fe en el derecho de contratos. Reflexiones críticas*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- (2024). *Force majeure in Latin America and the Caribbean. A legal cartography for improvements in national laws*. En Benatti, F., García Long, S., Grondona, M. y León, L. (eds.), *The influence of the Italian civil law in Latin America. 80th Anniversary of the Codice Civile 1942* (pp. 145-180). Mimesis International.
- Garro, A. (1995). The gap-filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: some comments on the interplay between the principles and the CISG. *Tulane Law Review*, 69(5), 1149-1190.
- (2016). Contract Law in Latin America: Building of a Latin American 'ius Communis' on Contract Law. En Schwenzer, I. (Ed.), *35 Years CISG and Beyond* (pp. 253-265). Eleven International Publishing.
- Garro, A. y Moreno J. (2021). The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws. En Garro, A. y Moreno, J. (Eds.), *The use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law* (pp. 1-38). Springer.
- Goode, R., Kronke, H. y McKendrick, E. (2015). *Transnational Commercial Law: Text, Cases and Materials*, (2da ed.). Oxford University Press.
- Grondona, M. (2019). L'armonizzazione del diritto contrattuale latinoamericana: premesse per una discussione. En Foglia, M. (Ed.), *Il contratto apolide. La contrattazione transnazionale del mercato globale* (pp. 175-197). Edizioni ETS.

- Halson, R. y Liu, Q. (2019). Agreed damages, the penalty rule, and unfair terms: An Anglo-Australian and Chinese comparison. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 7(1), 49-94.
- Hoekstra, J. (2021). *Non-state rules in international commercial law. Contracts, legal authority and application*. Routledge.
- International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2016 (Roma).
- Khanderia, S. (2018). Commercial impracticability under the Indian law of contract: the UNIDROIT Principles as the way forward? *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 7(2), 52-71.
- (2023). Termination for breach: the prospects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to interpret and supplement the Indian law of contract. *Uniform Law Review*, 27(4), 512-542.
- Kuster, D. y Andersen, C. (2016). Hardly room for hardship – A functional review of article 79 of the CISG. *Journal of Law & Commerce*, 35(1), 1-20.
- Lando, O. (2005). CISG and its followers: a proposal to adopt some international principles of contract law. *The American Journal of Comparative Law*, 53(2), 379-401.
- León, L. (2004). La codificación civil en el Perú: algunas consideraciones críticas. *Derecho PUCP*, 57, 245-262.
- (12 de enero de 2024). 40 años del Código Civil peruano: influencia del derecho civil italiano y la búsqueda de una identidad propia. *La Ley*. https://laley.pe/2024/01/12/codigo-civil-peruano-influencia-derecho-civil-italiano/?fbclid=IwAR2FaUaSzo8rqQLWZiQI_YtTNNR2HRpvZFkocltBvIHNloVbm29JQKh6UMs
- Liu, Q. (2022). The PICC in Chinese courts. *Uniform Law Review*, 27 (3), 472-491.
- Marín García, I. (2012). Enforcement of penalty clauses in Civil and Common Law: a puzzle to be solved by the contracting parties. *European Journal of Legal Studies*, 5(1), 98-123.
- Mattei, U. (1995). The comparative law and economics of penalty clauses in contracts. *The American Journal of Comparative Law*, 43(3), 427-444.
- (2003). A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 10(1), 383-448.
- Michaels, R. (2018). The UNIDROIT Principles as reference for the interpretation of U.S. law. *The American Journal of Comparative Law*, 66, 31-65.
- Miller, L. (2004). Penalty clauses in England and France: A comparative study. *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 79-106.
- Ministerio de Justicia. Gobierno de España. (2023). Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. <https://www.mjjusticia.gob.es/es/areas-actuacion/documentacion-publicaciones/publicaciones>
- Mohamed, H. (2023). Through the normative prism: a critical appraisal of the PICC's provisions on anticipatory non-performance. *Uniform Law Review*, 28(1), 37-56.
- Net, L. (2002). Rules of interpretation of contracts under the UNIDROIT Principles and their possible adoption in Vietnamese law. *Uniform Law Review*, 7(4), 1017-1030.
- Nicholas, B. (2013). Force majeure in French law. En McKendrick, E. (Ed.), *Force majeure and frustration of contract*, (2da edición, pp.21-31). Informa Law from Routledge.
- Nicolussi, A. (2019). Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù. *Europa e Diritto Privato*, 4, 1189-1194.
- Oser, D. (2008). *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Brill.
- Osterling, F. y Castillo Freyre, M. (2000). El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, 53, 475-512.
- Osterling, M. y García Long, S. (2019). Psicoeconomía de la cláusula penal. *Revista de Actualidad Mercantil*, 6, 142-171.
- Örücü, E. (2002). Law as transposition. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51(2), 205-223.
- Perales Viscasillas, P. (2017). Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, 22(1), 4-28.
- Perillo, J. (1994). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: the black letter text and a review. *Fordham Law Review*, 63(2), 281-344.

- Pistor, K. (2002). The standardization of law and its effect on developing countries. *The American Journal of Comparative Law*, 50(1), 97-130.
- Pizarro Wilson, C. (2018). Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Revista de Derecho Privado*, 35, 351-368.
- Principles of European Contract Law [PECL]. Commission on European Contract Law (2002). https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/
- Proyecto de código marco de obligaciones para América Latina. Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina [GADAL]. (2016). <https://drive.google.com/file/d/1YvRzn5WkKIQD9Ou3yGKPGJk7safSUC-/view>
- Rowan, S. (2022). *The new French law of contract*. Oxford University Press.
- Schwenzer, I. (2013). Who needs a uniform contract law, and why? *Villanova Law Review*, 58(4), 723-732.
- (2016). Global unification of contract law. *Uniform Law Review*, 12(1), 60-74.
- Schwenzer, I. y Whitebread, C. (2014). Legal answers to globalization. En Atamer, Y., Butler, P. y Schwenzer, I. (Eds.), *Current Issues in the CISG and Arbitration* (pp. 1-14). Eleven International Publishing.
- Tripodi, L. (2015). *Towards a New CISG. The Prospective Convention on the International Sale of Goods and Services*. Brill Nijhoff.
- Vidal Ramírez, F. (2007). La interpretación del acto testamentario. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1, 341-348.
- Watson, A. (1974). *Legal transplant: an approach to comparative law*. University Press of Virginia.
- Zúñiga, R. (2023). Peru. En Smits, J. (Ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (pp. 195-200). Edward Elgar.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- CISG-AC Opinion 7. Exoneración de responsabilidad por daños bajo el artículo 79 de la CISG, 12 de octubre de 2007 (República Popular de China). Relator: Profesor Alejandro Garro.
- Opinion 10. Pago de sumas convenidas por incumplimiento de una obligación en contratos sujetos a la CISG, 3 de agosto de 2012 (Nueva Zelanda). Relator: Pascal Hachem.
- Opinion 20. Hardship según la CISG, 2-5 de febrero de 2020 (Puerto Vallarta). Relator: Professor Edgardo Muñoz.
- Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (Cód. Civ.) (Alemania).
- Cavendish Square Holding BV c. Makdessi, UKSC 67 (2015).
- Code Civil [C. civ] [French Civil Code] (Fr.).
- Codice Civile [Cc] (1942) (It.).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Código Civil de la República Popular de China (民法典) (promulgado por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo, 28 de mayo de 2020, vigente desde el 1 de enero de 2021), P.R.C. (China).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993).
- Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería ("CISG") (1980) (Viena).
- Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008 (Perú).
- Draft Common Frame of Reference ("DCFR") (Múnich).
- Paradine c. Jane, EWHC KB J5 (1647).
- ParkingEye Ltd c. Beavis (Consumers' Association intervening), 3 W.L.R. 1373 (2015).
- Taylor c. Caldwell, 3 B & S 826 (1863).
- Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007 Revision, ICC Publication no. 600 ("UCP 600") (París).
- United Rentals, Inc. c. RAM Holdings., Inc., 937 A.2d 810 (2007).

NATURALEZA, VALIDEZ Y EFECTOS DE LAS CARTAS DE INTENCIÓN: DEL COMMON LAW AL CIVIL LAW

NATURE, VALIDITY AND EFFECTS OF LETTERS OF INTENT: FROM COMMON LAW TO CIVIL LAW

Juan Jesus Pablo Abanto*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Since letters of intent do not have a specific regime and a 'standard' nature, they constitute a problem for the legal operator, as their effects could be of the most diverse. In view of this, the author proposes the determination of their nature, validity and effects based on the particular analysis of the terms of each letter of intent and, by virtue of such analysis, to verify whether Peruvian law may be applicable. The purpose is to establish the necessary parameters to interpret the scope of this type of documents, whose operability is becoming more and more frequent in national and international transactions.

KEYWORDS: Letters of intent; legal transaction; legal act; negotiations; pre-contractual liability.

Las cartas de intención al no contar con un régimen específico y una naturaleza 'estándar' constituyen un problema para el operador jurídico, puesto que sus efectos podrían ser de los más diversos. En atención a ello, el autor propone la determinación de su naturaleza, validez y efectos a partir del análisis particular de los términos de cada carta de intención y, en virtud de dicho análisis, verificar si resulta aplicable la normativa peruana. Se busca establecer los parámetros necesarios para interpretar los alcances de este tipo de documentos, cuya operatividad resulta cada vez más frecuente en las transacciones nacionales e internacionales.

PALABRAS CLAVE: Cartas de intención; negocio jurídico; acto jurídico; tratativas; responsabilidad precontractual.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Asistente de docencia de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán. Contacto: juan.pablo.abanto@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 21 de abril de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil peruano está a punto de cumplir cuatro décadas desde su entrada en vigor, lo que conlleva a reflexionar no solo su articulado a la luz del nuevo milenio sino también la aplicación de este con las nuevas figuras que han aparecido con el transcurrir de los años. Esto último permite someter a una evaluación la vigencia de sus normas, es decir, si estas finalmente resisten el paso del tiempo y el contexto de la globalización.

Durante las últimas décadas, la práctica comercial ha operado con figuras que originariamente le resultan desconocidas al Código Civil, en la medida que este no las regula. Nos referimos concretamente a las cartas de intención (*letter of intent*), las cuales son instrumentos cada vez más comunes en el proceso de formación de contratos (negociación, celebración y ejecución), de ahí que las empresas suelen emplearlas para ordenar las tratativas durante la fase precontractual.

Sin embargo, no le resultan adjudicables una ‘naturaleza estándar’ pues, al ser instrumentos cuyo proceso evolutivo se ha visto marcado por la práctica comercial, son los empresarios quienes han moldeado los alcances, términos y efectos de las cartas de intención. Por tales razones, este tipo de instrumentos no ostentan, en todos los casos, la misma naturaleza jurídica, ya que podría variar al referirnos a una carta de intención con fuerza contractual (*binding letter of intent*) como también a un simple documento que refleja únicamente ‘términos de interés’ (*term sheet*).

Una perspectiva importante, nos han brindado los operadores del *common law*, ya que durante larga data se han encargado de desarrollar los alcances jurídicos de las cartas de intención, en defecto de los países del *civil law*, cuya tradición queda a la expectativa de una legislación (específica) para esta clase de instrumentos. En atención a ello, para analizar las cartas de intención sobre los binoculares del *civil law*, atenderemos

in primis su desarrollo en el derecho anglosajón para después aterrizar los conceptos en nuestro ordenamiento nacional.

Es por ello que el propósito del presente artículo se centra en observar si las normas del Código Civil pueden servir de aplicación para las cartas de intención, toda vez que no cuentan con una legislación específica en nuestro ordenamiento en particular como en los demás países del *civil law*¹, durante el análisis de su existencia, validez y eficacia.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Las cartas de intención son instrumentos a partir de las cuales se pueden llegar a un acuerdo definitivo o someter a negociaciones los términos de un (futuro) contrato (Roberts, 2009, p. 177)². Así, su función organizadora resulta esencial para los empresarios, ya que permite a las partes “estructurar las negociaciones por etapas, avanzar con cautela **sin comprometerse incondicionalmente una con la otra**, y acordar puntos básicos antes de entrar en una relación contractual completa” (Homburger & Schueller, 2002, pp. 510-511) [el énfasis es nuestro]. Otra nota característica es su atipicidad, dado que no se encuentran expresamente reguladas, sobre todo en los países del *civil law*, las reglas aplicables se observarán atendiendo a su naturaleza específica según los términos que las partes acuerden.

Si bien las cartas de intención son, en principio, no vinculantes, las partes pueden determinar el grado y los alcances de ella en función de los términos que allí se acuerden. Ello no excluye, por tanto, que en la práctica se realice la ejecución de prestaciones sobre la base de una carta de intención y antes de la celebración del contrato definitivo (Baker *et al.*, 2023, p. 9) (véase *infra* II.A.1.).

No hay que perder de vista que la carta de intención producirá tantos efectos sobre las partes como estas lo determinen expresamente en el documento. Así, en la jurisprudencia del *common law*³

¹ Tenemos conocimiento que tras las Reformas de Derecho de las Relaciones de Obligación en Alemania (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 2002) y Francia (*réforme du droit des obligations*, 2016), respectivamente, no se incluyó esta figura bajo un régimen específico, pese a que ambas se produjeron en el nuevo milenio y la operatividad de las cartas de intención proviene con mayor abundamiento desde mediados del siglo pasado. En Alemania, a pesar de no tener una normativa especial, se le aplica el marco legal correspondiente en función de los términos que las partes acuerden en el documento, así, en ciertos supuestos le resultan aplicables el §§ 305 y siguientes del BGB relativos al régimen de “Redacción de obligaciones contractuales mediante cláusulas comerciales estándar” (*Drafting contractual obligations by means of standard business terms*). En Francia, por otra parte, aunque el *code* incluye en su artículo 2322 a la *lettre d'intention*, ésta es distinta de las *letters of intent* a la que nos referimos en este trabajo (Pannebakker, 2018, pp. 77-78).

² O, como prefiere denominarlo Roberts, son “más bien un menú que enumera los ingredientes principales para llegar a la línea de meta final, que es el acuerdo definitivo” (2009, p. 177), (*closing agreement*).

³ La clasificación fue realizada con fines didácticos sobre las conclusiones de la Corte Suprema de Illinois (*Illinois Supreme Court*) expuestas y sintetizadas en Homburger y Schueller (2002, pp. 513-533).

se han identificado diversos 'tipos'⁴ de cartas de intención sobre la base de su vinculatoriedad o en defecto de esta:

A. Carta de intención vinculante (*binding letter of intent*)

1. Carta de intención con fuerza contractual (*letter of intent as a contract*, en adelante, de Tipo I)

Bajo este supuesto, aunque las partes no hubiesen llegado a un contrato definitivo, han iniciado las ejecuciones que pueden dar lugar a la exigibilidad de la contraprestación (*consideration*). Independientemente, si el documento ha sido calificado como una 'carta de intención', esta quedará sujeta a la interpretación del operador jurídico (por ejemplo, jueces o árbitros) para determinar el carácter de dicho documento sobre la base de los términos allí convenidos; con lo cual, se deberá observar si en ella se han establecido los elementos "habituales de formación de contratos (es decir, oferta, aceptación, contraprestación, *intención* de crear relaciones jurídicas y certeza de los términos)" (Baker *et al.*, 2023, p. 10). En consecuencia, si las partes acuerdan la vinculatoriedad de la carta de intención, "ésta funcionará como un contrato jurídicamente vinculante" (Baker *et al.*, 2023, p. 13).

2. Carta de intención con fuerza vinculante debido a la cláusula de buena fe (*letter of intent as an agreement to negotiate in good faith*, en adelante, de Tipo II)

Este tipo corresponde a un acuerdo "por el que las partes se comprometen a negociar de buena fe de

acuerdo con los términos de la carta de intenciones, y no un contrato para realizar la transacción prevista en la carta de intenciones" (Homburger & Schueller, 2002, p. 513).

Bajo esta especie de carta de intenciones, las partes se obligan a negociar un (futuro) acuerdo definitivo sobre la base de la buena fe. Además, lo que refuerza la intención de las partes de proceder 'de buena fe', usualmente va seguida de una cláusula que indica que estas realizarán todos los 'esfuerzos razonables' para 'acordar' o 'celebrar' un 'contrato' (*reasonable effort to agree upon a contract*) (Eisenberg, 2018, p. 505) junto a otras cláusulas vinculantes, como aquellas relativas a la confidencialidad (*confidentiality*) y exclusividad (*exclusivity of negotiations or lock-out*).

Para nuestro sistema, las cartas de intención de Tipo II equivaldrían a un negocio jurídico atípico, pues además de no ser recogida por la normativa peruana, regulan situaciones jurídicas en tanto generen una 'confianza legítima' en virtud de la buena fe (véase *infra* V.B). Incluso si involucrase dos declaraciones de voluntad, ello no la hace un contrato, debido a que (i) se ubica en la fase pre-contratual (*preliminary agreements*); y (ii) carecería del carácter patrimonial, que es la esencia del contrato según el artículo 1351⁵, ya que establece deberes no patrimoniales (por ejemplo, no vinculatoriedad o confidencialidad).

B. Cartas de intención no vinculantes (*non-binding letter of intent* o *term sheet*, en adelante, de Tipo III)

Aun cuando se hayan identificado como sinónimos⁶, la relación entre las cartas de intención (*let-*

⁴ Convendría aclarar que la carta de intención al ser un negocio jurídico atípico, las diversas especies identificadas en la práctica comercial no debieran ser entendidas en sentido estricto, toda vez que, al fundarse en la autonomía privada de los contratantes, estos pudieran determinar los alcances y términos de la misma, de este modo, el Tribunal Superior de Justicia Queen's Bench señala en su §§ 27 que "[l]as cartas de intenciones son de todo tipo. Algunas son meras expresiones de esperanza; otras son más firmes, pero dejan claro que no tienen consecuencias jurídicas; otras presagian un contrato y pueden equivaler a un acuerdo 'sujeto a contrato' (*subject to contract*); otras son contratos que no llegan a ser el contrato propiamente dicho que se contempla; otras son en realidad ese contrato en todo menos en el nombre" (2006) [traducción libre].

Texto original:

§ 27.- Letter of intent come in all sorts of forms. Some are merely expressions of hope: others are firmer but it clear that no legal consequences ensue; others presage a contract and may be tantamount to an agreement «subject to contract»; others are contracts falling short of the full-blown contract that is contemplated; others are in reality that contract in all but name.

⁵ Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (1984) [el énfasis es nuestro].

⁶ Por ello discrepamos respetuosamente con Torres, quien sostiene que "[l]a carta de intención, en la práctica corporativa, también denominada como convenio o carta de compromiso, hoja de términos, memorándum de entendimiento, *letter of intent* (LOI), *memorandum of understanding* (MOU), *term sheet*, *principles agreement*, *heads of agreement* o *statements of agreement*, se refiere a aquel documento que suele recoger las primeras tratativas de una negociación comercial entre potenciales contratantes, o un avance bien sustancial de las mismas" (2016, p. 34) [el énfasis es nuestro], ya que se refiere con todos estos términos al mismo tipo de carta de intención, cuando cada etiqueta responde a caracteres y efectos especiales.

ter of intent) y la hoja de términos (term sheet) es una de hiperonomia (género-especie) antes que de cohiponomia (especie-especie).

En efecto, la hoja de términos es aquella carta de intención no vinculante, vale decir, una carta de intención en sentido estricto. Por lo que, en cierto sentido, la hoja de términos, al no contar con efectos vinculantes, se asemeja a una simple declaración de ciencia, la cual “está dirigida a dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad en la producción de los efectos jurídicos queridos por el agente” (Espinoza, 2023, p. 85). Tanto la carta de intención como la declaración de ciencia buscan contribuir a la mejor articulación de la relación jurídica negocial, sin que, en ningún caso, su existencia genere una fase contractual previa a partir de la cual se produzca la conclusión del contrato principal.

Es importante destacar que estas cartas no crean obligaciones vinculantes entre las partes (Shelley & Toronto, 2005, p. 52), y toda cláusula que aborde la ausencia de tales efectos debe redactarse de manera explícita y utilizando un lenguaje claro y sencillo (Farnsworth, 1987, pp. 288-289; Schopf *et al.*, 1996, p. 34; Homburger & Schueller, 2002, pp. 526-527). No obstante, aunque la carta de intención no sea vinculante en sí misma, las partes pueden acordar cláusulas que sí lo sean, independientes del contenido de la carta. Estas cláusulas pueden abordar aspectos como la confidencialidad, la exclusividad y la resolución de controversias (Baker *et al.*, 2023, p. 7).

En nuestro ordenamiento jurídico, la buena fe es una cláusula general directriz en el transcurso de las negociaciones (artículo 1362 del Código Civil)⁷, al igual que durante la celebración y ejecución del contrato; en consecuencia, de tener en cuenta la clasificación del derecho anglosajón tendríamos lo siguiente:

Tabla 1: Clasificación de las cartas de intención en función de su vinculatoriedad

Tipo	Cartas de intención no vinculantes	Cartas de intención vinculantes	
	III	II	I
Naturaleza	Declaración de ciencia	Negocio jurídico	Contrato
Reglas aplicables	Irrelevante para el derecho	Artículos 140 y siguientes. Artículo 1362	Artículos 1351 y siguientes.

Fuente: Elaboración propia.

- La regla en el régimen de las cartas de intención son las del Tipo II, vale decir, aquellas vinculantes en virtud de la buena fe debido al deber general impuesto *ex artículo 1362*. Ello ocurre siempre que (i) las partes no acuerden la no vinculatoriedad del documento; y (ii) generen una confianza legítima mediante los términos convenidos en la carta de intención (véase *infra* V.B). A este tipo de cartas se le aplican el régimen general de los negocios jurídicos (artículo 140 y siguientes del Código Civil) dada su atipicidad.
- Constituyen la excepción, las cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I) y la simple hoja de términos (Tipo III). Las del primer tipo se ubicarían en la fase posterior a la celebración del contrato, lo que conllevaría a que le resulten aplicables las disposiciones generales de contratos (artículo 1351 y si-

guientes del Código Civil); las del tercero, no cuentan de relevancia jurídica alguna.

III. ¿RESULTA EXIGIBLE EL ANÁLISIS DE SU VALIDEZ?

Tradicionalmente, se ha presumido la validez de los actos humanos que producen consecuencias jurídicas. Respecto de los actos normativos, por ejemplo, durante un largo tiempo se presumía su validez, y, por tanto, su eficacia. En la actualidad se distinguen los planos de existencia, validez y eficacia de los actos (normativos o no)⁸.

Diferenciados estos tres planos, convendría advertir que no todos los tipos de cartas de intención exigen el análisis de su validez. Si bien las cartas de intención de Tipo I y II deben atender al filtro que sanciona el artículo 140 del Código Civil, lo propio no ocurre con la hoja de términos, ya que, al ser

⁷ Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (1984).

⁸ Sobre los actos normativos, Marcenò (2013) reconoce que “el proceso de constitucionalización ha permitido que el concepto de existencia adquiera autonomía con respecto al de validez” (pp. 18-19), de manera que “la existencia de una norma es una precondición necesaria de su validez; una norma, incluso antes de ser válida, debe existir” (p. 19). Sin embargo, pese a que “[n]o se trata de una tesis nueva en el panorama constitucionalista” (Marcenò, 2013, p. 22), no debiera sorprendernos que aun existan opiniones en la doctrina que esbozan los conceptos de abrogación y derogación sobre la base de la presunción de validez del acto normativo, como ocurre en Trapani (2019, p. 77 y siguientes).

una mera declaración de ciencia, no tiene existencia jurídica y, en consecuencia, no podría apreciarse su validez o invalidez.

Respecto del filtro impuesto ex artículo 140 del Código Civil, se sabe que la técnica legislativa del Código Civil peruano no es la más feliz, por cuanto tiende a ‘mezclar’ las instituciones que regula. De manera que, no debiera sorprendernos que sancione la abrogación de ‘una ley por otra ley’ (artículo I del Título Preliminar del Código Civil) antes que la abrogación de un ‘acto normativo por otro acto normativo’ (o, en su defecto, de una norma jurídica por otra), que regule el régimen de responsabilidad por lesión al interés crediticio bajo el nombre de ‘responsabilidad por inejecución [sic] de obligaciones’, que sancione la ‘resolución’ de la obligación indivisible, **y así podríamos seguir hasta la dación del próximo código**. Con todo, el artículo 140 en cuestión se encuadra en este ‘marco’ de ‘bondades’ o ‘novedades’ del Código Civil vigente, ya que regula los elementos y requisitos de validez del negocio jurídico al mismo tiempo. En aras de esclarecer dicha ‘novedad solutiva’⁹ realizaremos las siguientes aclaraciones con relación al artículo 140 del Código Civil:

- La declaración de voluntad¹⁰, el sujeto, objeto, fin y la forma constituyen los elementos del negocio jurídico, estos, a su vez, determinan la **existencia del negocio**. Con lo cual, frente a la ausencia de alguno de ellos, estaríamos refiriéndonos a un negocio, sin lugar a duda, inexistente.
- Mientras que la ‘plena capacidad de ejercicio’ del sujeto, la ‘posibilidad física y jurídica’ del objeto, la ‘licitud’ del fin, y la ‘observancia de la forma prescrita’ constituyen los **requisitos de validez del negocio**.

Entonces, teniendo en cuenta los tres tipos de carta de intención, el filtro de validez resultaría exigible únicamente para aquellas cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I) y aquellas vinculantes en virtud de la buena fe (II). Dado que las cartas de intención de Tipo I se rigen por el tipo contractual para cada caso en específico, nos detendremos en el análisis de las cartas de intención de Tipo II, para lo cual nos valdremos del artículo 140 del Código Civil.

1. En cuanto a la capacidad de los sujetos

Esta es entendida en su dimensión estática, en cuanto capacidad de goce, y dinámica, en cuanto capacidad de ejercicio. La primera es inherente a todo sujeto de derecho por su condición de tal; la segunda, se presume por mayoría de edad (artículo 42 del Código Civil) y es la que se exige como primer requisito de validez en todo negocio jurídico. Si nos encontrásemos en el contexto de negociaciones de dos personas jurídicas, debiéramos observar la legitimidad de sus presentantes.

De acuerdo con el quinto párrafo del artículo 14 de la Ley General de Sociedades, Ley 26887, se establece con relación al gerente general, que este “goza de facultades de disposición y gravamen respecto de los bienes y derechos de la sociedad, pudiendo celebrar todo tipo de contrato civil, bancario, mercantil y/o societario previsto en las leyes de la materia” (1998), en consecuencia, los gerentes empresariales cuentan con facultades suficientes para la suscripción de este tipo de documentos. Mientras que para los representantes la eficacia de la suscripción se garantiza de cuatro maneras: (i) mediante otorgamiento de poder (artículo 145 del Código Civil)¹¹; (ii) por ratificación del representado (artículo 162 del Código Civil)¹²; (iii) por apa-

⁹ Tal es la confianza del legislador, quien ha afirmado que “la noción incorporada al artículo 140 del Código Civil tiene una latitud y una comprensión que justifican su presencia en nuestra codificación civil y en general en nuestro Derecho Privado” [el énfasis es nuestro], a tal grado de que dicha inclusión se considera una solución a algún defecto sistemático que sufría el código abrogado de 1936 (Vidal, 2013, pp. 32 y 45).

¹⁰ Compartimos la idea de que “el modelo jurídico adoptado” [entiéndase el Código Civil] “se inclina por la posición que los entiende como conceptos idénticos” (Espinoza, 2023, p. 86) (el agregado es nuestro). Por tanto, cuando utilicemos el término “declaración de voluntad” nos referiremos a la “manifestación de voluntad” que prescribe inicialmente el artículo 140 del Código Civil.

¹¹ Artículo 145.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley (1984).

¹² Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado 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 celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda (1984) [el énfasis es nuestro].

riencia (artículo 152 del Código Civil)¹³; o (iv) tolerancia (artículo 165 del Código Civil)¹⁴. En los dos últimos supuestos, consideramos que resultan eficaces toda vez que la ley no exija una formalidad para el poder, como ocurre con la facultad de disposición (artículo 156 del Código Civil)¹⁵.

2. En cuanto a la posibilidad física y jurídica del objeto

Antes de observar si el objeto de la carta de intención cumple con el segundo filtro de validez, vendría determinar cuál es el mismo. Atendiendo lo anterior, si nos encontrásemos en negociaciones para la celebración de un (futuro) contrato de comapraventa, el objeto de la carta de intención no puede ser otro que los bienes sujetos a negociación. Sin embargo, una atenta doctrina sostiene que lo conveniente sería analizar la posibilidad jurídica y física del objeto, antes de encontrar su acepción unívoca para todo negocio jurídico. En ese sentido, se hace referencia, de manera tradicional, a la imposibilidad 'física' y 'jurídica' (ex artículo 219 del Código Civil), abordando aquello que no puede ser alcanzado mediante el esfuerzo humano o lo que, a pesar de ser factible desde un punto de vista práctico, queda excluido por disposiciones legales de la disponibilidad de las personas (León Hilario, 2021, p. 378).

3. En cuanto al fin perseguido

Sostenemos que tal requisito es la finalidad común de las partes. Nuestro ordenamiento impone un criterio de licitud para determinar su validez. Al respecto, la licitud puede ser entendida en dos aspectos, uno formal, –conformidad con las normas imperativas– y otro material –relacionado con los valores jurídicos– (Espinoza, 2023, p. 822). Debido a su naturaleza intrínseca, la nulidad por una finalidad ilícita resulta más compleja de reconocer, ya que implica investigar la intención particular de las partes en el negocio jurídico (León, 2021, p. 382).

Si las partes han suscrito una carta de intención de tipo II, el fin perseguido es la celebración del contrato definitivo. Tal finalidad debería concluirse tras la interpretación de los términos acordados,

dos, así como de la ausencia de una cláusula de no vinculatoriedad.

4. En cuanto a la observancia de la forma prescrita

El artículo 143 del Código Civil prescribe que "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente" (1984) [el énfasis es nuestro]. Con lo anterior, la carta de intención no observa una forma solemne para su validez, por cuanto es, como se ha dicho, un instrumento jurídico atípico y, por tanto, se rige bajo la libertad de forma.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CARTAS DE TIPO II: CLÁUSULAS VINCULANTES

Como adelantamos (véase *supra* II.A.2.), este tipo de cartas de intención resultan vinculantes para las partes en función de los términos que estas acuerden sobre la base de un escenario de 'confianza legítima'. Tal escenario se produce por dos razones principales: (i) la cláusula de esfuerzos razonables (*reasonable endeavours*); y (ii) la presencia de cláusulas vinculantes: confidencialidad, exclusividad, arbitraje (Wilmot-Smith & Darling, 2002, p. 511). Ambos caracteres demostrarían la (común) intención de las partes de celebrar el contrato definitivo. Observemos las cláusulas vinculantes 'comunes' en este tipo de documentos.

A. Cláusula de confidencialidad

Pannebakker se refiere a las cláusulas de confidencialidad como:

Acuerdos en virtud del cual una o varias partes se obligan a mantener en secreto la información que les haya sido revelada durante la celebración de un contrato o con anterioridad a la misma [...] así como a no utilizar dicha información para fines distintos de los previstos (2018, p. 161).

Estos acuerdos de confidencialidad suelen ser una cuestión que puede resultar crucial durante las negociaciones, vale decir, aquellos que abarcan

¹³ Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.

Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante [el énfasis es nuestro] (1984).

¹⁴ Artículo 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos (1984) [el énfasis es nuestro].

¹⁵ Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (1984).

desde el secreto de las negociaciones hasta aquel donde se prohíbe otorgar información generada durante tal periodo –por ambas partes–.

Las partes, al pactar la confidencialidad respecto de ciertos datos, buscan por lo general tres efectos: (i) permitir la revisión de información confidencial; (ii) protegerse contra el uso indebido de la información confidencial; y (iii) protegerse contra la divulgación no autorizada de la información confidencial (Ruiz, 2012, p. 339).

B. Cláusula de exclusividad

Una cláusula de exclusividad (*lock-out agreement*) es un negocio jurídico atípico mediante el cual una de las partes se somete a no negociar con terceros por un plazo determinado (Farnsworth, 1987, p. 279; Atkins, 2011, p. 11; Hajnovicova *et al.*, 2019, p. 142). Al ser una figura atípica, igual que la carta de intención, se rige bajo las reglas del Libro II del Código Civil. Además, no debiéramos entrar en equívocos conceptuales, ya que la naturaleza de la cláusula de exclusividad no es propiamente obligativa¹⁶, no puede identificarse el continente con el contenido, la obligación –o prestación de no hacer– constituye la cobertura de la cláusula antes que equipararse a esta.

Durante las tratativas en el contexto de transacciones comerciales, las partes suelen acordar este tipo de cláusulas con la finalidad de que una exija a la otra el ‘bloqueo’ en las negociaciones con terceros relativas al objeto de los acuerdos preliminares (*preliminary agreements* o, más específicamente, *letters of intent*) (Halson *et al.*, 2017, p. 63). En tal sentido, este tipo de cláusulas demuestran no solo la vinculatoriedad de la carta de intención –por lo menos respecto de tales acuerdos–, sino también la intención (futura) de celebrar el contrato definitivo.

Adicionalmente, a los requisitos exigidos por el artículo 140 del Código Civil, los cuales se han de-

mostrado, por lo demás, en el análisis relativo a la validez de la carta de intención y que resultaría asimilable también a la cláusula de exclusividad, en cuanto a la capacidad de los sujetos, objeto y formalidad (véase *supra* III.). Lo propio no ocurre con el fin, ya que resulta distinto al de la carta de intención. Así, el fin de esta cláusula consiste en la no negociación de los objetos cuya traslación se encuentra negociándose. Dicho fin no contradice los valores de nuestro ordenamiento jurídico, pues no se opone a normas imperativas, orden público o buenas costumbres. En consecuencia, el fin de la cláusula de exclusividad cumple con el requisito de la licitud.

También debería tenerse en cuenta el plazo para la determinación de la validez de la cláusula de exclusividad (Cartwright & Hesselink, 2006, pp. 162-191; Maisch & Avendaño, 2015, p. 206; Pannebakker, 2018, pp. 248-250). No hay que perder de vista, pues, que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*), en consecuencia, dado que la finalidad de esta cláusula ubica en una situación de desventaja a quien se encuentre obligado a cumplirla, no podría ser perpetua sino temporal.

A pesar de ello, el filtro de validez que atraviesan las cláusulas de exclusividad se podría encontrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil¹⁷, ya que dicho artículo impide los pactos prohibitivos de enajenación.

La interpretación que realiza la judicatura¹⁸ y la Academia¹⁹ se han orientado por entender que los alcances del artículo 882 del Código Civil resultan absolutos, toda vez que manifiestan que no debiéramos realizar distinción donde la ley no lo hace (Arata Solís, 2023, p. 294). Siguiendo ese razonamiento, el citado artículo comprendería a todo tipo de acuerdo (contractual o no) con un plazo determinado, determinable o indeterminado, cuyo pacto se sancionaría con la nulidad por con-

¹⁶ Término que prefiere Riva-Agüero (1937) sobre aquel neologismo ‘obligacional’.

¿Por qué en la Exposición de Motivos sobre el Libro Quinto, el repetido barbarismo habrán en lo impersonal, y los presuntuosos neologismos obligacional y jurisprudencial, dignos hermanos de la quididad de los escolásticos medievales? Ya que recurren sabiéndolo o no, a los arcaísmos, sonaría mejor obligativo (p. 335).

Difundido más recientemente en nuestro medio por León Hilario (2022, p. 206).

¹⁷ Artículo 882.- **No se puede establecer contractualmente** la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita (1984) [el énfasis es nuestro].

¹⁸ Criterio adoptado por el Tribunal Registral (15 y 16 de noviembre de 2012), a propósito del XCIX Pleno, donde precisó “Las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender –de manera absoluta, relativa ni temporal–, los atributos de enajenación o gravamen del bien” (p. 32). Tal interpretación ha sido recogida por las “Resoluciones 019-2008-SUNARP-TR-A, del 18 de enero de 2008, y 086-2009-SUNARP-TR-A, del 6 de marzo de 2009” (Arata Solís, 2023, p. 294).

¹⁹ En tal sentido, Castañeda (1973, pp. 220-223); Arias-Schreiber (1998, p. 49); Avendaño Valdez y Avendaño Arana (2017, pp. 59-60); Arata Solís (2023, pp. 300-301). Sobre las distintas tesis que defienden la absolutez, relatividad y una posición intermedia respecto del artículo 882 del Código Civil, consúltense Varsi (2017, pp. 269-271).

travener el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil²⁰, artículo 219.8 del Código Civil²¹), así como por objeto jurídicamente imposible (artículo 219.3)²². Sin embargo, consideramos que tal interpretación no resulta aplicable a las cláusulas de exclusividad por dos razones:

- La naturaleza de tales acuerdos prohibitivos es contractual, y el contexto en que se producen las cláusulas de exclusividad son precontractuales. Qué sentido tendría, por lo demás, que una de las partes soporte la exclusividad si desde el momento en que se celebra el contrato y por la sola obligación de enajenar se transmite la propiedad (artículo 949 del Código Civil), para los bienes inmuebles por lo menos.
- La disposición del artículo 882 del Código Civil es una norma que restringe derechos, ya que limita la facultad de disposición que se incluye en el derecho de todo propietario (artículo 923 del Código Civil)²³. Al ser una norma restrictiva, no es aplicable por analogía (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil)²⁴. De igual manera se descartaría la interpretación extensiva, pues no podría subsumirse un acuerdo precontractual donde la ley sanciona que “No se puede establecer **contractualmente**” [el énfasis es nuestro].

Además, nada obliga a los jueces a mantener tal interpretación (del artículo 882 del Código Civil), esto debido a que, recordemos, los jueces “sólo están sometidos a la Constitución y la ley” (artículo 146.1 de la Constitución) mas no a la jurisprudencia y la doctrina. De esta manera, los operadores jurídicos pueden alejarse de la interpretación extensiva y absoluta del artículo 882 del Código

Civil teniendo en consideración las razones expuestas para la aplicación restrictiva.

Ahora bien, toda cláusula de exclusividad una vez pactada válidamente –conforme al artículo 140 del Código Civil y con un plazo determinado o determinable– produce principalmente dos efectos:

- La no negociación de los bienes o servicios materia de la cláusula exclusividad. Las cláusulas de exclusividad implican que el propietario no comercialice activamente –el objeto de las negociaciones–, no realice solicitudes privadas, no fomente la consulta, no responda, discuta, analice, retenga o reciba propuestas (Gosfield, 2004, p. 56).

En las cartas de intención pueden surgir diversas obligaciones, que surgen de la redacción de esta. La obligación de exclusividad puede ser una de ellas, la que consiste en no desarrollar tratativas paralelas con otros (Roppo, 2009, p. 152). Por lo tanto, el efecto más inmediato de una cláusula de exclusividad es la no negociación, no ofrecimiento paralelamente con terceros del objeto que son materia de las negociaciones.

- Reforzar la confianza entre las partes sobre la celebración del contrato. El principio general de buena fe puede ser afrontado desde dos perspectivas: una subjetiva, en la cual se considera como la convicción interna que se está actuando correctamente, conforme a derecho –llamada también buena fe creencia–; y otra objetiva, caracterizada por el comportamiento correcto del sujeto que es percibido por la contraparte o por los demás –buena fe lealtad, probidad, confianza o comportamiento– (Espinoza, 2016, p. 174). Estas cláusulas se han considerado válidas, en particular, como parte del contenido

²⁰ Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (1984).

²¹ Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (1984).

²² Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

[...]

3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable (1984).

Castañeda, al comentar el artículo 852, antecedente de nuestro actual artículo 882, del Código Civil de 1936 [derogado], entendía que todo contrato “que contenga una cláusula de indisponibilidad relativa o absoluta, no será nulo totalmente, sino que la nulidad comprenderá solo dicha cláusula; y dicha nulidad es absoluta, funciona *ipso iure*, por cuanto semejante estipulación contiene objeto ilícito”, resultándole aplicable la nulidad por objeto ilícito del inciso 2 del artículo 1132 del Código abrogado (1973, pp. 222-223).

²³ Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, **disponer** y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (1984) [el énfasis es nuestro].

²⁴ Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (1984).

vinculante de una obligación de negociar de buena fe (Pannebakker, 2018, p. 217).

En conclusión, las cláusulas de exclusividad pactadas válidamente, sujetas a un plazo determinado o determinable, *in abstracto*, producen principalmente dos efectos: (i) la no negociación de los bienes o servicios, materia de la cláusula exclusividad; y (ii) reforzar la confianza entre las partes sobre la celebración del contrato.

C. Convenio Arbitral

También resultan comunes los convenios arbitrales contenidos en la carta de intención. Sin embargo, el análisis de su validez y eficacia se realiza con independencia a los términos del documento. Así, el artículo 42 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), prescribe:

(...) 2. **El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste.** En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral. (2008) [el énfasis es nuestro]

El citado artículo consagra el principio de separabilidad del Convenio Arbitral, con lo cual, este tipo de cláusulas pueden encontrarse presentes en cualquiera de los tipos de cartas de intención, vinculantes o no, siempre que reúnan sus requisitos constitutivos, mismos que obedecen al aspecto subjetivo y objetivo del convenio arbitral, los cuales son (i) que las partes hayan consentido o expresado su ánimo de arbitrar; y (ii) que exista una controversia sobre la cual verse el arbitraje

(Cantuarias, 1995, pp. 246-247). También tendrá que observarse el soporte material que pruebe su existencia, el cual puede ser por medios físicos o tecnológicos ya que la ley no prescribe una forma única²⁵.

V. SIGUE. LAS CARTAS DE TIPO III Y LA CLÁUSULA DE NO VINCULATORIEDAD

A. Los límites de la autonomía privada

Para este punto, convendría aclarar los alcances de una cláusula de no vinculatoriedad, es decir, hasta dónde llegan los límites de la autonomía privada respecto de este tipo de cláusulas. En tal sentido, ¿es jurídicamente admisible que las partes puedan convenir lo relativo a la existencia, relevancia y eficacia de un negocio jurídico? Veamos:

1. En cuanto a la existencia

Situémonos, por ejemplo, en el supuesto de un contrato de trabajo –aquellos regulados por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR–, podría ocurrir que aun cuando no se haya convenido formalmente un contrato de esta naturaleza entre el empleador y el trabajador, si se verificase sus elementos constitutivos –subordinación, prestación personal y remuneración²⁶ sí podríamos referirnos a un contrato de trabajo jurídicamente existente, en otras palabras, aun cuando las partes nieguen la existencia de una relación jurídica, basándonos en el principio de primacía de la realidad se concluye dicha relación, en consecuencia, se desatendería válidamente tales afirmaciones²⁷. Entonces, al evaluar la existencia de un negocio jurídico que regula situaciones jurídicas, el análisis se realizará sobre basamentos objetivos antes que subjetivos, vale decir, **que para verificar la existencia *in abstracto* de un negocio jurídico tendría que observarse si efectivamente concurrieron sus elementos constitutivos:** declaración de voluntad, sujeto, objeto, fin y forma –de requerirse–.

²⁵ Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

(...)

2. **El convenio arbitral deberá constar por escrito.** Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito **cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma**, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio (2008) [el énfasis es nuestro].

²⁶ Véase a Tribunal Constitucional (2010).

²⁷ Así, nuestro Tribunal Constitucional, “en aplicación del principio de primacía de la realidad”, sostiene que “**los hechos prevalecen sobre las formas y apariencias del contrato civil** con el que se pretendía encubrir una relación laboral” [el énfasis es nuestro] (2012). El mismo criterio fue empleado en reiterada jurisprudencia; en tal sentido, véase a Tribunal Constitucional (2011), *Ibid.* (2014), *Ibid.* (2018).

2. La relevancia jurídica

Se determina por la atribución que realiza la norma jurídica sobre un supuesto de hecho (*fattispecie*), que al verificarse con la realidad le otorga efectos jurídicos. Sin embargo, para aquellos supuestos atípicos no contemplados en la legislación, la calificación de su relevancia o irrelevancia ocurre de otra manera.

Por ejemplo, la cláusula penal es un mecanismo de tutela frente al incumplimiento²⁸ (temporal o absoluto, artículos 1341 y 1342 del Código Civil); sin embargo, en la práctica comercial se evidencia el acuerdo de penalidades por razones distintas al incumplimiento, así, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante Opinión 27-2010/DTN, sostuvo que:

aún en dicho dispositivo se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer los documentos de selección la aplicación de «Otras penalidades», distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originaría su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad. (OSCE, 2010)

Si solo los hechos calificados por una norma jurídica son relevantes para el derecho, el acuerdo de penalidades por cuestiones ajenas al incumplimiento sería jurídicamente irrelevante sin embargo, ello no ocurre así, ya que las partes han decidido *a priori* su relevancia. **Entonces, si las partes decidiesen atribuirle la irrelevancia a un acuerdo, este debiera ser jurídicamente inexistente, a contrario, si el negocio existe objetivamente es relevante para el derecho.**

En síntesis, la relevancia jurídica de un negocio está en función de su existencia. Entonces, como ya hemos mencionado, la autonomía privada puede determinar la existencia del negocio, y la existencia de este implica su relevancia jurídica, por tanto, las partes pueden determinar la relevancia de un negocio. **Sin embargo, una vez que el negocio existe, las partes no pueden desconocerlo**

—convenir su inexistencia—, y, en consecuencia, no pueden pactar la irrelevancia.

3. Respecto de la eficacia de las partes, sobre todo, en cuanto a la vinculatoriedad

Los operadores jurídicos analizan *in primis* la voluntad de los sujetos que han convenido el negocio jurídico, si estos claramente han establecido su voluntad de no vincularse, qué duda cabe que no hay fuerza en este mundo que doblegue tal disposición. Sin embargo, cuando nos encontramos frente a controversias, dicha voluntad debe examinarse. Por ello, cuando se establezca la no vinculatoriedad de un acuerdo, ello tendría que realizarse sobre la base de algunas modalidades del negocio para que surta efectos (condición, plazo, modo); *a contrario*, si dicha cláusula de no vinculatoriedad se acuerda sin establecer modalidad alguna, entonces sería perpetua, de ser así, ¿cuál sería la utilidad del negocio si las partes pretenden nunca vincularse? Es por ello que sostenemos que la eficacia de alguna cláusula de no vinculatoriedad requiere la presencia de algún elemento accidental del negocio.

B. Los alcances de la cláusula de no vinculatoriedad

Una vez esclarecido los límites de la autonomía privada, podemos advertir dos hipótesis que pueden presentarse al acordar una cláusula de no vinculatoriedad: (i) que las partes hayan acordado de manera indubitable la no vinculatoriedad de la carta de intención, lo que implicaría la ineficacia de esta, puesto que no generarían efectos jurídicos; y (ii) otra donde las partes, aun cuando hayan acordado la no vinculatoriedad del documento, han establecido cláusulas vinculantes con eficacia autónoma al de la carta de intención en sentido estricto.

1. Respecto a la primera hipótesis

Pueden acordarse cláusulas de no vinculatoriedad que establezcan o bien la inexistencia (jurídica) del documento, o bien su ineficacia. Si los suscribientes acordases una 'cláusula de no vinculatoriedad' que niegue la existencia jurídica del documento, la carta de intención constituiría una simple declaración de ciencia, lo que conllevaría a considerarse inexistente para el derecho, no siéndole exigible el análisis de validez. Recordemos que, para calificar la validez o invalidez de un acuerdo, este debiera existir jurídicamente.

²⁸ Para un tratamiento sobre la cláusula penal y la tutela frente al incumplimiento consultese Fernández (2018).

Por otro lado, las partes pueden someter a través de cláusulas de no vinculatoriedad la eficacia de la carta de intención. Sin embargo, si pretendiesen determinar los efectos del documento, dicha cláusula debiera estar sujeta a una modalidad negocial (condición, plazo, modo) (véase *supra* V.A).

También podría condicionarse la eficacia de la carta de intenciones a la firma del contrato definitivo, sin embargo, el Código Civil respecto de las condiciones suspensivas potestativas sanciona que: “Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor” (artículo 172 del Código Civil). No obstante ello, una atenta doctrina ha calificado tal nulidad como una ‘inconsistencia estratégica’. Ello se debe –explica tal sector– a que el Código Civil sanciona con distintas consecuencias jurídicas dos figuras cuya causa proviene de la declaración unilateral de una de las partes:

“El Código Civil regula dos esquemas que permiten condicionar la existencia de un vínculo contractual a la decisión arbitraria de una de las partes: (i) la condición suspensiva potestativa y (ii) el contrato de opción.

Evidentemente, el Código presenta un problema de estrategia, ya que el hecho que establezca la invalidez del primer esquema y la validez del segundo esquema demuestra (i) que adopta ‘objetivos’ contradictorios entre sí; o, (ii) que adopta ‘tácticas’ deficientes que permiten la frustración del objetivo deseado –cualquiera sea este–” (Escobar, 2021, p. 163).

Y se concluye que “**La condición suspensiva en cualquiera de sus formas, ha de ser válida**, pues, salvo casos patológicos excepcionales, las partes siempre tienen motivos razonables y atendibles para pactar tal condición” (Escobar, 2021, p. 164) [el énfasis es nuestro].

Otro dato que revelaría el *animus* de las partes a no vincularse se encuentra en el establecimiento de cláusulas de respuesta afirmativa –*affirmative*

response clauses–, cada vez más comunes en la práctica comercial, las cuales facultan al titular que soporta la cláusula de exclusividad a salirse de tal periodo si observa que la contraparte pretende cambiar sustancialmente los términos de las negociaciones o aquellos del contrato definitivo (Roberts, 2008, p. 180).

2. Respecto a la segunda hipótesis

Si las partes acordasen cláusulas autónomas a pesar de establecer la no vinculatoriedad del documento, la eficacia de tales cláusulas no está delimitadas por tal disposición. Ello permite que se separen las cláusulas vinculantes –autónomas– de la hoja de términos como declaración de ciencia. Como sostiene Gosfield:

Las cartas de intención deben renunciar a cualquier efecto contractual referido a los términos comerciales de la transacción, excepto por aquellos que son expresamente vinculantes. **Los términos no vinculantes, como sección o grupo, deben estar evidentemente separados de los elementos que sí son vinculantes.** (2004, p. 56) [el énfasis es nuestro]

En efecto, si los suscriptores han dividido el documento en secciones, todas aquellas que no se encuentren afectadas por la cláusula de no vinculatoriedad surtirán efectos siempre que resulten válidas (artículo 140 del Código Civil). Así, resulta perfectamente admisible que las partes mediante las cartas de intención puedan mezclar (*Mischungen*) elementos vinculantes como no vinculantes, los que se conocen como ‘acuerdos marco o estructurales’ (*Rahmenverträge*) (Heussen, 2014, p. 19). De este modo, la separabilidad de las cláusulas autónomas –por ejemplo, confidencialidad, exclusividad, convenio arbitral– se sustenta en la autonomía privada, ya que aun cuando las partes hayan pretendido no vincularse, pueden obligarse respecto de esas cláusulas autónomas toda vez que no estén limitadas por la no vinculatoriedad del documento. Ello podría graficarse de la siguiente manera:

Tabla 2: Distinción entre cláusulas vinculantes y no vinculantes contenidas en una carta de intención (genérica)

Carta de intención (documento)	
Carta de intención en sentido estricto (<i>term sheet</i>)	Cláusulas vinculantes con eficacia autónoma
Términos de interés Constancia de las negociaciones	Cláusula de no vinculatoriedad Cláusula de confidencialidad Cláusula de exclusividad Convenio arbitral
Naturaleza: declaraciones de ciencia	Naturaleza: negocios jurídicos atípicos

Fuente: Elaboración propia.

3. Respecto a una tercera hipótesis

Una tercera hipótesis no enunciada *in limine* podría presentarse en los supuestos donde a pesar de la existencia de una cláusula de no vinculatoriedad la carta de intención resultase vinculante para las partes. Ello ocurriría cuando entre los términos del documento se expresen razones contrarias a la no vinculatoriedad, lo que se expresaría si:

- a) la cláusula de no vinculatoriedad fue establecida con un lenguaje oscuro²⁹;
- b) la cláusula de no vinculatoriedad no está sujeta a una modalidad negocial (cargo, condición, plazo);
- c) se prescinde de cláusulas de respuesta afirmativa, lo que se traduce en el *animus contrahendi* de las partes, pues su finalidad es la celebración del contrato definitivo y no simplemente la suscripción de una hoja de términos;
- d) se observa la presencia de términos relativos a los esfuerzos razonables para la suscripción del (futuro) contrato (*reasonable effort to agree upon a contract*).

Si tales consideraciones se observan en la pretendida 'hoja de términos', la cláusula de no vinculatoriedad quedaría abrogada y, en consecuencia, la carta de intención pasaría de ser una de tipo III a otra de tipo II. Ello obedece a que la concurrencia de todos esos términos ha generado la 'confianza legítima' en, por lo menos, uno de los suscriptores. Así, la carta de intención constituiría un negocio jurídico, cuya protección legal para el suscriptor de buena fe se encuentra tutelada *ex artículo 1362 del Código Civil*, toda vez que el fundamento y consecuencias resultan de la ley y supondría, frente a su incumplimiento, un supuesto de responsabilidad precontractual (cuyo régimen aplicable es aquel extracontractual, artículos 1969 y siguientes del Código Civil)³⁰. Como sostiene Geldres Campos:

En esta etapa –entiéndase durante las tratativas–, los sujetos negociales no asumen la obligación de celebrar el contrato; por el contrario, tienen todo el derecho de apartarse de las negociaciones cuando lo consideren conveniente, no obstante, se encuentran sujetos a una serie

de deberes jurídicos de protección y cuidado que se sustentan en la buena fe. En consecuencia, si el rompimiento de las tratativas se produce por culpa de uno de los tratantes, de tal forma que se generan daños en la otra, deberá responder por los daños sufridos. Nos encontramos dentro del campo de la responsabilidad precontractual. (2024, p. 193) [el énfasis es nuestro]

En otras palabras, aun cuando las partes acuerden una 'hoja de términos' sobre la base de una cláusula de no vinculatoriedad, si tal documento contiene elementos que determinarían objetivamente la común intención de las partes de vincularse, tal cláusula quedaría abrogada y las partes acabarían vinculadas en virtud de la confianza razonable generada a la luz de sus propios términos.

VI. ¿LAS CARTAS DE INTENCIÓN PUEDEN CONTENER UNA OFERTA?

La respuesta no es –ni podría ser–, en efecto, absoluta, y ello se debe a que las cartas de intención no pueden tener una naturaleza uniforme, pues como anotamos, esta depende de lo que las partes convengan. Si entre los términos establecidos en la carta de intención se encuentra constituida válidamente una oferta, qué duda cabe que pueden realizarse en este tipo de instrumentos.

El artículo 1373 del Código Civil prescribe que "el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente" (1984) [el énfasis es nuestro]. Entendemos que entre los requisitos constitutivos de la oferta se encuentran³¹:

a) La completitud

Esta lo determina el oferente en primer término, y, en su defecto, la ley. Cuando lo realiza la ley, la completitud se reduce a lo mínimo esencial que exige el contrato (por ejemplo, en los contratos de compraventa serían el precio y bien).

b) El ánimo de contratar

Consideramos este requisito como el más importante para efectos de la carta de intención, ya que

²⁹ Por ello resulta de suma importancia el carácter expreso de no vinculatoriedad, o –en su defecto– de vinculatoriedad, "ya que el título engañoso puede dar a una de las dos partes contratantes o a terceros la impresión de que no existen obligaciones reales o, correspondientemente, de que contiene obligaciones que las partes no querían contraer" (Heussen, 2014, p. 17).

³⁰ Como bien afirma Espinoza, "si estamos en el escenario de las tratativas o negociaciones del contrato, las reglas a aplicarse a la denominada responsabilidad pre-contractual, por haberse quebrantado el principio de la buena fe, son las de la responsabilidad aquiliana" (Espinoza, 2010) [el énfasis es nuestro].

³¹ En el mismo sentido De la Puente (2017. pp. 475-476).

las partes al establecer cláusulas de no vinculatoriedad (véase *supra* V.B) renuncian al interés de contratar, con lo cual, a lo mucho nos encontraríamos frente al interés en negociar, lo cual no genera *per se* obligaciones para las partes.

c) *Su carácter receptivo*

Entendida así la oferta, esta no resultaría vinculante para quien la emite siempre que no sea conocida por el (futuro) aceptante, además, independientemente de su recepción, si las partes renunciaron al *animus contrahendi*, la oferta jamás se constituiría y no abriría el proceso de formación del contrato.

Con lo anterior, las cartas de intención sí pueden contener ofertas; sin embargo, si las partes acordasen una cláusula de no vinculatoriedad –ora sobre la existencia, ora sobre la eficacia– esta prevalecería, dado que abrogaría el **ánimo de contratar**, ello ocurriría incluso cuando la carta de intención contenga términos contradictorios que vinculen a las partes, pues dicha vinculatoriedad se originaría por la confianza generada (artículo 1362 del Código Civil) antes que por constituir una oferta.

VII. CONCLUSIONES

- Las cartas de intención no cuentan con una ‘naturaleza jurídica estándar’, en consecuencia, tal calificación se determinará sobre los términos que las partes acuerden en el documento.
- Si tomamos como referencia el derecho anglosajón, existen tres tipos de cartas de intención sobre la base de su vinculatoriedad o en defecto de esta. En el primer grupo se ubican (i) las cartas de intención con fuerza contractual (Tipo I); como también (ii) las cartas de intención vinculantes en virtud de la buena fe (Tipo II). Mientras que en el segundo grupo encontraríamos a (iii) las cartas de intención no vinculantes (Tipo III).
- Atendiendo a dicha clasificación, tendríamos que (i) la naturaleza de las cartas de intención de Tipo I es contractual, ya que las partes han decidido otorgarle tal fuerza vinculante, lo que conllevaría a que le resulten aplicables las disposiciones generales de contratos (artículos 1351 y siguientes del Código Civil); (ii) la naturaleza de las cartas de intención de Tipo II es la de un negocio jurídico, cuya confianza legítima se encuentra tutelada *ex artículo* 1362 del Código Civil. A este tipo de cartas se le aplican el régimen general de los negocios jurídicos (artículos 140 y siguientes del Código Civil) dada su
- Si pretendiésemos realizar el análisis de la validez de este tipo de documentos, tendríamos que encontrarnos en los supuestos del Tipo I y II, ya que solo aquellos son relevantes para el derecho, mientras que las declaraciones de ciencia, al no ostentar juridicidad alguna, no atraviesa el plano de la existencia, con lo cual, no haría realizable el análisis de su validez.
- Respecto de las cláusulas de no vinculatoriedad, estas pueden pronunciarse sobre la irrelevancia o eficacia de la carta de intención. Si se establecen con relación a la irrelevancia, el documento debe ser jurídicamente inexistente, puesto que, si la carta de intención existe para el derecho, las partes no podrían abrogar tal existencia. Tal calificación (de irrelevancia jurídica) le otorga la calidad de declaraciones de ciencia a las cartas de intención. En cambio, si se pronuncian sobre la eficacia del documento, tal disposición debiera supeditarse a alguna modalidad negocial, pues si dicha cláusula de no vinculatoriedad se acuerda sin establecer modalidad alguna, entonces sería perpetua, de ser así, ¿cuál sería la utilidad del negocio si las partes pretenden nunca vincularse?
- Los alcances de las cláusulas de no vinculatoriedad no son absolutos, tal disposición puede abrogarse si objetivamente se demuestra que la común intención de las partes consistía en la celebración del contrato definitivo tras la suscripción del documento. Así pues, para anular toda cláusula de no vinculatoriedad debiera observarse si en el documento: (i) dicha cláusula fue establecida con un lenguaje ambiguo y oscuro; (ii) la propia cláusula no está sujeta a modalidad; (iii) no se han establecido cláusulas de respuesta afirmativa (*affirmative response clauses*); y (iv) las partes se comprometieron a realizar todos los esfuerzos razonables para la celebración del contrato (*reasonable effort to agree upon a contract*).
- Si se quisiera incluir una oferta en este tipo de documentos, las partes no tendrían que establecer la no vinculatoriedad de la carta de intención. Si lo hicieren, esto es, si acordasen una cláusula de no vinculatoriedad, los suscriptores renunciarían al *animus contrahendi*, lo que imposibilitaría toda refe-

atipicidad; y, finalmente, (iii) la naturaleza de la carta de intención de Tipo III es la de una declaración de ciencia, ya que no alcanzan el rango negocial y, por lo tanto, no producen, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

rencia a una oferta contenida en la carta de intención, pues a lo mucho se observaría un *animus negotiandi*. ■

REFERENCIAS

- Arata, M. (2023). Comentario sub artículo 882, pp. 261-302. En Espinoza Espinoza, J. (Dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*. Instituto Pacífico.
- Arias-Schreiber, M. (1998). Derechos Reales (Tomo IV). En *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Gaceta Jurídica.
- Atkins, R. (2011). Worth the wait?. *Property Law Journal* (11), 11-13.
- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Baker, S., Akka, L., y Glass, R. (2023). *IT Contracts and Dispute Management*. Edward Elgar Publishing Ltd.
- Cantuarias, F. (1995). El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572. *De-recho PUCP* (49), 237-261.
- Cartwright, J. y Hesselink, M. (eds.) *Precontractual Liability in European Private Law*. Cambridge University Press.
- Castañeda, J. E. (1973). *Los derechos reales*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- De la Puente, M. (2017). *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Palestra Editores.
- Eisenberg, M. (2018). *Foundational Principles of Contract Law*. Oxford University Press.
- Escobar, F. (2021). *Reglas insensatas. Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil*. Palestra Editores.
- Espinoza, J. (2010). Sobre la fuente de las obligaciones, pp. 253-283. En Alferillo, P; Guarino Arias, A. y Sommer, C. G. (coords.). *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*. Advocatus.
- (2016). *Introducción al derecho privado. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil*. Instituto Pacífico.
- (2023). *Acto Jurídico Negocial*. Instituto Pacífico.
- Farnsworth, E. (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *Columbia Law Review*, 87(2), 217-294.
- Fernández, G. (2018). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. Tutela resarcitoria*. Ediciones Olejnik.
- Geldres, R. (2024). Responsabilidad civil derivada de la ruptura de los esponsales. *Actualidad Civil* (116), 185-197.
- Gosfield, G. (2004). It's a question of what's binding: A look at letter of intent. *Business Law Today*, 13(6), 54-57.
- Hajnovicova, R., Lang, N., y Usai, A. (2019). Exclusivity Agreements and the Role of the As-Efficient-Competitor Test After Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(3), 141-158.
- Halson, R., Macmillan, C. y Stone, R. (2017). *Contract Law*. University of London International Programmes.
- Heussen, B. (2014). *Letter of Intent. Absichtserklärungen. Geheimhaltungsvereinbarungen. Optionen Vorverträge*. Verlag Dr. Otto Schmidt KG.
- Homburger, T., y Schueler, J. (2002). Letters of intent – A trap for the unwary. *Real Property, Probate and Trust Journal*, 37(3), 509-535.
- León, L. (2021). Comentario sub artículo 140.- Definición legislativa y requisitos de validez del negocio jurídico. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 23-55). Instituto Pacífico.
- (2021). Comentario al artículo 219. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 357-401). Instituto Pacífico.
- (2022). Comentario sub artículo 1161.- Prestaciones alternativas. En Espinoza Espinoza, J. (dir.). *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano* (pp. 206-244). Instituto Pacífico.
- Maisch von Humboldt, L. & Avendaño, J. (2015). Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Quinto del Código Civil Peruano. Derecho Reales,. En Revoredo Marsano, D. (comp.). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios* (pp. 205-366). Thomson Reuters.
- Marcenò, V. (2013). *La legge abrogata: Esistenza, validità, efficacia*. G. Giappichelli Editore.

Pannebakker, E. (2018). *Letter of Intent in International Contracting*. Intersentia.

De la Riva-Agüero y Osma, J. (1937). Discurso-Memoria en el Colegio de Abogados,. *En Riva-Agüero y Osma, José de la (1979) - Obras Completas* (pp. 327-361). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roberts, D. J. (2009). *Mergers & Acquisitions*. John Wiley & Sons, Inc.

Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.

Ruiz, D. (2012). Los acuerdos de confidencialidad en la contratación minera. *Advocatus* (12), 337-343.

Schopf, W., Kraus, K., y Flaming, T. (1996). When a letter of intent goes wrong: explore if you'll win if it's in the hands of a jury. *Business Law Today*, 5(3), 30-34.

Shelley, K. y Toronto, J. (2005). Preliminary Agreements: How to Avoid Unintended Contractual Obligations. *Franchise Law Journal*, 25(2), 47-55.

Trapani, M. (2019). *Abrogatio. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*. G. Giapichelli Editore.

Varsi, E. (2017). *Tratado de derechos reales (Parte General)*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Vidal, F. (2013). *El Acto Jurídico*. Gaceta Jurídica.

Wilmot-Smith, R. y Darling, P. (2021). *Wilmot-Smith on Construction Contracts*. Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

High Court of Justice Queen's Bench (2006, 29 de marzo). *EDRC Group Limited v. Brunel University*.

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, 10 de marzo de 2010, Opinión 27-2010/DTN (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de diciembre de 2010, sentencia recaída en el Expediente 01458-2010-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 3 de junio de 2011, sentencia recaída en el Expediente 01388-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 22 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 03146-2012-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de abril de 2014, sentencia recaída en el Expediente 1388-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de marzo de 2018, sentencia recaída en el Expediente 04950-2014-PA/TC (Perú).

Tribunal Registral [T.R.], 18 de enero de 2008, Resolución 019-2008-SUNARP-TR-A (Perú).

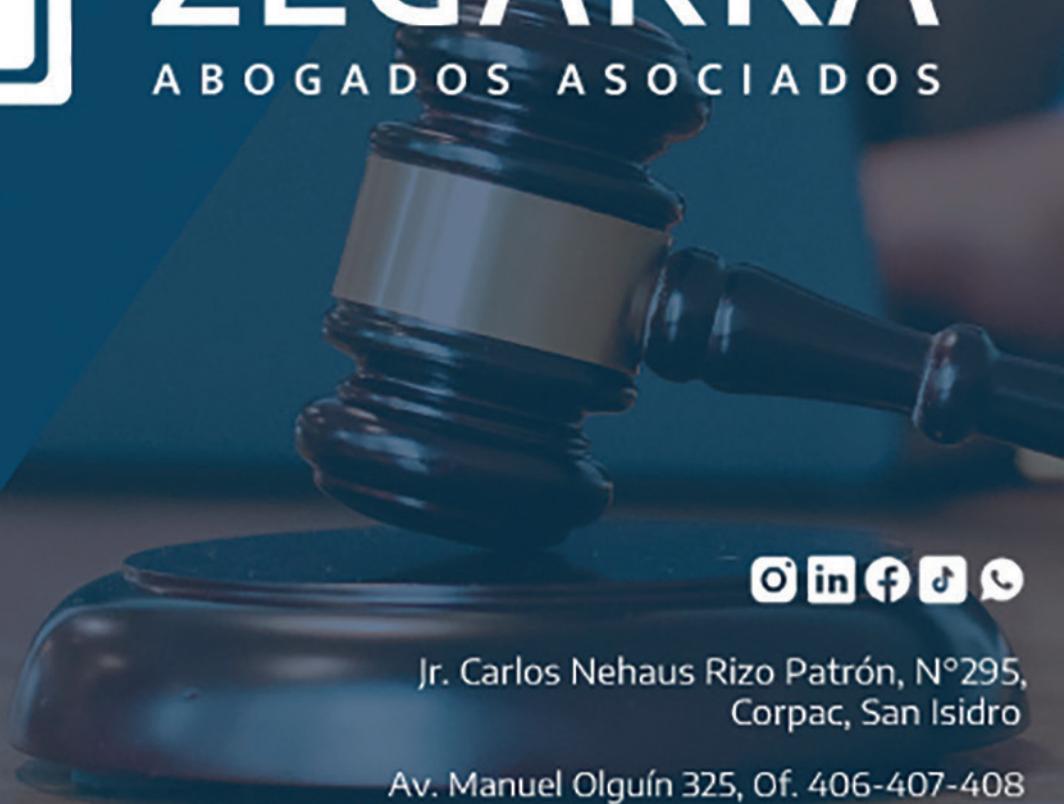
Tribunal Registral [T.R.], 6 de marzo de 2009, Resolución 086-2009-SUNARP-TR-A (Perú).

Tribunal Registral [T.R.], 15 y 16 de noviembre de 2012. XCIX Pleno Registral (Perú).



UGAZ ZEGARRA

ABOGADOS ASOCIADOS



Jr. Carlos Nehaus Rizo Patrón, N°295,
Corpac, San Isidro

Av. Manuel Olguín 325, Of. 406-407-408
Santiago de Surco

Teléfonos: (+51) 932 438 912

www.estudiougaz.com

LA FIANZA COMO CONTRATO Y COMO CARTA: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

THE SURETY AS AN AGREEMENT AND AS A BANK LETTER OF CREDIT: TWO SIDES OF THE SAME COIN?

Álvaro Peña Villanueva*

Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The surety is a legal figure that allows for greater security in transactions and reduces the risks associated with investments and contracts. Frequently, the image of the surety bond as an agreement and as a letter converge; nevertheless, the author underscores that both figures have important nuances and differentiated features. In this line, the present work approaches this institution with a comparative approach between what was regulated by the Peruvian Civil Code of 1936 and what is regulated by our current Code, showing the continuities and modifications that it has undergone. Thus, the author establishes that the current regulation offers greater conceptual precision and formality in the figure, making its application safer.

The author also develops an important review of the application of the terms of the surety through an analysis of recent case-law. This step leads the author to describe and analyze what are the requirements to participate/constitute an operation of this nature.

KEYWORDS: Surety bond; contract; letter; legislative comparison; case-law; obligation.

La fianza es una figura jurídica que permite mayor seguridad en las transacciones y reduce los riesgos asociados a las inversiones y contrataciones. Con frecuencia, la imagen de la fianza como contrato y como carta converge; sin embargo, el autor muestra que ambas figuras poseen importantes matices y rasgos diferenciados. En esta línea, el presente trabajo aborda esta institución con un enfoque comparativo entre lo regulado por el Código Civil de 1936 y nuestro Código Civil vigente, mostrando las continuidades y modificaciones que ha sufrido la misma. Así, el autor establece que la regulación actual ofrece una mayor precisión conceptual y formalidad en la figura, haciendo más segura su aplicación.

El autor también realiza un importante repaso de la aplicación de los términos de la fianza a través de un análisis de la reciente jurisprudencia. Este paso conlleva describir y analizar cuáles son los requisitos para participar/constituir una operación de este carácter.

PALABRAS CLAVE: Fianza; contrato; carta; comparación legislativa; jurisprudencia; obligación.

* Estudiante de último año en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Asistente de docencia del curso Contratos y Sociedades Anónimas. Contacto: alvaro.pena@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 28 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN: EL ROL DE LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

El Código Civil ha previsto, en sus distintas iteraciones, los mecanismos con los que cuenta un acreedor para, en tanto titular de una situación jurídica subjetiva de interés prevalente, asegurar que su deudor cumpla con la prestación a la que se ha obligado. Esto ha resultado necesario pues, bajo una lógica comercial, se busca reducir los riesgos a los que se pueden enfrentar los inversionistas e incentivar la contratación, entendida como una relación jurídica de contenido patrimonial.

Así, ante un incremento en la posibilidad de incumplimiento –es decir, ante mayor riesgo del acreedor de ver su pretensión insatisfecha–, quienes cuentan con mayores recursos se verán menos interesados en invertirlos o, en todo caso, lo harán en menor medida o con reducida frecuencia. Empero, siguiendo una lógica contraria, es razonable decir que, a mayor número de mecanismos que propugnen un correcto y eficiente cumplimiento de la palabra del deudor, mayor será el incentivo para los sujetos con recursos de contratar y de dar dichos derechos o bienes en circulación.

Es en este marco que nacen las garantías como mecanismos que, como etimológicamente podemos atisbar, brindan un respaldo a la promesa del deudor. En otras palabras, cuando se constituye una garantía la obligación que toma el deudor deja de estar aislada y de sostenerse por sí sola, pues es provista de un cimiento que la refuerza ante potenciales situaciones que pongan en peligro su cumplimiento.

Las garantías en el sistema jurídico peruano son de amplia variedad y clase, y, de acuerdo con la

clasificación que le ha brindado nuestro sistema legal y la literatura jurídica, pueden ser reales o personales¹. Las primeras son aquellas que, como nos adelanta su concepto, recae sobre la *res*. En ese sentido, las garantías reales pueden afectar todo tipo de bienes: muebles o inmuebles²; tangibles o intangibles³; presentes o futuros⁴. Por otro lado, las segundas son aquellas que, no afectando bienes, implican el involucramiento de personas como agentes que garantizan, con su patrimonio, el cumplimiento de la obligación.

La fianza, como se encuentra regulada en el Código Civil, es una garantía personal⁵, en tanto quien se obliga a garantizar el cumplimiento de la obligación es una persona: el fiador⁶. De lo contrario, si la obligación se viera garantizada por un patrimonio autónomo, por un conjunto de activos o por uno o varios derechos, estaríamos ante una garantía real. Resulta imprescindible partir por esta diferenciación, por cuanto sin ella fracasaremos en identificar la diferente regulación que es aplicable a las instituciones bajo comentario.

Así, podemos decir que en tanto el fiador se obliga como persona y sujeta su patrimonio al cumplimiento de la obligación garantizada, nos encontramos ante una garantía personal.

II. LA FIANZA EN EL CÓDIGO CIVIL

A. Código Civil de 1984

La fianza se encuentra regulada entre los artículos 1868 y 1905 del Código Civil, dentro del Libro VII, Fuentes de las Obligaciones, Sección Segunda, Contratos Nominados. Es decir, podemos determinar que, bajo una sencilla interpretación sistemática, nuestro ordenamiento legal recono-

¹ Al respecto del rol que cumple la garantía en nuestro ordenamiento, Gutiérrez Camacho comenta que “desde una perspectiva contractual, las garantías refuerzan la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones, mejorando la posición jurídica económica del acreedor y ampliando las obligaciones del deudor” (2003). En ese sentido, la podemos ver como un incentivo para la contratación y entrada en vigor de relaciones comerciales, pues “se trata de un género de figuras jurídicas que favorecen el endeudamiento y, por tanto, la celebración de contratos crediticios” (2003).

² Sobre un bien inmueble se puede constituir una garantía hipotecaria (artículo 1097 del Código Civil). Por otro lado, dependiendo del bien mueble, se puede constituir una garantía mobiliaria sobre alguna cosa o derecho (inciso 13 del artículo 2 de la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria).

³ Un ejemplo de garantía sobre bien tangible es la anticresis, la cual recae sobre un inmueble (artículo 1091 del Código Civil). Por otro lado, un ejemplo de garantía sobre bien intangible es la garantía mobiliaria sobre acciones, la cual recae sobre los derechos de los que es titular el accionista de una sociedad, y que se ven representados como una anotación en la respectiva matrícula de acciones (artículo 92 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades).

⁴ Como garantía de una obligación nacida de un préstamo sofisticado se puede constituir un fideicomiso sobre los flujos de caja del prestatario, lo cual es un ejemplo de garantía sobre bienes presentes. Por otro lado, partiendo de la misma premisa, el prestatario puede suscribir la pre-constitución de una garantía mobiliaria sobre saldos en cuenta de un período por venir. Estos son ejemplos de garantías sobre bienes futuros.

⁵ La doctrina, a su vez, la reconoce como una ‘garantía tradicional’ (Arteaga Reátegui, 2023, p. 305), debido a su constante uso y a la trayectoria de su regulación en nuestro sistema jurídico.

⁶ Por más que resulte evidente, es importante establecer que, al momento de determinar los requisitos para constituirse como fiador, el Código no diferencia en persona natural o jurídica. Dichos requisitos serán abordados oportunamente.

ce a la fianza como un negocio jurídico dotado de contenido patrimonial⁷.

Si bien la fianza implica la existencia e interacción –aunque no directa– de tres partes (el acreedor, también conocido como beneficiario; el deudor, también conocido como fiado; y el garante, también conocido como fiador); en sí la relación jurídico-contractual puede ser celebrada solo por dos partes, atendiendo a su naturaleza de acto jurídico bilateral: el fiador y el acreedor. Efectivamente, el artículo 1868 del Código Civil señala que el fiador se obliga frente al acreedor en garantía de una obligación ajena, dejando en claro que la relación obligatoria nace entre ambos sujetos.

1. Requisitos para la constitución de un fiador

El artículo 1876 del Código Civil delinea los elementos con los que debe contar una persona para que su constitución como fiador sea válida. En buena cuenta, estos elementos de validez son (i) ser una persona capaz de obligarse; (ii) ser propietaria de bienes suficientes para hacer frente a la obligación; y (iii) que dichos bienes sean realizables en el territorio peruano.

Con respecto al primer requisito, resulta evidente que la persona designada para ofrecerse como garante debe contar con capacidad jurídica. Ahora bien, dicha capacidad, de acuerdo con Ortega Piñata, implica no la necesidad de contar con capacidad de ejercicio –sea a través del ejercicio pleno de la capacidad, o a través de los mecanismos de patria potestad, tutela o curatela–; sino, más bien, la capacidad de goce⁸.

Para el caso de las personas jurídicas, la capacidad implica, además, que la designación de representantes sea adecuada en forma y fondo. Ciertamente, el artículo 1870 del Código Civil señala que las personas jurídicas pueden constituirse como fiadoras a través de sus representantes legales, siempre que estos tengan poder suficiente para ello. Aunque no especificado por el artículo bajo

comentario, podemos determinar que dicho poder debe ser brindado siguiendo el procedimiento estatutario y legal previsto.

En resumidas cuentas, el poder de representación (*proxy*) debe (i) ser aprobado por el órgano competente de la persona jurídica (la cual puede ser la junta general de accionistas, el directorio, la junta de socios, el consejo directivo, etc., dependiendo del tipo de persona jurídica y de las disposiciones del estatuto) y contar con el umbral de votos válidos y favorables requerido por el estatuto; y (ii) constar por el monto de la fianza a ser suscrita, pues, de lo contrario, será ineficaz para garantizar dicha obligación⁹.

Siguiendo, el segundo requisito puede resumirse en que el deudor debe presentar a un garante que sea **solvente**. Al respecto, Ortega menciona que:

Dado que la fianza entraña la afectación genérica o indirecta de bienes, el garante debe ser persona solvente, esto es, con suficiencia patrimonial (activos) que le permita afrontar una eventual ejecución de la garantía otorgada. Y es que, en términos de racionalidad económica, más allá de la solvencia personal (en el sentido de haber interiorizado el concepto de la palabra empeñada y, por lo tanto, de honrar los compromisos asumidos), lo cierto es que el acreedor contrata con determinada persona por cuanto le interesa contar con un segundo patrimonio de respaldo, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. En ese sentido, la solvencia del fiador es un requisito inherente a esta garantía. (2004, p. 128)

Y no es sino evidente la relevancia del cumplimiento de este requisito pues, inmediatamente después a su mención en el artículo 1876, el artículo 1877 establece expresamente el derecho del acreedor de exigirle al deudor el reemplazo del fiador, en caso de la insolvencia de este.

Finalmente, el tercer requisito implica la posibilidad de que el patrimonio del fiador sea –en caso

⁷ Como señala Ortega, los contratos nominados son “aquellos [...] que poseen un nombre o denominación que permite su identificación” (2001, p. 98). Esto implica que un contrato nominado “en algunos casos (cuando el contrato es tipificado) es recogido por la ley dado su empleo constante y generalizado” (2001, p. 98).

⁸ Señala Ortega al respecto:

Lo anterior nos permite también concluir que el artículo 1876 del Código Civil no se refiere a la capacidad de ejercicio, sino a la capacidad de goce, esto es, que el fiador debe ser persona que no esté legalmente impedida de contratar fianza, al margen de que se obligue personalmente o a través de representante, de allí que la referencia del artículo bajo comentario sea precisamente a **persona capaz de obligarse**. (2004, p. 127) [el énfasis es nuestro]

⁹ Es decir, si el órgano competente aprueba designar a un representante para que este suscriba un contrato de fianza en nombre de la persona jurídica hasta por el monto de diez mil dólares, pero luego la persona jurídica desea suscribir otra fianza hasta por el monto de veinte mil dólares, deberán volver a aprobar la designación dejando en claro el monto bajo el cual se va a obligar. Para simplificar la operación, también es posible que en el otorgamiento de poder a un representante se especifique que dicha designación se da por un monto indeterminado, para que este quede facultado a obligar a la persona jurídica en contratos de fianza de montos indeterminados, pero por obligaciones determinables.

de incumplimiento por parte del deudor—ejecutable en el territorio nacional. Esta decisión del codificador es lógica en tanto se pretende que, ante la falta del deudor, el acreedor pueda dirigirse hacia el fiador y reclamar el mismo pago de la obligación como si del deudor se tratase.

2. Límite de la fianza

Ahora bien, vale la pena preguntarnos, ¿qué se puede garantizar? ¿Acaso es un mecanismo que permite abarcar el universo de obligaciones, o está limitado a algunas determinadas? De acuerdo con un sector de la doctrina, el Código Civil permite la constitución de una fianza ‘general’ u ‘ómnibus’.

Al respecto, Calderale postula lo siguiente:

El artículo 872 del Código Civil, al mencionar entre las obligaciones que pueden ser garantizadas con la fianza, aún aquellas ‘determinables’ aunque sean desconocidas al momento del otorgamiento de la fianza, aporta argumentos de peso para sostener la teoría de que la ‘fianza general’ no es un acto nulo por indeterminabilidad del objeto según el artículo 219 inciso 1, número 3, del Código Civil. (1990, p. 78)

De esta manera, podemos notar que, con respecto a los límites de la fianza, nuestro ordenamiento jurídico no sanciona con nulidad a la fianza constituida sin obligación determinada. Es decir, el fiador puede garantizar cuantas obligaciones el fiado asuma.

Empero, esto no quiere decir que el monto que asuma sea necesariamente también ilimitado, pues las partes pueden no haberlo pactado de esa forma. Efectivamente, impera la necesidad de delinear la diferencia entre indeterminación de obligaciones y límite cuantitativo del monto pecu-

nario por el cual el fiador se puede obligar. En estos casos se puede acordar un *ceiling* sobre el cual el patrimonio del fiador ya no puede ser afectado ante el caso de un incumplimiento y ejecución de la garantía personal.

En esa línea argumentativa, Calderale indica, analizando el supuesto en el que el deudor sea una sociedad anónima, que la lógica de las fianzas generales se basa en lo siguiente:

Constituye un conveniente instrumento de selección de los acreedores de la sociedad: concediéndola a fin de obtener crédito, los garantes convierten en menos costosa la elección, tanto desde el punto de vista de los costos como del área de los riesgos cubiertos. Si, en cambio, se ofreciera alternativamente, por ejemplo, garantías reales, se privaría a la empresa de la posibilidad de utilizar esos bienes en el futuro para obtener otros créditos. (1990, p. 78)

Concluimos de esta forma el análisis de las principales características de la fianza de acuerdo con el Código Civil vigente. Varias de estas vienen, a su vez, de la regulación aportada por el Código anterior.

B. Código Civil de 1936

Los artículos 1775 al 1801, contenidos en el Título XVII, De la fianza, Sección Quinta, De los diversos contratos, eran los encargados de brindar la regulación de la institución jurídica de la fianza en el Código Civil de 1936.

Este limitado compendio, en líneas generales, no es significativamente distinto a la regulación vigente¹⁰. De esta forma, podemos vislumbrar cuáles han sido las modificaciones aportadas por los codificadores entre ambas versiones del Código Civil a través del siguiente cuadro comparativo:

	Código Civil de 1936	Código Civil de 1984
Definición	Artículo 1775.- Por la fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra.	Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: estamos frente a una mayor precisión conceptual brindada por el Código vigente. Si bien ambas guardan el mismo cimiento, el artículo 1868 se esfuerza en dejar claras las partes de la relación jurídica –fiador y acreedor–, así como el carácter de garantía que recubre a esta relación.

Finalmente, aunque el Código de 1936 también permitía la existencia del subfiador en su artículo 1791, el Código vigente hace un esfuerzo en dejar claro, en el contexto de la definición de la figura jurídica, la posibilidad de asumir la fianza de un fiador.

¹⁰ De hecho, Calderale, comentando los cambios que el Código de 1984 trajo con respecto a las garantías personales, sostuvo que “en el campo específico de dichas garantías, sin embargo, no se han introducido innovaciones relevantes” (1990, p. 77).

Formalidad	Artículo 1776.- La fianza debe constar por escrito bajo pena de nulidad; y solo quedará obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, sin que pueda obligarse por mayor cantidad, ni con más gravamen que el fiado.	Artículo 1871.- La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.
-------------------	--	--

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el artículo 1776 se explaya en el límite a la responsabilidad del fiador, problema al que se aboca el Código vigente, pero en un artículo poste-

rior. Más allá de ello, la norma lleva siendo clara en cuanto al carácter *ad solemnitatem* del contrato de fianza.

Alcance	No hay regulación de este tipo.	Artículo 1873.- Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor.
	Artículo 1777.- Si la fianza no fuere limitada, comprenderá no solo la obligación principal, sino todos sus accesorios, inclusive los gastos del juicio; pero entendiéndose respecto de estos, que no responderá el fiador sino de los que se hubiesen devengado después de que fue requerido para el pago.	Artículo 1878.- La fianza, si no fuere limitada, se extiende a todos los accesorios de la obligación principal, así como a las costas del juicio contra el fiador, que se hubiesen devengado después de ser requerido para el pago.

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1984 mantiene vigente las normas contenidas en el antiguo Código. Sin perjuicio de ello, a propósito del análisis de los límites de la fianza, resulta pertinente evocar lo señalado por Arata Solís y Alegre Porras.

Primero, con respecto a la fianza limitada o ilimitada, los juristas resaltan lo siguiente:

En lo que se refiere a la extensión de la obligación del fiador que, como hemos afirmado, se circunscribe dentro de los límites de la obligación principal, tenemos que para el caso de que la obligación del fiador tenga por objeto una prestación idéntica a la del deudor principal o, por lo menos, una prestación dineraria, nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos modos en que puede constituirse la obligación de fianza, los cuales se decantan del texto del artículo 1878 del Código Civil, a saber: una fianza limitada y una fianza ilimitada. De la interpretación del precepto en referencia se concluye que la fianza será limitada cuando el fiador garantice con su conducta solo el cumplimiento de la prestación principal o una parte de la misma. Por su parte, la fianza será ilimitada cuando el fiador, además del cumplimiento de la prestación principal, garantiza el pago de los accesorios de la misma como son los intereses moratorios y compensatorios y las costas y costos del juicio contra el fiador. Sea que la fianza sea limitada o ilimitada el fiador no podrá pagar al acreedor más allá de

los límites de la obligación del deudor principal (2003, s/p).

Es relevante rescatar que, en el caso del carácter ilimitado de la fianza, esta implica que se responde por costos accesorios a los de la obligación principal. Empero, leyendo dicha norma en concordancia con la norma contenida en el artículo 1873, podemos interpretar, así como lo han hecho los autores bajo comentario, que este carácter 'ilimitado' tiene un tope, el cual es no excederse de la deuda del fiado. Es sensato, entonces, reconocer que no estamos ante una fianza verdaderamente ilimitada como su nombre podría confundir, sino, y como preferimos referirnos a ella, ante una fianza holística¹¹.

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor, los autores bajo comentario subrayan:

Cuando el Código estima procedente [...] un modo más eficaz de obligarse el fiador, a lo que hace referencia, en suma, es a las garantías que aquel puede otorgar a favor del acreedor para reforzar frente a este el cumplimiento de la prestación a su cargo (2003, s/p).

Concordamos con lo señalado por los autores, pues el fiador puede, a su vez, otorgar garantías personales –por ejemplo, a través de un subfiador– o reales en respaldo de su obligación con el acreedor, lo cual es manifestación de su derecho a obligarse de manera más eficaz que el deudor.

¹¹ A diferencia de una fianza 'integral', que se aboca solo a cubrir la obligación principal, la fianza 'holística', como la permite el artículo 1878, se dirige a cubrir, además de la obligación, los costos accesorios.

Requisitos del fiador	<p>Artículo 1793.- El que está obligado a dar un fiador, deberá presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que sea dueño de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, y que se halle domiciliada en el departamento.</p>	<p>Artículo 1876.- El obligado a dar fianza debe presentar a persona capaz de obligarse, que sea propietaria de bienes suficientes para cubrir la obligación y realizables dentro del territorio de la República. El fiador, en este caso, queda sujeto a la jurisdicción del juez del lugar donde debe cumplirse la obligación del deudor.</p> <p>El obligado puede sustituir la fianza por prenda, hipoteca o anticresis, con aceptación del acreedor o aprobación del juez, salvo disposición distinta de la ley.</p>
-----------------------	---	--

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1936 preveía los mismos requisitos –ya estudiados– para la constitución de una persona como fiador: contar con capacidad jurídica y ser propietaria de bienes suficientes para responder por la obligación garantizada. En el caso del Código de 1984, se ha incorporado como requisito el que los bienes de los cuales es propietario el fiador sean realizables dentro del Perú.

Asimismo, el codificador ha elegido por regular en esta norma la posibilidad de que el deudor sustituya la fianza por otro tipo de garantía igual o más efectiva, siempre y cuando cuente con la aceptación del acreedor o, en su defecto, cuente con mandato judicial, salvo disposición en contrario de la ley.

Cofiadores	<p>Artículo 1783.- Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad.</p>	<p>Artículo 1886.- Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y todos ellos se hubieran obligado a prestaciones iguales, cada uno responde por el íntegro de su obligación, salvo que se haya pactado el beneficio de la división.</p>
	<p>No hay regulación de este tipo.</p>	<p>Artículo 1893.- Cuando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva. Si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de éste se distribuye proporcionalmente entre los demás.</p>
	<p>Artículo 1790.- Podrán los cofiadores oponer al que pagó, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fuesen puramente personales del mismo deudor.</p>	<p>Artículo 1895.- Los cofiadores pueden oponer al que pagó las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor contra el acreedor y que no sean inherentes al deudor.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1984 brinda mayor claridad sobre la regulación aplicable a los cofiadores.

recho de división, inexistente en la regulación del Código derogado, es una manifestación del nuevo enfoque que se quiso brindar al carácter tuitivo de la regulación brindada para el fiador.

En primer lugar, resulta esclarecedor el cambio de enfoque que da el artículo 1886 a la regla brindada por el artículo 1783. Mientras que el Código derogado apuntó a colocar la luz sobre la solidaridad como excepción a la individualización de la responsabilidad del cofiador, el Código vigente altera el lenguaje para especificar que cada cofiador responde por toda su obligación, salvo que se haya pactado el derecho de división. Esta mención al de-

Asimismo, si bien los artículos 1790 y 1895 guardan un mismo sentido que nos permite equipararlos, el artículo 1893 aporta una nueva regla en virtud de la cual, ante la insolencia de un cofiador, se puede proceder con repartir la ‘parte’ de la obligación de este entre el resto de cofiadores, siempre guardando atención a la regla de la proporcionalidad.

Plazos	<p>Artículo 1786.- El fiador, aún antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal:</p> <p>[...]</p> <p>5. Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor.</p>	<p>No hay regulación de este tipo.</p>
	<p>Artículo 1788. - Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor, que haga efectivo su derecho. Si el acreedor no ejercita su derecho en el término de treinta días después de requerido, o si abandona el procedimiento por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación.</p>	<p>Artículo 1899.- Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor que cuando la deuda sea exigible, haga efectivo su derecho y demande al deudor. Si el acreedor no ejercita ese derecho en el plazo de treinta días después de requerido o si abandona el procedimiento, el fiador queda libre de su obligación.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido del Código Civil de 1936 y Código Civil de 1984.

Comentario: el Código de 1936 brindaba dos plazos legales que el Código de 1984 ya no contempla: el plazo de diez años, para permitir que el fiador proceda contra el deudor principal; y el plazo de tres meses, para establecer el límite temporal para que el acreedor abandone el procedimiento para ejercer su derecho.

Resulta revelador cómo, respecto al primer punto, el codificador decidió no mantener enunciado legal alguno que guarde similitud con el precepto del derogado artículo 1786. Asimismo, resulta evidente la intención de no imponer un plazo legal en el segundo caso, dado que en la redacción del artículo 1899 se decidió mantener la regla contenida en el derogado artículo 1788 y un texto casi idéntico, pero removiendo la mención a los tres meses.

No se proscribe, sin embargo, la posibilidad de que las partes se obliguen a plazos convencionalmente establecidos, siempre en atención a las normas imperativas y a las demás disposiciones del contrato base.

De esta manera, como es posible evidenciar, existen disposiciones legales que han sido sustancialmente modificadas, así como existen también aquellas que se han mantenido sin modificación material alguna entre el Código Civil vigente y el anterior inmediato¹².

III. LA CARTA FIANZA

Habiéndonos sumergido en el análisis del contrato de fianza, corresponde abocarnos al estudio de otra figura que, aunque revestida de regulación que la equipara a la fianza, no resulta, sin embargo, siendo un reflejo íntegramente replicado de dicho contrato nominado.

En primer lugar, corresponde recordar que el derecho, como toda creación de la sociedad, responde a las necesidades de esta y se adapta y moldea conforme se necesite para poder prosperar y desarro-

llarse. En este contexto, el derecho comercial ha visto que la figura típica de la fianza, conforme se encuentra regulada por los distintos sistemas jurídicos del *civil* y *common law*, no ha logrado abastecer las peculiares necesidades y requerimientos de operaciones cada vez más sofisticadas en el mercado.

En efecto, lo que probablemente antes podía verse como una simple operación bilateral –un contrato de préstamo en el cual A le otorga a B un monto determinado de dinero con la promesa de B de pagarle dicho monto adeudado en un plazo fijo–, se ha visto complejizado escaladamente con la aparición de nuevas figuras financieras, estándares comerciales y requerimientos de un mercado globalizado y digital. Es de esta forma que nace la carta fianza, como mecanismo que busca reducir los costos que los acreedores toman al momento de contratar con sus deudores y de aceptar garantías personales otorgadas por los fiadores o por los avales de estos.

La carta fianza es, entonces, un acto jurídico-comercial en el cual el deudor, en lugar de garantizar el cumplimiento de su obligación al acreedor con la promesa de otra persona desconocida para el acreedor, con la cual este deberá investigar y correr el riesgo de incumplimiento de dicho fiador, asegura su palabra con el respaldo de una institución financiera –en el caso peruano, una empresa del sistema financiero con autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP para actuar como ente fiador¹³– cuyo respaldo representa una promesa que brinda mayor seguridad y certeza al acreedor.

Así, vemos una ventaja comercial de la carta fianza bancaria por sobre el tradicional contrato de fianza: el costo para cubrir la asimetría informativa en el que incurre el acreedor para determinar la capacidad de su garante de cumplir la obligación garantizada. Mientras que en el contrato de fianza el acreedor puede encontrarse frente a un fiador –sea persona natural o jurídica– ante el cual sea po-

¹² Mención especial merece la regla jurídica prevista por el artículo 1792 del Código Civil de 1936. Dicho precepto lee:

Artículo 1792.- Si la fianza se constituyó para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal en el otorgante, la fianza subsistirá aunque se invalide la obligación principal.

Esto levanta nuestra curiosidad, en tanto, como hemos establecido, una de las características del contrato de fianza es su carácter **accesorio** al contrato obligacional del cual emana como garantía. En ese sentido, de darse algún vicio o defecto en dicho contrato base, este debería afectar conexamente al contrato de fianza que en él se sostiene.

Sin embargo, este precepto legal es repetido por el artículo 1875 del Código actual. En efecto, lo que ambos dispositivos legales indican es que, en el particular caso del defecto de capacidad personal en el otorgante –es decir, en el deudor–, dicha avería jurídica, que puede llegar a generar la invalidez de la obligación principal, como reconoce cada artículo bajo comentario, no representa óbice alguno para que la fianza siga siendo válida. Esto, como vemos, resulta atípico en tanto es la excepción a la regla del carácter accesorio de la fianza.

¹³ Es importante notar que la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, no establece ninguna obligación de que estas empresas sean exclusivamente bancos o empresas que brindan créditos. Por el contrario, es bien sabido que las empresas de seguros y reaseguros también pueden emitir una especie de 'carta fianza', conocida como póliza de caución.

tencialmente necesario conducir un examen sobre el patrimonio con el que cuenta y su capacidad de cumplimiento, este costo se reduce significativamente cuando el fiador es una entidad regulada del sistema financiero, en tanto ya cuenta con un respaldo de dicho sistema –y de los entes reguladores que la supervisan– y un historial que le asegura al acreedor que, ante un eventual evento de incumplimiento, podrá recobrar su crédito, así como los intereses y costos asociados, de corresponder.

Para Barchi, la carta fianza bancaria “supone una operación compleja que se materializa en una promesa unilateral del garante a favor del acreedor” (2009, p. 79). Por otro lado, con respecto a su relación con la fianza del Código Civil, Barchi concluye que “es cierto que en cualquiera de los dos casos se establece una relación obligatoria entre el garante y el acreedor”, pero la diferencia radica en que “en un caso, la fuente (o título) es un contrato que tiene como partes a ellos mismos (la fianza) y, en el otro, una operación compleja (‘la carta fianza’)” (2009b, p. 79).

En ese mismo orden de ideas, Ortega sostiene que la carta fianza bancaria, como su nombre lo indica, “es un documento (en forma de carta) que emite una institución financiera, a solicitud y generalmente por cuenta del deudor garantizado, dirigido al acreedor” (2004, p. 132). No obstante, como advierte el autor, “es entregado por el banco al solicitante [...] para que lo entregue posteriormente al acreedor en cumplimiento de la obligación asumida [...]. En ese sentido, no existe una declaración de aceptación expresa por parte del destinatario de la garantía” (2004, p. 132).

Efectivamente, acá encontramos una de las principales diferencias entre las dos instituciones bajo lupa, pues, mientras que en el caso de la fianza “es necesario un contrato entre el fiador y el acreedor” (Castro Trigoso, 2003), en tanto el deudor es un tercero cuya deuda es la garantizada; en el caso de la carta fianza, no estamos ante un negocio jurídico bilateral pues no se requiere de la manifestación de la voluntad del acreedor, sino solo la del fiador.

Ahora bien, normativamente la carta fianza no ha recibido mayor regulación especializada que aquella otorgada por la Circular B-2101-2001, “Establecen precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías”. Dicha norma

regula efímeramente la figura bajo análisis de la siguiente manera:

5.1 Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII ‘Fuentes de las Obligaciones’, con las particularidades establecidas por la Ley General¹⁴ y la presente Circular.

5.2 Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento¹⁵, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben tener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los Artículos 1880 y 1885 del Código Civil.

5.3 En los casos señalados en el numeral 5.2, la comunicación que conforme a los Artículos 1892 y 1894 del Código Civil deba dirigir la empresa garante al deudor de la obligación garantizada para hacer de conocimiento de éste el pago de la fianza, será efectuada de manera simultánea a la ejecución de la carta fianza.

Lo que más resalta de la regulación brindada por la SBS es el tratamiento espejo que le otorga a la carta fianza con respecto a la regulación del contrato de fianza. En otras palabras, la norma equipara ambas figuras jurídicas, pues cómo sino explicar el reconocimiento en virtud del cual las reglas aplicables a una figura son las mismas a las que la otra debe sujetarse. Por ello, resulta sorprendente que, ante las evidentes consecuencias y requerimientos distintos que para el uso de una fianza o de una carta fianza se exigen, la citada circular haya decidido seguir el camino despreocupado –o ingenuo– de asimilar ambas figuras.

Es claro, entonces, que no podemos limitarnos a una interpretación literal de la regulación brindada por nuestro sistema jurídico a la carta fianza, pues podríamos caer en comparaciones infructíferas que conlleven a mayores problemas de aplicación jurídica.

¹⁴ Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero.

¹⁵ Para Barchi, “decir que es una carta fianza de realización automática e incondicional resulta siendo repetitivo” (2009b, p. 95) en tanto (i) al ser una garantía autónoma y, por ende, de primer requerimiento, es por consiguiente de realización automática; y (ii) justamente por gozar de este carácter de ‘a primer requerimiento’, no están condicionadas a la presentación de medios probatorios más allá de aquellos necesarios para demostrar sencillamente que hubo un incumplimiento de la obligación y, por ende, que se gatilló la carta fianza.

Ahora bien, por otro lado, en la práctica de mercado las cartas fianza se han vuelto elementos esenciales en las relaciones jurídico-comerciales. En efecto, las cartas fianza son de uso común en estructuras de financiamiento a gran escala, dentro de las cuales podemos encontrar, evidentemente, aquellas relacionadas con la actividad del Estado.

Particularmente, en el marco del financiamiento de concesiones, en las cuales las bases de las licitaciones requieren que el concesionario financie sus actividades con fondos de 'acreedores garantizados', es práctica comercial que dichos acreedores –entidades financieras inversionistas en el proyecto– exijan la entrega de una variedad de garantías personales y reales. Dentro de las primeras están distintas especies de cartas fianza bancarias, como lo pueden ser la carta fianza como garantía de fiel cumplimiento (Ugarte y Loaiza, 2023, p. 156), la carta fianza como garantía de reembolsos, entre otras.

De esta forma, podemos confirmar que la carta fianza, aunque conceptualmente guarda vínculo con el contrato nominado regulado en nuestro Código Civil, se reserva particularidades que la singularizan y diferencian inequívocamente de este.

A. Relaciones jurídicas en la carta fianza

Ahora bien, cabe mencionar que la doctrina también ha identificado la trilogía de relaciones que pueden ser identificadas al momento de constituirse una carta fianza. Ciertamente, tenemos (i) la relación entre el emisor de la carta (el banco) y el beneficiario (el acreedor); (ii) la relación entre el ordenante (deudor) y el beneficiario (acreedor); y (iii) la relación entre el ordenante (deudor) y el emisor (banco).

Esta última relación guarda especial interés dado que, como señala Pineda, estamos ante una suerte de 'contrato de crédito indirecto', pues el banco:

No ha desembolsado dinero, pero sí ha garantizado dicha obligación primigenia del [deudor] y, en caso de que el cliente no cumpla con su obligación, el banco deberá pagar a solo requerimiento del beneficiario según lo estipulado en la carta fianza (2022, p. 54).

Rodríguez Azuero concuerda y agrega que el crédito indirecto:

Cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no im-

plican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a estos obtenerlo de manos de terceros u obtener una ventaja económica equivalente a la que hubiesen conseguido de haber recibido el dinero (2005, p. 513).

Estamos, pues, ante una especie distinta de operación bancaria que, partiendo del género 'financiamiento', se diferencia de los préstamos u otorgamientos de crédito regulares.

B. Independencia de la carta fianza bancaria

El carácter independiente de la carta fianza, lo cual sostendemos es la base de su singularidad frente al contrato de fianza y su principal diferencia respecto de este, implica el reconocimiento de una serie de derechos de los que se vuelve titular el acreedor de esta garantía. Mientras que en el caso del contrato de fianza el acreedor de una relación obligatoria garantizada por dicha fianza corre el riesgo de que esta, al ser accesoria, se vea afectada por vicisitudes que pudieran acaecer a aquella, en el caso de la carta fianza este riesgo se ve significativamente reducido.

Efectivamente, se estila que la carta fianza goce de una cláusula a 'primer requerimiento', cuyo efecto conlleva una eficacia procesal similar a la de la cláusula *solve et repete*. En ese sentido, y como tenazmente señala Barchi, esta cláusula está "dirigida a excluir las excepciones suspensivas o dilatorias, tales como la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil) y la excepción de caducidad de plazo (artículo 1427 del Código Civil)" (2009b, p. 77).

Sin embargo, como nos recuerda el citado autor, la garantía independiente

No se caracteriza solamente por la presencia de la cláusula 'a primer requerimiento' y 'sin excepciones', sino que su aspecto caracterizador, bajo el perfil estructural, es la relativa independencia de la relación de garantía respecto a la relación garantizada. Esta independencia se traduce en que el garante está obligado al pago frente al acreedor que se lo requiera, y no puede oponerle a este las excepciones relativas a la validez, a la eficacia [...] del contrato base. (2009, p. 78)

Es decir, mientras que en el caso del contrato de fianza el garante se podría negar al pago de la fianza por deducir alguna excepción sobre el contrato base que justifique su pretensión de incumplimiento, dicho supuesto no es posible en el caso de la carta fianza, dada, justamente, su independencia.

Por otro lado, Barchi indica que

[...] el garante se obliga a ejecutar la prestación a favor del beneficiario (acreedor en el contrato base) al primer requerimiento de este, sin oponer excepciones fundadas en la relación base y aún si el ordenante (deudor principal) se opusiera o aún si existiera una controversia pendiente sobre la subsistencia o exigibilidad del crédito. (2009b, p. 83)

Entendiendo así la naturaleza autónoma de la carta fianza, podemos concluir que, por el contrario, el contrato de fianza sí se puede extinguir como consecuencia de la extinción de la obligación garantizada¹⁶.

C. Consecuencias del actuar fraudulento del acreedor

Tanto en la constitución de una garantía a través de un contrato de fianza como a través de una carta fianza bancaria, el garante puede ver su situación jurídica subjetiva amenazada ante la potencial actuación fraudulenta del acreedor. Ciertamente, podría darse el caso de que el acreedor alegue falsamente un incumplimiento del deudor y; ante dicha omisión o comisión defectuosa, tardía o parcial; decida ejecutar la garantía y se afecte al patrimonio del fiador.

En estos casos, en los cuales no se ha dado un incumplimiento, pero aún así el acreedor ha cobrado el crédito con el patrimonio del fiador, nuestro ordenamiento jurídico prevé mecanismos de tutela para resguardar la estabilidad jurídica y devolver el equilibrio a la relación jurídica con el fiador.

Efectivamente, Calderale se enfoca en las consecuencias que acaecen a dicho acreedor deshonesto, rescatando lo señalado por la jurisprudencia italiana:

En situaciones como esta es necesario sancionar los abusos cometidos por quien financia, negándole 'ex post' la cobertura de la garantía por cada fraudulenta concesión de crédito, como ha sido recientemente dispuesto en Italia por la Corte de Casación (1990, p. 79)¹⁷.

Por otro lado, Barchi, analizando el mismo fenómeno, prefiere abocar su interés a los actos que debe emprender el acreedor que ha cobrado el monto indebidamente:

El acreedor (beneficiario) estará obligado a la restitución de la suma recibida por el garante, si luego se determina que no hubo incumplimiento de la obligación garantizada y, que por tanto, la adquisición de la suma entregada por el garante era en todo o en parte injustificada. (2009b, p. 87)

De esta forma, determinamos que nuestro ordenamiento jurídico –que, como ya hemos abordado, brinda reglas cuyo objetivo es tutelar el interés del fiador al evitar el abuso de su posición de sujeción– no se limita a brindar garantías como mecanismo que incentiva la inversión. Por el contrario, y reconociendo el rol relevante que cumple la figura del fiador, busca también crear incentivos para que personas se constituyan como este tipo de garante, al brindar 'seguros' que soporten cualquier tipo de incumplimiento o actuar de mala fe que pueda acaecer contra ellos también.

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE FIANZA Y LA CARTA FIANZA BANCARIA

En ese sentido, podemos resumir las principales características diferenciadoras entre la fianza como contrato y la fianza como carta de la siguiente manera:

	Contrato de fianza	Carta fianza bancaria
Partes	Celebrado entre fiador y acreedor sin intervención del deudor.	Emitida por fiador sin necesidad de aceptación del acreedor.
Relación con el contrato base	Es accesoria.	Es independiente.

¹⁶ Al respecto, Barchi señala que:

En la relación de accesoriedad entre la 'obligación garantizada' y la 'obligación fideiusoria' o 'relación de fianza' importa que la primera arrastra en su suerte a la segunda, de tal manera que la extinción de la 'obligación garantizada' representa un modo de extinción de la 'relación de fianza'. Como señala Giusti: "cuando la deuda principal se extingue, la deuda del fiador también se extingue pues, por reflejo" (2009a, p. 57).

¹⁷ Si bien dicha casación ya no es reciente, en atención al potencial interés del lector, la citada referencia alude a la siguiente casación: Cass. 20 de julio de 1989, n.3385 y n.3386, en Foro Italiano, 1989, I, 3100; y Cass. 18 de julio de 1989 n. 3362, en Foro Italiano, 1989, I, 2750, citada en Calderale, A. (1990).

	Contrato de fianza	Carta fianza bancaria
Aceptación	En tanto estamos ante un negocio jurídico –y, particularmente, uno con exigencias de formalidad de acuerdo con el artículo 140, inciso 4; artículo 232; y artículo 1871 del Código Civil–, para la validez del mismo nuestro ordenamiento requiere la manifestación de voluntad de ambas partes, tanto del fiador como del acreedor. Es decir, se requiere de la aceptación expresa e inequívoca del acreedor garantizado.	De acuerdo con la práctica comercial, estamos ante un documento emitido por un banco en el cual este, en calidad de garante, se obliga a hacer frente a las obligaciones del deudor garantizado en el caso de incumplimiento de aquellas por parte de este. En estas cartas, emitidas unilateralmente por el banco, no consta la aceptación por escrito –a través de firma u otra manera de manifestar la voluntad del acreedor ¹⁸ .
Excepciones	Se puede oponer excepciones vinculadas a la validez o eficacia del contrato base para negarse al pago de la fianza en forma total o parcial.	Debido a la cláusula 'a primer requerimiento' y a la naturaleza independiente que guarda frente a la relación obligacional principal, no se pueden oponer excepciones relativas a dicha obligación para escapar del cumplimiento de la garantía.

Fuente: Elaboración propia

En ese sentido, podemos sostener con amplitud y firmeza que la carta fianza no es una fianza como la entiende el Código Civil; no por ello, dejando de ser una garantía personal.

V. LA FIANZA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Como parte del presente trabajo, hemos analizado el tratamiento que la jurisprudencia le ha brindado a la figura del contrato de fianza y de la carta fianza bancaria en los últimos diez años. En la mayoría de casos, los tribunales se limitan a repetir lo señalado por el Código Civil, en tanto la materia de la controversia no recae enteramente sobre la definición o aplicación de una fianza en general.

Ello, empero, no es óbice para que procedamos con un sintético recuento de la gráfica que las cortes del Perú han dibujado para las figuras bajo análisis.

A. Casación 656-2012-Lima

Esta sentencia, nacida a raíz del recurso de casación que interpone el Ministerio de la Producción frente a la decisión arribada por la Corte Superior que lo obligó a pagar una deuda contra la Corporación Nacional de Desarrollo, aporta las siguientes interpretaciones judiciales:

Fundamento Noveno: La fianza es una garantía de carácter personal, constituida con la finali-

dad de respaldar el cumplimiento de una obligación asumida por la persona garantizada.

Comentario: esta definición es bastante estándar y va acorde a lo analizado a lo largo del presente trabajo, por lo cual no merece mayor comentario.

Fundamento Décimo: Los sujetos intervenientes en el Contrato de Fianza son los siguientes: (i) el acreedor, que es la persona a favor de quien se constituye la obligación principal y, en caso se incumpliera con esta, frente a quien deberá cumplir el fiador; (ii) el fiador, que es aquel que se obliga a garantizar, con todo su patrimonio, el cumplimiento de la obligación principal; y (iii) el deudor, que es el obligado al cumplimiento de la obligación principal.

Comentario: con base en lo estudiado normativa y doctrinariamente en el presente trabajo, expresamos nuestro desacuerdo con la interpretación del tribunal en lo que respecta a las partes del contrato de fianza. Si bien es cierto que el deudor forma parte del sistema sobre el cual se construye la relación de garantía, el Código Civil es preciso al establecer que este contrato es celebrado exclusivamente entre el fiador y el acreedor, no teniendo que intervenir el fiado (deudor).

Fundamento Décimo Primero: Estando a lo señalado, se advierte que al tratarse la fianza de una garantía personal, si se procediera a ejecutar la garantía, el garante fiador deberá responder con todos sus bienes hasta que se alcance a cubrir la obligación puesta a cobro;

¹⁸ Ortega encuentra en la formalidad el factor máximo diferencial entre el contrato de fianza y la carta fianza bancaria pues, de acuerdo con el autor:

Entendemos que por el carácter formal (formalidad sustancial, conforme a la Teoría del Acto Jurídico) de la fianza, la carta fianza no representa fianza alguna (sin que ello signifique que deje de ser una garantía personal), siendo que nuestra conclusión sería radicalmente distinta si la forma escrita no fuese necesaria, sino solo requerida para fines probatorios (lo que implicaría que el contrato ya no sea formal sino consensual), como ocurre en otras legislaciones como en la francesa y la española, en las que la forma escrita como medio de prueba (formalidad no esencial) permite que siempre pueda observarse el principio de literalidad (2004, 133).

sin embargo, también puede pasar que al ser requerido, este quede liberado de responsabilidad por las siguientes razones: (i) Cuando la fianza no se ejecutó en los plazos y condiciones pactadas y previstas en los artículos 1898 y 1899 del Código Civil, que regulan la fianza con y sin plazo determinado; (ii) Cuando el acreedor aceptó en dación en pago del deudor un bien, aunque luego pierda dicho bien por evicción, conforme prevé el artículo 1900 del Código Civil; (iii) Cuando el deudor prorroga la vigencia de la obligación frente al acreedor, sin contar con la autorización del fiador, salvo que este último la haya aceptado anticipadamente, de no ser así, el artículo 1901 del Código Civil señala que la fianza queda extinguida; (iv) Cuando se produce la consolidación entre el deudor y el fiador; y (v) Cuando el derecho de subrogación del fiador se vea afectado por actos realizados por el acreedor, pues ello implica que de cumplir con la fianza, no podría repetir contra el deudor y los demás obligados.

Comentario: aquí vemos el aspecto fundamental que, comentábamos, diferencia al contrato de fianza de la carta fianza. En efecto, lo que el tribunal está delimitando son las causales de exención del pago de la obligación por parte del fiador, y al hacerlo no hace sino mencionar las causales de ineficacia o invalidez del contrato base. Es decir, para que el fiador se libere de su obligación, necesita que el contrato base (el crédito en virtud del cual nace la relación obligatoria garantizada) se vea afectado, pues esto conllevará inherentemente a la afectación del contrato de fianza, adscrito y dependiente de aquel.

Esto, en cambio, no se da en la dinámica desprendida de la carta fianza. En dicho caso, para declarar la inexigibilidad del pago por parte del fiador no es posible alegar defecto alguno del contrato base, pues este es independiente de aquel. Por el contrario, se requerirá que nos encontremos ante alguna de las causales de exención de responsabilidad contenidas en la misma carta fianza.

Fundamento Décimo Séptimo: El contrato de fianza puede tener múltiples criterios de clasificación: por razón de su origen, por razón de la obligación garantizada, por la naturaleza de las normas que la regulan, y por razón de la extensión con la que han sido configuradas. En cuanto a este último criterio de clasificación, las fianzas pueden ser: definidas o limitadas, e indefinidas o ilimitadas, según la prestación garantizada y según el plazo de duración. I) En cuanto a las prestaciones garantizadas, la fianza es limitada cuando se ha establecido un límite a la prestación del fiador, ya sea en cuanto al

monto o a los conceptos que han sido garantizados, es decir cuando resulte garantizado un monto determinado de la obligación, o cuando resulte garantizada solamente la obligación principal con exclusión de las accesorias; y es ilimitada cuando resulten incorporadas al aseguramiento, las obligaciones accesorias, e incluso los gastos y costos de la cobranza. II) En cuanto al plazo de duración, la fianza es limitada cuando es a plazo determinado, es decir, cuando en el contrato de fianza se establece un determinado plazo para hacer efectiva la misma, vencido el plazo, la fianza puede ser ejecutada por el acreedor hasta quince días después, para tal efecto, el requerimiento del acreedor debe realizarse por conducto notarial o por vía judicial, si dicho requerimiento no es efectuado dentro del plazo referido, el fiador no está obligado a cumplir con la garantía (artículo 1898 del Código Civil); y es ilimitada cuando es a plazo indeterminado, es decir, cuando la fianza es constituida sin un plazo, en cuyo caso el fiador puede requerir al acreedor para que haga efectiva la fianza y cobre al deudor, si el acreedor no ejerce este derecho de cobro al deudor dentro del plazo de treinta días siguientes a la comunicación del fiador, o si desiste del cobro, el fiador no está obligado a cumplir con su obligación (artículo 1899 del Código Civil). En ambos casos, no debe ser confundido el plazo señalado para cumplir la obligación garantizada con el plazo estipulado para hacer efectiva la fianza.

Comentario: como hemos analizado, la fianza tiene distintas clasificaciones con base en los límites o fines a los que se destina.

Particularmente, con respecto a este fundamento del tribunal, nos gustaría rescatar brevemente la importancia de diferenciar la determinabilidad de la obligación garantizada por la fianza de la indeterminabilidad del monto cubierto por la garantía. Es decir, porque las partes pacten que la cantidad de obligaciones garantizadas por la fianza no sea determinada (fianza catalogada bajo la clasificación de 'fianza definida', conforme al criterio del tribunal), no quiere decir que haya una imposibilidad para que se pacte, a la vez, una determinación del monto límite a ser cubierto.

Creemos que, ante cláusulas incompatibles –en otras palabras, ante un contrato de fianza en el cual se pacta la indeterminabilidad de las obligaciones cubiertas, pero la determinabilidad del monto límite garantizado–, prevalecerá el límite del monto acordado, por cuanto, bajo el análisis realizado, nuestro ordenamiento y el Código Civil –tanto de 1984 como de 1936– busca tutelar la situación jurídica subjetiva del fiador.

B. Casación 1500-2015-Lima

Esta casación, que gira en torno a una demanda contra el Banco de Crédito del Perú por incumplimiento de la obligación de dar suma de dinero, trae las siguientes interpretaciones judiciales:

Fundamento Décimo Tercero: conviene efectuar algunas precisiones respecto al significado de fianza, así tenemos que es un tipo de contrato nominado que constituye una garantía personal por excelencia, por el cual el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor; es decir el fiador garantiza la obligación en caso [de] incumplimiento del deudor.

Comentario: en este caso, vemos cómo nuevamente la jurisprudencia es pacífica en la interpretación literal de la regulación que nuestro Código Civil le otorga a la fianza.

Fundamento Décimo Octavo: [...] siendo la carta fianza una consecuencia del contrato de fianza, puede estar contenida en un documento de formato especial, donde se señala las partes que intervienen, la cantidad objeto de fianza, el plazo de vigencia, las condiciones en que se hará efectiva, el número de orden y la cláusula obligacional precisando que la fianza es incondicional, irrevocable y de realización automática; de lo que se colige que no existe norma que obligue al banco a emitir todas sus cartas fianzas en los mismos formatos, así como tampoco norma que precise señalar la indicación de lugar de requerimiento de pago, ni la forma como debe realizarse dicha indicación, ni mucho menos su ubicación en el documento, por lo que su omisión vincula a las partes, en la medida que no se haya precisado en el documento, ya que su contenido responderá a la voluntad inter partes manifestada en la carta.

Comentario: cuestionamos enfáticamente la decisión del tribunal de asimilar la carta fianza a una 'consecuencia del contrato de fianza'. No solo ignora las diferencias consecuenciales de ambos términos, sino que, sobre todo, atenta contra un entendimiento cohesivo y ordenado del tratamiento jurídico que nuestra regulación brinda para cada una de las dos.

Es la perpetuación de confusiones de esta índole las que generan que, al momento de solicitar una carta fianza, se pretenda la aplicación de las reglas aplicables al contrato de fianza, y viceversa –como, por ejemplo, la falsa necesidad de detallar que dicha carta fianza será 'incondicional, irrevocable

y de realización automática' pues, claro está, estas características no necesitan ser detalladas-. Si bien, como hemos estudiado, existen reglas aplicables a ambas instituciones, las diferentes consecuencias y relaciones jurídicas que ambas conllevan deben ser observadas y atendidas con la debida diligencia por nuestros legisladores y, sobre todo, por los tribunales.

C. Casación 4471-2016-Lima

Este recurso de casación, interpuesto por CFG Investment S.A.C. contra la sentencia que le ordenó el pago de lo adeudado a la sociedad Veramar Azul S.A., trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento Octavo: [...] de acuerdo a la norma en mención la fianza está definida como un contrato mediante el cual el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, en caso ésta no sea cumplida por el deudor. De ello podremos deducir que la ejecución de la obligación asumida por el fiador sólo está sujeta a que el deudor no cumpla con honrar su prestación [...]. En tal orden de ideas, sostene mos que del tenor de la norma contenida en el artículo 1868, primer párrafo, del Código Civil, no podemos sostener que para efectuar dicha ejecución (al fiador) sea necesario intimar o reclamar previamente al deudor [...]. Como sabemos obligación solidaria implica que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios independientemente o contra todos ellos simultáneamente (Artículo 1186 Código Civil).

Comentario: esto es correcto. Por ello, en caso de que el acreedor se dirija contra el fiador, como hemos analizado, este podrá subrogarse en la posición del deudor principal, pudiéndole exigir todas las excepciones que este pudiera haber interpuesto ante el acreedor antes del pago de la obligación. Asimismo, en el caso de cofiadores, el que cumplió la obligación en su totalidad podrá exigir a los demás la restitución de lo pagado.

D. Casación 2776-2015-Piura

La sentencia contenida en este recurso, interpuesto por Financiera Confianza S.A.A. frente al Gobierno Regional de Piura, trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento Séptimo: [...] 1. La fianza es un contrato de garantía y, como tal, un mecanismo de afianzamiento del crédito y de protección al acreedor. Sin embargo, como se trata de contrato en el que interviene una parte en garantía de obligación ajena, el legislador ha querido

precisar que se especifiquen las condiciones de su otorgamiento y hasta dónde se extiende en el tiempo la responsabilidad del fiador, como es de ver de lo estipulado en los artículos 1898 y 1899 del Código Civil. 2. El primero de los enunciados normativos hace referencia a la fianza por plazo determinado ('el fiador que se obliga por un plazo determinado [...]').

Comentario: como hemos visto, los artículos 1898 y 1899 del Código Civil regulan el plazo de la fianza. En el caso del artículo 1898, se establece que, cuando se pacta un plazo determinado, el fiador quedará libre de responsabilidad por el no pago de la obligación si es que el acreedor no la exige dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo. La norma ordena que dicho requerimiento del acreedor guarde la formalidad de ser enviada mediante vía notarial o judicial, por lo que podemos determinar que, con base en los medios comerciales contemporáneos, no bastará con esta que sea requerida solo por medios electrónicos ni mucho menos orales.

Por otro lado, el artículo 1899 establece que, en el caso de una fianza a plazo indeterminado, el fiador puede pedir al acreedor que, cuando la obligación haya devenido en exigible, demande al deudor. Esta norma dispositiva guarda sentido cuando comprendemos que, ante cualquier escenario, debido a la naturaleza solidaria con la que se obliga el fiador, el acreedor puede dirigirse a este en lugar del deudor.

De esta forma, podemos ver cómo los artículos bajo comentario, como razona el tribunal en la citada casación, buscan brindar mecanismos que protejan los intereses de los fiadores quienes, en la mayoría de los casos, se encuentran en situación de desventaja debido a la sujeción a la que se someten.

E. Casación 10108-2015-Lima

Esta casación es interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la sentencia judicial que confirma la decisión aprobada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) mediante la Resolución 0064-2009/CEB-INDECOPI, confirmada mediante Resolución 1099-2009/SC1-INDECOPI.

Dicha resolución ordenó la inaplicación del Decreto Supremo 040-2008-MTC por constituir una barrera burocrática ilegal e irracional, en tanto dicha norma exigía la presentación de una carta fianza por la suma de treinta mil dólares estadounidenses para el otorgamiento de una autorización administrativa emitida por dicha entidad.

Dicha sentencia trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Cuarta Consideración: 4.5 [...] 3) la exigencia de la carta fianza contraviene, a su vez, el artículo 39 de la Ley 27444, en el que se establece como criterio para la determinación de requisitos exigidos para la realización de cada procedimiento, su necesidad y relevancia en relación al objeto del procedimiento administrativo, así, la presentación de una carta fianza no es necesaria ni relevante para el procedimiento de autorización o dación de un permiso, ya que esta medida no tiene como propósito evaluar que los centros de salud sean óptimos para brindar las evaluaciones psicosomáticas para obtener licencias de conducir, sino que permite asegurar la solvencia económica de estos establecimientos para afrontar multas, aspecto que no está relacionado con la finalidad del procedimiento.

Comentario: esta casación trata una materia bastante especializada, dado que aborda el caso del otorgamiento de cartas fianza en la solicitud de autorizaciones ante entidades del Estado.

En líneas generales, si bien es cierto que, como se ha abordado previamente, la carta fianza bancaria se ha convertido en una garantía por excelencia en las contrataciones con el Estado y en las estructuras de financiamiento de gran escala, también es cierto que su figura puede comenzar a abusarse y a llevar a que sea requerida inidóneamente.

En la controversia tratada por el tribunal, el Ministerio buscaba exigir el otorgamiento de una carta fianza como requisito para la realización de un procedimiento administrativo de solicitud de autorización, en el cual no era necesario dicho otorgamiento en tanto, como señala la sentencia, "esta medida [...] permite asegurar la solvencia económica de estos establecimientos para afrontar multas, aspectos que no está relacionado con la finalidad del procedimiento". Por ende, podemos evidenciar que, si bien en teoría el mecanismo de la carta fianza bancaria brinda facilidades comerciales a acreedores y deudores, no es menos cierto que su uso se ha proliferado y se ha llegado a tergiversar en otros ámbitos en los cuales no tendría que intervenir.

F. Recurso de nulidad 1347-2019-Huánuco

Este recurso de nulidad, interpuesto por Ana María Chávez Matos en el marco de una acusación penal por los delitos contra la fe pública-falsificación de documento en general, trae las siguientes interpretaciones judiciales.

Fundamento 17: En el artículo 1868 [el Código Civil] ha definido dicho contrato como aquel en donde el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor. Luego, en un dispositivo diferente (artículo 1872) establece, entre otros, la posibilidad de prestarse fianza en garantía de obligaciones futuras o determinables cuyo importe no sea aun conocido. Así también, en el artículo 1873, ha dejado en claro que el fiador solo queda obligado por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor.

Comentario: el tribunal realiza un sintético recuento de alguna de las reglas más relevantes que el Código otorga para regular el contrato de fianza, mas no llena de contenido o interpretación alguna a dichas disposiciones legales.

Fundamento 18: Al respecto, se ha pronunciado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación 705-99/Lima, del 15 de julio de 1999, en donde desarrolla la característica de la literalidad de la fianza: [...] los alcances de la obligación del fiador se miden de acuerdo con lo específicamente estipulado [...], tal como señalan Arias Schereiber Pezet/Cárdenas Quirós, la fianza debe interpretarse siempre de una manera restrictiva, no solo en cuanto a la intención del fiador de constituirse como tal, sino en cuanto a la extensión de su garantía.

Comentario: la casación citada por el tribunal es bastante pertinente al rescatar lo sostenido por Schereiber y Cárdenas. Los autores resaltan el carácter restrictivo que debe guiar la interpretación de las estipulaciones de la fianza. Por consiguiente, se encuentra sustentada nuestra postura según la cual las disposiciones del Código están diseñadas de tal forma que se brinda la tutela suficiente –o se intenta– para resguardar los intereses del fiador. En este caso, como menciona el citado fundamento, el texto de la fianza –y, nos permitimos agregar, supletoriamente las normas del Código Civil en lo aplicable– es el límite para la constitución de obligaciones del fiador, no pudiéndosele imputar más de lo que este expresamente aceptó.

Fundamento 19: La Casación 2821-2015/Lima, del 2 de mayo de 2006, indica que la norma contenida en el artículo 1873 del Código Civil ‘se encuentra referida primordialmente a la extensión de la fianza, la que no puede interpretarse de manera extensiva por su carácter oneroso, como así se ha establecido en reiterada jurisprudencia’.

Comentario: resulta interesante percibirnos del razonamiento del tribunal (citado por la casación)

en cuanto al motivo de la restricción a la interpretación extensiva de la extensión de la fianza. Dicho cuerpo no reconoce como motivo del requerimiento de interpretación restrictiva de la norma la protección y tutela de los intereses del fiador, sino el carácter oneroso de la prestación a la que este se obliga. Es decir, califica como epicentro de la interpretación de la extensión de la fianza a la cualidad patrimonial de la obligación del fiador.

Fundamento 20: Por otro lado, en cuando a las formalidades que debe observar este tipo de contrato, la Casación 347-96/Lima, del 13 de octubre de 1997, ha definido que ‘la fianza es un contrato que constituye una garantía personal, mediante la cual se afecta todo el patrimonio de quien le ofrece, por lo que nuestra legislación le reconoce en el artículo 1861 del Código Civil su carácter de solemne, es decir que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, no pudiendo presumirse su aceptación ni sus alcances’. En coherencia con ello, la Sala Civil Transitoria, en la Casación 2126-2002/Lima, del 23 de enero de 2003, ha precisado que ‘si el contrato de fianza ha sido suscrito en blanco, carece de un elemento esencial como es la manifestación de voluntad, por lo tanto es nulo’.

Comentario: las citadas casaciones muestran una clara línea jurisprudencial de entendimiento del requisito *ad solemnitatem* que nuestra norma exige al contrato de fianza: la forma escrita. Como ya nos hemos encargado de analizar, la inatención a este requisito de validez conllevará a la nulidad de la fianza, arriesgando, así, la relación con el acreedor y la protección de la obligación principal.

Fundamento 21: Sobre la base de la normativa y jurisprudencia citadas, resulta claro que el propio Código Civil ha realizado una diferenciación en el tratamiento del tipo de obligaciones que se pueden garantizar mediante una fianza, como con las presentes o futuras y dentro de esta última, las determinadas o indeterminadas. Solo mediante la voluntad expresa del fiador, se podrá garantizar determinado tipo de obligación, así pues, no cabe lugar a interpretaciones extensivas, ni a que se presuma su aceptación ni sus alcances, y mucho menos será válido un documento firmado en blanco.

Comentario: al igual que en el fundamento 19, el tribunal, a través de esta casación, deja en claro la mala práctica que implicaría la interpretación extensiva de la extensión de las obligaciones del fiador, lo cual, como se ha explicado, no es incompatible con que este pueda obligarse de manera indeterminada, pero determinable.

De esta forma, hemos abordado la regulación que nuestro ordenamiento legal prevé para la institución jurídica de la fianza, a través de su manifestación como contrato civil y como carta bancaria. Asimismo, hemos abordado la discusión doctrinaria sobre las diferencias que separan a ambos conceptos, y nos hemos sumergido en el trato que los tribunales le han brindado a ambas figuras. Con este aporte, confiamos en haber sumado a la discusión nacional requerida para elevar la comprensión de estas garantías y mejorar el tratamiento que nuestros operadores jurídicos les otorgan. **T**

REFERENCIAS

- Arata Solís, M. y Alegre Porras, D. (2003). Comentario al artículo 1873 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados, *Gaceta Jurídica*.
- Arteaga Reátegui, M. (2023). El rol del banco como intermediario financiero para la adquisición de inmuebles dentro del marco de desarrollo de proyectos inmobiliarios, *THĒMIS-Revista de Derecho*, 83, 303-318.
- Barchi Velaochaga, L. (2009a). Apuntes sobre la fianza en el Código Civil peruano, *Ius et Veritas*, 19(39), 3-64.
- (2009b). La “Carta Fianza Bancaria”: ¿Fianza? Una introducción a las garantías autónomas, *Advocatus*, 21, 71-98.
- Calderale, A. (1990). La fianza general en el Código Civil Peruano de 1984 y en los sistemas de derecho continental (Civil Law), *THĒMIS-Revista de Derecho*, 17, 77-80.
- Castro Trigoso, N. (2003). Comentario al artículo 1872 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados, *Gaceta Jurídica*.
- Giusti, A. (1998). La fideiussione e il mandato di credito. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* tomo III, *Giuffrè*.
- Gutiérrez Camacho, W. (2003). Comentario al artículo 1868 del Código Civil. En W. Gutiérrez Camacho, Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas – Tomo IX Contratos Nominados, *Gaceta Jurídica*.
- Ortega Piana, M. A. (2001). Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales, *Ius Et Praxis*, 32(32), 97-110.
- Ortega Piana, M. A. (2004). Breve estudio sobre la fianza, *Advocatus*, 11, 125-152.
- Pineda Galarza, J. (2022). El riesgo legal en el sistema financiero: una mirada práctica a su naturaleza cualitativa y su impacto, *THĒMIS-Revista de Derecho*, 81, 43-61.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*. Legis Editores.
- Ugarte Carmelino, A. y Loaiza Porcel, A. (2023). El riesgo de financiamiento en la ejecución de infraestructura pública a través de contratos NEC 3 opción F. *Ius Et Veritas*, (66), 149-165.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Código Civil [CC]. Derogado, Ley 8305, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de agosto de 1936 (Perú)
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de abril de 2013, Casación 656-2012-Lima (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de septiembre de 2015, Casación 1500-2015-Lima (Perú).
- Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de septiembre de 2017, Casación 4471-2016-Lima (Perú).
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de abril de 2016, Casación 2776-2015-Piura, (Perú).
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de octubre de 2021, Recurso de Nulidad 1347-2019-Huánuco (Perú).
- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación 10108-2015 Lima, (Perú).

LA PRESCRIPCIÓN

THE PRESCRIPTION

Mario Castillo Freyre*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Giannina Molina Agui**

Pontificia Universidad Católica del Perú

The article examines the scope of prescription as regulated by Article 1989 of the Peruvian Civil Code, which states that "Prescription extinguishes the action, but not the right itself." Through a detailed analysis, the authors explore the distinctions between action and claim, as well as the relevance of the passage of time in prescription. They also examine the concept of a subsisting but unenforceable right and its treatment within the Peruvian legal system.

The main conclusion is that, although prescription affects the enforceability of the pretension, the right of action itself is not extinguished and remains accessible in future judicial proceedings.

KEYWORDS: Prescription; action; claim; extinction of rights; time.

El artículo estudia los alcances de la prescripción regulada en el artículo 1989 del Código Civil peruano, el cual establece que "La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo". A través de un análisis detallado, los autores exploran las diferencias entre acción y pretensión, así como la relevancia del transcurso del tiempo en la prescripción. De ese modo, examinan el concepto de derecho subsistente, pero no exigible y su tratamiento en el sistema jurídico peruano.

La conclusión principal es que aunque la prescripción afecta la exigibilidad de la pretensión, el derecho de acción no se extingue y sigue siendo accesible en futuros procesos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Prescripción; acción; pretensión; extinción de derechos; transcurso del tiempo.

* Abogado. Magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Contacto: estudio@castillofreyre.com

** Abogada. Adjudicadora de la CCL, Consultora independiente en asesoría y diseño de estrategias jurídicas y contractuales para la prevención y solución de controversias, así como en la estructuración y ejecución de proyectos de construcción de inversión pública y privada. Ha desempeñado cargos de liderazgo en el sector público y privado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y del Dispute Board Foundation.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 9 de junio de 2024, y aceptado por el mismo el 16 de agosto de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil, en su Libro VIII, trata sobre la prescripción y la caducidad, y normalmente, la estructura curricular de la carrera de Derecho, en todas las Facultades, excluye el tratamiento orgánico de los temas comprendidos en este libro.

Es decir, no hay un curso que aborde integralmente la prescripción y la caducidad en materia civil.

Eso conduce a que la prescripción y la caducidad, al no calzar en estricto en alguno de los cursos de Derecho Civil ni en los de Derecho Procesal, sea un tema que nunca se dicte de manera integral o conjunta. Y, por ahí, que algún profesor en Teoría General del Derecho, o en Derecho de Obligaciones, o en Acto Jurídico, o en algún curso de Derecho Procesal, aborde algún tema que tenga que ver con prescripción o con caducidad, o en Derecho de Familia o en Derecho de Sucesiones, pero siempre citando la norma exacta, relativa al tema que es materia de tratamiento. Incluso podríamos hablar de la prescripción en sede penal, esfera que no constituye materia de estudio en estas páginas, pero donde también resulta de capital importancia el tema, o en derecho administrativo, tributario, etc. Pero, insistimos, no hay un tratamiento orgánico de la prescripción y la caducidad.

Lo antes expuesto nos lleva a que exista un gran desconocimiento en el Perú, acerca de esta materia; aunque no sólo en el Perú, porque sabemos que este problema trasciende nuestras fronteras. Incluso, hay muchas legislaciones que no poseen un libro –como sí tiene el Código Civil peruano de 1984– donde se trate de manera orgánica a la prescripción y la caducidad. Su inclusión en la legislación civil representó todo un avance, muy notorio, por cierto, en el plano legislativo y en lo que respecta a la revalorización de esta materia.

Todo lo expuesto conduce a que no se conozcan a profundidad los verdaderos alcances de los problemas que generan los temas relativos a la prescripción y la caducidad. En lo personal, siendo profesor de Derecho Civil hace más de treinta años y abogado en ejercicio hace casi el mismo tiempo, me enfrento en el día a día a descubrir determinados aspectos de estas materias, en donde la doctrina no ha ingresado y la jurisprudencia muchas veces recién hace sus pininos.

A raíz de esta situación, siempre sentí la necesidad de escribir acerca de la prescripción y la caducidad.

Por lo demás, el tema es importantísimo en materia procesal, tanto en lo que respecta a los procesos de la jurisdicción ordinaria, como con respecto a los procesos arbitrales y en cualquier otra sede.

Cuando asistimos como abogados a un cliente que es demandado, lo primero que se tiene que hacer no es, precisamente, ver si en el plano sustantivo tiene razón o no la parte demandante, o cuáles pueden ser nuestros argumentos de defensa o de contra ataque. Lo primero que uno tiene que ver, es si los derechos reclamados por el demandante han caducado o si sus pretensiones han prescrito, con lo cual tal vez podamos vencer más rápido en ese proceso; o, si nuestro cliente no tuviere la razón en el tema de fondo, la prescripción o la caducidad podrían representar el cambio de suerte de nuestro patrocinado. Ello nos permitirá deducir las excepciones que corresponda, en tiempo oportuno.

La importancia de estas instituciones es tremenda, y su ramificación con otras áreas aún más grande.

Existen cuatro trabajos que fueron mis primeros escritos sobre prescripción y caducidad; el primero de ellos titulado “Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante”, el mismo que estuvo basado en uno de los argumentos de defensa de un proceso arbitral que patrocinó mi Estudio de abogados hace más de veinte años.¹

El segundo trabajo lo escribí junto a mi maestro, el doctor Felipe Osterling Parodi, titulado “Todo prescribe o todo caduca, a menos que la ley señale lo contrario”.²

El tercer artículo lo escribí en el año 2008 con mi muy querida y brillante exalumna y entonces abogada de mi Estudio, Giannina Molina Agui, el cual llevó por título “Qué es lo que extingue la prescripción. Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil peruano”.³

Y el cuarto trabajo lo escribí, también con Giannina, en el año 2009 y llevó por título “¡Prohibido renunciar! Reflexiones en torno al artículo 1990 del Código Civil”.⁴

¹ Véase a Castillo Freyre (2004, pp. 113-136).

² Véase a Osterling Parodi & Castillo Freyre (2004, pp. 267-274).

³ Véase a Castillo Freyre & Molina Agui (2008, pp. 201-212).

⁴ Véase a Castillo Freyre & Molina Agui (2009, pp. 63-69).

El presente trabajo forma parte de un libro sobre Prescripción y caducidad, que será publicado en las próximas semanas, el mismo que corresponde a mi autoría, y cuenta con la valiosa participación de Gianina Molina.

Quiero terminar agradeciendo y felicitando a los integrantes de *Thémis*, por la iniciativa de organizar y publicar un número relativo a los cuarenta años de vigencia del Código Civil y por la enorme gentileza de haberme convocado para coordinarlo.

II. ¿QUÉ ES LO QUE EXTINGUE LA PREScripción? REFLEXIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 1989 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO⁵

A. Introducción

Comenzaremos estudiando las diferencias que la doctrina autorizada en materia procesal ha esbozado respecto a la acción y a la pretensión. Una vez establecidas estas diferencias conceptuales, buscaremos determinar qué es exactamente lo que el Código Civil sanciona en su artículo 1989, cuando establece que “La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo”.

Luego, será importante abordar la relevancia y suficiencia del transcurso del tiempo para la aplicación de los efectos propios de la prescripción.

Finalmente, señalaremos qué ocurre con ese derecho subsistente pero no exigible, es decir, vamos a establecer ante qué tipo de obligación nos encontramos y cuál es el tratamiento que le brinda el Código Civil.

B. El derecho de acción

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo respecto a la naturaleza jurídica de la acción y su evolución teórica, ya que de ello se han encargado en detalle grandes procesalistas como Chiovenda, Cornelutti, Calamandrei, Couture, entre muchos otros.

Pero conviene –para efectos de nuestro análisis– precisar el concepto de acción que acoge nuestro derecho.

Es sabido que, en la antigüedad, cuando imperaba la teoría monista del derecho procesal, acción

y derecho material se confundían en un solo concepto y, como consecuencia de ello, no se podía acudir a los tribunales de justicia si, en efecto, no se contaba con el derecho material.

Lo expuesto en el párrafo precedente corresponde a la evolución del concepto de acción en el tercer período del derecho romano. Según comenta Hugo Alsina,⁶ el concepto de acción absorbió al derecho mismo; así, ya no se preguntaba si una persona tenía derecho a una cosa, sino si tenía una acción para reclamarla.

No obstante, relata el mismo autor, posteriormente se proclamó el carácter “abstracto” y completamente desvinculado del derecho material, considerando a la acción como un mero derecho de obrar (Degenkolb) o como una función procesal de carácter público (Cornelutti) o una expresión del derecho constitucional de peticionar (Couture).

El insigne jurista y presidente de la República del Perú don Francisco García Calderón,⁷ decía que la acción es “El modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro”.

En la obra dirigida por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro,⁸ se realiza un estudio muy interesante acerca de los orígenes de la palabra acción:

Todos los canonistas han definido la acción procesal con Justiniano (I, IV, 6): *ius petendi iudicio quod sibi debetur*, dentro de cuyo significado, muy distinto del de Celso, aparece el *sibi debetur* –lo que es debido– tanto como derecho que en cuanto justicia. Esta última significación es la que mejor encaja dentro del sentido general de la ordenación jurídica y canónica.

La Iglesia utilizó como instrumento las instituciones que encontró a su advenimiento; pero las vació de su contenido pagano para infiltrarles el espíritu cristiano. Y en lo que toca al proceso como avocación a la Iglesia para componer las diferencias entre sus fieles cristianos, desde los tiempos más remotos ha venido influido por este conocido texto del Evangelio de San Mateo (XVI, 15-20), verdadero germen del proceso canónico.

(15) Si te ofendiere tu hermano, anda y demuéstraselo a solas con él; si te escuchare,

⁵ El presente estudio tiene sus orígenes remotos en el trabajo escrito por los autores del presente trabajo, en los términos expresados en la introducción. No obstante, la versión actual presenta nuevos aportes.

⁶ Véase a Alsina (1956, p. 306).

⁷ Véase a García Calderón (1879, p. 14).

⁸ Véase a De Casso y Romero, Ignacio y Francisco Cervera & Jiménez-Alfaro. (1950, pp. 77 y 78).

ganaste a tu hermano; (16) mas si no te escuchare, toma contigo otro o a otros dos, puesto que en boca de dos testigos o tres es firme toda palabra; pero si los desoyere, dilo a la Iglesia; (17) y si a la Iglesia desoyer en tenlo por gentil y publicano.

Podemos inferir de este texto cómo Jesucristo enseñó a sus discípulos, que antes de llevar a la Iglesia las cuestiones o controversias, que pudieran surgir entre ellos, hay que procurar ganar al hermano, demostrándole nuestro derecho a la reparación de la ofensa. Es decir, traducido al lenguaje jurídico actual, que antes de acudir a la autoridad para obtener reparación (acción) es preciso agotar la vía directa y amistosa (pretensión). Y aun antes de iniciarla, es preciso comprobar de modo fehaciente por el preparado testimonio de dos o tres testigos, la imposibilidad de esa vía amistosa y la necesidad de acudir al terreno jurídico de trascendencia probatoria externa, ya que la mera invocación moral a solas no da resultado. Es decir, que la acción para la Iglesia es sólo remedio subsidiario ante el fracaso de la pretensión, y, por tanto, para acudir *coram Ecclesia* hace falta: 1.º Una ofensa, lesión a la justicia, que nos hiera. 2.º Inutilidad de la simple pretensión para lograr el restablecimiento de la justicia. 3.º Posibilidad de probar ante el fuero externo esa lesión de nuestro derecho.⁹

De otro lado, Joaquín Escrache,¹⁰ indica que acción es

El derecho de pedir en juicio lo que se nos debe; ó bien, el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro. En la primera acepción pertenece al segundo objeto del derecho, y con especialidad á las cosas incorporales; y en la segunda al tercero, que es el que nos manifiesta los medios de reclamar ó defender nuestros derechos ante los tribunales competentes. La acción es de muchas maneras, como se verá por los artículos siguientes.

Juan Ramírez Gronda,¹¹ recoge los conceptos vertidos, entre otros autores, por Couture en torno a la acción: "Poder jurídico, distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho".

Por su parte, Henri Capitant¹² enseña que la palabra acción viene del latín jurídico *actio*; en las acepciones III y IV, tomado del holandés *actie*, al comienzo del siglo XVIII. Señala Capitant que se trata del "Remedio jurídico por el cual una persona privada o el ministerio público pide a un tribunal aplique la ley en un caso determinado".

Decía Eduardo B. Carlos,¹³ que

Indagar sobre el significado jurídico de la voz acción equivale tanto como enfrentarse con uno de los problemas más complejos y fundamentales de la ciencia del derecho procesal, trascendiendo sus límites o zonas grises, porque se enraíza, indudablemente, en el más vasto terreno de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica. A los estudios e investigaciones para la formulación del concepto del prenombrado instituto debe, cabalmente, el derecho procesal su consideración y autonomía científicas. Exponer, entonces, circunstancialmente todos sus aspectos y pormenores, intentando un desarrollo histórico de las diversas teorías que se propugnan, su análisis y valoración crítica, las direcciones doctrinarias actuales, etc., demandaría la realización de un estudio exhaustivo que excedería el tiempo y espacio prefijados por la propia naturaleza de esta publicación. Empero, a pesar de los señalados límites impuestos a nuestra labor, ella procurará, en forma muy breve y sintética, dar una información lo suficientemente amplia del tema, como para que el lector pueda captarlo en toda su complejidad e importancia.

Por su parte, Guillermo Cabanellas¹⁴ señala lo siguiente:

El derecho romano, artífice quizás inigualado en la materia, compendiaba la esencia de la acción procesal en estas palabras: "*Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi*" (La acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe).

Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen así la acción: "Un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio"; también, el derecho público subjetivo al procedimiento judicial en

⁹ Como vemos, dentro de esta perspectiva, se invierten los conceptos de "acción" y "pretensión".

¹⁰ Véase a Escrache (1993, p. 8).

¹¹ Véase a Ramírez Gronda, (s.f, p. 27.)

¹² Véase a Capitant (1966, pp. 9-10).

¹³ Véase a Carlos (1954 pp. 206 y 207).

¹⁴ Véase a Cabanellas (1989, pp. 71 y 72).

general, pero no a la sentencia justa (Carnelutti). Según Chiovenda se está ante la potestad jurídica de darle vida a la condición para la actuación de la ley. En opinión de Bulow, “el derecho a obtener una sentencia justa, en lo cual consiste la *acción*, sólo nace con la demanda”. La acción –en el decir de Ortolan– es el derecho mismo en ejercicio y la manera de actuarlo ante los tribunales. En el enfoque de Nieto Alcalá-Zamora y Castillo, “la acción es tan sólo la posibilidad, jurídicamente encuadrada, de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo; y, en su caso, la ejecución de una pretensión litigiosa”.

Con acento declamatorio, Roguin proclama que “la *acción* es el derecho en pie de guerra”; Austin ve en el derecho en sí “el derecho primario o substantivo”; y en la *acción*, “el derecho secundario o instrumental”.

Orgaz sostiene que la *acción* es el medio o instrumento legal para asegurar en juicio la subsistencia del derecho, impedir su desconocimiento y corregir su violación. Recuerda que la *acción* es el derecho en acto; y el derecho, la *acción* en potencia; algo así como el anverso y el reverso de una moneda. El derecho sin la *acción*, que constituye su energía tutelar, es pretensión impotente; la *acción* sin el derecho, absurdo insostenible. Por eso, “el derecho de las *acciones*”, que como tercer miembro de su clasificación jurídica propuso Gayo en su *Insti-tuta*, fue bien pronto abandonado.

No obstante, la experiencia demuestra que cabe *acción* sin derecho; cuando reivindico, por ejemplo, lo que sé perfectamente que es ajeno, valiéndome de cualquiera situación equívoca, e incluso de mala fe, con un documento falso sin más. Pero, sorprendido o engañado el juzgador, o prevaricador impune, esa *acción* sin derecho, de acogerse la pretensión del actor, se convierte en causa del derecho futuro, que ya está respaldado por el título solemne de la ejecutoria y con la defensa que le procura la *excepción de cosa juzgada*.

No menos posible resulta, y ello desalienta a tantos profanos, e incluso a los letrados que creen con firmeza en la justicia de su causa, que, por cualquiera discrepancia en el juicio que los tribunales formen y se consolide como fallo firme, pueda el derecho auténtico no obtener su sanción en el ejercicio procesal,

y hasta verse cerrada esa vía por una rotunda desestimación inicial.

Por su parte, Fernando Flores García,¹⁵ señala que la palabra acción proviene

(Del latín *actio*, movimiento, actividad, acusación.) Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

Como vemos, hoy en día, el derecho distingue y separa claramente el derecho de acción del derecho material; tan es así, que una persona puede acudir a los tribunales y demandar a otra, reclamándole un derecho que en realidad no le corresponde.

Todo esto, naturalmente, más allá de requerir interés para obrar; pero este punto no constituye objeto del presente estudio.

A saber, Hugo Alsina¹⁶ señala como caracteres específicos de la acción el que es un derecho autónomo, porque el interés que protege no es un interés substancial de las partes deducido en la litis, sino un interés general en el cumplimiento por el juez de una obligación procesal: la justa composición de la litis. Agrega, además, que es un derecho público subjetivo, porque al igual que otros derechos cívicos, puede ser ejercitado por cualquier ciudadano.

En ese mismo sentido, Jorge Carrión Lugo¹⁷ afirma que la acción es un derecho público y subjetivo; y agrega que mediante ella se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de un derecho también subjetivo, el mismo que –hecho valer mediante la acción– constituye la pretensión procesal (concepto que analizaremos más adelante).

Al respecto habría que señalar, como lo hacen otros autores, que la acción –como facultad jurídica de acudir a la jurisdicción– existe siempre, con o sin derecho material, con pretensión o sin ella. En tal virtud, creemos conveniente precisar que el derecho subjetivo al que se refiere Alsina puede o no existir al momento en que se ejerza la acción, es decir su existencia no es una condición fundamental para la existencia y el ejercicio del derecho de acción.

¹⁵ Véase a Flores García (2006, p. 70).

¹⁶ Véase a Alsina (1956, p. 324).

¹⁷ Véase a Carrión Lugo (2004, p. 71).

En esa misma línea de pensamiento, Lino Enrique Palacio¹⁸ enseña que la acción es un derecho cívico o –como sostiene Couture, citado por el referido autor– una especie en que se manifiesta el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades. Indica, también, que ese derecho se puede ejercer con prescindencia de que sea o no titular de un derecho subjetivo material.

En opinión de Juan Monroy Gálvez,¹⁹ el derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto; y, citando a Fix Zamudio, afirma que el derecho de acción debe concebirse como un derecho humano a la justicia.

Por su parte, la Real Academia Española²⁰ señala que “acción” es:

7. f. Der. En sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés.
8. f. Der. Facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquél. Acción reivindicatoria, de nulidad.

También se atribuye al derecho de acción, propio de toda persona, la característica de ser abstracto, toda vez que no necesita de la preexistencia de un derecho material que lo sustente o impulse. Esta característica encuentra su lógica en el carácter constitucional que se atribuye al derecho de acción, como –a decir de Monroy– demanda de justicia con prescindencia de la existencia del derecho.

Como se puede apreciar, los dos últimos autores citados otorgan carácter constitucional al derecho de acción, el mismo que –según explica Liebman–²¹ existe sin duda y es el reflejo *ex parti* de la institución de los tribunales por el Estado de administrar justicia a quien lo pida. Agrega, además, que, como derecho constitucional, es un poder de derecho público absolutamente genérico e indeterminado, sin particular relación con una especie concreta y, por ello, inagotable y no consumible, que permanece siempre íntegro y siempre idéntico en todos los casos en que sea ejercitado.

En otras palabras, lo que sostiene Liebman es que la acción es el presupuesto constitucional para iniciar el proceso en el cual se requiere a los tribuna-

les de justicia que amparen la pretensión alegada. Esta negación del carácter procesal de la acción tiene entre sus principales exponentes a Guasp, quien afirma que el concepto de acción –como derecho a obtener la actividad jurisdiccional– no pertenece al ámbito del derecho procesal.

Las últimas formulaciones expuestas, la de la abstracción del derecho de acción, como derecho constitucional y la negación del carácter procesal del mismo, son conciliables, por lo que nos permitimos afirmar que la acción es el derecho a la jurisdicción, con prescindencia de la existencia de un derecho material que se formulará mediante la pretensión procesal y, naturalmente, del necesario interés para obrar.

De hecho, nuestra afirmación no resulta ajena a la posición de la doctrina mayoritaria contemporánea.

Entonces, la acción es el derecho o facultad que tiene la persona de accionar los mecanismos procesales –ya sea en el plano ordinario o en el plano arbitral o de otra naturaleza, si éste fuese el caso–, a efectos de pretender se declare fundada una determinada pretensión procesal, por más que ésta no tenga razón alguna de ser o incluso ya hubiese prescrito o caducado.

1. El destinatario de la acción

La doctrina mayoritaria sostiene que la acción se dirige contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica, siendo éste el sujeto pasivo de la obligación de naturaleza procesal, la misma que consiste –tal y como hemos podido ver– en prestar tutela jurisdiccional efectiva a quien la reclame, lo cual implica que el Estado se encuentra en la obligación de tener una maquinaria que garantice al ciudadano ponerla en marcha cuando lo requiera; y, cuando esté en marcha, pueda garantizar su adecuado funcionamiento.

Sin la existencia de esa maquinaria del Estado, la acción sería sólo letra muerta. Y esa maquinaria, además, debe ser garantía de buen funcionamiento.

Ello, implicaría una situación de imparcialidad en la que se respeten las normas relativas al debido proceso; en resumen, que se respeten los derechos. En otras palabras, el ciudadano tiene derecho al proceso y derecho en el proceso, ambos garantizados por el Estado.

¹⁸ Véase a Palacio (2005, p. 380).

¹⁹ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 271).

²⁰ Real Academia Española (s.f.a.).

²¹ Liebman (1957) citado por Alsina (1956, p. 329).

Entonces, siendo el Estado el titular de la función jurisdiccional, y siendo que la acción es el derecho a la jurisdicción, no cabe duda de que cuando el sujeto ejerza su derecho de acción, será el Estado el obligado a garantizar la satisfacción de éste. De esta afirmación no escapa el arbitraje; ello, en la medida que este medio de solución de controversias elevado a categoría de jurisdicción por la Constitución Política de 1993 tiene control judicial ulterior, a través del recurso de anulación de laudo.

2. Una precisión con respecto al concepto de acción

Es preciso mencionar, como lo hace Lino Enrique Palacio,²² que corresponde al término “acción” un segundo significado, el mismo que se identifica propiamente con el derecho material invocado como fundamento de la pretensión. Señala el referido profesor, que este concepto atiende al momento en que se emite la sentencia que pone fin al proceso.

Es decir, de acuerdo con este segundo concepto, la acción sería el derecho material judicialmente reconocido. El referido autor entiende que ése sería el significado que correspondería a la palabra acción, cuando los Códigos de fondo –como los llama él– (entiéndase el Código Civil) mencionan la palabra acción, pues a su criterio, no sería concebible que estos códigos ‘de fondo’, otorguen acciones con absoluta prescindencia de la efectiva titularidad de un derecho subjetivo o de un interés en la declaración de certeza.

Así, por ejemplo, menciona a la acción reivindicatoria, y señala que ésta no se concede a cualquier ciudadano, sino a quien se encuentre en las condiciones que señale el Código de pedirla; pero la misma no podrá ser dilucidada sino hasta el momento de la sentencia. Así, finalmente, señala que la acción identificada con el derecho o con el interés reconocido por la sentencia final, sólo puede pertenecer a aquella de las partes que ha resultado favorecida por tal reconocimiento.

No obstante, si analizamos este segundo concepto de acción, caeremos en la cuenta de que el mismo se relaciona directamente con la pretensión –ya en el proceso–, es decir, independientemente

de que se tenga o no la razón, el reclamo por el reconocimiento del derecho (acción) se insertará en el proceso a través de una pretensión, pero la pretensión nunca podrá ser formulada si primero no se ha activado el aparato judicial para la tutela efectiva de lo que se reclamó; es decir, si primero no se ha ejercido el propio derecho de acción, el mismo que da paso al inicio del proceso.

Así, pues, este segundo concepto de derecho de acción estará directamente vinculado con la pretensión ya en el proceso (denominada pretensión procesal).

Entonces, surge aquí la duda respecto de qué concepto de acción emplea el Código Civil, cuando en su artículo 1989 señala que la acción ‘se extingue’. Creemos que al ser la prescripción un mecanismo de defensa propio del derecho procesal parecería –en primera instancia– que cuando el Código emplea la palabra “acción” se refiere al concepto procesal del mismo, es decir, a la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales para pedir tutela efectiva de la pretensión.

Pero dada su ubicación legal, es decir al ser la prescripción parte del Libro VIII del Código Civil, diríamos que el concepto de acción que emplea este cuerpo legal es el de derecho reconocido por el Código Civil²³ en distintos artículos del mencionado cuerpo legal. Así, deberíamos leer “se extingue la acción (el derecho), pero no el derecho mismo”, lo que podría parecer un absurdo.

Expuestos entonces los conceptos de acción, el lenguaje parece hacer dudar de su significado. No obstante ello, Marcial Rubio Correa²⁴ señala que si bien usualmente se dice que existen diversas acciones como la reivindicatoria, la oblicua, la de nulidad de matrimonio, entre otras, en realidad la teoría moderna considera que sólo existe una acción, y que las diversas especies no son sino formas en que se manifiesta este poder de recurrir a la jurisdicción para satisfacer la pretensión, opinión a nuestro criterio acertada y que compartimos.

Por lo demás, debe quedar claro que la acción, como concepto abierto de poder accionar los mecanismos de la administración de justicia, nunca prescribe, razón por la cual la acción a que se refiere el artículo 1989 del Código Civil, pareciera ser, como veremos seguidamente, la pretensión.

²² Palacio (2005, p. 382).

²³ O por otro cuerpo normativo o precepto de carácter sustantivo, que resulte compatible con el tema y a los que se apliquen las normas del propio Código Civil.

²⁴ Rubio Correa (1989, p. 88)

C. La pretensión

Eduardo J. Couture²⁵ sostiene que la pretensión es la *autoatribución* de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente que se haga efectiva, respecto de él, la tutela jurídica.

La Real Academia Española²⁶ define la “pretensión” como:

(Del lat. *praetensio*, -ōnis).

1. f. Solicitud para conseguir algo que se desea.
2. f. Derecho bien o mal fundado que alguien juzga tener sobre algo.
3. f. Aspiración ambiciosa o desmedida. U. m. en pl.
4. f. Der. Objeto de una acción procesal, consistente en pedir al juez un determinado pronunciamiento.

Por su parte, Cabanellas,²⁷ señala que pretensión es “Solicitud. // Solicitud, petición, instancia. // Propósito, aspiración, deseo. // [...] // Derecho, cualquiera sea su solidez, que se alega para obtener una cosa o ejercer determinadas facultades. [...]”.

Es preciso señalar que diversos autores –cuando se refieren a la pretensión–, hacen el distingo entre la pretensión material y la pretensión procesal.

1. La pretensión material

Juan Monroy Gálvez²⁸ define a la pretensión material como el acto de exigir algo –con relevancia jurídica– a otro, antes del inicio de un proceso. No obstante, según señala el citado profesor, la pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso; ello, porque resulta factible que se demande la satisfacción de la pretensión, sin necesidad de que se le haya exigido previamente.

En efecto, bastará el solo incumplimiento del deudor para que el acreedor se encuentre facultado a demandar el cumplimiento, sin que sea necesario que le haya exigido previamente –de algún otro modo– la ejecución de su obligación.

Esta pretensión también es conocida –según señala Azula Camacho²⁹ como pretensión extraprocesal, y es definida como aquélla que tiene el titular de un derecho para exigir la satisfacción o cumplimiento de éste.

2. La pretensión procesal

Según señala Lino Palacio,³⁰ la pretensión procesal es el acto en cuya virtud se reclama ante los tribunales ordinarios o arbitrales –y frente a una persona distinta– la resolución de un conflicto de intereses suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación. Agrega el citado autor que, para que la pretensión procesal se configure, se requiere que ésta contenga una afirmación de derecho o de consecuencia jurídica derivada de determinada situación de hecho.

Curioso es que la palabra “pretensión” no es reconocida ni por el Diccionario de Joaquín Escriche, ni por el del presidente Francisco García Calderón. Lo propio ocurre con el Diccionario de Henri Capitant y con el de Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro. Ello es un indicativo de que su separación conceptual del término acción, es de tiempos relativamente recientes en el derecho.

Ignacio Medina Lima,³¹ al referirse a la pretensión procesal, señala lo siguiente:

Desde otro punto de vista se habla, más comprensivamente, de pretensión a la administración de justicia, es decir, a que se lleve al cabo la función tutelar del derecho por medio de los tribunales que deben realizarla frente a las partes (Rosenberg).

Así entendida, la pretensión reviste el carácter de un derecho subjetivo público del particular contra el Estado que le asegura la obtención de un fallo, que podrá o no resultarle favorable al mismo.

Como se advierte fácilmente, esta posición doctrinal identifica plenamente el concepto de pretensión a la administración de justicia con el de acción procesal en sentido abstracto y hace, por consiguiente, imposible demarcar separación entre ambas.

²⁵ Véase a Couture citado por Olmos H., René (2002, p. 26).

²⁶ Véase a Real Academia Española (s.f.b.)

²⁷ Véase a Cabanellas, (1989, p. 395).

²⁸ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 272).

²⁹ Véase a Azula Camacho citado por Hinostroza Mínguez (2005, p. 140).

³⁰ Véase a Palacio (2005, p. 385).

³¹ Véase a Medina Lima (2006, pp. 581-582).

[...] Pero la distinción aparece ostensiblemente con sólo recordar que la acción es un derecho subjetivo público del individuo contra el Estado, derecho correlativo de la obligación de aquél de resolver con fuerza obligatoria los conflictos de orden jurídico en los casos concretos que se le propongan y, por tanto, no susceptible de ejercitarse extrajudicialmente ni menos de satisfacerse por alguien que no sea precisamente el órgano de la jurisdicción.

Carrión Lugo sostiene que es posible que la pretensión procesal –hecha valer mediante la acción– no prospere, dependiendo de que esté o no amparada por la norma sustancial y de que se prueben sus fundamentos de hecho. No obstante ello, agrega el citado autor, la acción ya se habría ejercido y la actividad jurisdiccional se habría puesto en movimiento.

La pretensión procesal es intrínsecamente la pretensión material, pero contenida en la demanda. Se denomina pretensión procesal, en tanto va a ser discutida, probada, alegada y al final decidida, dentro de un proceso.

Juan Monroy³² sostiene que la pretensión material deviene en pretensión procesal cuando la primera no es satisfecha y el titular de ésta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra; entonces sólo le queda el camino de la jurisdicción.

Es decir, el titular de la pretensión material puede –empleando el derecho de acción– convertirla en una pretensión procesal.

No ahondaremos más en este acápite sobre el tema de la pretensión, dado que el mismo constituye objeto central de nuestro análisis.

3. El destinatario de la pretensión

En el caso de la pretensión –tomando en cuenta el concepto de pretensión que hemos adoptado–, el sujeto pasivo será lógicamente la contraparte de la relación del derecho material, el mismo que en la relación procesal encajaría en la posición del demandado.

D. Relaciones entre “acción” y “pretensión”

Expuestos así los conceptos preliminares, se afirma que la acción es el elemento que sirve de sustento

a la pretensión, pues la posibilidad de que la pretensión sea planteada ante los tribunales –judiciales o arbitrales– obedece, precisamente, a la existencia del derecho de acción. Así, pues, la acción es el mecanismo para hacer valer la pretensión.

Es preciso señalar que la acción se encuentra directamente relacionada con la pretensión procesal, la misma que si bien se encuentra –como señalamos– relacionada de modo directo con la pretensión material, ocurre que esta última no constituye requisito indispensable para la existencia de una pretensión procesal, toda vez que la pretensión procesal puede fundarse en una pretensión material inexistente; por ello, como señalamos al inicio, la acción es un derecho autónomo independiente de la existencia del derecho o de la razón que pueda tener la pretensión material.

Hecha la distinción entre el concepto de acción y pretensión, corresponde ahora analizar qué es lo que –con el transcurso del tiempo– se extingue. Pero, antes de llegar a ese punto, conviene analizar si el solo transcurso del tiempo extingue la “acción”.

E. El tiempo y la extinción de la “acción”³³

Como se ha podido apreciar, el artículo 1989 del Código Civil peruano de 1984, sobre el cual giran estas reflexiones, regula la prescripción extintiva.

Así, la prescripción extintiva es un medio para liberarse de la exigibilidad de determinadas obligaciones y, por tanto, afecta derechos de crédito. La prescripción extintiva se produce por la inactividad del titular del derecho. Es, como dice Díez-Picazo, un requisito de tipo negativo, pues lo que se requiere es simplemente la conducta omisiva por un determinado período (el que manda la ley).

Hecha la salvedad respecto a aquello a lo que se refiere el artículo 1989 de nuestro Código Civil, procederemos a analizar la importancia del transcurso del tiempo.

La doctrina mayoritaria sostiene que la prescripción es un fenómeno que modifica una determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo. No obstante, Luis Díez-Picazo³⁴ considera que un concepto así delineado es demasiado vago y demasiado general como para resultar útil. Así, pues, una de las primeras observaciones que hace el citado autor, es que bajo tal definición también pue-

³² Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 273).

³³ En este apartado emplearemos la palabra “acción” entrecerrillada, toda vez que éste es el término que utiliza el Código Civil, lo cual no implica que la «acción» sea aquello que se extinga.

³⁴ Díez-Picazo y Ponce de León, (1958, p. 974).

den encajar todas las demás modificaciones que acaecen en una situación jurídica merced al paso del tiempo, como por ejemplo la caducidad, un contrato de arrendamiento o también una sociedad; porque también en estas situaciones se modifica la situación jurídica de las partes del contrato cuando termina su plazo de duración, es decir cuando transcurre el tiempo necesario.

En ese sentido –y en opinión de Díez-Picazo–³⁵ el tiempo no sería nada más que medida de duración de la inacción del titular del derecho; y lo que se necesitaría además de aquél, es que el deudor no haya reconocido expresa o tácitamente el derecho del acreedor, es decir, que esta falta de reconocimiento produzca que la relación jurídica esté como dormida y sin síntomas de vida.

De que el transcurso del tiempo es un requisito necesario para el acaecimiento de la prescripción, no nos queda duda, porque lo señala expresamente la norma. Ahora bien, respecto del no reconocimiento al que hace mención el citado autor, debemos decir que el mismo se relaciona con la no interrupción del plazo de prescripción. No obstante, si el plazo se interrumpe, es posible que luego se vuelva a contar desde cero, y tendrá que ser de manera ininterrumpida que se logre el plazo que la ley ha pre establecido para poder ganar y deducir la prescripción.

Ahora bien, entonces ¿debe entenderse que, si se acude a los tribunales de justicia, el solo paso del tiempo hará que la pretensión quede desestimada *ipso facto*?

La respuesta negativa se impone.

Y ello es así, porque el fenómeno de la prescripción debe ser ligado no sólo con el acaecimiento del tiempo, sino –además y necesariamente– con el hecho de que haya sido invocado en forma oportuna y que esta invocación haya sido acogida favorablemente por los tribunales de justicia.

En ese entender, son dos pasos los que deben seguirse a efectos de que el fenómeno de la prescripción sea apreciado por el derecho. El primero, la invocación oportuna de la prescripción; el segundo, que haya sido apreciada favorablemente por el tribunal que conoce de la causa.

Ahora bien, que la prescripción sea invocada por la parte que se beneficia con ella, no representa

un requisito de constitución de la prescripción, sino –como sostenemos– un requisito de eficacia de la prescripción frente al acreedor y terceros.

Respecto de la invocación de la prescripción por la parte interesada, es claro que el artículo 1992 del Código Civil, señala que el juez no puede aplicar de oficio la prescripción; pero ello implica que, si no es invocada por la parte interesada, se entiende que la “acción” (pretensión) no prescribió. De ser esto así, no podría entenderse el texto del artículo 2001 del Código Civil, que regula los plazos de prescripción y que establece que determinadas “acciones” (pretensiones) prescriben al transcurrir una determinada cantidad de años, que la propia ley señala. En otras palabras, lo que pretendemos dilucidar es desde cuándo se producen los efectos de la prescripción: si se producen *ipso iure*, con el solo transcurso del plazo o si se requiere su invocación.

De ser necesaria la invocación del paso del tiempo fijado por la ley, entonces deberá entenderse que la “acción” (pretensión) prescribe transcurrido el plazo exigido por la ley y luego de haber sido invocada la prescripción. Es decir, los efectos de la prescripción recién se producirían una vez que ésta sea invocada por la parte interesada en valerse de ella.

A nuestro entender, el acaecimiento de los plazos convierte de inmediato a la obligación civil en una obligación natural. Recordemos que, como hemos sostenido en un inicio, la prescripción no es propiamente un derecho del deudor, sino un mecanismo de defensa que ese deudor podrá o no usar en contra de su acreedor, para contrarrestar su “acción” (pretensión); y, como tal, no es posible que los tribunales de justicia –que se representan como neutrales– la invoquen a fin de favorecer a una de las partes.

Ello no implica que la “acción” (pretensión) no haya prescrito, porque el tiempo exigido por la ley ya venció; sino, simplemente que al no invocarse la prescripción se entiende que el deudor no está empleando ese mecanismo de defensa que posee; y como efecto inmediato de ese no valerse del tratamiento de lo que en teoría ya sería una obligación inexigible, se tiene que el derecho tratará a la misma como si fuera una obligación civil y no lo que la doctrina conoce mayoritariamente como una obligación natural.³⁶

³⁵ Díez-Picazo y Ponce de León, (1958, p. 987).

³⁶ Con el doctor Felipe Osterling Parodi hemos recusado el término «obligaciones naturales», pues el mismo importa, una *contradiccio in adjecto* o *contradiccio in terminis*. No hay obligación porque no existe exigibilidad; se trata, simplemente, de un derecho cuya exigibilidad se ha perdido (ha prescrito la pretensión) y, por tanto, debería clasificarse como un

Expuestos así nuestros argumentos, consideramos que el solo paso del tiempo hace que la “acción” (pretensión) del acreedor prescriba y, por lo tanto, que la obligación del deudor sea inexigible; pero los efectos de la prescripción no serán oponibles sino desde su invocación –en tiempo oportuno– por la parte interesada. Con lo cual, sostenemos que la alegación de la prescripción no es más que un mero requisito de eficacia, pero no un requisito para su existencia.

Por ello, si la prescripción no es deducida oportunamente o si no es acogida por los tribunales, corresponderá evaluar el fondo del asunto, a fin de determinar si se debe declarar la pretensión (que ha prescrito, pero sobre la cual no se ha deducido prescripción) como fundada o infundada. Pero, definitivamente, no podrá archivarse el proceso en razón a la prescripción no invocada, porque el juez –tal y como lo señala el artículo 1992 del propio Código Civil³⁷– no puede fundar sus fallos en la prescripción si ésta no ha sido invocada; y nosotros agregaríamos que ello debe entenderse no sólo como que no ha sido invocada, sino que no lo ha sido en tiempo oportuno.

De esta forma, podemos concluir en que el único requisito para que se produzca la prescripción es el acaecimiento de los plazos establecidos por la ley (artículo 2001 del Código Civil³⁸ y demás normas que establezcan plazos especiales de prescripción), pero que al ser un mecanismo de defensa a emplear por el deudor beneficiado, la prescripción sólo podrá ser invocada por éste, y será esa invocación –y posterior acogimiento por parte de los tribunales– la que genere que los efectos propios de la prescripción sean oponibles al acreedor y terceros. Es de saber que el principal efecto de la prescripción consiste en la conversión del tratamiento que le da el derecho a la obligación, es decir, ella se transforma de obligación civil a lo que la doctrina denomina generalmente

como obligación natural; esto es, se transforma de una obligación exigible a una inexigible.

F. Entonces, ¿se extingue la acción o la pretensión?

La prescripción, como medio de defensa que puede ser utilizado por el deudor beneficiado por el envejecimiento de la pretensión del adversario, no es en sí misma un derecho subjetivo del deudor, sino un mecanismo procesal (como tal, se emplea dentro del proceso) que busca poner fin al propio proceso. Ello no implica que se ponga fin a la acción porque, como hemos señalado, la acción no forma parte del proceso, sino que es un derecho ejercido con anterioridad al proceso, en donde se inserta la pretensión material a través de la pretensión procesal, entendiendo a la pretensión en sentido estricto (al igual que Díez-Picazo) como el acto del ejercicio de la facultad de exigir.

El profesor Juan Monroy hace la salvedad respecto de lo que se extingue con la sentencia que amparará la prescripción deducida por la parte interesada, señalando que lo que se extingue no es la acción.

Cuando delimitamos el concepto de acción que emplea nuestro ordenamiento civil, dijimos que la acción es un paso previo al proceso y, como tal, no forma parte del mismo, sino que es un derecho subjetivo que tiene la persona para acudir a los tribunales a pedir que se ampare su pretensión. Por ello, lo único que sucede cuando una persona ejerce el derecho de acción es activar la maquinaria judicial para dar paso al inicio del proceso, el mismo que comienza con la demanda.

Monroy³⁹ comenta que, siendo el derecho de acción uno subjetivo, éste se extingue cuando se extingue su titular. Por lo tanto, una sentencia definitiva no afecta el derecho de acción del demandante, debido a que éste jamás estuvo en

«deber jurídico con contenido patrimonial». Es decir, un deber previsto expresamente por la norma jurídica que sí le confiere contenido patrimonial y que le impide repetir a quien paga no estando obligado, pero que si lo hace es porque está respondiendo a un imperativo de su conciencia. No obstante, debemos reconocer que la inmensa mayoría de autores denomina a estos deberes como *obligaciones naturales*. Y, en ese sentido, el profesor Osterling y yo seguimos esa nomenclatura por razones prácticas. Véase a Osterling Parodi y Castillo Freyre (1994, pp. 132 y 254); Véase a Osterling Parodi y Castillo Freyre (2000, pp. 687, 756 y 757).

³⁷ Artículo 1992.- El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada (Código Civil, 1984).

³⁸ Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1. A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
2. A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
3. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
4. A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.
5. A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia (Código Civil, 1984).

³⁹ Véase a Monroy Gálvez (1996, p. 270).

disputa durante el trámite del proceso en que se expidió la sentencia.

Tal apreciación nos parece correcta. Ello se evidencia en la práctica, porque no cabe duda de que en el supuesto en que la sentencia no dé la razón a la parte demandante, ésta puede –en otro proceso– reclamar el mismo derecho que le fue denegado en el anterior. Esto podrá suceder cuantas veces –teórica o académicamente– se pueda uno imaginar, porque sin duda el derecho de la persona a pedir al Estado que ejerza tutela jurisdiccional respecto de un derecho –que se alega como vulnerado–, siempre existirá; y sólo dejará de existir, respecto de una persona, cuando ésta muera. Pero, incluso en esta eventualidad, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1218 del Código Civil, esa obligación, salvo casos de excepción, es transmitida a sus herederos. Lo propio podemos decir de otros derechos de naturaleza distinta a las obligaciones, en virtud de que este precepto se aplica a todos ellos.

Todo esto, no obstante, más allá de que en cualquiera de esos sucesivos procesos, la parte demandada puede deducir la excepción de cosa juzgada, si fuese el caso.

Así, pues, si bien el artículo 1989 del Código Civil de 1984 se refiere literalmente a la prescripción de la acción, debemos entender que la acción como tal no es susceptible de prescribir, pero lo que sí prescribe es la pretensión.

Windshcheid⁴⁰ postula la prescripción (*anspruch*)⁴¹ de las pretensiones y sostiene que lo que prescribe es el derecho dirigido a exigir o a reclamar de otra persona una conducta positiva o negativa, es decir un hacer o un omitir. No obstante, tal postulación es criticada por Díez-Picazo, cuando anota que las pretensiones no son poderes jurídicos sino actos efectivos de ejercicio del derecho frente al otro.

En ese sentido, si el acto efectivo del ejercicio se da cuando uno reclama el derecho que se tiene frente al otro, entonces cuando se habla de la prescripción de la acción, ello deberá entenderse como la prescripción de la facultad jurídica que se manifiesta a través del acto de reclamar un derecho, porque el mismo ha devenido en inexigible; con lo cual es claro que la prescripción no constituye un medio de extinción de la acción sino de la pretensión.

Ahora bien, ¿qué pretensión es la que se extingue: la material o la procesal? Si repasamos lo expuesto, recordaremos que sostuvimos que la pretensión procesal (la exigida en el proceso) se encuentra intrínsecamente relacionada con la pretensión material (la exigida fuera del proceso) y que la prescripción se deduce en el proceso a modo de excepción. Con lo cual tendremos que, en principio afectará directamente a la pretensión procesal, convirtiéndola en inexigible. Pero, la pretensión procesal contiene la pretensión material, con lo cual ella también quedaría afectada, convirtiéndola en inexigible.

Así, por ejemplo, es perfectamente factible que el día de hoy alguien demande a su vecino por una deuda que tiene éste con aquél desde hace doce años. La deuda asciende a la suma de treinta mil dólares americanos. Al finalizar el proceso, es posible también que los tribunales de justicia den la razón al demandante y ordenen al vecino pagar la deuda; pero, inversamente, es también posible que en el proceso el vecino deduzca la prescripción de la deuda y los tribunales declaren fundada tal excepción, con lo cual el juez ya no conocería el fondo del proceso.

Tal y como se puede apreciar en el ejemplo propuesto, el solo paso del tiempo no extingue el derecho de acción, porque finalmente se pudo acudir a los tribunales reclamando un derecho que se alegaba tener. Así, pues, queda claro que no hay nada que impida recurrir a los tribunales a pedir tutela judicial, con lo cual se destaca –otra vez– que no es propiamente la acción lo que prescribe, sino la pretensión.

Entonces, ¿cómo es posible que ante una situación en la cual el derecho no es amparado y correlativamente la obligación no es exigible, pueda subsistir el derecho?

G. El derecho no tutelable y la obligación no exigible

Recordemos que el artículo 1989 del Código Civil, señala que la prescripción extingue la acción, “pero no el derecho mismo”. Entonces, en una primera impresión parecería contradictorio sostener que se tiene el derecho, pero que si se reclama es posible que el mismo no sea amparado, si se deduce –y declara fundada– la excepción de prescripción.

⁴⁰ Windscheid, B. citado por Díez-Picazo y Ponce de León (1958, p. 985).

⁴¹ Luis Díez-Picazo traduce el término “*anspruch*” como “pretensión”.

A decir de Rubio Correa,⁴² en principio, esto podría parecer un despojo a quien detenta el derecho; sin embargo, ello no es así –según comenta el citado autor– porque en realidad, el plazo fijado por la ley para que opere la prescripción se estima razonable para que el interesado pueda proteger su derecho accionando y, como no lo ha hecho, se entiende que no tiene interés efectivo en el derecho que detenta, razón por la cual se le priva de la posibilidad de reclamarlo con éxito en el futuro. Esto es lo que busca el derecho con la institución de la prescripción.

Pero si su contraparte no invoca la prescripción y paga, se entenderá que el pago ha sido bien realizado, pues el derecho no se había extinguido sino solamente la facultad de exigirlo. Esto también se presentará en caso el demandado no deduzca la prescripción, no pague, continúe el proceso y lo pierda, siendo condenado a pagar. Como sabemos y será estudiado en esta obra, la prescripción sólo puede ser deducida en el tiempo procesal oportuno; aquélla que es deducida de manera tardía, se considera no opuesta.

Todo esto se relaciona fundamentalmente, con un tema que es más propio del derecho de obligaciones, a saber, el relativo a las llamadas obligaciones naturales.

No pretendemos profundizar en él, pero sí esclarecer de qué estamos hablando. Para ello, emplearemos algunos conceptos previamente esbozados en nuestro “Tratado de la Obligaciones” y en nuestro “Tratado de derecho de las obligaciones”, así como en las diversas ediciones de nuestro “Compendio de derecho de las obligaciones”, todos ellos escritos con nuestro maestro, el profesor Felipe Osterling Parodi.⁴³

Por la obligación, el deudor debe jurídicamente, ya que la obligación es un deber jurídico de pagar. Si no paga, el deudor puede ser constreñido al pago directo o al indemnizatorio de los perjuicios causados.

La obligación natural sería, en derecho positivo, una aplicación de la distinción conceptual entre los elementos integrantes de la obligación. Porque, se afirma que la obligación natural es aquella que contiene deuda, pero no constreñimiento. Así, pues, hay *debitum*, ya que existen razones para justificar la pretensión del sujeto activo; pero no

hay garantía, pues no se dan a esta pretensión medios para obtener su cumplimiento.

En efecto, cuando se produce la prescripción, lo que prescribe –tal y como lo señalamos– es la pretensión que inicialmente podía ser interpuesta y exigible, dado que la obligación era de naturaleza civil.

Una corriente de opinión sostiene que las obligaciones naturales, por su estructura y por su contenido, son una simple variante de las obligaciones civiles. En definitiva, la obligación natural vendría a ser un vínculo reglamentado por la ley y al que, por razones especiales, el legislador no le ha atribuido una pretensión judicial que lo consagre.

Pero queda en evidencia que incluso en estos casos el acreedor interesado podría recurrir a los tribunales, dado el irrestricto derecho de acción; que, incluso, podría plantear pretensiones en su demanda; y que, aún más, podría ganar el juicio si es que el demandado no deduce la excepción de prescripción. En otras palabras, como ya lo hemos expresado, por más que una obligación ya esté prescrita, el acreedor demandante podría terminar ganando el proceso y cobrando lo adeudado.

Entonces, resulta claro que, en el caso de la prescripción, a diferencia de la caducidad, el derecho no se extingue, sino subsiste, pero como una obligación natural a cargo del deudor. Es decir, la deuda existe, el deudor sigue siendo deudor, sólo que, pasado el plazo de prescripción, el deudor tendrá el derecho potestativo de pagar o no tal deuda. Así, si el deudor paga a su acreedor, por más que la deuda pudo haber sido declarada como prescrita, el pago habría sido correctamente efectuado.

En este punto –el del pago de las obligaciones naturales– muchos autores se preguntan si se tendría o no derecho a repetir. La respuesta sin duda alguna sería negativa, puesto que bien señala el artículo 1989 del Código Civil que el derecho subsiste, y subsiste en virtud de la fuerza legal de la equidad y, en muchos casos, por mandato de los textos legales que corroboran la fuerza de la equidad.

Ello, además de lo establecido por el artículo 1275⁴⁴, en el sentido de que “No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita [...].”

⁴² Rubio Correa, (1989, p. 31).

⁴³ Por citar dos de ellas: Osterling Parodi & Castillo Freyre. (2014); y, Osterling Parodi & Castillo Freyre (2020).

⁴⁴ Artículo 1275.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar (Código Civil, 1984).

En ese supuesto de pago, el acreedor de la deuda la cobrará como una obligación civil, y no precisamente porque haya dejado de ser una obligación natural, sino porque el deudor de esa obligación renunció –en la práctica– a ejercer su medio de defensa, que implicaba deducir la excepción de prescripción, la misma que hubiese posibilitado que el tratamiento de ese tema se basara en el carácter natural de la obligación.

Es decir, una obligación prescrita se convierte en una obligación natural, pero al no deducirse la prescripción de la misma, será tratada por el derecho como cualquier obligación civil. Así, pues, el hecho de que no se deduzca la excepción le quita en la práctica el carácter de natural a la obligación, y ello se explica porque –en buena cuenta– el carácter natural de una obligación es una situación de orden facultativo para el deudor y, como tal, se circscribe única y exclusivamente al deudor de la misma.

Por tal razón, si esa exigibilidad o inexigibilidad no es invocada por la parte deudora, se tratará a la obligación natural como una civil, pero no por ello habría dejado de ser una obligación natural hasta el momento en que sea pagada.

H. Conclusiones

Con base en lo expuesto, queda claro que el derecho de acción, entendido como el derecho de las personas de acudir a los tribunales de justicia a pedir tutela jurídica, no se agota ni se extingue con la prescripción. Lo que se extingue con la prescripción es la pretensión, sea material o procesal.

Sostenemos también que la prescripción se configura con el paso del tiempo ininterrumpido durante el plazo exigido por la ley; pero su eficacia no es automática, pues para que surta efectos la prescripción se necesita que ella sea alegada por la parte que se beneficiaría con la misma y que tal excepción sea declarada fundada, con carácter firme, por los tribunales de justicia que conocen la causa.

Así, también, el efecto inmediato de la prescripción consiste en que la obligación civil deviene en una obligación natural, lo que no impide que trate de ser exigida en los tribunales de justicia, con las salvedades sobre las que ya hemos tratado. Ahora bien, la obligación natural es susceptible de ser cumplida por el deudor, el mismo que, de efectuar el pago, no tendrá derecho a la repetición de lo pagado, pues el derecho del acreedor –quien ya no podrá exigir el cobro de su acreencia– subsiste. 

REFERENCIAS

- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Ediar Editores.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (tomo VI, 15ava ed.). Editorial Heliasta.
- Carlos, E. B. (1954). Vocablo acción. En *Encyclopedie Jurídica OMEBA* (Tomo I). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Capitant, H. (1966). *Vocabulario Jurídico* (Traducción de A. H. Guaglianone). Ediciones Depalma.
- Carrión Lugo, J. (2004). *Tratado de derecho procesal civil*. Editora Jurídica Grijley.
- Castillo Freyre, M. (2004). Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante. *Revista Jurídica del Perú*, 54(55), 113-136.
- Castillo Freyre, M., & Molina Agui, G. (2008). Qué es lo que extingue la prescripción. Reflexiones acerca del artículo 1989 del Código Civil peruano. *Jus Doctrina & Práctica*, 1, 201-212.
- (2009). ¡Prohibido renunciar! Reflexiones en torno al artículo 1990 del Código Civil. *Advocatus*, 21, 63-69.
- Cervera y Jiménez-Alfaro, F., & De Casso y Romero, I. (1950). *Diccionario de derecho privado*. Editorial Labor.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1958). En torno al concepto de prescripción. *Anuario de derecho civil*, 974.
- Escríche, J. (1993). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* (Edición y estudio introductorio por M. del R. González). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores García, F. (2006). Vocablo acción. En *Encyclopedie Jurídica Latinoamericana* (tomo I, p. 70). Rubinzel Culzoni Editores.
- García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la Legislación Peruana* (tomo I, 2da ed.). Imprenta del Estado.
- Hinostroza Mínguez, A. (2005). *Postulación del proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Medina Lima, I. (2006). Voz pretensión. En *Encyclopedie Jurídica Latinoamericana* (Tomo VIII, pp. 581-582). Rubinzel Culzoni Editores.

- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil* (tomo I). Editorial Témis.
- Olmos, R. G. (2002). *Pretensiones procesales en el Código Civil*. Editora Jurídica Grijley.
- Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (1994). *Tratado de las obligaciones* (Tomo I, pp. 132-254). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2000). Algunos conceptos sobre la teoría general de las obligaciones. En *Homenaje a José León Barandiarán. Temas de derecho* (Tomo II, pp. 687, 756-757). Fondo Editorial del Congreso.
- (2004). Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario. *Derecho y Sociedad*, 15(23), 267-274.
- (2014). *Tratado de derecho de las obligaciones*. Thomson Reuters.
- (2020). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Rimay Editores.
- Palacio, L.E. (2005). *Derecho procesal civil* (tomo I, 2da ed.). Abeledo-Perrot.
- Ramírez Gronda, J. (s.f.). *Diccionario Jurídico* (7ma ed.). Editorial Claridad.
- Real Academia Española. (s.f.a.). Acción. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de agosto de 2024. <https://dle.rae.es/acci%C3%B3n>
- (s.f.b). Pretensión. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de agosto de 2024. <https://www.rae.es/drae2001/pretensi%C3%B3n>
- Rubio Correa, M. (1989). *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil* (2da ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

LIMITACIONES A LA PROPIEDAD. EN LAS LIMITACIONES PRIVADAS: ¿EL TRIBUNAL REGISTRAL TIENE FACULTAD PARA LEGISLAR?

LIMITATIONS ON OWNERSHIP. ON PRIVATE LIMITATIONS: CAN THE REGISTRY COURT LEGISLATE?

Jorge Ortiz Pasco*

Pontificia Universidad Católica del Perú

The article develops the variety of restrictions to the right to property in Peru, many of them overlooked, but very necessary to know. In this task, the author also takes a position on the controversial restriction on the transfer and encumbrance of property by agreement between private parties.

Some limitations have been pronounced by the highest administrative registry instance: the Registry Court; the author questions its legislative power through an analysis of the changes brought about by the plenary sessions LXII, XCIV and XCIX, in addition to the pronouncements of the Constitutional Court and the provisions of the Civil Code of 40 years of validity.

KEYWORDS: Civil Code; limitations; property; Registry Court.

El artículo desarrolla la diversidad de limitaciones al derecho de propiedad en el Perú, muchas de ellas pasadas por alto, pero muy necesarias de conocer. En esta tarea, el autor también se posiciona frente a la polémica restricción en la transferencia y gravamen de bienes por acuerdo entre privados.

Sobre algunas limitaciones se ha pronunciado la máxima instancia administrativa registral: el Tribunal Registral; el autor cuestiona su facultad legislativa mediante un análisis de los cambios que han propiciado los plenos LXII, XCIV y XCIX, además de los pronunciamientos de Tribunal Constitucional y lo establecido en el Código Civil de 40 años de vigencia.

PALABRAS CLAVE: Código Civil; limitaciones; propiedad; Tribunal Registral.

* Abogado. Maestro por la Universidad de San Martín de Porres [USMP] (Lima, Perú). Ex Superintendente Nacional Adjunto de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del 2011 al 2013, así como durante el periodo 2021-2022. Se ha desempeñado como coordinador del Marco Legal e Institucional del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri). Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), USMP y de la Universidad de Piura (Lima, Perú). Contacto: jamortiz@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 19 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 14 de julio de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Las limitaciones a la propiedad tienen tres espacios de desarrollo en nuestro ordenamiento legal: las limitaciones públicas, las limitaciones por razón de vecindad y las limitaciones privadas.

Las limitaciones públicas las encontramos en diversas leyes. En el presente trabajo desarrollaré las más importantes, es decir, las relacionadas con el patrimonio cultural, áreas naturales protegidas, aeronáutica civil, recursos hídricos, derecho de vía, las playas y las urbanísticas.

Las limitaciones por razón de vecindad las encontramos en el Código Civil (1984). Donde, por el tiempo transcurrido, habrá que separar aquellas que siguen siendo por razón de vecindad de las que, por contar en su estructura con regulación en temas ambientales, han dejado de tener dicha característica y han pasado a ser de corte ambiental, por tanto, públicas.

Las limitaciones privadas responden a la voluntad de las partes. Es decir, nacen por el acuerdo entre privados. En el Código Civil existen tres normas que se refieren a las mismas, no obstante ello, su origen está en la decisión entre privados sin caer en el liberalismo extremo de creer que pueden contratar contra ley.

II. DESARROLLO DE LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO

A. Limitaciones Públicas. Como ya se expresó nacen de la ley. Buscan preservar el bien común¹

1. El Patrimonio Cultural de la Nación

El artículo 21 de la Constitución² establece claramente que el Estado presume la condición de un bien como integrante del Patrimonio Cultural. Lo mismo sucede con el numeral III de la Ley de Patri-

monio Cultural de la Nación, Ley 28296. También existe limitación para el propietario que deseé transferir el inmueble de su propiedad, pero que se encuentra afecto a la carga legal de formar parte integrante del patrimonio cultural dado que, antes de transferirlo deberá ofrecerlo al Estado –Ministerio de Cultura–. Dicho ofrecimiento responde a la exigencia regulada en la Ley de Patrimonio Cultural a través del artículo 9 numerales 9.2 y 9.4, así como al artículo 13 del reglamento aprobado por Decreto Supremo 011-2006-ED³. Un tema que no debemos de olvidar es el de aquellos inmuebles circundantes al entorno de un inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación. La lógica de estos es que también deberían estar afectos al mismo. Me refiero a los llamados ‘inmuebles de entorno’, es decir, aquellos bienes que se encuentran limitados por la cercanía a un inmueble integrante del patrimonio cultural.

Cambiando de espacio, los artículos 934 y 935 del Código Civil que regulan la búsqueda de un tesoro y, de haber encontrado el mismo, la división de este entre quienes lo buscaron se encuentra limitado por lo dispuesto en el artículo 936, cuando la búsqueda del tesoro se oponga a la Ley del Patrimonio Cultural de la Nación. Existe el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno LXII sobre la aplicación de la Ley de Regularización de Inmuebles, Ley 27157, al Patrimonio Cultural⁴. Actualmente, existe polémica sobre el conflicto que pudiera existir entre el Precedente de Observancia Obligatoria y la Disposición Complementaria y Final Tercera del Decreto Legislativo 1467; es más, pareciera que dicha norma legal habría derogado el Precedente de Observancia Obligatoria. Está en el Tribunal Registral hacer dicho análisis.

2. Las Áreas Naturales Protegidas

El artículo 68 de la Constitución se refiere a ellas, dejando expresa constancia que las mismas representan un interés superior del Estado “promo-

¹ En la casación 1910-2010-Lima, en el considerando octavo, se sustenta:

[...] que siendo ello así al haber las resoluciones administrativas limitado el uso de la propiedad de la parte demandante en virtud de exigencias legales tendentes a cautelar la seguridad legal y, a través de ella, el bien común no ha vulnerado el derecho que le reconocen los artículos 2 numeral 16 y 70 de la Constitución Política, así como el artículo 923 del Código Civil, sino que justamente la ha enmarcado dentro de sus justos límites, pues un derecho de propiedad sin limitaciones resulta tan absurdo como la propia negación del derecho”.

² Utilizando la frase: “los que se presumen como tales” (1993).

³ Con la finalidad de conocer cómo es que el Tribunal Registral entiende la comunicación al Estado –Ministerio de Cultura– se puede revisar sus siguientes resoluciones: 212-2014-SUNARP-TR-A, 465-2014-SUNARP-TR-L y 2434-2015-SUNARP-TR-L.

⁴ “Es inscribible la regularización de edificaciones pertenecientes al patrimonio cultural de la nación al amparo de la ley 27157 cuando el Instituto Nacional de Cultura (INC) lo haya autorizado” (1999). Hoy quien debe autorizar es el Ministerio de Cultura.

viendo la conservación de la diversidad biológica” (1993) en las mismas. La Ley⁵ y el Reglamento de Áreas Naturales Protegidas establecen claramente que la transferencia de un inmueble privado ubicado dentro de las mismas implica como obligación para el propietario tener que ofrecer primero al Estado –Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (Sernanp)–, de lo contrario o ante la omisión de ello, el Estado puede activar el derecho de retracto. Las restricciones a la propiedad dentro de un Área Natural Protegida están reguladas como un acto inscribible en el artículo 5.2 literal f de la Resolución de Superintendencia Adjunta 028-2012-SA-SUNARP. En una resolución que dio mucho que hablar por la importancia del Área Natural Protegida donde fue dictada, la reserva de Paracas; el Tribunal Registral decidió que las restricciones que recaen sobre un predio de domino privado dentro de un Área Natural Protegida constituye un acto inscribible⁶.

3. La aeronáutica civil

Siempre concurro a ver la expresión de sorpresa en el rostro de los alumnos cuando hago referencia a esta limitación. Me imagino que se preguntarán: ¿qué tiene que ver una ley de aeronáutica civil con el derecho de propiedad inmobiliaria? Lo que sucede es que dicha ley contiene una figura llamada ‘superficie limitadora de obstáculos’⁷, a través de la cual se crea una carga legal inscribible en la partida registral del inmueble⁸, por medio de la cual se limita la altura edificatoria de los mismos teniendo en cuenta la cercanía a los aeropuertos. Resulta muy claro que, por seguridad aérea, nadie deberá –me quedarán dudas si uso ‘podrá’– edificar violentando en contra de la altura permitida por

la autoridad de aeronavegabilidad en el Perú, es decir, la Dirección de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC⁹). Existen varios pronunciamientos de la autoridad aeronáutica y de los municipios¹⁰. Además, registralmente el futuro aeropuerto de Chincheros en Cusco¹¹ ya tiene a todos los predios circundantes al mismo con la carga registrada en sus respectivas partidas registrales.

4. Los recursos hídricos

Ley que es conocida como ‘de aguas’ que considera al agua como un bien de dominio público. Aquí también existe regulación expresa en las llamadas ‘fajas marginales’¹²; dichas fajas tienen la condición de ser consideradas de ‘dominio público’¹³. Representan cargas adyacentes al espacio por donde discurre o se encuentra un espacio con agua. Me refiero a los costados del cauce de un río, al espacio circundante de un lago o una laguna, a los costados de una quebrada –que podría ser incluso de un río seco– o de una cascada. Es decir, no solamente se limita el espacio donde está el agua, sino también las zonas adyacentes a las mismas. Cabe preguntarse: ¿hasta dónde llegan dichas ‘fajas marginales’? Corresponde responder: hasta donde decida la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA), entidad adscrita al Ministerio de Agricultura que se encarga de fijar la extensión de estas. Respecto al acceso al registro de predios, el Tribunal Registral ha dictado varias resoluciones sobre el mencionado tema¹⁴. Recientemente, en el año 2023, la Municipalidad de Lima¹⁵ declaró intangibles las fajas marginales de los ríos Rímac, Lurín y Chillón. ¿Era necesario habiendo ley que así lo determina? Creo que no. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre las fajas marginales¹⁶.

⁵ Ley 26834 artículo 5 y el Decreto Supremo 038-2001-AG artículos 44.1, 46.1 y 46.3.

⁶ Resolución 539-2003-SUNARP-TR- L.

⁷ Artículo 30 de la Ley 27261.

⁸ Artículo 32 de la Ley 27261.

⁹ Artículo 32 de la Ley 27261.

¹⁰ Oficio 696-2013-MTC/12.04 que se refiere a la cercanía con el aeropuerto Jorge Chávez. El certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios número 060-2009/SCO expedido por la Municipalidad Distrital de Castilla en Piura de fecha 15 de junio de 2009. La Resolución 227-2011-MTC/12 sobre el aeropuerto de Las Palmas. El certificado de parámetros urbanísticos 753-2016 expedido por la Municipalidad Provincial del Callao. El certificado de Zonificación y Vías 198-2016-MPC-GGDU-GPUC.

¹¹ Oficio 274-2010-MTC/15.01 de fecha 05 de marzo de 2015. Dicho oficio se constituyó en el título válido para registrar la carga en la partida registral de cada uno de los inmuebles afectados en el Registro de Predios de Cusco.

¹² Artículo 74 de la Ley 29338.

¹³ Artículo 7 de la Ley 29338 y el reglamento aprobado por Decreto Supremo 001-2010-AG artículo 113.

¹⁴ Resolución 312-2008-SUNARP-TR-A, 608-2013- SUNARP-TR-L, 691-2013-SUNARP-TR-L, 969-2013-SUNARP-TR-L, 454-2014-SUNARP-TR-L y 1902-2014-SUNARP-TR-L.

¹⁵ Ordenanza Municipal 2542.

¹⁶ Caso Raymundo Cahuana Taype de Expediente 538-2000-AA/TC.

5. El derecho de vía

Data de un decreto ley del gobierno del presidente Velasco¹⁷. En dicha norma legal se establece que el derecho de vía está representado por la zona de la carretera y las zonas adyacentes a la misma que son necesarias para futuras ampliaciones o para la prestación de servicios complementarios –un grifo, un hotel–. El derecho de vía constituye un bien de dominio público; ¿quién fija el derecho de vía? El Ministerio de Transportes y Comunicaciones¹⁸. Posteriormente, por ley se estableció que los concesionarios de carreteras¹⁹ pueden anotar preventivamente el derecho de vía a fin de dar publicidad a la extensión de este, buscando hacer pública la intangibilidad que lo caracteriza. No es fácil encontrar sentencias en casación sobre el derecho de vía, no obstante ello, en el considerando quinto de la casación 2959-2013-Lima se trata sobre el tema²⁰.

6. Las playas

No cabe la menor duda que son bienes de dominio público; por tanto, intangibles. Resulta interesante como la ley de playas ha regulado dos zonas donde claramente existen limitaciones a la propiedad. La primera llamada zona de dominio intangible y está representada por el espacio que existe entre la línea de alta marea y los cincuenta (50) metros adyacentes a la misma²¹. En dicho espacio no existe posibilidad de ningún tipo de derecho de propiedad privado –salvo, para aquellos que lo adquirieron antes de la aprobación de la ley de playas, por tanto, derechos adquiridos–. La segunda zona llamada de dominio restringido de doscientos (200) metros y que se encuentra a continuación de la zona de dominio intangible. También pertenece al dominio público, pero en la cual es posible levantar la afec-

tación (desafectación)²² y, por tanto, pasar al dominio privado del Estado. Debe aplaudirse a la Superintendencia de Bienes Nacionales por la entrega y dedicación que han tenido con respecto a las playas²³. El Tribunal Constitucional ha tenido sentencias sobre playas que es importante conocer²⁴.

7. Las urbanísticas

Están en el Código Civil desde hace cuarenta (40) años. Contextualizando hoy el artículo 957, me atrevo a decir que la propiedad predial está sujeta a la habilitación urbana, la zonificación, la subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas. Creo que estas últimas –las disposiciones respectivas– tienen que ver directamente con lo que decidan el Ministerio de Vivienda y las Municipalidades. Por ejemplo, encontramos limitaciones municipales²⁵ en los parámetros urbanísticos –competencia municipal distrital para fijar la altura máxima permitida en la edificación– y la zonificación –competencia municipal provincial para fijar el tipo de uso que puedo desarrollar en determinadas zonas que previamente han sido calificadas–. Además, existen normas legales que no podemos obviar²⁶. Recientemente, el Tribunal Constitucional decidió en la sentencia 302-2023 –Expedientes 0001-2021-PCC/TC y 0004-2021-PCC/TC, acumulados– que la zonificación, el planeamiento urbano y la determinación de la altura máximas de las edificaciones es competencia de las municipalidades.

B. Limitaciones por razón de vecindad: desde el Código Civil algunas que todavía son vecinales y otras que pasaron a ser públicas, no obstante seguir en el Código Civil

En el Código Civil existen seis (06) artículos que regulan las limitaciones por razón de vecindad. El

¹⁷ Artículo 3 del Decreto Ley 20081.

¹⁸ Artículo 4 del Decreto Ley 20081.

¹⁹ Artículos 28 y 52-55 de la Ley 30327.

²⁰ Al referirse a la Ordenanza Municipal 341-2001-MML, la cual en su artículo 6 define al derecho de vía como de “uso público irrestricto, inalienable e imprescriptible”.

²¹ Artículo 2 de la Ley 2685, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 050-2006-EF, artículos 4-8.

²² A cargo de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.

²³ La Resolución 00011-2021/SBN por medio de la cual fijan la línea de alta marea (LAM) en las playas del departamento de Tumbes. La Resolución 0059-2021/SBN por medio de la cual se fijan los Lineamientos para determinar la zona de dominio restringido. La Resolución 0030-2021/SBN que pone a disposición de la ciudadanía el Visor de Playas denominado visor geográfico para la zona de playa protegida (ZPP).

²⁴ Sentencia sobre caso del Club Terrazas en el acceso a la playa de Expediente 03640-2021-PHC/TC. Sentencia del caso de la Playa Cerro Azul de Expediente 00917-2007-PA/TC. Sentencia en caso de Máncora de Expediente 0043-2004-AI/TC.

²⁵ Artículo 73, numeral 1 de la Ley 27972.

²⁶ Resolución Ministerial 029-2021-Vivienda que es la Norma Técnica G040 que modifica el Reglamento Nacional de Edificaciones. Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Y su reglamento el Decreto Supremo 012-2022-Vivienda. TUO de la Ley de Habilidades Urbanas, Ley 29090.

solo hecho de encontrarse en dicho cuerpo normativo nos dice que son de naturaleza privada; los artículos 959 al 964 las contienen. Queda reflejada claramente la vida en vecindad desde el tener que ceder el paso para que un vecino pueda trasladar los materiales de construcción que le permitan apuntalar o construir una pared; instalar andamios para ello; también cuando tenga que cavar zanjas –hoy son las constructoras de edificios para hacer la cimentación de este–. Sin embargo, el tema no queda ahí, también encontramos en los artículos 961 y 963, limitaciones en las que existen explotaciones industriales como las trepidaciones, ruidos y movimientos que exceden los límites permitidos; chimeneas, emanación de humos o malos olores; la existencia de un establo en la propiedad vecina. Todas ellas, creo que ya no son limitaciones por razón de vecindad, por su razón medio ambiental ahora deben ser consideradas como limitaciones públicas. Bastará revisar el artículo 67 de la Constitución.

C. Limitaciones privadas: desde el Código Civil

Empiezo por reconocer que el presente es un tema polémico, discutible, con posturas distintas. Es decir, creo que no hay una verdad absoluta, esa que hoy niegan los postmodernistas –los reyes del relativismo– y en cuyo razonamiento filosófico no creo.

El espacio de análisis como lo expresé en la introducción se encuentra en tres (03) artículos del Código Civil, me refiero al 882, 926 y 2019 numeral 5. En el artículo 882 se cree –y esa es la discrepancia de opiniones– que nunca se podrá pactar ni transferir ni, gravar un bien por un tiempo determinado. Olvidando que la prohibición contenida en dicho artículo no es absoluta. A nadie se le puede privar de disponer o gravar el bien de su propiedad. Por lo mismo, pareciera que no es posible que un propietario pueda transferir su propiedad condicionando al nuevo propietario, que no la podrá transferir o gravar durante un tiempo determinado. Creo exactamente lo contrario, es decir, sí es posible pactar restricciones temporales. Por tanto, lo dispuesto en el artículo 882 no contiene una prohibición absoluta.

En el artículo 926 se dice claramente que “las restricciones establecidas por pacto” (1984) para que surtan efecto contra terceros deben registrarse en la partida del inmueble en el Registro de Predios. Desde el momento en que el Código Civil regula la existencia de poder pactar restricciones, creo que ello hace viable y, por tanto, posible que el nuevo propietario acepte como restricción que no pueda vender o gravar durante un tiempo determinado. No estoy haciendo referencia a una propiedad absoluta. Te vendo, pero no podrás transferir nunca a nadie. Ello, desde la lógica, linda con lo absurdo y, desde el derecho, con lo ilegal.

En el artículo 2019 numeral 5 se regula como acto inscribible en la partida registral del inmueble en el Registro de Predios a “las restricciones en las facultades del titular con derecho inscrito” (1984). El titular es el propietario. Para seguir en la línea argumentativa planteada, el titular con derecho inscrito como lo acabo de expresar es el propietario que aceptó cuando le transfirieron la propiedad que “no podía transferir o gravar la misma los próximos cinco años”, por tanto, aceptó y manifestó voluntad. Para aceptar dicha restricción temporal –desde ningún punto de vista absoluta– manifestó voluntad y, como tal, el acto es válido. Además, la bondad del codificador la encontramos en que dicha aceptación para ‘no disponer o gravar’ durante un tiempo determinado se hace pública en la partida registral del inmueble y, por tanto, será oponible frente a cualquier tercero –para ello, los artículos 926 y 2019 numeral 5–.

III. LAS LIMITACIONES PRIVADAS Y EL TRIBUNAL REGISTRAL

Más allá de la regulación civil, un actor vivo en el tema de las limitaciones privadas ha sido el Tribunal Registral; desde mi punto de vista lo ha hecho de una manera desacertada y equivocada respecto de lo que significan las mismas. Dichas limitaciones no pueden ser reguladas por una entidad estatal –que le ha aportado muchísimo al derecho registral peruano– porque las mismas nacen de la voluntad de las partes y cuentan con regulación en el Código Civil. Peor aún, dictar un precedente de observancia obligatoria que no tiene jerarquía normativa alguna frente a un Código Civil, por lo que, por razones de competencia un tribunal administrativo, no puede interpretar y menos aún imponer desde su interpretación. Existen los plenos XCIV, precedente de observancia obligatoria único, y XCIX, precedente de observancia obligatoria primero.

A. Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el pleno XCIV

El precedente de observancia obligatoria es uno sin contenido. Vacío. Simplemente, copia textualmente de lo que el Código Civil decidió expresar hace cuarenta (40) años. ¿Para qué sirve un precedente de observancia obligatoria que no regula nada? Claramente y, desde la lógica respondo: para nada.

B. Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el pleno XCIX

Yo llamaría a este precedente de observancia obligatoria la confirmación de la nada, pero en ver-

sión lejana del derecho que ignora la naturaleza jurídica de una limitación privada y lo que significa conocer hasta donde llega la competencia que lo asiste como tribunal administrativo. Quiero detenerme para decir que en Perú muchas personas creen que cuando se usan las palabras ignorar o ignorante los están insultando; creo que quienes así reaccionan desconocen y atentan contra la lengua castellana. Para no herir susceptibilidades, el ignorante es el sujeto que ignora, desconoce y, por tanto, está lejos del significado semántico de la palabra.

El Tribunal Registral decidió en el precedente de observancia obligatoria anteponer la palabra 'precisión'. ¿De qué? Del precedente anterior –pleno XCIV–, ¿y qué precisaron? Que "[...] las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender –de manera absoluta, relativa, ni temporal– los atributos de enajenación o gravamen [...]” (2012, p. 31) [el énfasis es nuestro]. Es decir, tomaron una decisión desde lo que ellos interpretaron y, porque no, creyeron que habían modificado el artículo 882 del Código Civil. Un tribunal administrativo sí puede interpretar, pero no puede decidir y mucho menos modificar una norma legal.

Hoy tenemos un precedente de observancia obligatoria que no permite inscribir restricciones a la propiedad de manera temporal –las absolutas siempre estuvieron prohibidas por el artículo 882 del Código Civil– porque al Tribunal Registral se le ocurrió así, hace muchos años.

He revisado el acta del Pleno XCIX que se 'supone' contiene la razón de ser de los fundamentos para llegar a la mal llamada 'precisión', ello porque en el fondo es una 'modificación' del precedente de observancia obligatoria aprobado en el pleno XCIV y, en el, ni los autores citados –Carlos Ferdinand Cuadros Villena, Gunther Hernán Gonzales Barrón, Lucrecia Maish Von Humboldt, Jorge Avendaño Valdez y Bernardo Pardo Márquez– ni el análisis normativo de los artículos 882, 926 y 2019 numeral 5 –que solo repiten y copian textualmente– se refieren contundente y claramente para tomar una decisión de la mal llamada 'precisión'.

Peor aún, cuando se refieren a la exposición de motivos del Código Civil –que también analizan– transcriben:

Se advierte pues, poca claridad en el comentario a este numeral²⁷ del artículo 2019 del

Código Civil con relación a las restricciones o limitaciones cuya inscripción estaría permitida, debiendo sin embargo entenderse que solo deben considerarse inscribibles las restricciones y limitaciones permitidas por ley. (2012, p. 30)

Corresponde preguntar: ¿cómo es posible argumentar cuando textualmente reconocen que nada está claro –utilizan la frase: poca claridad– desde la exposición de motivos del Código Civil?

Por lo antes expresado es que me he atrevido a preguntar desde el título del presente: ¿es que el Tribunal Registral tiene facultad para legislar? La respuesta es obvia.

Un dicho reza: "El tiempo todo lo sana". Por tanto, es interesante ver como el derecho registral avanza y el mismo Tribunal Registral cambia su postura –sin efecto el precedente de observancia obligatoria–. En la Resolución 705-2017-SUNARP-TR-A la sala de la ciudad de Arequipa ha decidido lo siguiente: "El requerimiento de la autorización del Banco acreedor no supone la prohibición de venta o gravamen de la garantía".

Creo que no es muy difícil darse cuenta de que cuando un **banco** –yo, no es cualquier actor– fija en las cláusulas de un contrato de crédito e hipoteca restricciones a la propiedad a quien adquiere el bien, no atenta contra el precedente aprobado en el Pleno XCIX. ¿Cómo? Muy sencillo; es un **banco**. Ellos, sí pueden decirles a sus clientes que no podrán vender, hipotecar, arrendar ni constituir derechos reales sobre bienes ajenos; salvo que les soliciten autorización y este –el **banco**– la otorgue. ¿Acaso dicha 'autorización' no es una restricción? ¿Y si el banco no me otorga la autorización? ¿No está atentando contra el artículo 882 del código civil?

Creo que el Tribunal Registral ha sido tan creativo que ha creado un nuevo dicho: para los ciudadanos "ni lo absoluto, ni lo temporal; para los Bancos la 'interpretación' –lo que quieran–".

Termino como empecé. El tema es polémico, pero la administración pública no puede tomar decisiones sin claridad ni mucho menos argumentación jurídica. Menos aún, generar interpretaciones que parecieran una modificación a norma legal alguna. No es bueno olvidarse que su rol es el de ser una segunda instancia de apelación y, por tanto, deben avocarse a la noble función de calificar. 

²⁷ Se están refiriendo al numeral 5 del artículo 2019.

REFERENCIAS

- Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de junio de 1997 (Perú).
- Ley 26856, Ley que declara que las playas del litoral son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles y establecen zona de dominio restringido, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 1997 (Perú).
- Ley 27157, Ley de regularización de edificaciones, del procedimiento para la declaratoria de fábrica y del régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 1999 (Perú).
- Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de mayo de 2000 (Perú).
- Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2003 (Perú).
- Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, en cuanto a bienes materiales inmuebles, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2004 (Perú).
- Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de setiembre de 2007 (Perú).
- Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de marzo de 2009 (Perú).
- Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).
- Decreto Ley 20081, Dictan disposiciones sobre inmuebles afectados por trazos en vías públicas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 1973 (Perú).
- Decreto Legislativo 1467, Decreto Legislativo que refuerza acciones y establece medidas especiales para la preservación del Patrimonio Cultural en el marco de la emergencia sanitaria a nivel nacional declarada a consecuencia del Covid-19, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 011-2006-ED, Aprueban Reglamento de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de junio de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 038-2001-AG, Aprueban Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de junio de 2001 (Perú).

Decreto Supremo 050-2006-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 26856, que declara que las playas son bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles y establece la zona de dominio restringido, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de abril de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 012-2022-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de octubre de 2022 (Perú).

LXII Pleno Registral, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 6 de agosto de 2010 (Perú).

Ministerio de Transporte y Comunicaciones [MTC] (2013). Oficio 696-2013-MTC/12.04.

(2017). Oficio 274-2010-MTC/15.01.

Ordenanza Municipal 341-MML, Ordenanza que aprueba el Plano del Sistema Vial Metropolitano de Lima, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de noviembre de 2001 (Perú).

Ordenanza Municipal 2542-MML, Ordenanza que declara intangible las fajas marginales de los ríos y quebradas, así como, las zonas de riesgo no mitigable de la provincia de Lima, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de abril de 2023 (Perú).

Resolución del Superintendente Adjunto de los Registros Públicos 028-2012-SUNARP/SA, Aprueban Directiva que regula la inscripción de las Áreas Naturales Protegidas y demás actos inscribibles relativos a éstas en el Registro de Áreas Naturales, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de enero de 2012 (Perú).

Resolución 00011-2021/SBN de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, 3 de febrero de 2021 (Perú).

Resolución 0059-2021/SBN de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, 23 de julio de 2021 (Perú).

Resolución 539-2003-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 15 de octubre de 2003 (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 14 de abril de 2011, Casación 1910-2010-Lima (Perú).

XCIV Pleno Registral, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 10 de agosto de 2012 (Perú).

XCIX Pleno Registral, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 16 de noviembre de 2012 (Perú).

Resolución 0030-2021/SBN de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, 22 de abril de 2021 (Perú).

Resolución 705-2017-SUNARP-TR-A del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 8 de noviembre de 2017 (Perú).

Resolución 312-2008-SUNARP-TR-A del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 28 de octubre de 2008 (Perú).

Resolución 021-2014-SUNARP-TR-A del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 20 de enero de 2014 (Perú).

Resolución 2434-2015-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, s.f. (Perú).

Resolución 465-2014-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, s.f. (Perú).

Resolución 608-2013-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 12 de abril de 2013 (Perú).

Resolución 691-2013-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 25 de abril de 2013 (Perú).

Resolución 969-2013-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 12 de junio de 2013 (Perú).

Resolución 454-2014-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, s.f. (Perú).

Resolución 1902-2014-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, s.f. (Perú).

Resolución Ministerial 029-2021-VIVIENDA, Modifican la Norma Técnica G-040, Definiciones del Título I Generalidades del Reglamento Nacional de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de enero de 2021 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 20 de diciembre de 2001, sentencia recaída en el Expediente 538-2000-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de octubre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0043-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 18 de marzo de 2009, sentencia recaída en el Expediente 00917-2007-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de septiembre de 2023, sentencia recaída en el Expediente 03640-2021-PHC/TC (Perú).

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL MUNDO MODERNO

THE IMPORTANCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE CURRENT WORLD

María Antonieta Delgado Menéndez*

Pontificia Universidad Católica del Perú

María del Carmen Delgado Menéndez**

Pontificia Universidad Católica del Perú

This paper addresses the importance of Private International Law (hereinafter, PIL) in the modern world marked by an increasing human cosmopolitanism, the intensification of free trade of goods, services and capital, and by an avalanche of legal relationships, which daily cross the borders of states, greatly increasing international legal traffic. International private relations, being linked to a multiplicity of countries and state legal systems, give rise to a kind of legal uncertainty as to the law applicable to them, which must be clarified by private international law in order to provide legal certainty to the parties.

In this context, the authors offer a look at two essential problems. The first is a cross-cutting issue in private international law, which is part of its general provisions: fraud in private international law, a little known mechanism in the Peruvian legal community, although highly relevant in

El presente trabajo aborda la importancia del Derecho Internacional Privado en el mundo moderno marcado por un cada vez mayor cosmopolitismo humano, la intensificación del libre comercio de mercancías, servicios y capitales, y por una avalancha de relaciones jurídicas, que traspasan a diario las fronteras de los Estados, incrementando sobremanera el tráfico jurídico internacional. Las relaciones privadas internacionales al vincularse con una multiplicidad de países y ordenamientos jurídicos estatales suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto de la ley aplicable a las mismas, que debe ser aclarada por el Derecho Internacional Privado para brindar seguridad jurídica a las partes.

En este contexto, las autoras nos brindan una mirada a dos problemas esenciales. El primero es un tema transversal en el Derecho Internacional Privado, que forma parte de sus disposiciones generales: el fraude a la ley, mecanismo poco conocido entre la comunidad jurídica peruana, aunque alta-

* Abogada. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha participado en cursos internacionales de posgraduación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Universidad de Passo Fundo de Brasil, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo, en la Universidad Central de Venezuela y en el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo. Profesora asociada en Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en la dirección, asistencia técnica, diseño e implementación de proyectos con la cooperación internacional en temas de justicia, gobernabilidad y DIPr. Es miembro de la Comisión de Seguimiento Docente del Departamento de Derecho y Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la misma universidad. Directora Académica de Relaciones Institucionales de la PUCP. Contacto: mrdelgad@pucp.edu.pe

** Abogada. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha participado en cursos internacionales de posgraduación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Universidad de Passo Fundo de Brasil, en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de Santo Domingo y de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido directora e Investigadora Senior del Instituto Libertad y Democracia. Especialista en dirección de investigaciones y proyectos, diseño e implementación de reformas normativas y formación de líderes y profesionales en temas de derechos de propiedad, derecho civil y Derecho Internacional Privado en Perú, Latinoamérica, el Caribe, Medio Oriente, Asia y África. Es miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la misma universidad. Consultora Senior del Estudio Murillo Abogados en temas de derecho civil y DIPr. Contacto: mariadelcarmendelgadom@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 10 de mayo de 2024, y aceptado por el mismo el 02 de agosto de 2024.

the determination of the law applicable to international private relations. The second is a fundamental issue for international families and for third parties related to them, which deals with the patrimonial effects of international marriages and de facto unions; an issue that has been one of the most frequent and complex in matters of conflict of laws in private international law and that is undergoing a very important evolution in the modern world of the 21st century.

mente relevante en la determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas internacionales. El segundo es un asunto fundamental para las familias internacionales y para los terceros que se relacionan con aquellas, el cual versa sobre los efectos patrimoniales de los matrimonios y las uniones de hecho internacionales; tema que viene siendo uno de los más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes en el DIPr y que está atravesando por una evolución muy importante en el mundo moderno del siglo XXI.

KEYWORDS: *Private international law; fraud to the law; international marriages; international unions, property regimes; matrimonial agreements and contracts; connecting factors; applicable law; convention; international regulations; reform.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho internacional privado; fraude a la ley; matrimonios internacionales; uniones de hecho internacionales, regímenes económicos patrimoniales; pactos y capitulaciones matrimoniales; factores de conexión; ley aplicable; convenio; reglamentos internacionales; reforma.*

I. INTRODUCCIÓN

Como explican claramente los profesores peruanos Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2008, pp. 1-10), el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) se ocupa de las relaciones jurídicas ‘internacionales’ de carácter ‘privado’, que se entablan a diario entre personas como nosotros, cuando estamos, temporal o permanentemente, ubicadas o domiciliadas en diferentes países, o queremos comprar o vender bienes ubicados en distintos Estados. Son relaciones ‘privadas’, porque las personas que participan tienen un interés privado, sean personas naturales o jurídicas privadas (como las sociedades anónimas) o públicas (como las empresas del Estado); y son relaciones ‘internacionales’, cuando alguno de sus elementos relevantes es extranjero, como, por ejemplo, el domicilio o nacionalidad de las personas, la ubicación de los bienes; y en el caso de los actos jurídicos (como el matrimonio) y contratos, cuando se celebren o deban cumplirse en un país extranjero.

A diferencia de las relaciones jurídicas privadas internas –matrimonios, divorcios, contratos, etc.–, cuyos elementos se realizan solo en Perú, y que, por tanto, se rigen solo por la ley peruana; las relaciones privadas internacionales, al tener elementos extranjeros conectados con varios países y leyes distintas, hacen que cada vez sea más frecuente la necesidad de aplicar en el Perú leyes extranjeras, de aceptar la jurisdicción de jueces y tribunales foráneos, y también de ejecutar en el Perú sentencias emitidas por jueces y tribunales extranjeros, todo lo cual compete al DIPr, el cual debe garantizar la continuidad y seguridad jurídica de todas las relaciones que traspasan a diario las fronteras de los países.

El siglo XXI está marcado por un cada vez mayor cosmopolitismo humano, la intensificación del libre comercio de mercancías, servicios y capitales, y por una avalancha de relaciones jurídicas, que traspasan todos los días y a todas horas las fronteras de los Estados, incrementando sobremanera el tráfico jurídico internacional. Las relaciones privadas internacionales (en adelante, RPI) al vincularse con una multiplicidad de países y ordenamientos jurídicos estatales, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto de la ley aplicable a las mismas, que debe ser aclarada por el DIPr para brindar seguridad jurídica a las partes que entablan relaciones jurídicas internacionales, al indicarles con precisión cuáles son las normas jurídicas que encierran el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades (Delgado Menéndez, 2017, p. 23).

Como nos recuerda la profesora Scotti (2013, pp. 1-5) el Derecho Internacional Privado es la rama

del derecho que tiene como ámbito de aplicación la vida internacional de las personas privadas, la cual, con algunos de sus pilares transformados, cumple un papel destacado en el siglo XXI. Ello ha sido relevado de manera especial por la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), a través de su Departamento de Derecho Internacional. Particularmente, el Boletín Informativo OEA de octubre de 2022, da cuenta que en el quincuagésimo segundo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado del 5 al 7 de octubre de 2022, se adoptó una resolución que incluye una sección dedicada al DIPr, en la que se solicita la continuación del debate sobre estrategias para que la OEA refuerce sus actividades en el ámbito de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional privado (OEA, Boletín Informativo 2022, AG/doc.5779/22 rev. 1).

En el documento CP/CAJP-3667/22 (OEA, 2022), preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA por mandato de la Asamblea General: (i) se realza la trascendencia del DIPr de las Américas en “lograr la justicia transnacional para las personas”; (ii) se reconoce la importancia del DIPr para el desarrollo sostenible, en particular para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas; y (iii) se manifiesta el propósito de fortalecer el estudio de DIPr y el compromiso del Departamento de Derecho Internacional de la OEA de continuar promoviendo una mayor difusión de la disciplina del DIPr.

Ahora bien, ¿por qué la tarea del DIPr del siglo XXI es más importante que nunca? Justamente por la avalancha de relaciones privadas internacionales que traspasan a diario las fronteras de los países, provocando un gran crecimiento del tráfico jurídico internacional; siendo tarea del DIPr determinar: (i) la ley aplicable a estas relaciones; (ii) el tribunal competente para resolver los problemas vinculados con estas; y (iii) los pasos a seguir cuando necesitemos que una sentencia o laudo extranjeros sean efectivos en el Perú, así como cuando requerimos que una sentencia o laudo peruano sea reconocido en el extranjero.

Como releva la publicación del Instituto de la Judicatura Federal de México sobre los Retos Actuales del DIPr (2015, p. 9), por el rol que cumple en la determinación de la jurisdicción competente y la ley aplicable en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes en el espacio, y por su función de brindar soluciones a un gran número de situaciones derivadas de la interacción humana; el DIPr es una disciplina que cada día cobra mayor y especial importancia en el mundo moderno del siglo XXI, caracterizado por un incremento diario de relaciones privadas inter-

nacionales, de niveles de complejidad regulatoria y de conflictos de normas en el espacio que es necesario resolver.

En esta línea, el profesor Boggiano (2008, pp. VII y VIII), nos recuerda que el DIPr es parte del derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que tiene por función armonizar los diferentes ordenamientos jurídicos conectados a una misma relación privada internacional para lograr una solución justa en cada caso concreto. En este marco, la tarea del DIPr de armonización de los diversos derechos vinculados a una misma relación jurídica, cada uno con sus particularidades y especificidades, es no solo una exigencia del bien universal, sino también del bien de las naciones. Como señala Boggiano, esta armonización requiere superar las fuerzas reaccionarias de los nacionalismos, materialismos o unilateralismos de los Estados. La profesora Scotti (2013, pp. 1-5) considera al siglo XXI como un testigo de excepción de la presencia de nuevos tipos de relaciones jurídicas entre las personas, entre las familias, tanto en el campo de las relaciones matrimoniales, como las extramatrimoniales de uniones entre personas hetero y homosexuales, nuevas relaciones de filiación con donantes anónimos de espermatozoides y óvulos, que excluyen en la vida de los niños la presencia del padre en el primer supuesto y de la madre en el segundo supuesto. La multiplicación global de este nuevo tipo de relaciones jurídicas privadas internacionales y de los tipos ya conocidos, hace cada vez más importante el reconocimiento de valores comunes entre los estados para que las relaciones jurídicas no se paralicen, ni se desconozcan cuando traspasan las fronteras de los países. De manera paralela, se produce otro fenómeno relevante que Boggiano (2008, pp. VII y VIII) denomina la privatización de las normas jurídicas del comercio internacional, todo lo cual consolida al DIPr como un instrumento de la llamada *global governance*.

Scotti (2013, pp. 3-5), citando a Gray, nos dice que la globalización se refiere a la cada vez mayor interconexión de la vida económica y cultural entre las partes distantes del mundo; y citando a Ferrer, refiere que la globalización coexiste con espacios nacionales en los cuales se despliega la mayoría de las transacciones económicas. Scotti también nos explica que la globalización, no es solo un asunto económico, sino que es, por el contrario, un fenómeno multidimensional y complejo, que afecta lo político, lo cultural, lo tecnológico y lo jurídico. Por tanto, señala Scotti, en este mundo global, los Estados, que son habituales actores de las relaciones internacionales, coexisten y comparten protagonismo con diversos tipos de instituciones y organizaciones, sean supranacionales, intergubernamentales

tales o no gubernamentales, empresas transnacionales, la sociedad civil, entre otros actores.

Scotti también nos indica que, de manera paralela, aunque ligada al proceso de globalización a nivel mundial, se da también otro importante fenómeno que es el proceso de integración regional, que congrega a países con objetivos y metas comunes. En el marco de estos nuevos procesos y espacios integrados se desarrolla un sinfín de relaciones jurídicas privadas internacionales que son justamente el objeto del DIPr. Por tanto, concluye Scotti, el DIPr es una herramienta indispensable para la integración jurídica, un instrumento que actúa de marco regulador e interpretativo para lograr la armonización de los ordenamientos jurídicos de los países que comparten un proceso de integración y que, por tanto, les permite alcanzar los múltiples y diversos objetivos del proceso de integración regional en el que se han embarcado (2013, pp. 6-8). Existe, en consecuencia, como lo señala Feldstein de Cárdenas, una recíproca influencia entre el DIPr y los procesos de integración regional (2000, pp. 201).

En el caso particular del proceso de integración europeo, si bien las normas supranacionales comunitarias de DIPr tienen un papel predominante por ser de aplicación inmediata y de efecto directo, y tienen además prelación sobre los derechos internos, estas no cubren todas las áreas de la vida internacional de las personas. Por tanto, las normas de DIPr de fuente interna de los países comunitarios serán necesarias en dos circunstancias claves: (i) para los ámbitos no cubiertos por las reglas de DIPr comunitarias; y (ii) para las relaciones jurídicas privadas internacionales con terceros Estados que no son parte de la Unión Europea (en adelante, UE) (Scotti 2013, pp. 8).

Otra característica del DIPr del siglo XXI es que este tiende a hacerse multicultural e intercultural, procurando aceptar los fenómenos e instituciones provenientes de países y culturas distintas y la aplicación de normas jurídicas de civilizaciones con valores disímiles. Como dice Durán (2004, pp. 296-318), el DIPr del siglo XXI trata de regular una 'cultura social', que emerge como producto de la interconexión de culturas de países con diferentes realidades y flujos migratorios.

Existen muchos temas claves del DIPr del siglo XXI que darían para escribir un libro de varios tomos. A efectos del presente artículo, hemos escogido dos temas que hoy son muy importantes en el mundo moderno. El primero es un tema transversal en el DIPr, que forma parte de sus disposiciones generales: **el fraude a la ley** en el DIPr, mecanismo poco conocido entre la comunidad jurídica peruana,

aunque altamente relevante en la determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas internacionales, en tanto constituye una excepción a la aplicación de la ley extranjera. El segundo es un asunto fundamental para las familias internacionales y para los terceros que se relacionan con aquéllas, el cual versa sobre **los efectos patrimoniales de los matrimonios y las uniones de hecho internacionales**, tema que viene siendo uno de los más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes en el DIPr y que está atravesando por una evolución muy importante en el mundo moderno del siglo XXI.

II. LA EXCEPCIÓN DE FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La excepción de fraude a la ley es una excepción a la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero que ha sido designado competente por la norma de conflicto pertinente. Como señala la profesora Fresnedo las excepciones a la aplicación del Derecho extranjero son mecanismos de excepción con que cuentan los operadores del derecho para mantener la cohesión interna, frente al normal funcionamiento del sistema de conflicto (1998, p. 35). Las excepciones, previstas por el DIPr permiten al juzgador inaplicar el derecho extranjero que ha sido designado competente por la norma de conflicto pertinente. En el campo de las excepciones a la aplicación del derecho extranjero, la más importante es, sin lugar a duda, la excepción de orden público en el DIPr, la cual ha sido abordada por las autoras de este artículo en anteriores publicaciones.

El fraude a la ley en DIPr está vinculado con el control de la ley aplicable. Este consiste en modificar 'artificialmente' un factor de conexión, como, por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio, a fin de que se nos aplique una nueva ley (nacional o domiciliaria) que nos permita obtener el resultado que queremos (que nos beneficia), el cual no podría haberse conseguido al amparo de la antigua ley aplicable. Es el típico caso de quien cambia de nacionalidad o domicilio para conseguir que se le aplique una nueva ley nacional o domiciliaria más permisiva (Thierry, 2005, pp. 357-358).

A. ¿Qué es y en qué consiste el fraude a la ley en DIPr?

La norma de conflicto del DIPr es una norma de atribución que determina el derecho aplicable a una relación jurídica privada internacional que está vinculada con dos o más Estados, *ergo* con dos o más ordenamientos jurídicos. Este puede ser el derecho material del Estado del juez que interviene en la cuestión, es decir la *lex fori*, o un Dere-

cho extranjero, dependiendo de dónde se realice el factor de conexión consagrado en la norma de DIPr. No obstante, puede suceder que esta indicación de la norma de conflicto respecto del derecho material aplicable, resulte alterada por la voluntad de las partes y, por lo tanto, tal conducta altere el normal funcionamiento del sistema conflictual. Justamente, el fraude a la ley en el DIPr reside en la modificación voluntaria y premeditada del factor de conexión con el propósito de evadir o evitar la aplicación de la norma imperativa en principio competente. Lo que se busca, es que el acto jurídico quede amparado por un Derecho extranjero que resulta más afín a los intereses de las partes. Ejemplos de fraude a la ley son la variación del domicilio, nacionalidad, residencia habitual, lugar de situación de los bienes muebles, entre otros, con el fin de escapar a la norma imperativa en principio competente que impide hacer lo que se desea (Jeifetz 2023, pp. 701-702).

Según Hooft (2015), el fraude a la ley en el DIPr afecta el sentido de la norma de conflicto, quebranta el propósito dispuesto por el legislador y por ello constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero. Si las partes emplean maniobras artificiosas o artimañas a efectos que resulte aplicable un Derecho extranjero en reemplazo del derecho que él llama 'natural', dado que este debía regir la relación jurídica, tal acto será considerado fraudulento y su autor habrá cometido fraude a la ley.

De acuerdo al profesor José Félix Aramburú (1940, pp. 133-137), quien comete fraude a la ley practica actos preconcebidos con la intención de sustraerse para determinados fines de la competencia normal de una ley que le resulta incómoda o menos beneficiosa que otras.

En esta línea, el **fraude a la ley supone** (Delgado Barreto *et al.*, 2008, pp. 321-340):

- Primero: burlar la aplicación de una norma que me es desfavorable (acto ilícito) y buscar y obtener que se me aplique otra disposición que me es favorable. (doctrina unánime).
- Segundo: realizar una conducta totalmente voluntaria desplegada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito, como sería cambiar de domicilio, cambiar de nacionalidad, cambiar mis bienes muebles de lugar de situación. Segura (2015, pp. 180-183) nos dice que la alteración se produce en aquellos casos en los que el factor de conexión es mutable y, por consiguiente, susceptible de ser modificado sin mayor dificultad.

- Tercero: usar la norma de conflicto (medio lícito), cambiando, manipulando o forzando el punto de contacto o factor de conexión (nacionalidad, domicilio, lugar de situación de bienes), con el fin (ilícito) de evitar la aplicación de una norma imperativa que me impide hacer algo que quiero, o no me permite hacer algo que deseo. Por tanto, el fraude a la ley es una violación de la ley que se escuda detrás de la regla de conflicto, la cual es usada como trampolín para conseguir la aplicación de una ley más beneficiosa; es decir, los interesados, mediante factores de conexión ficticios, buscan que se les aplique una ley más complaciente o benigna con el fin de vulnerar preceptos imperativos de la ley en principio competente.

El que comete fraude a la ley utiliza la norma de conflicto como norma de cobertura, manipulándola intencionada, artificiosa y maliciosamente y desnaturalizándola con el fin de alterar el punto de conexión para que sea aplicable una ley distinta a aquella que hubiera sido aplicable si no se hubiera producido la alteración fraudulenta. (Segura 2015, pp. 181).

Como señala el profesor Péreznieto (2012, pp. 246-247), el supuesto del fraude a la ley es el uso del mecanismo conflictual para conseguir un resultado que, de otra manera, normalmente sería imposible. En estos casos, el juez al que le correspondería aplicar el Derecho extranjero puede abstenerse de hacerlo, fundado en el hecho que ha habido una evidente intención de burlar la ejecución de la ley imperativa en principio competente. En opinión de Antonio Boggiano (1983, pp. 287-288), el que comete fraude a la ley busca suplir el fin del legislador por su propio fin, aunque conservando la apariencia de seguir con el fin del legislador. En otras palabras, la intención del que comete fraude a la ley es eludir las normas imperativas del

derecho normalmente aplicable, a través de la creación artificiosa de elementos extranjeros que llevarían al tribunal a la aplicación de una ley extranjera. En opinión de Pérez Vera (1993, p. 127), en el fraude a la ley el interesado juega con dos o más derechos, con el fin de eludir las normas imperativas de uno de ellos, y ampararse en aquel que le resulta más beneficioso.

- Cuarto: realizar un acto aparentemente lícito que tiene como fin la sustracción al cumplimiento de una disposición imperativa (que regula materias no disponibles por las partes) que contraria o prohíbe la realización de un acto del sustractor, quien para obtener lo que desea, busca someterse a la ley cuyo punto de contacto diferente le permitirá satisfacer sus deseos. Recurre a este medio quien no es favorecido por el orden jurídico a que está sujeto. Para evadirse de este, ejecuta diversos procedimientos con el propósito de lograr un resultado diferente al que su orden le impone. De allí que el fraude a la ley es una excepción al reconocimiento del acto extranjero obtenido mediante el fraude (Sobranares Fernández 2023, p. 417). La intención del que comete fraude a la ley es la de ‘no respetar la ley’, no tiene que ir acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero. Al respecto, Fresnedo nos dice que sobre este punto se ha discutido mucho en la doctrina (1998, p. 41), pero que, en general, se ha considerado que la generación de un perjuicio para una de las partes no constituye un requisito necesario para que se configure el fraude a la ley. Esta es además la posición que ha seguido la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979 (CIDIP II) cuando contempla la excepción de fraude en su artículo 6.

En este contexto, resulta fundamental distinguir las normas imperativas de las facultativas.

Cuadro 1: Diferencias entre las normas imperativas y facultativas

Normas Imperativas	Normas facultativas
<p>Son las que ordenan taxativamente el cumplimiento de una conducta, tal cumplimiento es total e inexorablemente obligatorio. Estas disposiciones en forma alguna pueden estar sujetas a la voluntad de las partes, por lo que no les es permitido abstenerse de su cumplimiento. Tampoco deben modificar una situación con el fin de obtener un beneficio, porque tal fin o el beneficio logrados por este medio serán siempre ilícitos.</p> <p>Toda norma imperativa es creada por el legislador porque es necesaria para mantener vigentes principios, valores o costumbres de cada comunidad (dada su idiosincrasia). Ergo, es inaceptable que el cumplimiento de una norma imperativa quede sujeta al incumplimiento/o modificación de los obligados a obedecerla.</p>	<p>Las normas facultativas, contrariamente a las imperativas, están sujetas a la voluntad de las partes, son ellas las que les dan vida. El sometimiento a tales disposiciones depende única y exclusivamente de las partes (autonomía de la voluntad)</p>

Fuente: Elaboración propia.

- Quinto: actuar con un *animus* de mentir (elemento anímico), de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley. En definitiva, lo que se pretende es que una relación jurídica se regule bajo la ley seleccionada por quien ejecuta la maniobra fraudulenta. Ahora bien, la prueba del elemento subjetivo no resulta tarea sencilla, y en muchas ocasiones se basará en meros indicios.

La intención de transgredir la ley debe ser valorada por el tribunal que conoce el caso. Para Goldschmidt (1982) hay dos indicios que resultan particularmente claros y deberán ser analizados por los jueces en cada caso concreto; estos son: (i) la expansión espacial de las actuaciones de las partes, las que realizan actos en un país extranjero que nada tiene que ver con sus orígenes o ámbito de contratación; y (ii) que las partes actúan de forma bastante acelerada. Sería el caso de la pareja que se divorcia inmediatamente después de la adquisición de una nueva nacionalidad o domicilio.

Como señala Alfonsín, el interesado debe tener la intención de: (i) evadir la ley del Estado que sería en principio competente para regular la relación jurídica si no hubiera mediado su maniobra artificiosa (*evasion of law*); y (ii) beneficiarse de las ventajas que le ofrece una ley extranjera más permisiva (1982, pp. 112-113). Además, Alfonsín considera que este elemento subjetivo no se vincula con la finalidad moral o inmoral del interesado, ni tampoco con su perjuicio o beneficio económico, sino sólo con su interés de que la relación se regule como el interesado desea o le conviene.

- Sexto: estar en presencia de dos normas: (i) la conocida, denominada de ‘cobertura’,

que es a la que se acoge quien intenta el fraude; y (ii) la que a través de esta se pretende eludir, que es la norma denominada ‘eludible o soslayable’, porque prohíbe imperativamente un determinado resultado que se desea conseguir¹ (Segura 2015, p. 179).

- Séptimo: tergiversar la voluntad de los legisladores y la finalidad de la norma de conflicto, dado que, cuando los parlamentarios elaboran las normas de conflicto para determinar la ley aplicable a una determinada categoría de relaciones jurídicas, la fórmula que adopten responde a una cierta política legislativa. Un buen ejemplo de lo anteriormente señalado, nos dice Fresnedo, es la fórmula adoptada por los legisladores al hacer la norma de conflicto que regula la ley aplicable al derecho al divorcio y a sus causales, determinando que el derecho competente debe ser el del domicilio conyugal. Esta localización hecha por los legisladores respondió a la convicción que la ley del domicilio conyugal (y no otra) es la ley más adecuada para regular dicha categoría, dado que es la ley del Estado a cuya sociedad pertenecen las partes. Por tanto, cuando las partes, a través de una maniobra artificiosa, modifican su domicilio con el único propósito de conseguir el divorcio, se está tergiversando el normal funcionamiento del sistema de conflicto y también la voluntad del legislador (Fresnedo, 1998, p. 38).
- Octavo: afectar la aplicación de la ley normalmente competente. Algunos países sólo penalizan con fraude a la ley cuando afecte la aplicación de la ley propia (ley del foro), con lo cual los jueces se convierten en vengadores de la ley del foro; en cambio otros penalizan también la evasión de la ley imperativa de un tercer Estado.

A partir de la caracterización de la excepción de fraude a la ley, Aguilar Navarro identifica tres **momentos esenciales** que usualmente se presentan en el **proceso de fraude a la ley** (1982, p. 130):

Cuadro 2: Momentos esenciales del proceso

Primero	Segundo	Tercero
Constitución Artificiosa y maliciosa de la conexión	Localización de la relación jurídica en un ordenamiento extranjero	Pretensión de que la reglamentación dada por el citado ordenamiento extranjero (sentencia dictada, derechos adquiridos, etc.) sea reconocida como válida por el ordenamiento cuya norma ha sido defraudada

Fuente: Elaboración propia a partir de Aguilar Navarro (1982, p. 130)

¹ Vease a la Sentencia de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: 8685/2011) citando la Sentencia 21/2005, de 28 de enero (ROJ: STS 400/2005).

B. Elementos del fraude a la ley²

1. Elemento material (*corpus*):

La conexión debe haber sido artificiosamente modificada; pero, da la apariencia que ha sido realizada conforme a la ley. Corresponde a una actividad, aparentemente lícita, aunque en el trasfondo es engañosa. Se puede modificar: la nacionalidad, el domicilio, la religión y la situación del bien mueble. Se trata de conductas aparentemente lícitas, pero producen un resultado contrario a la ley en la que se amparan o prohibido por otra norma. El fraude a la ley implicaría un acto voluntario del individuo que realiza con todas las apariencias de legitimidad un acto previo para realizar otro sustrayéndose intencionalmente a los preceptos imperativos de su propia ley (Félix Aramburú 1940, pp. 133-137).

2. Elemento intelectual (*animus*):

Debe haber la intención de eludir, de escapar de la norma imperativa normalmente aplicable. El acto es intrínsecamente lícito, pero está viciado por su fin ilícito, que es lo que acarrea su ineficacia. La manipulación debe ser voluntaria y maliciosa. Se objeta que la evaluación de las intenciones perte-

nece al campo de la moral y no del derecho. Sin embargo, el derecho no puede prescindir de las intenciones (por ejemplo, en el campo del abuso del derecho y en el campo penal en la caracterización de los delitos). El elemento intencional es un elemento característico de la noción de fraude a la ley, es decir, debe existir una intención maliciosa en la realización de los actos precedentes, que hierre la autoridad de la ley en principio competente. En palabras de Félix Aramburú, en el fraude a la ley, una investigación permitirá descubrir la intención del perpetrador, es decir, que el acto aparentemente legítimo ha sido un simple instrumento para que se realice otro acto inmoral o injusto (1940, pp. 133-137)³.

C. Efectos/sanción de la excepción de fraude a la ley

La sanción general es tener por no efectuada la maniobra y aplicar el derecho que se intentó evadir negando todas las consecuencias derivadas de la acción fraudulenta. Ello implica el restablecimiento del Derecho que se pretendía eludir. Ergo, la consecuencia es que no se aplicará la ley escogida de manera artificiosa, sino el Derecho que originariamente correspondía aplicar.

Cuadro 3: Efectos

Efecto respecto al agente del Fraude	Efecto respecto del foro cuya ley ha sido burlada	Efecto respecto de terceros países cuya ley ha sido burlada
El punto de conexión no se realizó y se niegan las consecuencias derivadas del fraude.	Defender el foro de una ley contraria al espíritu de su legislación y conservar la imperatividad de la <i>lex fori</i> .	Restablecer el imperio de la ley evadida, aunque sea extranjera. Los tribunales deben sancionar el fraude y aplicar la ley eludida.

Fuente: Elaboración propia.

D. Diferencias del fraude a la ley con el orden público y justificación de la excepción de fraude a la ley⁴

Cuadro 4: Diferencias entre las figuras

Fraude a la ley	Orden público internacional u orden público en DIPr
Defiende el orden público interno / normas imperativas internas, que son las normas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, pero sí pueden ceder frente a un derecho extranjero de diferente contenido, que sea aplicable según las normas de conflicto. Estas son, por ejemplo, los requisitos para celebrar matrimonio válido, edad para adquirir la capacidad civil, etc. (Fresnedo 1998, pp. 42-43). Supuesto: Supone un abuso del derecho (Maury 1952, p.327) porque la persona manipula artificiosamente el factor de conexión para escapar a la aplicación de la ley en principio competente, que le prohíbe hacer lo que ella quiere o no le permite hacer lo que desea.	Defiende los principios e intereses fundamentales o esenciales del orden público del foro que son la base de cada Estado en un momento histórico determinado y por ello, deben ser apreciados y valorados por los jueces frente a cada caso concreto. Estos, pueden o no estar plasmados en una norma concreta. Supuesto: Esta excepción funciona independientemente de la manipulación de los factores de conexión por parte de los interesados y para su procedencia solo se debe acreditar que la norma extranjera señalada como competente por la norma de conflicto vulnera principios fundamentales del foro. Es decir, cuando hay una contravención,

² Vease a Delgado Barreto y Delgado Menéndez (2017, pp. 76-81)

³ La Sentencia de 14 de septiembre de 2014 (ROJ: STS 5417/2009), citada por Segura (2015, pp. 180-183), declara que solo será considerado **fraude** el cambio de la circunstancia empleada como punto de conexión cuando “persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable”.

⁴ Véase a Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2008, pp. 328-329).

Fraude a la ley	Orden público internacional u orden público en DIPr
Por ejemplo, la persona cambia de domicilio, con la intención de escapar a la aplicación de la ley su domicilio anterior (que no le permite divorciarse por la causal que esta persona quiere usar) y conseguir la aplicación de la ley de un nuevo domicilio que le es más beneficiosa.	concreta, grave y manifiesta de los principios e instituciones fundamentales de Orden Público Internacional de un Estado (Fresnedo 1998, pp. 42-43).
No estamos frente a la repulsa de la norma extranjera, lo que se acusa es la condenación del procedimiento por el cual esa norma pretende ser utilizada por el sujeto. Solo procede cuando se modifica la conexión con el propósito de evadirse de aquellas normas del foro que, si bien no se las puede considerar fundamentales, sí son imperativas, y deben ser respetadas en el ámbito de su dominio (Aguilar Navarro, Mariano, 1982, p. 122).	Por ejemplo, la norma extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto tiene un contenido que vulnera los principios fundamentales de la ley del foro al establecer que la mujer no tiene que emitir consentimiento para la celebración de su matrimonio.
Aplicación: Al aplicar la excepción de fraude a la ley lo que se pretende es defender el ámbito de aplicabilidad de la norma defraudada. Protege, por tanto, las normas imperativas en principio competentes que pueden ser las del foro o las de un derecho extranjero.	Estamos ante la oposición objetiva de dos normas: la extranjera y la del foro (Aguilar Navarro, Mariano, 1982, pp. 122).
Implica un juicio de desvalor respecto a la conducta de las partes (Goldschmidt 1982, p. 197).	Aplicación: Al aplicar la excepción de orden público, se busca suspender la acción de la norma de conflicto que prescribía aplicar una norma extranjera que se considera violatoria de principios e intereses fundamentales del foro. Protege, por tanto, los principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro.
Efecto: Se descarta la aplicación de la norma jurídica extranjera cuya aplicación es perjudicial para la imperatividad de la norma jurídica eludida, porque ha sido conseguida de manera fraudulenta.	Implica un juicio de desvalor respecto al derecho extranjero (Goldschmidt 1982, p. 197).
Efecto: Se descarta la aplicación de la norma jurídica extranjera cuya aplicación es perjudicial, porque vulnera los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.	

Fuente: Elaboración propia.

En cuanto a la **justificación del fraude a la ley**, Aguilar Navarro concluye que el propósito del fraude a la ley es la necesidad de: (i) adoptar una disposición de defensa frente a las acciones fraudulentas; (ii) defender la buena fe; (iii) proteger el orden público interno, a través de la defensa de sus normas imperativas; y (iv) restablecer el imperio de la ley evadida o burlada, que puede ser la ley del foro o de un tercer ordenamiento jurídico (1982, pp. 112-113).

E. Fórmulas usadas en el siglo XXI en América por las normas de fuente interna y de fuente internacional para regular la excepción de fraude a la ley

A continuación, presentamos las fórmulas usadas en el siglo XXI en los nuevos códigos, códigos, leyes y anteproyectos de normas de DIPr latinoamericanos y convenciones internacionales sobre ley aplicable a las RPI, respecto a la excepción de fraude a la ley en el DIPr como mecanismo para interferir en la aplicación del derecho extranjero:

Cuadro 5: Fórmulas sobre la excepción de fraude a la ley usadas en el siglo XXI en los Nuevos Códigos, Códigos, Leyes y Anteproyectos de Normas de DIPr Latinoamericanos y en Convenciones internacionales sobre ley aplicable a las RPI

ARGENTINA Código Civil y Comercial Libro VI / Título IV de 2014	URUGUAY Ley General de DIPr N° 19920 de 2020	MÉXICO Código Civil y Federal (Reformado en 1988)	CHILE Anteproyecto de Ley de DIPr de 2020	PERÚ Anteproyecto de Reforma C.C 2019 Sub-Grupo DIPr (Libro X de DIPr)	CIDIP V 1994 Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales
Fraude a la Ley del foro y a la Ley extranjera normalmente competente (artículo 2598)	Fraude solo a la Ley del foro (artículo 7)	Fraude solo a la Ley del foro (artículo 15)	Fraude solo a la Ley del foro (artículo 4 y artículo 23)	Fraude a la Ley del foro y a la Ley extranjera normalmente competente (artículo 2050-A)	Fraude a la Ley del foro y a la Ley extranjera normalmente competente (artículo 6)
Fraude a ley Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir	Fraude a la ley No se aplicará el derecho designado por una norma de conflicto cuando 'artificialmente' se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República.	Fraude a la ley No se aplicará el derecho extranjero: Cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión.	Artículo 4. Definición Para efectos de esta ley, se entenderá por: Fraude a la ley: Manipulación dolosa de los factores de conexión de una norma de conflicto chilena con el objeto de	Fraude a la ley No se aplicará el derecho material resultante del juego de las reglas de conflicto cuando artificialmente se hayan evadido las leyes imperativas que de conformidad con las normas de conflicto	Fraude a la ley No se aplicará como derecho extranjero el derecho de un Estado parte cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a

ARGENTINA	URUGUAY	MÉXICO	CHILE	PERÚ	CIDIP V 1994
la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.			evadir la aplicación de una norma material chilena. Artículo 23. Fraude a la ley. En ningún caso se aplicará el derecho extranjero cuando este resulte aplicable a consecuencia de un fraude a la ley chilena.	peruanas deben regir las relaciones jurídicas internacionales. Rige, en este caso, la norma material que se hubiese tratado de eludir.	juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Fuente: Elaboración propia

F. Jurisprudencia que ha marcado la aplicación de la excepción de fraude a la ley⁵

1. Caso Bauffremont: Cambio fraudulento de nacionalidad

Se trata de una princesa belga casada con un noble francés. En 1874 obtiene en Francia la separación personal del duque de Bauffremont a causa de hábitos perversos de aquél, pues la ley de dicho país no admitía el **divorcio**. La princesa se traslada a Alemania, país que sí aceptaba el divorcio, se naturaliza ciudadana alemana, convierte la sentencia de separación personal en divorcio, y contrae nuevas nupcias con el príncipe rumano Bibesco, regresando a Francia como la princesa Bibesco. El primer esposo ataca la sentencia de divorcio alemana y el segundo **matrimonio** argumentando fraude a la ley francesa. La Corte de Casación francesa declaró nulo el matrimonio y fraudulento el cambio de nacionalidad porque se debió a un fin ilícito y egoísta (sustraerse a la ley imperativa francesa) y no para ejercer los derechos y deberes que de ella nacen.

2. Caso Fritz Mandel: Cambio fraudulento de domicilio y nacionalidad

Un señor de origen austriaco con domicilio y **bienes** inmuebles en Argentina y nacionalidad argentina, al que se le diagnostica un mieloma múltiple, regresa a vivir a Austria, retoma su nacionalidad de origen y **testa** a favor de su quinta esposa y algunos descendientes en forma contraria a la que establece la ley argentina (que consagraba la legítima de los herederos forzados). La sentencia de segunda instancia establece que se debe aplicar el derecho argentino y no el austriaco, en base a que hubo fraude a la ley, es decir que los puntos de conexión nacionalidad y domicilio fueron cambiados

con el fin de eludir la aplicación de las **normas** imperativas argentinas que consagraban la legítima y que consideraban herederos forzados a todos los hijos del causante.

3. Caso Awapara⁶

La Corte Suprema del Perú, en una ejecutoria de 1980 tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la excepción de fraude a la ley, no prevista expresamente en el texto del Código Civil peruano de 1936 vigente en aquel momento. Fue en el caso Awapara. Se trataba de un matrimonio de peruanos, domiciliados en el país, con menos de dos años de casados, que viajaron a Santo Domingo a divorciarse para escapar a la aplicación de las normas peruanas sobre el tema que no les permitían divorciarse con la rapidez que ellos querían.

Conseguido el divorcio en República Dominicana, solicitaron el *exequatur* de la sentencia expedida por la Cámara en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción de Santo Domingo. La Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que declaró improcedente la petición del *exequatur*. Fundamentó su decisión en que la pareja viajó a ese país con el propósito de eludir las disposiciones de la ley peruana que no permitía realizar divorcios en tan corto tiempo, y que el único objeto fue terminar su vínculo matrimonial en la forma más breve posible; que este proceder constituye lo que en doctrina se conoce como fraude a la ley y que ha sido extensamente expuesto por numerosos autores e incorporado en tratados modernos en los que ha participado el Perú, como los aprobados por Decreto Ley 22953 (Expediente 3088-79), entre los que se encuentra la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr de 1979, cuyo artículo 6 regula la excepción de fraude a la ley.

⁵ Véase a Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez (2008, pp. 321-340)

⁶ Véase a Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez (2008, pp. 339-340)

G. Fraude a la ley en materia sucesoria en el marco de los nuevos reglamentos de la UE. El caso del Reglamento (UE) 650/2012

Segura, a propósito del análisis que hace respecto al fraude a la ley en Reglamento 650/2012 en materia sucesoria, sostiene lo siguiente (2015, pp. 173-252):

- El fraude de ley puede darse respecto de cualquier norma de conflicto, sea que esté contenida en un instrumento europeo, convencional o estatal (Segura 2015, p. 201).
- La combinación de variadas circunstancias podría llevar a que se cometiera fraude a la ley en el marco del Reglamento sucesorio, es decir, podría propiciarse la creación de un ambiente favorable al fraude de ley si no se tomaran medidas para evitar que ello se produzca. De allí que, el mismo Reglamento, en su considerando 26, considere la aplicación del fraude de ley, siendo, en opinión de Segura, el único Reglamento europeo que se refiere al fraude de ley, aunque solo en su parte considerativa, estableciendo que “Ningún elemento del presente Reglamento debe ser óbice para que un tribunal aplique mecanismos concebidos para luchar contra la elusión de la ley, tales como el **fraude de ley** en el contexto del Derecho internacional privado” (Segura 2015, pp. 180-183).
- En materia sucesoria, el fraude de ley se produce esencialmente como consecuencia de las diferencias medulares existentes en Derecho comparado en relación a la libertad de disposición de la que gozan las personas. En efecto, hay Derechos sucesorios que pueden resultar atractivos para aquellos disponentes que buscan ampliar el margen de su libertad de disposición. Y es justamente esta amplia, o incluso total, libertad de disposición la que puede provocar un interés en que estos ordenamientos sean aplicados a la sucesión de un disponente que quiere poder gozar de una amplia o total libertad de testar. En esta línea, la búsqueda de un mayor poder de disposición puede ser producto de un fraude de ley cuando se obtiene mediante una ma-

nipulación de la norma de conflicto (Segura 2015, pp. 198-201).

- Para Segura, la falta de previsión normativa del fraude a la ley en el Reglamento sucesorio no imposibilita la aplicación del fraude a la ley (previsto en su considerando 26), justamente para evitar que el disponente se susstraiga a la aplicación de las normas imperativas previstas en la ley que correspondería aplicar de conformidad con el Reglamento sucesorio (2015, pp. 201-212).
- Asimismo, Segura considera que si bien las fórmulas adoptadas en las normas de conflicto del Reglamento⁷ en lo referente a la ley aplicable a la sucesión, limitan las posibilidades de incurrir en fraude a la ley, el universo de posibilidades es tan vasto que lo previsto en el Reglamento no elimina la posibilidad de cometer fraude a la ley.
- En este sentido, afirma Segura (2015, pp. 201-212), hay que ser conscientes que el legislador del Reglamento no es el legislador nacional, sino el legislador europeo. En esta línea, la elección de la ley nacional y el orden jerárquico con el que están establecidos los factores de conexión en los artículos 21 y 22 del Reglamento sucesorio constituyen consideraciones muy importantes para analizar la operatividad de la excepción del **fraude de ley**.

H. Las normas peruanas y la excepción de fraude a la ley

1. Fuente interna

Ni el Código Civil vigente de 1984, ni el anterior de 1936, reconocen el fraude de forma expresa, pero tampoco prohíben su aplicación, como sí lo hacen otros cuerpos normativos, como el artículo 21 del Código Civil de Portugal. Por ello, sí ha habido reconocimiento de esta institución en la jurisprudencia⁸.

Por ello, concordamos con la posición adoptada por los profesores Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez cuando señalan que al no excluir el Código Civil peruano vigente la excepción del fraude a la ley, los abogados pueden acu-

⁷ El artículo 21.1 del Reglamento dispone que la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte es la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. No obstante, reza el artículo 21.2 que la ley de la **residencia habitual** no será de aplicación si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenga un **vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto** al de la residencia habitual. Además, el artículo 22 del Reglamento, le da al disponente la facultad de elegir como ley aplicable la **ley del Estado cuya nacionalidad posea** en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento, con lo cual quedaría descartada la aplicación de la ley de residencia habitual [el énfasis es nuestro].

⁸ Véase el Caso Awapara antes citado.

dir legalmente a esta excepción amparados en lo dispuesto por (2008, pp. 336-340).

El artículo 2047 del Código Civil establece cuáles son las fuentes del DIPr peruano. Este precepto dispone que en la determinación del derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se aplica supletoriamente los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.

2. Fuente internacional

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ratificada por el Perú, cuyo artículo 6 reconoce la excepción de fraude a la ley, con lo cual nuestro país ha admitido la existencia del fraude a la ley.

3. Jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional durante la vigencia del Código Civil de 1936, el cual tampoco tenía un artículo específico dedicado a la excepción del fraude a la ley, ha aplicado esta excepción y ha sancionado el fraude a la ley, como sucedió en el caso Awapara de 1980 antes referido, siguiendo a la doctrina nacional expresada en las obras de García Gastañeta, García Calderón y Revoredo Marsano.

I. Propuesta de adecuación normativa del Código Civil sobre la Excepción de Fraude a la ley⁹

Se propone agregar un nuevo artículo en el Código Civil sobre la excepción de fraude a la ley (Delgado Menéndez, 2021, pp. 36-58).

Nuevo artículo 2050 A. El nuevo artículo 2050 A propuesto es el siguiente:

No se aplicará el derecho material resultante del juego de las reglas de conflicto cuando artificiosamente se hayan evadido las leyes imperativas que de conformidad con las normas de conflicto peruanas deben regir las relaciones jurídicas internacionales. Rige, en este caso, la norma material que se hubiese tratado de eludir.

El referente artículo que proponemos defiende la vigencia de las normas conflictuales peruanas, sancionando la inaplicabilidad de la ley extrajera cuya aplicación se ha conseguido de manera frau-

dulenta, es decir cuando se compruebe que se ha cometido fraude a la ley, sin importar que la norma imperativa burlada sea la ley imperativa nacional o la ley imperativa extranjera.

Concordamos con el profesor peruano Félix Aramburú, cuando señala que la comunidad jurídica americana impone la extensión de la aplicación de la excepción de fraude a la ley y no la limita a defender únicamente la *lex fori*. En este marco, el fraude a la ley debe tener la más amplia eficacia extraterritorial y defender a toda la comunidad jurídica internacional. Solo así se dará mayor satisfacción a la justicia y se salvaguardará mejor los intereses de la sociedad internacional (1940, pp. 133-137).

En la **Convención Interamericana de Normas Generales de DIPr (CIDIP II) de 1979**, ratificada por Perú, se establece lo siguiente:

Artículo 6: No se aplicará como derecho extranjero el derecho de un Estado parte cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte.

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Se ha criticado mucho el texto de este artículo, porque su mala redacción llevaría a confundir la excepción de fraude a la ley con la excepción de orden público en derecho internacional privado. En efecto, el artículo, al referirse a la evasión de los **principios fundamentales** de la ley de otro Estado parte, está señalando al orden público internacional, que es una excepción ya consagrada expresamente en el artículo 5 y el 7 de la misma convención, desprotegiendo la vigencia de aquellas otras normas imperativas que si bien no son esenciales, sí son necesarias, y que mediante una manipulación del factor de conexión el interesado pretende burlar o evadir (Delgado Barreto *et al.*, 2008, pp. 335-336).

III. LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LOS MATRIMONIOS Y UNIONES DE HECHO INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Uno de los temas que revelan la importancia del Derecho Internacional Privado (DIPr) y que genera

⁹ Propuesta de julio 2017 de la Sub-Comisión de DIPr responsable de proponer mejoras al Libro X del C.C. del Grupo de Trabajo creado por RM No 0300-2016-JUS. El Sub-Grupo responsable de las propuestas de mejora del Libro de DIPr (Libro X) del Código Civil, tuvo como coordinador al Profesor César Delgado Barreto y estuvo integrado por las profesoras María Antonieta Delgado Menéndez, María del Carmen Delgado Menéndez, Marcela Arriola Espino y el profesor César Candela Sánchez.

grandes retos en el mundo moderno está vinculado al régimen patrimonial de los matrimonios y de las uniones de hecho internacionales. Este ha demostrado ser uno de los temas más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes en DIPr, en gran medida por la diversidad de soluciones establecidas en el derecho comparado. Del universo de regímenes patrimoniales, el que regirá a cada matrimonio y unión de hecho internacional será el previsto por las normas de DIPr que resulten aplicables al caso. Esta puede ser la ley establecida por las normas de DIPr o aquella elegida por las parejas, habida cuenta que son cada vez más las normas de DIPr que, aunque con limitaciones, permiten a las parejas elegir tanto el régimen patrimonial de su matrimonio o unión, como la ley que regirá su régimen patrimonial.

Los cuatro regímenes patrimoniales con mayor reconocimiento mundial presentan variantes propias, en función de las disposiciones del derecho nacional que resulte aplicable según las normas de DIPr. En el **régimen de separación absoluta de bienes**, dominante en los países del *common wealth* y en la gran mayoría de los Estados de Norteamérica, cada esposo es titular de todos los bienes que adquiera antes o durante el matrimonio, conservándolos luego de su disolución. En el otro extremo, está el **régimen de comunidad absoluta de bienes**, presente, entre otros, en los países nórdicos, por el cual todos los bienes de los esposos forman un patrimonio común que se dividirá en partes iguales al fin del matrimonio. El **régimen de sociedad de gananciales o de comunidad relativa de bienes**, predominante en los países de influencia española, se caracteriza por existir bienes propios de cada esposo y bienes comunes. El nuevo **régimen de participación en las ganancias o de ganancias acumuladas** es percibido hoy como el más equitativo al otorgar a los esposos un derecho de crédito sobre las utilidades generadas por los bienes de cada uno de ello durante el matrimonio, que serán repartidas por igual al disolverse.

A la dificultad derivada de la variedad de regímenes económicos matrimoniales en derecho comparado, se suma la originada por los diversos cambios que pudieran generarse a partir de variaciones de domicilio o de nacionalidad de los esposos, entre otros, lo cual plantea uno de los problemas más complejos en DIPr que versa sobre la permanencia o a la mutabilidad del régimen patrimonial y de la ley aplicable al mismo.

Un reto aún mayor proviene de los regímenes económicos de las uniones de hecho. Pese a la gran movilidad en Latinoamérica, no hay un patrón sobre el enfoque y reconocimiento de las uniones de hecho, los regímenes patrimoniales de dichas

uniones y la ley aplicable a estas. Contrariamente, hay diferencias relevantes entre los derechos amparados por cada país respecto a dichas uniones, la mayoría de las cuales versa sobre los sujetos de las relaciones, las formalidades a cumplir para constituir las y los derechos y efectos que se derivan de tales uniones.

No es posible superar las dificultades sin unificar y armonizar soluciones a nivel internacional, en base a convenios sobre la materia, como la Convención de La Haya de 1978. Tenemos también a los Reglamentos Europeos 2016/1103 y 2016/1104, dirigidos a esclarecer y unificar el tratamiento del tema, especialmente en casos de divorcio o fallecimiento, evitando procedimientos paralelos y hasta contradictorios; estableciendo cooperación reforzada sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas.

Según el vicepresidente primero de la Comisión Europea, Frans Timmermans, la entrada en vigor de los Reglamentos Europeos favorecerá al cada vez mayor número de parejas internacionales, brindando “[...] a miles de parejas europeas seguridad con respecto a lo que sucede con su patrimonio en caso de divorcio o de fallecimiento de uno de sus miembros [...]”. Para Věra Jourová, comisaria de Justicia de la UE:

[...] estas nuevas normas facilitarán y abaratán el coste de la división del patrimonio común y aliviarán la situación de personas en circunstancias difíciles [...] (beneficiando a) más de dieciséis millones de parejas internacionales [...] (quienes podrán) ahorrarse 350 millones de euros anuales en costas judiciales. (Crespo, 2019) [el énfasis es nuestro]

A los 40 años de vigencia del Código Civil peruano (en adelante, CC), proponemos reformas para contribuir a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica de los regímenes patrimoniales de los matrimonios y de las uniones de hecho internacionales, en beneficio de las parejas y de terceros, inspirados en los principios del Convenio de La Haya de 1978 y los Reglamentos Europeos del 2016.

A. Ley aplicable al régimen económico de matrimonios internacionales

El tema del régimen patrimonial de los matrimonios internacionales genera grandes retos para el DIPr, siendo uno de los temas más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes. Ello se debe, en gran parte, a la diversidad de soluciones establecidas en el derecho comparado.

La determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial resulta fundamental pues será dicha ley la que nos conectará con el derecho nacional que habrá de regir el régimen patrimonial de cada matrimonio. Por tanto, del universo de regímenes económicos matrimoniales, aquél que regirá a cada matrimonio internacional será el previsto por las normas de DIPr que resulten aplicables al caso. Y la ley aplicable será aquélla establecida por las normas de DIPr correspondientes o aquélla elegida por los esposos, cuando las normas de DIPr permitan a los esposos elegir cuál será la ley que regirá su régimen patrimonial.

Uno de los problemas más complejos de DIPr respecto a la ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales se refiere a la opción entre la permanencia o por la mutabilidad de dichos regímenes y de la ley aplicable a los mismos. Es un hecho que durante la vigencia del vínculo matrimonial se suelen producir diversos cambios, como consecuencia de variaciones de domicilio o de nacionalidad de los esposos, o como consecuencia de una repartición geográfica distinta de sus bienes, entre otros. En efecto:

[...] este problema que ya era conocido en derecho interno alcanza una dimensión suplementaria cuando se desplaza el centro de vida o de intereses de los esposos (a otros países), en tal caso la estabilidad de la ley aplicada puede parecer en principio una virtud al defender mejor los derechos adquiridos de los cónyuges y de los terceros, pero también se puede considerar la inmutabilidad como un inconveniente debido principalmente a que la antigua ley aplicada ya no guarda ningún lazo significativo con la situación actual de los esposos. Si por el contrario se hace prevalecer la efectividad sobre la estabilidad se chocaría con dificultades de coordinación derivadas de la aplicación sucesiva de varias leyes. (Delgado Barreto *et al.*, 2007, p. 88)

1. Pactos permitidos respecto a la ley aplicable al régimen económico del matrimonio

El creciente número de familias 'internacionales', compuestas por personas de diversas nacionalidades y con domicilio en diversos países, viene originando nuevos retos para el DIPr. Debido a las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales involucrados, las familias enfrentan efectos inesperados, y hasta desfavorables, en sus relaciones patrimoniales. Ello nos lleva a plantearnos la interrogante de cómo garantizar el pleno ejercicio de los derechos económicos de estas familias, durante el matrimonio y luego de su disolución, en el marco de relaciones patrimoniales que involucran tanto a los cónyuges como a terceros (Delgado Menéndez, 2019, p. 97)

Una vía legal, cada vez más utilizada a nivel mundial, es permitir a los cónyuges y a los futuros cónyuges decidir sobre diversos aspectos del régimen patrimonial de su matrimonio, a través de pactos, acuerdos o capitulaciones matrimoniales, los cuales adoptan diversas formas y requieren el cumplimiento de distintos requisitos para efectos de su validez. A través de dichas convenciones los cónyuges regulan la titularidad y administración de los bienes y rentas generadas antes y durante el matrimonio y los gastos propios de la actividad doméstica, en el entendido que son los ellos quienes están en mejor posición para decidir sobre los aspectos económicos de su matrimonio. A través de dichos pactos los esposos pueden no solo establecer cuál es el régimen patrimonial de su matrimonio, y cambiarlo si así conviene a sus intereses, sino también pueden designar la ley aplicable a dicho régimen (Delgado Menéndez, 2019, p. 84).

Debido a la similitud de la naturaleza jurídica de las relaciones patrimoniales que surgen con motivo del matrimonio con una serie de aspectos de las relaciones contractuales, es que los internacionalistas del siglo XX han venido planteando extender la autonomía de la voluntad a las relaciones internacionales en Derecho de Familia, particularmente al ámbito del régimen patrimonial del matrimonio. Es más, desde la segunda mitad del siglo XX, la autonomía de la voluntad ha venido adquiriendo un rol cada vez más relevante respecto a dicho régimen, al permitirles a los cónyuges elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (Delgado Menéndez, 2019, p. 96).

En la actualidad, la definición, características y efectos de los regímenes patrimoniales del matrimonio, así como la determinación de la ley aplicable a los mismos, están regulados en diversas normas nacionales, convenios internacionales y reglamentos comunitarios. Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, publicado el 8 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la UE (artículo 3, 1, inciso a), define al régimen económico matrimonial como el "[...] conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución [...]]" (Delgado Menéndez, 2019, p. 97).

2. Derecho convencional. El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978

El Convenio de La Haya (el Convenio) sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, suscrito el 14 de marzo de 1978, no exige que la ley aplicable al régimen económico matrimonial sea la de la nacionalidad o la del domicilio que los esposos tenían antes o

durante el matrimonio o luego de su disolución. Por el contrario, consagra la autonomía de la voluntad de los esposos y futuros esposos de elegir la ley aplicable a su régimen, e incluso cambiar la elegida¹⁰.

No obstante, en forma similar a las disposiciones de otros convenios internacionales, reglamentos comunitarios y normas nacionales de DIPr, el Convenio limita la autonomía de la voluntad de los esposos para elegir la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio, al exigir que la ley elegida tenga una vinculación estrecha con el régimen patrimonial. Según el Convenio (artículo 3), los futuros esposos pueden optar entre: (i) la ley del Estado del que uno de los esposos es nacional al momento de elegir; (ii) la ley del Estado donde uno de ellos tiene su residencia habitual al elegir; o (iii) la ley del primer Estado donde uno de los esposos establezca su residencia habitual luego del matrimonio. Si bien la ley elegida rige en principio el conjunto de bienes de los esposos, ellos pueden declarar que la ley aplicable a todos o parte de sus bienes inmuebles sea la ley del país de su ubicación¹¹ (Delgado Menéndez, 2019, p. 99).

Cabe precisar que, la ley aplicable al régimen económico matrimonial, sea esta la ley designada por los cónyuges o la que se aplica supletoriamente a falta de elección, deberá ser excluida cuando, a criterio del juez competente, la aplicación de dicha ley sea “[...] manifestamente incompatible con el orden público” (artículo 14).

Para la validez del acuerdo por el cual se elige la ley aplicable al régimen patrimonial, la elección debe ser expresa o resultar indubitablemente del contrato o capitulación matrimonial (artículo 11). El acuerdo debe constar por escrito fechado y firmado por los esposos, con las formalidades prescritas para los contratos matrimoniales, sea por la ley interna designada para regir el régimen económico matrimonial o por la ley del lugar donde se realizó el acuerdo (artículos 12 y 13).

A falta de elección por los esposos de la ley aplicable a su régimen patrimonial, el Convenio dispone

(artículo 4) la aplicación supletoria de: (i) la ley interna del Estado en el que los esposos establezcan su primera residencia habitual después de la celebración del matrimonio; o en su defecto (ii) la ley del Estado en que ambos cónyuges son nacionales al casarse.¹²

Un importante aspecto del Convenio es que permite modificar la ley supletoria al régimen matrimonial en ciertos casos, a fin de que la ley que resulte aplicable tenga un vínculo más estrecho con el régimen económico matrimonial. Así, el Convenio dispone (artículo 7) que la ley del nuevo domicilio común sustituirá a la del primer domicilio conyugal en dos supuestos: cuando los esposos cambien su residencia habitual al Estado donde ambos son nacionales, o cuando hubieran pasado más de 10 años desde que los esposos cambiaron su residencia habitual a otro Estado (Artículo 4). (Delgado Menéndez, 2019, p. 100).

Si bien el Convenio sólo ha sido ratificado por Francia (1979), Luxemburgo (1984) y los Países Bajos (1992); constituye, sin embargo, un instrumento jurídico de gran relevancia internacional sobre el tema, cuyos principios informan al Reglamento Europeo 2016/1103 y a la jurisprudencia y doctrina a nivel internacional.

3. Cooperación reforzada en la Unión Europea. Reglamento Europeo 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales

El Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 (el Reglamento) sobre Cooperación Reforzada en la Unión Europea en materia de Regímenes Económicos Matrimoniales, fue propuesto por la Comisión Europea que lleva el mismo nombre, con una perspectiva del DIPr al servicio de los ciudadanos (2011, p. 4). El Reglamento establece la cooperación reforzada en materia de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre regímenes económicos matrimoniales en todos los países de la UE¹³ (Delgado Menéndez, 2019, p. 97).

¹⁰ Según el Convenio, la ley que elegida no será aplicable a la capacidad de los cónyuges, las obligaciones alimenticias entre ellos ni a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite (artículo 1).

¹¹ Asimismo, luego de casarse, los cónyuges pueden cambiar la ley aplicable a su régimen económico patrimonial, optando por: (i) la ley del Estado del que uno de los esposos es nacional al elegir; o (ii) la ley del Estado donde uno de ellos tiene su residencia habitual al elegir (artículo 6).

¹² Nótese que, si el Estado de la nacionalidad común de los esposos es parte del Convenio, bastará con una declaración en este sentido (artículo 5). Si dicho Estado no es parte del Convenio, sólo se aplicará la ley del Estado de nacionalidad común si las normas de DIPr de dicho Estado la declara aplicable. Si los esposos no hubieran tenido una residencia habitual común luego casarse, o no tuvieran una nacionalidad común, se aplicará la ley del Estado con el cual el régimen matrimonial presente una vinculación más estrecha.

¹³ El Reglamento fue publicado el 08 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la UE. Sus normas relativas a la ley aplicable sólo se aplican a quienes se casaron después del 29 de enero de 2019 o hubieran elegido la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio luego de dicha fecha (artículo 70).

El objetivo fundamental del Reglamento es establecer normas claras y uniformes en materia de régímenes económicos de matrimonio y uniones internacionales, especialmente para los casos de divorcio o fallecimiento, contribuyendo a evitar procedimientos paralelos e incluso contradictorios en varios Estados miembros (Crespo, 2019). Es importante resaltar que, no obstante, la relevancia del Reglamento, no ha habido unanimidad entre todos los Estados miembros de la UE y sólo 18 Estados se han adherido a la cooperación forzada, a saber: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Sin embargo, debe tenerse presente que esos 18 Estados miembros reúnen al 70% de la población de la UE y a la mayoría de las parejas internacionales que viven en esta. (Crespo, 2019)

Sobre la ley aplicable, el Reglamento consagra el derecho de los cónyuges o futuros cónyuges de elegir la ley que habrá de aplicarse al régimen económico de su matrimonio, aunque dentro de ciertos límites. Se busca que conozcan desde un inicio la ley aplicable a su régimen patrimonial, otorgando seguridad y previsibilidad tanto a los esposos como a los terceros que se relacionen con ellos. Además, posibilita que el régimen económico matrimonial esté regido por normas armonizadas, que tengan una estrecha conexión con el matrimonio. Adicionalmente, impide que se fragmente el régimen económico matrimonial, al disponer que la ley elegida por los esposos deberá regular todo el patrimonio del régimen económico de su matrimonio, independientemente de la naturaleza y ubicación de los bienes. (Parte Considerativa del Reglamento 43).

La elección del régimen económico matrimonial puede realizarse al inicio o durante el matrimonio. Los esposos pueden optar por aplicar a su régimen: (i) la ley del Estado en el que uno de los cónyuges es nacional al momento de elegir; o (ii) la ley del Estado donde uno de los cónyuges tiene su residencia habitual al elegir (artículo 22). En el caso que los esposos no hubieran ejercido su derecho de elección, se aplicarán supletoriamente: (i) la ley del Estado de la primera residencia habitual común que tuvieron los esposos luego de casarse; (ii) la ley del Estado con el cual ambos esposos son nacionales al contraer matrimonio; o en su defecto (iii) la ley del Estado con el cual ambos esposos tienen vínculos más estrechos al contraer matrimonio (artículo 26).

4. Ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio en Perú y pactos permitidos

En el caso del Perú, las normas de DIPr contenidas en el Libro X del Código Civil (C.C.) no reconocen

el derecho de los esposos de elegir la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio. Por el contrario, el C.C. dispone (artículo 2078) que la ley aplicable a dicho régimen será necesariamente la ley del lugar del primer domicilio conyugal.

Por otro lado, si bien es cierto que, conforme al C.C. (artículo 295), los cónyuges, antes o luego de contraer matrimonio y vía escritura pública, pueden elegir libremente el régimen económico patrimonial que más convenga a sus intereses; dicho Código Civil sólo les permite optar entre los régímenes de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios, dado que el régimen de participación en utilidades no está previsto en la normatividad peruana.

En el supuesto que los esposos no hubieran elegido otro régimen, por mandato del C.C. (artículo 296), será el régimen de sociedad de gananciales el que se aplica supletoriamente. Como antes se señaló, la sociedad es la titular y administra los bienes que se adquieren durante su vigencia (bienes sociales) y cada esposo conserva la propiedad y administración de los bienes adquiridos antes de casarse y de los bienes adquiridos en forma gratuita durante el matrimonio (bienes propios), pero los frutos y productos de los bienes sociales y de los bienes propios pertenecen a la sociedad. Por el contrario, si optan por el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva la libre administración y titularidad de los bienes que tenían antes de casarse y de todos los que adquiera durante el matrimonio, los cuales conserva luego de su disolución.

Consideramos oportuno señalar que, es frecuente que en los países donde el régimen de sociedad de gananciales se aplica supletoriamente en defecto de pacto en contrario, los esposos opten luego por sustituir dicho régimen por uno de separación de patrimonios o por el de participación en utilidades si su derecho interno lo permite. Así, por ejemplo, en el caso de Perú, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP, 2022) reporta que, entre enero y setiembre del 2021, unos 6346 régímenes de sociedad de gananciales fueron sustituidos por régímenes de separación de patrimonios; lo que representa un 7.23 % más que las sustituciones de régimen patrimonial registradas en similar período en el 2020. (Delgado Menéndez, 2022, p. 201)

B. Régímenes económicos matrimoniales en derecho comparado

Como se manifestó anteriormente, tratándose de matrimonios internacionales, los cónyuges o futuros cónyuges, deben tener en cuenta cuáles son los régímenes patrimoniales que habrán de apli-

carse por mandato de las normas de DIPr correspondientes o por la ley que los esposos hubieran pactado para regular su régimen patrimonial, en el caso que dichos pactos estén permitidos por la ley aplicable. Los cónyuges deberán prever las consecuencias o efectos que conlleva la aplicación del o los regímenes previstos en la ley que resulte aplicable, así como las vías legales, judiciales o extrajudiciales, a las que podrían recurrir a efectos de cambiar el régimen económico de su matrimonio (Delgado Menéndez, 2022, p. 196).

Conforme a lo señalado previamente, entre los regímenes económicos matrimoniales de mayor vigencia en el mundo figuran los siguientes: **el régimen de gananciales o comunidad relativa de bienes, el régimen de comunidad absoluta de bienes, el régimen de separación de patrimonios y el régimen de participación en ganancias**, cada uno de los cuales presenta características y efectos particulares regulados por el sistema jurídico nacional correspondiente y por los pactos que dicho sistema permite. Como podrá apreciarse a continuación, la principal diferencia entre los regímenes de comunidad relativa y de comunidad absoluta de bienes y el relativamente nuevo régimen de participación en las ganancias, es que mientras que en los primeros nos encontramos ante derechos de propiedad de los esposos respecto a los bienes de la comunidad, en este último se trata de un derecho de acreencia respecto a las utilidades generadas por los bienes propios de los esposos. Asimismo, resulta relevante señalar que, el régimen de participación en los gananciales ha venido adquiriendo una mayor relevancia a nivel mundial al ser percibido como un sistema que contribuye a aportar una mayor equidad patrimonial entre los cónyuges (Delgado Menéndez, 2022, p. 196).

A continuación, nos referimos brevemente a los principales regímenes económicos matrimoniales contemplados en derecho comparado, puntuizando las principales similitudes y diferencias entre dichos regímenes:

- **Régimen de sociedad de gananciales o de comunidad relativa de bienes**, en el que coexisten los bienes de la sociedad con los bienes propios de los cónyuges. La sociedad de gananciales es la titular y administra los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso durante la vigencia del régimen. No obstante, cada esposo conserva la titularidad y la libre administración de sus bienes propios. Entre los bienes propios se encuentran los bienes de cada uno de los esposos, tanto los que tenía antes de contraer matrimonio, como los que adquiera o hubiera adquirido a título gratuito durante el mismo.

En este régimen la sociedad de gananciales es titular de todos los frutos y productos que provengan tanto de los bienes comunes como de los bienes propios (Delgado Menéndez, 2019, p. 98).

A falta de elección de otro régimen económico matrimonial, el régimen de la sociedad de gananciales se aplica supletoriamente en varios países, tales como en España, con excepción de las Islas Baleares y de las Comunidades de Cataluña y de Valencia. También se aplica supletoriamente en Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Perú, Argentina y otros países latinoamericanos y en países de la esfera exsocialista (Flores Alonso, 2015, pp. 19-20).

No obstante, hay sistemas jurídicos que imponen a los esposos el régimen de sociedad de gananciales y les impiden optar por un sistema de separación de patrimonios o por otro régimen. Este es el caso, por ejemplo, de Bolivia, cuyo Código de las Familias y del Proceso Familiar de 2014 establece que desde que se contrae matrimonio nace una comunidad de gananciales regulada por ley (artículo 176), a la cual los esposos no pueden renunciar, ni modificar, ni ponerle fin vía convenios particulares, bajo pena de nulidad de pleno derecho (artículos 177 y 200). Sólo en casos excepcionales y vía resolución judicial, es que la ley permite que se sustituya el régimen de comunidad de gananciales por uno de separación de bienes, entre ellos, cuando el juez declara la interdicción o desaparición del otro cónyuge, o se comprueba malos manejos del otro esposo o por responsabilidad civil que ponga en riesgo los intereses de ambos (artículos 198 y 200) (Delgado Menéndez, 2022, pp. 196-197).

– **Régimen de comunidad universal o absoluta de bienes**, en el cual la totalidad de los bienes que hubieran adquirido los esposos antes y luego de casarse le pertenece a la comunidad de bienes. Ello implica que bajo este régimen existe un solo patrimonio común; no hay una sociedad con bienes comunes y bienes propios de los esposos. Por el régimen de comunidad universal los esposos son propietarios en partes iguales de todo tipo de bienes, sean presentes o futuros (Encyclopédia Jurídica, 2020). En consecuencia, al disolverse la comunidad dicho patrimonio se dividirá en partes iguales entre ambos esposos, al margen de los aportes que cada uno hubiera realizado para su constitución (Delgado Menéndez, 2019, p. 98).

En realidad, hay un amplio número de sistemas jurídicos que contemplan el régimen de comunidad universal o absoluta de bienes, sea por aplicación supletoria, a falta de pacto de un régimen distinto, o porque los cónyuges lo eligieron entre los varios regímenes previstos en la legislación vigente. A falta de elección de otro régimen económico matrimonial, este régimen se aplica supletoriamente en Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Noruega, Suecia, Países Bajos, Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, entre otros (Krasnow, 2009, pp. 206-207).

Sobre este régimen, el profesor Mercenario Villalba Lava¹⁴ considera que hoy en día la ley permite establecer regímenes de gran flexibilidad, pues el objetivo primordial es garantizar el principio de igualdad entre los cónyuges. Así, por ejemplo, es usual encontrar normas que regulan medidas extraordinarias a fin de equiparar la situación de los esposos, tales como excluir de la comunidad a las pensiones compensatorias o las atribuciones económicas otorgadas a favor del cónyuge que se hubiese dedicado exclusivamente a las tareas domésticas, frente al que en su trabajo fuera de casa hubiera obtenido un patrimonio importante. Asimismo, hay normas que prohíben que, en determinadas circunstancias o edad, pueda regir un régimen matrimonial de comunidad universal. Como también aquellas que establecen excepciones para que ciertos bienes no formen parte del patrimonio común (como derechos y bienes personalísimos o para ejercer una profesión u oficio). O excluyen ciertos derechos reales sobre inmuebles que uno de los esposos hubiera recibido a título gratuito (caso de Guatemala). También aquellas que excluyen de la comunidad universal lo que provenga de indemnizaciones por daños de carácter personal, por pensiones, por montepíos e incluso por rendimientos del trabajo personal (caso de Brasil); entre otras.

- **Régimen de separación de bienes o de patrimonios**, el cual no produce ningún cambio en el patrimonio de los cónyuges, dado que ambos conservan la libre administración y titularidad de los bienes que tenían antes

de casarse y de todos los que adquieran durante el matrimonio, conservándolos luego de la disolución. Asimismo, ninguno de los esposos responde con su patrimonio por las deudas adquiridas por el otro esposo, ni le afectan las obligaciones que contraiga el otro esposo durante el matrimonio, salvo que se trate de deudas que hubiesen sido contraídas por uno de los cónyuges en interés de la familia, para atender necesidades del hogar, asistirse entre ellos y a los hijos, entre otros. En estos últimos casos la mayoría de las legislaciones dispone que ambos cónyuges responden por ellas (Delgado Menéndez, 2022, pp. 197-198).

Salvo que los esposos hubieran pactado en contrario, este régimen (*separate property*), se aplica supletoriamente, entre otros, en Inglaterra y en el 82% de los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica. En el 18% restante de Estados el régimen de comunidad universal de bienes (*community property*) se aplica supletoriamente, a falta de otro régimen elegido por los esposos, a saber: en Arizona, California, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington y Wisconsin (Delgado Menéndez, 2019, pp. 97-98). Además, el régimen de separación de bienes está previsto en un vasto número de países que consagran la libre elección del régimen económico matrimonial por los esposos, entre ellos: Francia, España, Italia, Alemania, Bélgica, Austria, Portugal, Canadá, Turquía, Uruguay, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Panamá, Venezuela, Honduras, Guatemala, Nicaragua y El Salvador (Krasnow, 2009, p. 208).

Nótese que la posibilidad de los cónyuges de optar por un régimen de separación de bienes no está generalizada en América Latina. En Argentina dicha opción recién ha sido reconocida legalmente en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, vigente desde el 01 de agosto de 2015; al permitir por primera vez que los esposos elijan, vía convenciones matrimoniales, entre el régimen de comunidad relativa de bienes y el de separación de patrimonios (artículos 446 y 463). Es más, se considera que este es el principal

¹⁴ Villalba Lava es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, con una variedad de publicaciones científicas sobre los regímenes económicos matrimoniales, en especial sobre la comunidad universal de bienes. Su investigación se ha focalizado en diversos continentes: Europa (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia y Suiza), África (Benín, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo, Guinea Bissau, Mozambique, Mali, Namibia, Níger, República Centroafricana y Ruanda); América del Sur y Central y el Caribe (Brasil, Guatemala, Haití y El Salvador), y Asia (Filipinas, Macao y Timor Oriental).

cambio introducido por el nuevo código en esta materia y que ello constituye un importante avance en el ámbito de la autonomía de la voluntad. (Canosa, 2015, p. 1).

– **Régimen de participación en las ganancias o sistema de ganancias acumuladas**

En este régimen [...] se combinan los regímenes de separación de bienes y de comunidad de bienes. Cada cónyuge conserva la titularidad y la administración exclusiva de sus bienes durante el matrimonio. No obstante, esta situación cambia con la disolución del matrimonio, en la medida que al finalizar el régimen económico matrimonial todo aumento en el valor de los bienes de cualquiera de los esposos ocurrido durante el matrimonio, habrá de dividirse en partes iguales entre los esposos [...] Al disolverse el matrimonio no existirá una masa de bienes partible (como en el régimen de comunidad), pero nacerá un derecho de crédito a favor de uno de los cónyuges respecto al otro, dirigido a equiparar las ganancias obtenidas a partir de los bienes de ambos durante la vigencia del matrimonio. En este régimen se mantienen [...] los patrimonios separados, pero nace un derecho de crédito a favor del cónyuge más débil patrimonialmente, con el propósito que el otro compense la diferencia hasta equiparar el resultado final. (Delgado Menéndez, 2022, pp. 198-199)

Lo cierto es que el régimen de participación en los gananciales está dirigido a flexibilizar los regímenes de comunidad de bienes y el régimen de separación de patrimonios, tomando de cada uno de ellos un elemento característico. Así, durante la vigencia del régimen de participación en las ganancias, rige entre los esposos un régimen de separación total de bienes; pero, al disolverse el matrimonio, cada uno de los esposos tiene un derecho de crédito respecto a las ganancias generadas por los bienes de los cuales ambos han sido titulares durante el matrimonio. Se trata, pues, de un crédito de gananciales (Pincheira, 2009, p. 1).

Si los cónyuges no hubieran elegido un régimen distinto, este régimen se aplica supletoriamente, entre otros, en Alemania, Suiza, Grecia, Israel, Québec/Canadá, Costa Rica, Panamá. Asimismo, es un régimen elegible por acuerdo de los esposos en Francia, Holanda, España, El Salvador, Chile, Paraguay, entre otros (Krasnow, 2009, p. 209). En

el caso de Chile, el régimen económico de la participación en los gananciales fue incorporado a nivel normativo con la promulgación de la Ley 19 335 del 23 de septiembre de 1994, antes de lo cual los únicos regímenes económicos previstos en la ley eran el régimen supletorio de la sociedad conyugal y el de separación total de bienes (Delgado Menéndez, 2022, pp.198-199).

1. El caso de España

Con el propósito de ilustrar cómo funciona el régimen de participación en las ganancias al inicio, durante el matrimonio y al producirse su disolución, vamos a referirnos brevemente al Caso de España. En este país, además de los regímenes de gananciales y de separación de bienes, los esposos pueden optar por el régimen de participación en utilidades, concebido como una modalidad intermedia entre los regímenes tradicionales de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios, que han sido los más utilizados. El régimen de participación en las ganancias obtenidas durante el matrimonio está previsto en el Código Civil español (artículo 1411 y siguientes), aplicándose lo siguiente:

Al inicio del matrimonio, en la capitulación matrimonial que contenga el régimen de participación en utilidades, debe indicarse el 'patrimonio inicial' de cada esposo, esto es, el inventario de los bienes y las deudas de cada uno al casarse. Si las deudas de alguno o de ambos fuera mayor al valor de sus activos, se le asignará al patrimonio correspondiente el valor de '0' (Enciclopedia Jurídica, 2020). Al finalizar el matrimonio, 'se licuarán' las ganancias provenientes de los bienes propios de cada esposo generadas durante su vigencia y serán divididas en partes iguales entre ambos. El Código Civil español permite que los cónyuges pacten porcentajes diferenciados para distribuir las ganancias; no obstante, este pacto está prohibido si los esposos tienen descendientes que no son comunes a ambos (artículo 1430), en cuyo caso las ganancias deberán ser distribuidas en partes iguales entre ellos.

Durante el matrimonio, cada cónyuge es libre de administrar y disfrutar de los bienes que le son propios, incluyendo los que adquiera como fruto de su trabajo, de la misma forma que en el régimen de separación de bienes¹⁵. Los esposos deberán contribuir al sostenimiento de las cargas familiares de manera proporcional a sus recursos económicos, salvo que por convenio

¹⁵ El Código Civil español (artículo 1413) dispone la aplicación supletoria de las normas que regulan la separación de bienes en todo lo no previsto en el capítulo del régimen de participación.

hubieran establecido algo distinto. Uno de los esposos puede solicitar el fin de este régimen si el otro hubiera incurrido en administración indebida de los recursos para la manutención de la familia, pudiendo afectar negativamente su propio patrimonio (artículo 1416 del Código Civil español).

Al finalizar el régimen patrimonial de participación, sea por divorcio, separación judicial, incapacidad, entre otros, o si durante el matrimonio los esposos deciden cambiar el régimen patrimonial, deberá establecerse cuál es el patrimonio de cada uno en dicho momento, tal y como se hizo al iniciar el matrimonio. Para ello, habrá de realizarse un inventario de los activos y las deudas de cada cónyuge. Según lo previsto en el Código Civil español (artículo 1427), se considera ganancia a la diferencia entre el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada uno de los esposos; y si la diferencia patrimonial de uno de los cónyuges fuese mayor a la del otro, el esposo con mayor ganancia deberá dar al otro la mitad de esa diferencia positiva. El pago debe realizarse en efectivo al finalizar el régimen; salvo que, por acuerdo de partes y con autorización judicial, se establezca el pago de las ganancias mediante la adjudicación de un bien concreto. También, por excepción, si el cónyuge deudor tiene dificultades económicas, puede acordarse un aplazamiento del pago por un plazo máximo de 3 años (Enciclopedia Jurídica, 2020).

Régimen de participación en la modalidad de 'comunidad diferida'

Este régimen, el cual es, en realidad un régimen patrimonial 'híbrido'. Aunque de reducida aplicación a nivel mundial, está contemplado en algunos sistemas jurídicos nacionales, como el de El Salvador. Este régimen combina el régimen de participación en la propiedad de bienes, que nace al disolverse el matrimonio, con los regímenes de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios. Lo distintivo de este régimen es que, si bien cada cónyuge conserva la titularidad y la administración exclusi-

va de sus bienes durante el matrimonio, como una suerte de separación de patrimonios, la situación cambia luego de su disolución.

Bajo este régimen, la 'comunidad diferida' de bienes nace recién a partir de la disolución del matrimonio y está integrada por los bienes que cada uno de los esposos hubiera adquirido a título oneroso durante el matrimonio, incluyendo los frutos, rentas o intereses correspondientes. Por tanto, es solo a partir de la disolución del matrimonio que se origina una masa de bienes partible, similar a la del régimen de sociedad de gananciales. Únicamente los bienes que hubieran sido obtenidos en forma onerosa por cada uno de los esposos durante el matrimonio pasarán a conformar el patrimonio de la comunidad, el cual será repartido en partes iguales entre los cónyuges, con el fin de equiparar los bienes obtenidos en forma onerosa por cada uno de ellos durante la vigencia del matrimonio (Delgado Menéndez, 2022, p. 199).

En doctrina, algunos consideran que el régimen de 'comunidad diferida' es en realidad una de las dos 'modalidades' del régimen de participación diferida, siendo la otra la modalidad conocida como régimen de participación en ganancias (García, 2015, p. 1).

2. El caso de El Salvador

El régimen de participación en la modalidad de 'comunidad diferida' está previsto en el Código de Familia de El Salvador, y es el régimen que se aplica supletoriamente a los matrimonios en defecto de pacto en contrario por los esposos (artículo 42)¹⁶ (Palacios, 2023). La 'comunidad diferida', que nace al disolverse el matrimonio, no está integrada por los bienes propios de cada esposo, sino por los bienes adquiridos a título oneroso, los frutos, rentas e intereses obtenidos durante la existencia del régimen que pertenecen a ambos y que se distribuyen por igual al disolverse el mismo (artículos 62, inciso 1; 63 y 64 del Código de Familia)¹⁷. Pese a que la 'comunidad diferida' recién surge al disolverse el matrimonio, es necesario identificar los bienes que

¹⁶ Como señala Palacios Martínez:

[...] El carácter diferido del régimen deviene por el hecho de que mientras éste no sea disuelto, los cónyuges actúan como si no existiera una comunidad de bienes, ya que administran y disponen de forma libre de los bienes propios y comunes (Artículo 70 C.F.); pero esto no significa que la comunidad no exista, sino que la ley les permite disponer de los bienes en comunidad de forma libre. (2023).

¹⁷ Según Palacios (2023):

[...] los bienes que no están en comunidad, [...] (los propios) son aquellos que el cónyuge tiene al momento de constituir el régimen, los que adquiere a título gratuito durante la vigencia del mismo, los adquiridos a título oneroso siempre que la causa o el título haya precedido a la constitución del régimen, los bienes adquiridos (como) indemnización por daños morales o materiales, entre otros [...] Los bienes en comunidad están formados por los salarios, sueldos, honorarios, pensiones, premios y demás emolumentos provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges; así como los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes propios y los comunes, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales [...] los adquiridos a título oneroso; entre otros.

la integran desde el inicio del matrimonio, como si aquella hubiese existido desde la celebración de la boda (artículo 62, inciso 2 del Código de Familia). Por tanto, al disolverse y liquidarse la comunidad los cónyuges deberán responder por las obligaciones de esta como si hubiere sido efectiva desde que contrajeron matrimonio (Palacios, 2023).

C. Regímenes económicos de las uniones de hecho en derecho comparado

Hoy en día, la definición, características y efectos de los regímenes patrimoniales de las uniones de hecho, así como la determinación de la ley aplicable a los mismos, están regulados en diversas normas nacionales, convenios internacionales y reglamentos comunitarios.

En América Latina pueden observarse varias diferencias en los derechos amparados por cada país respecto a las uniones de hecho, la mayor parte de las cuales gira en torno a quiénes son los sujetos de dichas relaciones –por ejemplo, si se limita a parejas heterosexuales o también incluye a parejas homosexuales; a las formalidades que deben cumplirse para constituir uniones de hecho– por ejemplo, si deben o no registrarse; y a cuáles son los derechos y efectos que se derivan de dichas uniones, incluyendo el aspecto de seguridad social y el patrimonial. En realidad, no existe un patrón respecto al enfoque y el reconocimiento de las uniones de hecho en Latinoamérica, pese a la gran movilidad de la población al interior de la región.

Así, por un lado, en Perú, la Constitución (artículo 5), al tratar el concubinato se refiere explícitamente a las ‘uniones estables entre varón y mujer’ (1993); no habiendo, a la fecha, ninguna ley que regule algún tipo de unión civil o igualitaria entre parejas del mismo sexo. Por otro lado, en materia de familia y matrimonio, la Constitución (artículo 4) dispone que la comunidad y el Estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, reconociendo a estos últimos como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, y que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son regulados por la ley (1993). El Código Civil peruano (artículo 326) regula las uniones de hecho, disponiendo que:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de

impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (1984)

En Perú, las uniones de hecho son reconocidas por la vía judicial o notarial. El Código Civil no se pronuncia sobre la posibilidad de los concubinos de elegir el régimen patrimonial de su unión; sin embargo, por su similitud con los matrimonios, ha sido el Tribunal Registral de la SUNARP el que, vía Acuerdo de Sala Plena y diversas resoluciones, ha establecido que, en forma similar a los esposos, los concubinos de las uniones reconocidas pueden elegir su régimen patrimonial e inscribirlo en el Registro Personal, pudiendo optar por el régimen económico de separación de patrimonios; a falta de elección, se regirán por el de sociedad de gananciales, pudiendo optar por cambiar de régimen patrimonial¹⁸. Desde la Ley 30007 de 2013, el integrante sobreviviente de la unión de hecho goza de derechos sucesorios en calidad de ‘heredero forzoso’, en forma similar al cónyuge sobreviviente.

En Paraguay, la Constitución Nacional de 1992 (artículo 51.2) establece que “las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”. Con una reforma parcial al Código Civil en 1992 (por Ley 1/1992), se reguló la Unión de hecho o concubinato (artículo 83), concebida como:

La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley. (1992)

Estas uniones en Paraguay gozan de un amplio reconocimiento de derechos; es más, a los 10 años de inscrita en el registro del estado civil, la convivencia se equipará al matrimonio (artículo 89)¹⁹. Sobre efectos patrimoniales, surge entre los convivientes una comunidad de gananciales luego del cuarto año consecutivo de la unión, que podrá ade-

¹⁸ Ello ha sido establecido por el Tribunal Registral de la SUNARP a través de Acuerdo de Sala Plena 221 de 2019 y, entre otras, por las resoluciones 086-2021-SUNARP-TR y la 2523-2022-SUNARP-TR, que disponen que los convivientes con unión reconocida judicial o notarialmente puedan elegir y sustituir su régimen patrimonial e inscribirlo en el registro.

¹⁹ Artículo 89.- Como consecuencia del concubinato, se presume que son hijos del concubino los nacidos durante la unión de éste con la madre, salvo prueba en contrario.

lantarse a la fecha de nacimiento del primer hijo (artículos 84 y 85). Los gastos de los concubinos en beneficio de la familia y las obligaciones contraídas a tal efecto obligan a ambos y se abonarán con los bienes comunes; si estos fueran insuficientes, se cubrirán proporcionalmente con los bienes de cada uno (artículo 88). Son bienes propios de cada conviviente los tenía antes de la unión y los adquiridos durante esta a título propio (artículo 87). Los gananciales deberán distribuirse por igual entre los convivientes al disolverse la unión o producirse la muerte de uno de ellos. Los bienes adquiridos por los concubinos durante la unión deben utilizarse para satisfacer las necesidades de la familia, y su administración corresponde a cualquiera de ellos. Sobre las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones, a partir del cuarto año de la unión, los concubinos tienen los mismos derechos que los esposos (artículo 94), incluyendo derechos sucesorios (artículos 91 a 93).

A diferencia de Perú y Paraguay, en la República Argentina, según el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, la unión de hecho puede estar conformada por personas del mismo sexo. La conformación de una unión de hecho se acredita con la existencia de “relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo” (artículo 509). Para reconocer efectos jurídicos a las uniones convivenciales se requiere que: (i) los integrantes sean mayores de edad; (ii) no estén unidos por los vínculos de parentesco señalados en la ley; (iii) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; y, (iv) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años (artículo 510). La inscripción de la unión prevista solo tiene fines probatorios (artículo 511). En cuanto a los efectos patrimoniales, los convivientes pueden pactar libremente sus relaciones económicas; y a falta de pacto, cada uno conserva la libre administración y disposición de sus bienes, con el único límite de la vivienda familiar y los bienes muebles. Sobre la herencia, el Código Civil y Comercial de la Nación no ha otorgado la calidad de heredero al sobreviviente de la unión de hecho.

Importante es también revisar el caso del reglamento 2016/1104 del Consejo sobre regímenes patrimoniales de uniones de hecho registradas.

En vista del creciente número de uniones de hecho que traspasan fronteras, el Consejo Europeo, a través de una comisión especial, ha venido ampliando el régimen de reconocimiento mutuo entre los países que conforman la Unión Europea para incluir materias relativas a los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, habida cuenta de la importancia que tienen estos temas en la vida de los ciudadanos y de sus familias. El 24 de junio de 2016, el Consejo Europeo aprobó el Reglamento de la UE 2016/1104 del Consejo (en adelante, ‘el Reglamento’), el cual establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas.

En forma similar a lo que sucede a nivel mundial, en el universo de uniones de hecho previstas en el derecho material de los países miembros de la Unión Europea se encuentran tanto uniones de parejas registradas como no registradas. Sin embargo, **‘el Reglamento’ solo incluye a las parejas cuya unión se halla inscrita en un registro público**, no así a las uniones de hecho no registradas²⁰. El principal objetivo de este reglamento es eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión, facilitando el buen funcionamiento del mercado y disminuyendo las dificultades en la administración y división del patrimonio de las parejas. Esta norma se extiende a los efectos patrimoniales de las uniones de hecho que se hubieran registrado, incluyendo desde la administración cotidiana de los bienes hasta la liquidación por separación o fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Los efectos patrimoniales de las uniones de hecho registradas son definidos como “el conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución” (artículo 3.1, inciso b).

A este Reglamento se han adherido los mismos 18 Estados que aprobaron el Reglamento Europeo UE 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales, que, como se señaló, agrupan al 70% de la población de la Unión Europea y a la mayoría de las parejas internacionales que viven en ella (Crespo, 2019).

²⁰ Nótese que el Reglamento no define lo que se entiende por “unión registrada” *per se*; y, además, precisa que los Estados miembros no están obligados a incorporarlas en su ordenamiento jurídico (Considerando 17). Asimismo, señala que “el contenido real de este concepto debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros [...] (y que) ninguna de las disposiciones del presente Reglamento deberá obligar a los Estados miembros cuyo ordenamiento jurídico no contemple la institución de la unión registrada a establecer dicha institución en su Derecho nacional”.

D. Propuesta de reforma de las normas peruanas de DIPr sobre la ley aplicable a los regímenes matrimonios internacionales y pactos permitidos

1. Sobre la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial

Como antes se señaló, las normas peruanas de Derecho Internacional Privado (artículo 2078) disponen que la ley aplicable al régimen patrimonial de un matrimonio es necesariamente la ley del primer domicilio conyugal, pese a que los esposos pueden haber cambiado dicho domicilio hace mucho tiempo y que dicha ley no tenga vinculación alguna con la residencia actual o la última residencia que los cónyuges han tenido en común. Con el ánimo de mejorar la regulación de esta materia, Delgado Menéndez (2019) propone:

- a) Modificar las normas de Derecho Internacional Privado, permitiendo **que los cónyuges o futuros cónyuges puedan elegir la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio entre las leyes que tengan una estrecha conexión con su residencia habitual**; esto es: (i) la ley del Estado donde uno de ellos reside al elegir; o (ii) la ley del Estado donde los cónyuges establezcan el domicilio conyugal luego del matrimonio.
- b) Establecer que, **a falta de elección**, el régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los esposos sobre los bienes se rijan por **la ley del último domicilio conyugal o, en su defecto, por la ley del Estado con el cual ambos cónyuges tengan vínculos más estrechos**, de forma similar a lo previsto en el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (artículo 7) y en el Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales (artículo 26). En este último supuesto, será el juez competente quien, a pedido de los cónyuges, podría disponer que se aplique una ley distinta a la del último domicilio conyugal, si considera que dicha ley tiene vínculos más estrechos con el régimen patrimonial de los esposos; en base, por ejemplo, al tiempo en que los cónyuges hubieran permanecido en el primer domicilio conyugal y las relaciones patrimoniales que se hubieran generado al amparo de dicha ley. Sin duda, la ley que resulte aplicable solo podría tener efectos frente a terceros en la medida que se cumpla con las condiciones de publicidad o de registro previamente establecidas (pp. 103-104).

En el caso de las uniones de hecho, en Perú ni siquiera existe una norma específica de Derecho Internacional Privado que establezca cuál es la ley aplicable al régimen económico patrimonial de las uniones de hecho internacionales. Por su similitud con el matrimonio, se ha venido proponiendo la aplicación, por analogía, de la ley del domicilio común de los concubinos, la cual regiría tanto sus relaciones personales como patrimoniales. Consideramos que debería evaluarse la posibilidad de extender al régimen patrimonial de las uniones de hecho las propuestas de reforma antes señaladas para el régimen patrimonial de los matrimonios.

2. Sobre la incorporación del régimen de participación en las ganancias en la legislación peruana

Como se señaló anteriormente, el Código Civil peruano (artículos 295 y 296) permite a los cónyuges, antes o luego de contraer matrimonio y vía escritura pública, elegir libremente el régimen económico patrimonial que más convenga a sus intereses. Sin embargo, dicha norma solo les permite optar entre los regímenes de sociedad de gananciales y de separación de patrimonios, no pudiendo elegir el régimen de participación en utilidades, al no estar previsto en la ley peruana. A fin de ofrecer a los esposos la posibilidad de optar por un régimen que hoy se viene perfilando como uno que aporta mayor equidad a las relaciones patrimoniales matrimoniales, proponemos que el régimen de participación en utilidades o ganancias sea incorporado al Código Civil peruano como un régimen patrimonial alternativo que podría ser elegido por los esposos o futuros esposos. De esta forma, antes o luego contraer matrimonio, los esposos, otorgando una escritura pública, podrían pactar la aplicación de este nuevo régimen o el de separación de patrimonios, según convenga a sus intereses. A falta de elección de los cónyuges, se mantendría la disposición del artículo 295 del Código Civil peruano, aplicándose supletoriamente el régimen de sociedad de gananciales (Delgado Menéndez, 2022, pp. 205-206).

Sobre las uniones de hecho reconocidas por la vía judicial o notarial, debería, por un lado, incorporarse al artículo 326 del Código Civil peruano lo ya establecido por el Acuerdo de Sala Plena y las resoluciones del Tribunal Registral de la SUNARP, señalando en su texto que los concubinos de las uniones reconocidas pueden elegir su régimen patrimonial e inscribirlo en el Registro Personal, pudiendo optar por el régimen económico de separación de patrimonios. A falta de elección, se regirán por el de sociedad de gananciales, pudiendo, asimismo, optar por cambiar de régimen patrimonial. Por otro lado, debería permitirse que

los concubinos de las uniones reconocidas, al igual que los esposos, puedan optar sea por el régimen económico de separación de patrimonios o por el de participación en las ganancias, una vez incorporado a la legislación peruana. A falta de elección, como en el caso de los esposos, se aplicaría supletoriamente el régimen de sociedad de ganancias. También debe garantizarse que sustituyan su régimen patrimonial.

IV. CONCLUSIONES

A. Sobre la importancia del DIPr en el mundo moderno

1. El siglo XXI está marcado por un cada vez mayor cosmopolitismo humano, la intensificación del libre comercio de mercancías, servicios y capitales, y por una avalancha de relaciones jurídicas que traspasan, todos los días y a todas horas, las fronteras de los Estados, incrementando sobremanera el tráfico jurídico internacional. Las relaciones privadas internacionales, al vincularse con una multiplicidad de países y ordenamientos jurídicos estatales, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto de la ley aplicable a las mismas, la cual debe ser aclarada por el Derecho Internacional Privado para brindar seguridad jurídica a las partes que entablan relaciones jurídicas internacionales, al indicarles con precisión cuáles son las normas jurídicas que enmarcan el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades.
2. A diferencia de las relaciones jurídicas privadas internas –matrimonios, divorcios, contratos, etc.–, cuyos elementos se realizan solo en Perú y que, por tanto, se rigen solo por la ley peruana; las relaciones privadas internacionales, al tener elementos extranjeros conectados con varios países y leyes distintas, hacen que cada vez sea más frecuente la necesidad de aplicar en el Perú leyes extranjeras, de aceptar la jurisdicción de jueces y tribunales foráneos, y también de ejecutar en el Perú sentencias emitidas por jueces y tribunales extranjeros. Todo lo cual compete al DIPr, el cual debe garantizar la continuidad y seguridad jurídica de todas las relaciones que traspasan a diario las fronteras de los países.
3. La tarea del DIPr del siglo XXI es más importante que nunca, justamente por la avalancha de relaciones privadas internacionales que traspasan a diario las fronteras de los países, provocando un gran crecimiento del tráfico

jurídico internacional. Es tarea del DIPr determinar: (i) la ley aplicable a estas relaciones; (ii) el tribunal competente para resolver los problemas vinculados con estas; y (iii) los pasos a seguir cuando necesitemos que una sentencia o laudo extranjeros sean efectivos en el Perú, así como cuando requerimos que una sentencia o laudo peruano sea reconocido en el extranjero.

4. El documento CP/CAJP-3667/22, preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA por mandato de la Asamblea General, destaca la enorme importancia del DIPr en el mundo moderno, reconociendo su trascendencia en “lograr la justicia transnacional para las personas” y su gran aporte al desarrollo sostenible, en particular para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (OEA, 2022). De allí su propósito de fortalecer el estudio de DIPr y el compromiso del Departamento de Derecho Internacional de la OEA de continuar promoviendo una mayor difusión de la disciplina del DIPr.
5. La creciente variedad de temas claves del DIPr del siglo XXI daría para escribir un libro de varios tomos. A efectos del presente artículo, hemos escogido dos temas que hoy son especialmente relevantes en el mundo moderno. El primero es un tema transversal en el DIPr, que forma parte de sus disposiciones generales: **el fraude a la ley** en el DIPr, mecanismo poco conocido entre la comunidad jurídica peruana, aunque altamente relevante en la determinación de la ley aplicable a las relaciones privadas internacionales, en tanto constituye una excepción a la aplicación la ley extranjera. El segundo es un asunto fundamental para las familias internacionales y para los terceros que se relacionan con aquellas, el cual versa sobre **los efectos patrimoniales de los matrimonios y las uniones de hecho internacionales**; un tema que viene siendo uno de los más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes en el DIPr y que está atravesando por una evolución muy importante en el mundo moderno del siglo XXI.
6. B. Sobre la excepción de fraude a la ley
6. El fraude a la ley es el medio de tutela destinado a proteger y garantizar el efectivo cumplimiento y aplicación de las normas imperativas de un Estado soberano, a fin de evitar que, en las relaciones internacionales, la norma imperativa se convierta en facultativa.

7. El objetivo del fraude a la ley en el DIPr es obtener una ventaja indebida o evitar las consecuencias legales que deberían derivarse de determinados actos o situaciones. Por tanto, la excepción de fraude a la ley es un medio de defensa creado por el DIPr con el fin de prevenir o sancionar las conductas ilícitas que tiendan a burlar o evitar la aplicación o cumplimiento de una ley imperativa.
8. El fraude a la ley en DIPr está vinculado con el control de la ley aplicable. Este consiste en modificar 'artificialmente' un factor de conexión, como, por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio, a fin de que se nos aplique una nueva ley (nacional o domiciliaria) que permita obtener el resultado que queremos (que nos beneficia), el cual no podría haberse conseguido al amparo de la antigua ley aplicable. Es el típico caso de quien cambia de nacionalidad o domicilio para conseguir que se le aplique una nueva ley nacional o domiciliaria más permisiva.
9. El fraude a la ley es una conducta ilícita que consiste en la manipulación o evasión de normas legales con el fin de obtener beneficios indebidos o eludir responsabilidades. Lo determinante para la existencia del fraude a la ley, es la intención de burlar la ley, intención que deberá ser apreciada y determinada por el juez en cada caso concreto. Esta práctica puede tener graves consecuencias legales a nivel nacional e internacional.
10. El fraude a la ley es una institución que sanciona la manipulación maliciosa de las normas legales con el fin de eludir su aplicación o conseguir un resultado contrario a su espíritu. En el derecho internacional, el fraude a la ley puede tener consecuencias legales significativas y ha sido objeto de análisis y debate en la jurisprudencia de diferentes tribunales internacionales. Por tanto, cualquier acto realizado con el objetivo de eludir las normas legales será considerado inválido y sin efecto legal. Esto significa que las transacciones o cualquier otro tipo de acto jurídico que haya sido realizado con fraude a la ley no tendrá validez, y no se podrán hacer valer sus consecuencias legales. La sanción a quien comete fraude a la ley es tener por no efectuada la maniobra y aplicar el derecho que se intentó evadir, negando todas las consecuencias derivadas de la acción fraudulenta. Ello implica el restablecimiento del Derecho que se pretendía eludir y la no aplicación de la ley escogida de manera artificiosa.
11. De no sancionarse el fraude a la ley, el acto ilícito antes señalado quedaría impune, y no se respetaría el principio de que la ley que es imperativa en el derecho interno debe continuar con la misma calidad de imperio en el Derecho Internacional. Esto deberá ser así, no solo por la cooperación que los Estados deben darse entre sí, sino también porque debe respetarse la autoridad legítima de cada Estado.
12. El fraude a la ley puede tener consecuencias no solo para quienes lo cometen, sino también para las partes que participan en el acto. En muchos casos, los acuerdos realizados con fraude a la ley pueden ser declarados nulos o anulables, lo que implica que no tienen validez legal, y las partes pueden perder los derechos o beneficios establecidos en ellos.
13. A nivel internacional, el fraude a la ley puede llevar a la invalidez de los actos realizados de manera fraudulenta. Esto significa que las partes involucradas no podrán hacer valer los derechos u obligaciones derivados de esos actos.
14. Para prevenir el fraude a la ley es fundamental contar con una legislación clara y precisa que lo regule. De allí la importancia de tener normas en el Libro X del Código Civil peruano donde se contemple de manera expresa y explícita la excepción de fraude a la ley, como proponemos en la Propuesta de Modificación Normativa que hemos incluido en el presente artículo.
- C. **Sobre los efectos patrimoniales de los matrimonios y uniones de hecho internacionales en el derecho internacional privado**
15. Un tema que revela la importancia del DIPr y genera grandes retos en el mundo moderno está vinculado al régimen patrimonial del matrimonio; el que ha devenido en uno de los temas más frecuentes y complejos en materia de conflicto de leyes en DIPr, en gran medida por la diversidad de soluciones establecidas en el derecho comparado. Los cuatro regímenes patrimoniales de mayor reconocimiento a nivel mundial presentan sus propias variantes, en función de las disposiciones del derecho nacional que resulte aplicable conforme a las normas de DIPr.
16. En el **régimen de separación absoluta de los bienes**, que domina en los países del Commonwealth y en la mayor parte de los Estados de Norteamérica, cada esposo es ti-

- tular de todos los bienes que adquiera antes o durante el matrimonio y los conserva luego de su disolución. En otro extremo está el **régimen de comunidad absoluta de bienes**, contemplado, entre otros, en los países nómadas, por el cual, al casarse, todos los bienes de los esposos se confunden en un patrimonio común, que se dividirá en partes iguales al disolverse el matrimonio. El **régimen de sociedad de gananciales o de comunidad relativa de bienes**, que hoy predomina en los países de influencia española, se caracteriza por la existencia de bienes propios y bienes comunes; la propiedad y administración de los bienes propios le corresponde a cada esposo, y la de los comunes a la sociedad conyugal. El **régimen de participación en las ganancias o de ganancias acumuladas**, se ha venido impulsando durante los últimos para lograr mayor equidad patrimonial entre los cónyuges; no se trata de un derecho de propiedad sobre bienes, sino un derecho de acreencia de los esposos respecto a las utilidades generadas por los bienes de cada uno durante el matrimonio, derecho que nace al disolverse el matrimonio.
17. A la dificultad derivada de la variedad de regímenes económicos matrimoniales existente en derecho comparado se suman otros, como los cambios de domicilio o de nacionalidad de los esposos durante el matrimonio. Esto plantea uno de los problemas más complejos de DIPr, referido a la permanencia o a la mutabilidad del régimen patrimonial durante la vigencia del matrimonio. Se presenta, pues, el gran reto de encontrar fórmulas legales internacionales unificadas y armonizadas que, además, contribuyan a lograr una mayor proximidad de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre los esposos y respecto a terceros.
18. Una vía legal, cada vez más utilizada a nivel mundial, para lograr una mayor proximidad de la ley que resulte aplicable a las relaciones patrimoniales de los matrimonios internacionales es permitir a los cónyuges y futuros cónyuges decidir sobre diversos aspectos del régimen patrimonial de su matrimonio, a través de pactos, acuerdos o capitulaciones matrimoniales, los cuales adoptan diversas formas y requieren el cumplimiento de distintos requisitos para su validez. Vía dichos pactos, los esposos regulan la titularidad y administración de los bienes y rentas generadas antes y durante el matrimonio, teniendo en cuenta que son los ellos quienes están en mejor posición para decidir sobre los aspecos económicos de su matrimonio. Además, a través convenios, los esposos pueden no solo elegir el régimen patrimonial de su matrimonio y cambiarlo si así conviene a sus intereses, sino también designar la ley aplicable a dicho régimen.
19. Un mayor reto proviene de los regímenes económicos de las uniones de hecho. Pese a la gran movilidad en Latinoamérica, no hay un patrón sobre el enfoque y reconocimiento de las uniones de hecho, los regímenes patrimoniales de dichas uniones y la ley aplicable a estas. Contrariamente, hay diferencias relevantes entre los derechos amparados por cada país respecto a dichas uniones, la mayoría de las cuales versa sobre los sujetos de las relaciones, las formalidades a cumplir para constituir las y los derechos y efectos que se derivan de tales uniones.
20. Entre las soluciones internacionales a destacar que contribuyen a unificar y armonizar fórmulas legales relativas a los regímenes económicos de matrimonios y uniones internacionales, y que facilitan una mayor proximidad entre la ley aplicable y dichos regímenes, se encuentra la Convención de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales; la cual constituye un instrumento jurídico de gran importancia sobre el tema, cuyos principios informan la jurisprudencia y doctrina a nivel internacional. Asimismo, instrumentos normativos de especial relevancia para unificar el tratamiento del tema en cuestión son el Reglamento Europeo 2016/1103 y el Reglamento Europeo 2016/1104, ambos publicados el 8 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la Unión Europea (UE). El primero, establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y el segundo, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. En forma similar a la Convención de La Haya, el objetivo de los Reglamentos es establecer normas claras y uniformes en materia de regímenes económicos de matrimonio y uniones internacionales, especialmente para los casos de divorcio, separación o fallecimiento, contribuyendo a evitar procedimientos paralelos e incluso contradictorios en varios Estados miembros.
21. En el caso del Perú, las normas de DIPr del Libro X del Código Civil no reconocen el derecho de los esposos de elegir la ley aplicable

al régimen económico de su matrimonio. El Código Civil dispone (artículo 2078) que la ley aplicable a dicho régimen será necesariamente la ley del lugar del primer domicilio conyugal. Además, si bien el Código Civil (artículo 295) permite que los cónyuges, antes o luego de casarse, y vía escritura pública, elijan su régimen económico patrimonial, solo pueden optar entre los regímenes de sociedad de gananciales y el de separación de patrimonios, pues el régimen de participación en utilidades no está previsto en la ley peruana. Si los esposos no hubieran elegido otro régimen, será el régimen de sociedad de gananciales el que se aplica supletoriamente (artículo 296).

22. Respecto a las ‘uniones de hecho’, la Constitución Política peruana (artículo 5) se refiere a estas como las ‘uniones estables entre varón y mujer’; no habiendo a la fecha ninguna ley que regule algún tipo de unión civil o igualitaria entre parejas del mismo sexo. El Código Civil (artículo 326) dispone que la unión de hecho, voluntaria entre un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial:

[...] para alcanzar y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. (1984)

Las uniones de hecho son reconocidas por la vía judicial o la notarial. De forma similar a los esposos, los concubinos de las uniones reconocidas pueden elegir su régimen patrimonial e inscribirlo en el Registro Personal, pudiendo optar por el régimen económico de separación de patrimonios. A falta de elección se regirán por el de sociedad de gananciales, pudiendo, asimismo, optar por cambiar de régimen patrimonial, lo cual ha sido establecido por Acuerdo de Sala Plena y por resoluciones del Tribunal Registral de la SUNARP a falta de ley que lo regule.

23. A los 40 años de vigencia del Código Civil peruano, las reformas propuestas buscan contribuir a brindar mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los regímenes patrimoniales de matrimonios y uniones de hecho internacionales.

Respecto a la ley aplicable al régimen económico matrimonial: según el artículo 2078 del Código Civil, esta es necesariamente la

ley del primer domicilio conyugal, pese a que los esposos hubieran cambiado dicho domicilio y que dicha ley no tuviera vinculación alguna con la última residencia de los esposos. Se propone modificar dicho artículo estableciendo que los cónyuges o futuros cónyuges puedan elegir la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio entre las leyes que tengan una estrecha conexión con su residencia habitual. Esto es: (i) la ley del Estado donde uno de ellos reside al elegir; o (ii) la ley del Estado donde los cónyuges establezcan el domicilio conyugal luego del matrimonio.

A falta de elección por los esposos, el régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges sobre los bienes se regirán por la ley del último domicilio conyugal o, en su defecto, por la ley del Estado con el cual ambos cónyuges tengan vínculos más estrechos. Correspondrá al juez disponer que se aplique una ley distinta a la del último domicilio conyugal, si considera que tiene vínculos más estrechos con el régimen patrimonial de los esposos.

Respecto a la ley aplicable al régimen patrimonial las uniones de hecho, por su similitud con el matrimonio, debería disponerse que la ley del domicilio común de los concubinos rija tanto sus relaciones personales como las patrimoniales. Además, debería evaluarse extender al régimen patrimonial de las uniones de hecho las propuestas de reforma señaladas para el régimen patrimonial de los matrimonios.

Respecto a la incorporación del régimen de participación en las ganancias en la legislación peruana: se propone incorporar el régimen de participación en utilidades o ganancias al Código Civil como un régimen patrimonial alternativo que también pueda ser elegido por los esposos o futuros esposos vía escritura pública. A falta de elección, se mantendría lo dispuesto por el artículo 295, aplicándose supletoriamente el régimen de sociedad de gananciales.

Respecto a uniones de hecho reconocidas por la vía judicial o notarial, debería establecerse expresamente en el Código Civil que los concubinos de las uniones reconocidas pueden elegir y sustituir su régimen patrimonial e inscribirlo en el Registro Personal, incluyendo el de participación en las ganancias. A falta de elección, como en el caso de los esposos, se aplicaría el régimen de sociedad de gananciales. 

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar Navarro, M. (1982). *Derecho Internacional Privado* (Vol. 1, Tomo. II, Parte 2, 2da reimpresión a la 3ra ed.). Universidad de Madrid.
- Alfonsín, Q. (1982). *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Idea.
- Boggiano, A. (2008). *Derecho Internacional Privado en la Estructura Jurídica del Mundo*, Abeledo-Perrot.
- Canosa Abogados. *Régimen matrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial* (18 de agosto de 2015). <https://canosa.com/es/matrimonial-property-regime-in-the-new-argentine-civil-and-commercial-code/>.
- Cobacho Gómez, J. y Sánchez-Lauro, S. (2020). El régimen económico matrimonial de comunidad universal de bienes en España y en el resto de los países del mundo: su génesis, evolución y régimen legal vigente. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1047-1118.
- Consejo de la Judicatura Federal de México. (2015). Retos actuales del Derecho Internacional Privado. En C. E. Odriozola (Coord.), *Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado* (22-23 de octubre de 2015). Instituto de la Judicatura Federal.
- Crespo Lorenzo, E. (21 de febrero de 2019). *Régimen económico: nuevas reglas para los matrimonios internacionales en la UE*. Crespo Law. <https://www.elenacrespolorenzo.com/es/regimen-economico-nuevas-reglas-matrimonios-internacionales-ue/>
- Delgado Barreto, C., y Delgado Menéndez, M. A. (2017). *Derecho Internacional Privado*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad del Perú.
- Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M.A. y Candela Sánchez, C. (2008). *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes – Parte General*, Tomo I. 3ra edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad del Perú.
- Delgado Barreto, César, Delgado Menéndez, María Antonieta & Candela Sánchez, César (2007). *Introducción al Derecho Internacional Privado. Conflicto de Leyes – Parte Especial*, Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad del Perú.
- Delgado Menéndez, M. A. (2017). *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionales imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- (2021). Propuesta de adecuación normativa del ordenamiento jurídico peruano sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. *Revisita Chilena de DIPr*. Año VII, Número 7, 36-58.
- Delgado Menéndez, María del C. (2022). Régimen patrimonial de los matrimonios internacionales. Ley aplicable y pactos permitidos en el derecho internacional privado. *Agenda Internacional*. Volumen 29, 191-210.
- Delgado Menéndez, M. A., y Delgado Menéndez, M. del C. (2019). Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el derecho internacional privado peruano. En *Cambios y transformaciones en el Derecho Internacional en el siglo XXI. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Equipo editorial de RPP Noticias (31 de octubre de 2021). Cada vez más peruanos se casan bajo el régimen de separación de patrimonios. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/peru/actualidad/sunarp-cada-vez-mas-peruanos-se-casan-bajo-el-regimen-de-separacion-de-patrimonios-noticia-1366570>.
- Feldstein, S. (2000). Armonización Legislativa en áreas integradas. *Revista Temas de Derecho Privado XII*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Félix Aramburú, J. (1940). El Fraude a la Ley en los Dominios del Derecho Internacional Privado. *Revista de la Universidad Católica del Perú* (2-3, Tomo VIII, 133-137).
- Flores Alonso, M. (2015). *Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales: regulación actual y perspectivas de futuro*. [Tesis para optar el Grado en Derecho. Salamanca, Universidad de Salamanca]. Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.
- Font Segura, A. (2015). El fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (1), 173-252. <https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/182957/2015-Albert-Font-i-Segura.pdf?sequence=1>

- Fresnedo, C. (1998). *Fraude a la ley*. *Revista De La Facultad De Derecho*, (14), 35-54.
- GM Consulting. (s.f.). Régimen matrimonial: Claves para entender el sistema económico matrimonial. <https://www.gmconsulting.pro/juridico/regimen-matrimonial/>
- Goldschmidt, W. (1982). *Derecho internacional privado*, cuarta edición. Ediciones Depalma.
- Hooft, E. (2015). *Derecho internacional privado al alcance de todos*. UDEM.
- Instituto de investigaciones jurídicas (2023). *Lexicón Jurídico*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jeifetz, L. (2023). Fraude a la ley. En J. L. Collantes (Dir.), *Diccionario Digital de Derecho Internacional Privado* (Vol. 48, pp. 701-710). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.
- Kasnow, A. (2009). El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino. *Revista de Derecho Privado Externado* 17, 203-224.
- Marval O'Farrell Mairal. (2023, 14 de agosto). Régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial. <https://www.marval.com/publicacion/regimen-patrimonial-del-matrimonio-en-el-codigo-civil-y-comercial-11860?lang=es>
- Maury, J. (1952). *L'évitement de la loi normalément compétente L'ordre: public international et la fraude à la loi*. Valladolid.
- Palacios, C. (s.f.). *Comunidad diferida: Régimen patrimonial en el derecho de familia*. Cristian Palacios Abogado. <https://cristianpalaciosabogado.com/derecho-de-familia/regimen-patrimonial/comunidad-diferida/>
- Pereznieta Castro, L. (2012). *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Oxford University Press.
- Pérez Vera, E. (1993). *Derecho Internacional Privado* (cuarta edición., Vol. 1). Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Pincheira, M. (2009). *Régimen de participación en los gananciales*. Duda Legal. <https://dudalegal.cl/regimen-de-participacion-en-los-gananciales.html>
- Scotti, L. (2013). Los Escenarios del Derecho Internacional Privado Actual: globalización, integración y multiculturalidad. En Fernández Arroyo, D. & J. Moreno Rodríguez (Coords.), *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración: Libro en Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano* (pp. 147-168). CEDEP.
- Torres Santomé, N. (2016). El Régimen Patrimonial del Matrimonio en el Código Civil y Comercial. *Diario Civil y Obligaciones*, 97. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/12/Doctrina-Civil.pdf>.
- Vignal, T. (2005). *Droit international privé*. Armand Colin.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Código Civil [CC], Ley 1183, 23 de diciembre de 1985 (Paraguay).
- Código Civil [CC], Real Decreto de 24 de julio de 1889, 24 de julio de 1889 (España).
- Código Civil [CC], 14 de diciembre de 1855 (Chile).
- Código Civil y Comercial y de la Nación [CCCN], Ley 26994, 8 de octubre de 2014 (Argentina).
- Código Civil Federal [CCF], Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928, 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 (México).
- Código de Familia [CF], Decreto 677, 11 de octubre de 1993 (El Salvador).
- Código de las Familias y del Proceso Familiar [CFPF], Ley 603, 19 de noviembre de 2014 (Bolivia).
- Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución de la República de Paraguay [Const], 20 de junio de 1992 (Paraguay).
- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Privado Internacional. 8 de mayo de 1979.
- Convenio de sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales. 14 de marzo de 1978.
- Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, & Asociación Chilena de Derecho Internacional

Privado (2020). *Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile.*

Grupo de Trabajo y Revisión y Reforma del Código Civil peruano (2019). *Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano.*

Ley 19920, Ley General de Derecho Internacional Privado, *Diario Oficial de Uruguay*, 16 de diciembre de 2020 (Uruguay).

Organización de Estados Americanos – OEA (19 de octubre de 2022). Actividades recientes en materia de derecho internacional privado. https://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_OEA_Actividades_recientes_derecho_internacional_privado_Octubre-2022.html

Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L201, de 27 de julio de 2012.

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una

cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L183, de 8 de julio de 2016.

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L183, de 8 de julio de 2016.

Sala Plena del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, Acuerdo 221, 17 de diciembre de 2019 (Perú).

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Resolución 086-2021-SUNARP-TR, Título 857759-2021/SID, 29 de abril de 2021 (Perú).

Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Resolución 2523-2022-SUNARP-TR, Título 288589-2022/SID, 1 de julio de 2022 (Perú).

MESA REDONDA

MESA REDONDA: ¿CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL O CIVILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL?

ROUND TABLE: CONSTITUTIONALIZATION OF CIVIL LAW OR CIVILIZATION OF CONSTITUTIONAL LAW?

César Rodrigo Landa Arroyo*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Francesca Benatti**

Università degli Studi di Milano

Leysser León Hilario***

Pontificia Universidad Católica del Perú

Marcial Antonio Rubio Correa****

Pontificia Universidad Católica del Perú

In this round table, six questions are addressed regarding the novel discussion on the possible constitutionalization of Civil Law or, on the contrary, the civilization of Constitutional Law. From different doctrinal perspectives, experts in both topics analyze the existence and characteristics of this latent legal phenomenon.

It is emphasized, on the one hand, that the modernization of the Rule of Law has strengthened the protection of human rights, irradiating constitutional values to civil legislation. But also, it is the constitutional courts that play a crucial role in ensuring civil rights through principles of reasonableness and proportionality.

On the other hand, it is argued that civil law must be interpreted in the light of the Constitution, as the fundamental law that expresses the values of the legal system. However, it is noted that constitutional interpretation is not always

En la presente mesa redonda se abordan seis preguntas en torno a la ya conocida, pero inacabable discusión sobre la posible constitucionalización del derecho civil o, al contrario, la civilización del derecho constitucional. Desde diferentes perspectivas doctrinarias, expertos en ambas materias discuten respecto a la existencia y características de este latente fenómeno legal.

Se enfatiza, por un lado, que la modernización del Estado de Derecho ha fortalecido la protección de derechos humanos, irradiando valores constitucionales a la legislación civil. Pero también que son los tribunales constitucionales los que juegan un papel crucial en asegurar derechos civiles mediante principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Mientras que, por otro lado, se defiende que el derecho civil debe interpretarse a la luz de la Constitución, como ley fundamental que expresa los valores del ordenamiento jurídico. Sin embargo,

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares. Post-doctorado por la Universidad de Bayreuth y por el Instituto Max-Planck (Alemania). Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Profesor principal de Derecho Constitucional de la PUCP. El último año ha sido profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (España). Contacto: clanda@pucp.edu.pe

** Abogada. Doctora en Derecho Comparado por la Università degli Studi di Milano. Profesora de Derecho comparado en la Università Cattolica del Sacro Cuore. Profesora visitante en diversas universidades internacionales. Miembro de varios comités editoriales de revistas y proyectos internacionales. Autora de varios libros y ensayos sobre responsabilidad civil, contrato y derecho comparado. Contacto: francesca.benatti@unicatt.it

*** Abogado. Doctor en Derecho Civil por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Profesor Principal de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Corresponsal por el Perú del Instituto UNIDROIT (Roma). Consultor del estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uria (Lima, Perú). Contacto: lleon@pucp.edu.pe

**** Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Constitucional en la misma casa de estudios. Ex Ministro de Educación del Perú. Contacto: mrubio@pucp.edu.pe

automatic or objective, and may vary according to the method used, which introduces a degree of subjectivity and risk of ideologically motivated decisions.

From this valuable confrontation of ideas, the reader can reach his own conclusions, since the debate is broad, rich and undefined.

KEYWORDS: *Constitutionalization; civilization; Constitutional Law; Civil Law; legal phenomenon.*

se advierte que la interpretación constitucional no siempre es automática ni objetiva, y puede variar según el método utilizado, lo que introduce un grado de subjetividad y riesgo de decisiones ideológicamente motivadas.

De esta valiosa confrontación de ideas el lector puede llegar a sus propias conclusiones, pues el debate es amplio y rico en perspectivas.

PALABRAS CLAVE: *Constitucionalización; civilización; derecho constitucional; derecho civil; fenómeno legal.*

1. ¿En qué se basa la teoría de que en tiempos modernos existiría una constitucionalización del derecho civil?

CÉSAR LANDA ARROYO: En la formación del Estado de Derecho hace más de 200 años, surgió un nuevo modelo de Estado a partir de la protección de derechos humanos de libertad, seguridad, igualdad, propiedad, religión, entre otros. Tanto en Estados Unidos como en Francia se aprobaron por vez primera constituciones bajo esos fundamentos que desde entonces protegen los derechos de las personas; los mismos que adquieren una naturaleza de valores propios de un Estado democrático constitucional y no solamente derechos individuales protegidos por la legislación civil.

Por ello, podemos decir que en la actualidad se ha recuperado precisamente el valor que la Constitución tiene para irradiar con base en los principios constitucionales su fuerza normativa a los derechos que se han recogido en el Código Civil, en relación con las personas, la familia, las obligaciones, los contratos, la propiedad, la herencia, entre otros. Este es un proceso que acontece precisamente en las últimas décadas en el mundo contemporáneo, a partir de que se ha reforzado la protección de las personas que no encontraban suficiente tutela de sus derechos en la justicia ordinaria en el modelo del Estado de derecho liberal.

Y con el Estado de derecho constitucional, los tribunales constitucionales en el mundo no solamente han suplido ese déficit, sino también han reforzado con base en categorías de derechos públicos, como la dignidad, la igualdad, la no discriminación, o con el uso de principios de razonabilidad y proporcionalidad, la protección de los derechos civiles.

FRANCESCA BENATTI: La teoría se basa en el supuesto de que el derecho civil debe interpretarse a la luz de la Constitución, que no solo es la ley más importante, sino que sobre todo expresa los valores fundamentales del sistema. En Italia, la tesis fue desarrollada por Pietro Perlingieri y su escuela. Cabe señalar la manera en la que la constitucionalización del Derecho privado se ha visto impulsada por numerosos factores jurídicos y no jurídicos. Las Cartas Constitucionales europeas introducidas tras la Segunda Guerra Mundial se inspiraron en el principio de protección de la persona, su dignidad y sus derechos, que se impregnó en todo el ordenamiento jurídico. Especialmente en una democracia pluralista, el paradigma basado en el liberalismo clásico consagrado en los códigos ya no parecía adecuado, como Luigi Mengoni demuestra con una profundidad inigualable.

Sin embargo, lo que creo que se ha subestimado es cómo la interpretación de las constituciones no conduce a resultados automáticos, porque dependen del método elegido. Es diferente leer la constitución de forma histórica, pragmática o teóloga. Los civilistas y otros suelen pensar que la interpretación constitucional debe conducir necesariamente a soluciones adecuadas. El riesgo es equiparar una interpretación correcta con la que alcanza los objetivos deseados a la luz de una visión ideológica o política. Parece cuestionable suponer que el juez es el mejor intérprete del espíritu de los tiempos (el contexto) o tiene legitimidad para imponer cambios según valores que no siempre son claros u objetivos.

LEYSSER LEÓN HILARIO: El discurso europeo en torno a la constitucionalización del derecho civil, que introduce en nuestros estudios hace más de dos décadas en un ensayo titulado 'La reforma del Código Civil vista en serio' (2003), postula, muy sintéticamente, que las normas del Código Civil, al igual que la integridad de la legislación, deben ser leídas 'en conjunto' con los preceptos de la Constitución Política. Es a estos últimos –según dicho discurso– a los que les corresponde prevalecer.

La prevalencia señalada tiene implicancias muy importantes, especialmente, en el campo de la administración de justicia. Dado que el orden constitucional es el preeminente, la lectura de las normas del Código Civil, en el ámbito jurisdiccional, puede tener efectos modificatorios o derogatorios, inclusive, si se las interpreta con la lente de la Carta Política.

Para llegar a este escenario, sin embargo, al que se han sumado, en los últimos tiempos, los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, son necesarias tres premisas que no se aprecian en la experiencia peruana, a saber: (i) la preexistencia, cronológica, de los códigos civiles a la Constitución –en el Perú es al revés, la Constitución siempre ha precedido al Código Civil–, de manera que se pueda hablar de un 'nuevo' orden constitucional que guía la interpretación del Código; (ii) la formación de los magistrados que los hace conscientes del papel exclusivo de la legislación y la costumbre como fuentes del derecho, y los desalienta de asumir actitudes de 'creacionismo' o 'activismo' judicial; y (iii) lo que es más importante, el valor colectivamente reconocido (no solo en el fuero de los juristas, ni mucho menos en el de los constitucionalistas) de la primacía de la Constitución. Una valoración, esta última, que depende de múltiples factores, especialmente, de la historia de la gestación de la Carta Política, y del sentimiento colectivo de respeto de sus mandatos.

Lo mismo cabe decir de una expresión que ha devenido tan común, cuando merecedora de dudas científicas: la del 'Estado constitucional' que predominaría en nuestro derecho, y teñiría todas sus disciplinas.

¿De verdad vamos a decir que en el Perú existe un 'Estado constitucional'? ¿En un país donde claramente no hay rastros de –y, posiblemente, nunca ha existido– una cultura constitucional, como lo demuestran los pedidos continuos de modificación o derogación de la Constitución, con varios orígenes (no solo de las poblaciones vulnerables, ni a la espera de reivindicaciones sociales y económicas siempre postergadas), y la falta de conciencia, en general, sobre la 'efectividad' de los derechos fundamentales? ¿En un país donde el Congreso modifica y amolda la Carta Política como le place, donde se reimplanta la bicameralidad que la mayoría de la población, en referéndum, declaró no querer, o donde se negocian y decretan prescripciones de delitos de lesa humanidad?

Creo que es claro cuán alejados nos encontramos, en el Perú, de la realidad de la que se habla, con propiedad, de una constitucionalización del derecho civil. Esto puede tener sentido en Alemania (donde el Código Civil, el BGB, es de 1896, y la Ley Fundamental, el Grundgesetz, es de 1949) o en Italia (donde el Codice Civile es de 1942, y la Costituzione della Repubblica Italiana es de 1948), pero, definitivamente, no en nuestra experiencia. En Alemania e Italia se habla por igual, por ejemplo, de la obligada interpretación de las normas del Código Civil en clave de 'dignidad', 'libre desarrollo de la personalidad', 'igualdad' o, en Italia especialmente, de 'solidaridad' y 'función social' de las instituciones (como la propiedad); es decir, en clave de valores que las constituciones reconocen explícitamente. En el Perú, en cambio, todavía hacemos esfuerzos para desentrañar el correcto significado (en realidad, inequívoco, si se consultan las fuentes históricas y comparativas) de la 'economía social de mercado'.

La constitucionalización del derecho civil en Alemania o Italia se aprecia, singularmente, en la reinterpretación de las normas de los Códigos, es decir, sobre la propiedad, los contratos, la familia, la responsabilidad civil. En Italia, donde puede hablarse de un movimiento cultural o 'escuela', propiamente dicho, de derecho civil 'según la legalidad constitucional', liderado por Pietro Perlingieri, la responsabilidad civil actual no sería la misma, así de simple, si se prescindiera de la reinterpretación 'constitucional' de las normas clásicas del Código Civil de 1942, por ejemplo, en materia de 'daño no patrimonial' (*danno non patrimoniale*). Hoy, en Italia, la evolución de la jurisprudencia ha

dado a esta figura el significado de toda lesión de los derechos 'inviolables' reconocidos por la Carta Política, ampliándose así la tesis que la limitaba a los daños morales.

MARCIAL RUBIO CORREA: No sostengo esta teoría porque no creo que tal cosa esté sucediendo. Las respuestas siguientes darán mis razones.

2. ¿Acaso puede decirse que el Derecho Constitucional fue el primero que se preocupó por tratar acerca de los derechos de las personas? ¿No será que el Derecho Constitucional contemporáneo está poniendo énfasis en temas cuya antigüedad y primer abordaje corresponden al derecho civil?

CÉSAR LANDA ARROYO: La persona humana es un sujeto de derecho que vive en sociedad y desde el mundo antiguo como dijo Aristóteles, "donde hay hombres, hay sociedad y donde hay sociedad hay derecho" –*ubi homini ibi societas, ubi societas ibi ius*–. La persona al ser un ser social que vive en comunidad, que antes se llamaba civitas o ahora Estado, es que hay normas que regulan las relaciones interpersonales propias del derecho común/derecho civil; pero, también, hay normas de convivencia para un orden social colectivo que el Estado como único garante del interés general se encarga de asegurar a través de la Constitución. Por eso, no es excluyente que los derechos de la persona se encuentren protegidos en la esfera privada del derecho civil y en la esfera pública del derecho constitucional.

Pero no son esferas autónomas y menos aún desvinculadas entre sí; sino que la Constitución como norma suprema procura la protección de los derechos de la persona, por ejemplo, frente a las deficiencias y debilidades del propio Código Civil o de su interpretación judicial en la protección de los derechos de las personas. Esto con base en que hay un proceso dinámico entre la sociedad que se transforma rápidamente y el Estado como garante del interés público, el cual debe garantizar los derechos civiles para todos, con igualdad de condiciones que refuerzan la protección de los derechos de la persona, de las familias, los derechos de propiedad, contractual, entre otros.

Esto solo ha sido posible a raíz del desarrollo del Derecho Constitucional que se hace judicial cuando los tribunales constitucionales reciben demandas de ciudadanos que no obtienen adecuada protección de sus derechos civiles mediante los procesos judiciales ordinarios y, en consecuencia, acuden a los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* o inconstitucionalidad para que se

protejan los derechos que no son atendidos adecuadamente tanto por la legislación civil como por el Poder Judicial.

FRANCESCA BENATTI: En primer lugar, es cierto que los códigos civiles se consideraban las constituciones de la sociedad del siglo XIX y consagraban los derechos fundamentales de la época, como la autonomía privada o la propiedad. Sin embargo, las constituciones actuales no solo reconocen los derechos de primera generación, sino también aquellos sociales. Hoy se llega a extremos con la inclusión de cualquier reivindicación o deseo en la constitución, como, por ejemplo, el derecho al deporte en la Constitución italiana.

Creo, sin embargo, que el papel del derecho civil es fundamental y que, en realidad, se subestima su eficacia en la protección de derechos esenciales, como la propiedad o la autonomía privada, que permiten el pleno desarrollo de la persona humana y de su libertad. Me detengo en la propiedad porque la tarea del Estado es posibilitar las condiciones económicas que garanticen su acceso a la mayoría de los estratos sociales de la población, pero sería un error no reconocer plenamente este derecho, ya que proporciona a las personas la seguridad que necesitan para vivir y realizarse.

LEYSSER LEÓN HILARIO: No creo que sea correcto, ni necesario, enfatizar una pugna entre el derecho constitucional y el derecho civil sobre un tema tan importante como lo es la tutela de la persona. La verdad, empero, es que la enorme y decisiva contribución del derecho civil al desarrollo de esa tutela, mediante las teorías del derecho general de la personalidad (Alemania) o de los derechos de la personalidad (Italia), ha corrido el riesgo, en los últimos tiempos, de ser opacada (si no es que ha ocurrido ya) por visiones exclusivas y aisladamente 'constitucionalizadas' (o controles de convencionalidad), a manos, justamente, del activismo judicial.

Recuérdese, para evitar dudas, el rumbo seguido por el derecho laboral o los derechos de los consumidores –ambas, materias que se han pretendido emancipar del derecho civil, sin lograrlo, y, lo que es peor, sin necesariamente mejorar o hacer más efectivos los remedios civilistas– o por el derecho de familia. ¿Han avanzado dichas áreas a fuerza de lecturas constitucionalizadas? Creo que no. ¿Por qué? Porque la constitucionalización se ha entendido, por nuestros jueces, pero también por muchos intérpretes, como una licencia solo para derogar o prescindir de las normas del Código Civil: como una licencia, ahora con los oropeles de la argumentación jurídica, para la 'fuga' de los mandatos del ordenamiento jurídico.

Se salta, en otras palabras, un momento clave del análisis y del razonamiento, como lo es el de la reflexión sobre el sentido de normativa civilista y su capacidad, en muchos casos, para seguir gobernan-do con justicia las relaciones entre los particulares.

En relación, puntualmente, con la experiencia peruana, a lo señalado se suma el hecho, sin cuestionamiento posible, de que la teoría de los derechos de la personalidad del Código Civil, al margen de los defectos técnicos en que incurrió, sentó las bases del profuso articulado de la Constitución vigente sobre los derechos (fundamentales) de la persona. No se trató –como adelanté– de una 'constitucionalización del derecho civil', sino de una 'civilización del derecho constitucional'.

MARICIAL RUBIO CORREA: Los derechos de las personas tienen beneficios para ellas en diferentes aspectos de la vida. Por ejemplo, la libertad incide en todo lo que hacemos en nuestra vida privada, pero, a la vez, es requisito indispensable para la vida democrática contemporánea. Por eso está ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789, en el contexto de un tratamiento predominantemente político y ajeno al Código Civil francés, que aparece quince años después.

Igual sucede con la libertad en los albores de los Estados Unidos de Norteamérica: ella es reclamada como derecho natural en la Declaración de la Independencia norteamericana, que es un texto esencialmente político. Lo propio pasa con varios otros derechos que son tratados en los códigos civiles de la tradición jurídica romano germánica. En nuestra historia constitucional, existen los siguientes derechos, reconocidos por primera vez en las constituciones que se cita, que también son reconocidos como derechos civiles:

- La libertad civil (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 1).
- La expresión de libertad que recoge hoy nuestra Constitución ("ningún peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe"). (Constitución de 1828, artículo 150) [La prosodia es la de época].
- La trata de personas que afecta la libertad (Constitución de 1823, artículo 11).
- La inviolabilidad del domicilio, vinculada con la libertad y la propiedad (Constitución de 1823, artículos 118 y 193, inciso 2).
- La propiedad (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 3).

- El secreto de las cartas que, en aquella época era equivalente a la inviolabilidad de las comunicaciones (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 4).
- Los derechos al honor y la buena reputación (Constitución de 1823, inciso 6).
- La libertad de opinión y de información, que en aquella época era equivalente a la de libertad de imprenta (Constitución de 1823, artículo 193, inciso 7).
- La libre iniciativa, la libertad de industria y comercio y, naturalmente, la de contratación que les es inherente, aunque no está expresamente mencionada (Constitución de 1823, inciso 8).
- La igualdad ante la ley (Constitución de 1823, inciso 9).
- La libertad de pensamiento y de su comunicación sin censura previa (Constitución de 1826, artículo 143).
- Libertad de locomoción (Constitución de 1826, artículo 144).
- Libertad de Trabajo (Constitución de 1826, artículo 148).
- La buena reputación (Constitución de 1828, artículo 164).
- La libre asociación pacífica (Constitución de 1856, artículo 28).
- El derecho al honor y a la vida (Constitución de 1860, artículo 16).
- El derecho a la vida (Constitución de 1860, artículo 16).
- La libertad de creencias (Constitución de 1920, artículo 23).
- La libertad de reunión (Constitución de 1920, artículo 33).
- La libertad de contratar (Constitución de 1920, artículo 37).

Como se puede ver, el constitucionalismo peruano se ha ocupado de estos derechos, que pueden ser calificados como civiles, desde hace más de cien años y, de varios, desde hace más de doscientos. Si

bien ciertos derechos como la libertad (no de todos hasta el siglo XIX cuando menos), o la propiedad, pueden ser trazados hasta el Derecho Romano, su reclamo moderno es político antes que civil. No hay que olvidar que, durante mucho tiempo, para votar no solo había que ser libre. También se debía tener un patrimonio: la propiedad sirvió muy claramente para fines políticos hasta bien entrado el siglo XIX. Por eso se ocupó de ella el constitucionalismo. No hay que olvidar que Benjamín Constant dijo en un clásico libro publicado en 1806: "Solo quien posee la renta necesaria para vivir con independencia de toda voluntad extraña puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior sería ilusoria; una más elevada sería injusta" (1970, p. 60)¹.

3. ¿Hablamos de constitucionalización del derecho civil o, en realidad, de una complementariedad de una rama del derecho con la otra? ¿Civilización del derecho constitucional, tal vez?

CÉSAR LANDA ARROYO: La persona humana tiene un estatus multidimensional con base, por un lado, en razón de la persona –la *ratione persona*– como el *nasciturus*, niño/a, adolescente, hombre, mujer, casado, divorciado o hasta en la muerte, y, por otro lado, tiene un estatus *ratione materia*, en sus diferentes facetas de la vida a través de los actos jurídicos, contractuales, obligaciones, patrimoniales, fundador o miembro de asociaciones con o sin fines de lucro, etc. Todas las facetas de la vida humana, obviamente están reguladas por el derecho, no solamente el privado.

Porque la Constitución es un orden jurídico total, en el cual no existe nada válido jurídicamente fuera de él. En ese sentido la Constitución no solo es una *lex legis*, sino que también es *norma normarum*, la norma fuente del Derecho. Desde el punto de vista material las disposiciones del Código Civil no pueden por eso estar en contra de los principios, valores y derechos que consagra la Constitución. No obstante, el rol de la justicia constitucional es no suplir innecesariamente la labor del orden civil, que tiene una materia, una dogmática, una técnica y unas reglas propias de solución de controversias, siempre que no afecten a la Constitución por acción u omisión.

Por eso, cuando el orden civil en su aplicación interpreta las normas de los libros del Código Civil colisionando con la Constitución, es decir, con los derechos fundamentales, la justicia constitucional puede asumir competencia para revisar extraordi-

¹ Véase a Constant (1970).

nariamente, a través de los procesos constitucionales, las deficiencias, los déficits, los vacíos y las contradicciones del derecho privado con el orden supremo constitucional, a la cual además contemporáneamente se ha incorporado un orden convencional internacional de los derechos humanos que también incide en el derecho civil.

De ahí, que en algunos casos habrá complementariedad y en otros, subsidiariedad, porque reemplazará la falta de protección de los derechos civiles en diferentes ámbitos que no se haya logrado realizar por el legislador o también por el propio juez.

FRANCESCA BENATTI: Se trata de un perfil interesante que no siempre se entiende o estima. En nuestra época, el derecho constitucional tiene que relacionarse con el derecho civil. Por ejemplo, en Italia, los estudios sobre la privacidad eran realizados principalmente por investigadores del derecho civil, mientras que hoy en día el tema también es abordado por constitucionalistas e internacionalistas. Está claro que cuanto más penetrante se vuelve un área del derecho, más tiene que relacionarse con modelos, institutos, mentalidades y categorías desarrollados en otras áreas. Esto implica una atención especial.

No obstante, hay que señalar que la distinción entre derecho privado y derecho público es mucho menos nítida que en el pasado. Hay ámbitos enteros que escapan a una calificación precisa. El derecho medioambiental es emblemático porque afecta al derecho público, al derecho privado, al derecho mercantil y al derecho internacional. También lo es el tema de las nuevas tecnologías. Además, hoy en día no solo es conveniente la interdisciplinariedad dentro del Derecho, sino también el diálogo con otras ciencias.

LEYSSER LEÓN HILARIO: Lo ideal, efectivamente, sería destinar los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia, que, sin ser fuentes del derecho, contribuyen a generar tendencias en el derecho, a una convivencia de las normas del Código Civil con las de la Constitución. Es más, añadiría yo, una futura reforma del Código Civil debería eliminar todo el dictado repetitivo que existe actualmente, con el texto de la Carta Política (vigencia y aplicación de las normas en el tiempo, abuso del derecho, analogía y lagunas del derecho, *iura novit curia*, etc.). El Título Preliminar simboliza, mejor que ninguna otra sección del Código Civil, la perspectiva errónea de que el Código Civil continúa a cargo de materias que corresponden a la Constitución. Y, como si no bastara, genera también el espejismo de poseer un valor superior al del resto del articulado del Código: como si dicho Título contuviera, más que normas, 'principios'.

MARCIAL RUBIO CORREA: La historia del derecho constitucional y del derecho civil es compleja en muchos de los temas en que convergen. La primera constitución moderna es la de los Estados Unidos de Norteamérica, aprobada en 1787 y puesta en vigencia dos años después. La primera constitución europea moderna en la francesa de 1789. El primer código civil propiamente moderno es el francés de 1804.

En nuestra historia, la primera Constitución republicana es la de 1823 y el primer Código Civil, el de 1852. Tanto en la historia americana, como en la europea, las constituciones preceden por varios años a los códigos civiles. Es razonable que ellas hayan recogido, primero, los derechos más importantes, es decir, aquellos por los que los Estados Unidos dejaron de ser colonia, y Francia dejó de ser una monarquía absolutista, con desigualdades humanas expresamente establecidas en el Derecho.

En nuestro caso, la primera Constitución republicana de 1823 se hizo ya con conocimiento de las constituciones y el Código Civil francés que la precedieron. De ahí que podamos encontrar ya una significativa cantidad de derechos declarados en ella. Originalmente, las constituciones fueron documentos políticos y los códigos civiles fueron de derecho privado. Pero, pronto, el rango supremo de las constituciones, hizo recomendable que los principales derechos, aunque no tuvieran contenido político, figuraran en ella. Nuestro constitucionalismo incipiente se benefició de dicha idea, aprovechando la historia que le fue previa.

Creo que la relación entre el derecho constitucional y el derecho civil no ha sido lineal, sino dialéctica, pues se han influenciado mutuamente desde hace dos siglos. A todo ello hay que añadir el inmenso proceso de establecimiento de los derechos humanos a través de las Naciones Unidas, desde 1945 en adelante. La multitud de declaraciones internacionales sobre ellos ha sido determinante de una vinculación progresiva entre los derechos declarados en la Constitución y los que contiene el Código Civil.

4. ¿Por qué hablar de constitucionalización de esta área del Derecho, cuando en realidad todas las áreas del Derecho deben enmarcarse en el ámbito constitucional? ¿No ocurre acaso lo mismo con el derecho laboral, el derecho tributario, el derecho penal y todas las demás áreas del Derecho?

CÉSAR LANDA ARROYO: Se habla de la constitucionalización no solamente del derecho civil, sino que, en la medida que la Constitución como decíamos no solamente es ley de leyes, sino la norma

fuente del derecho, tiene un valor objetivo que irradia a todo el ordenamiento jurídico; esto es, a los derechos fundamentales, civiles, penales, políticos, sociales, económicos, tributarios, procesales, laborales, etc.; que son límites al poder no solamente público, sino también privado. De modo tal que este concepto de Constitución como valor objetivo, a través de los derechos fundamentales, irradia a todas las fuentes del derecho.

En particular, incide en el derecho laboral porque hay una relación asimétrica y si bien la libertad contractual laboral está protegida; los contratos de trabajo tienen una naturaleza especial donde no se aplica el principio de igualdad formal ante la ley, sino también un principio de equidad. Por algo la Constitución reconoce el sueldo mínimo o, los días no trabajados son pagados –como el descanso dominical, las vacaciones o por enfermedad–.

Pero la Constitución incide en el ámbito penal porque protege la libertad que tiene un valor y una posición preferente, obviamente sobre temas patrimoniales que regula el derecho tributario, para que no haya prisión por deudas, por ejemplo. Pero este proceso de constitucionalización del Derecho es una palanca para desarrollar y actualizar las distintas fuentes de derecho. Por ejemplo, en Argentina se aprobó un nuevo Código Civil y Comercial el 2016 con un enfoque constitucional de los derechos, protegiendo al consumidor o del medio ambiente, entre otros. Y también con factores de igualdad en el matrimonio o en la herencia para los hijos, dentro y fuera del matrimonio.

FRANCESCA BENATTI: Esto es cierto. Se trata de una tendencia común a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Tal vez tenga que ver con el hecho de que el derecho civil ha reflexionado en gran medida sobre su relación con el derecho constitucional o con el mayor impacto que este ha tenido en el derecho civil tanto en términos de método como de contenido. La razón estriba en que este último regula la vida cotidiana, el trabajo, los negocios, el comercio, y esto impone que la relación entre ambas ramas del derecho responda a las funciones y cometidos de una en relación con la otra, y esta dialéctica debe ser racional y respetuosa con los ámbitos individuales.

LEYSSER LEÓN HILARIO: Sin duda. En un país donde la Constitución precede al Código Civil, la lectura de toda la normativa jerárquicamente inferior (si se mantiene la visión de la *Stufenbau kelseniana*), sin importar su área de especialización, se tiene que alinear a los dictados de la Carta Política. Solo que predicar una ‘constitucionalización’ del derecho, donde las premisas históricas no están presentes, es un contrasentido.

Hay, además, una precisión que efectuar. En el pasado, las constituciones estaban limitadas al gobierno de las relaciones entre los particulares y el Estado. El derecho privado (que abarca al derecho civil, mercantil, laboral, derecho del consumo, derecho concursal, etc.) se encargaba, con exclusividad, de los vínculos interpersonales.

Como la Constitución comenzó a ser vista, en el siglo XX, como el lugar idóneo donde reforzar la tutela de los derechos de la personalidad y las libertades civiles, elevándolos al nivel de derechos fundamentales o (constitucionalmente) inviolables, tal vez lo justo sea decir que la ‘constitucionalización’ está limitada (muy limitada) en el Perú a la lectura de toda la normativa nacional con un enfoque, justamente, de derechos fundamentales. Pero no más que eso.

MARCIAL RUBIO CORREA: La Constitución siempre fue la norma suprema en los Estados contemporáneos de los últimos doscientos cuarenta años, pero, como dijimos antes, durante sus primeras etapas fue vista principalmente como un instrumento de contenido político.

Cuando las revoluciones independentistas americanas (o antimonárquicas absolutas europeas) se asentaron, apareció poco a poco la dimensión jurídica suprema de la Constitución y se la empezó a llenar de nuevos contenidos. Este proceso se aceleró durante los últimos sesenta años del siglo XX y durante el siglo actual. El esfuerzo se dirige a dar el máximo rango jurídico posible a las normas que más interesan. Es así que se las coloca en la Constitución, no siendo relevante de qué rama del Derecho provengan.

5. La interrelación entre el derecho civil y el derecho constitucional si bien productiva y fructífera en el campo de los derechos de la persona, ¿de qué manera ha tenido o tiene impacto en materia de contratación?

CÉSAR LANDA ARROYO: Como “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado” (1993), tal como señala el artículo 1 de la Constitución, se protege a la persona en un sentido general y concreto en otras áreas humanas como en la actividad económica, que está regida por la economía social de mercado, que vincula, por ejemplo, el quehacer de la propiedad y la libertad de contratación con el marco del Estado constitucional. De modo tal que dichos derechos y libertades se ejercen con límites propios del orden público constitucional.

Por eso, la libertad contractual no puede ir en contra del orden público constitucional como sería

un contrato que incorpore cláusulas exorbitantes, abusivas o estableciendo relaciones jurídicas asimétricas afectando la igualdad no solo ante la ley, en un sentido formal, sino también material entre dos contratantes, sea un contrato laboral, un contrato mercantil o de cualquier otra naturaleza. Por eso, la justicia constitucional ha ido delimitando los alcances de la libertad contractual. Por ejemplo, en materia mercantil para que no haya abuso de las mayorías accionarias de poder eliminar a las minorías –que es un principio democrático–: se delimita la obligación de respetar la pluralidad de acciones.

También se pueden observar en materia de cláusulas contractuales exorbitantes. Por ejemplo, en Pueblo Libre, una empresa de servicio de agua potable de un edificio cortó el agua a personas que pagaron sus facturas, debido a una cláusula contractual que permitía suspender el servicio si el 25% de los inquilinos no pagaba. El Tribunal Constitucional consideró esta cláusula exorbitante y ordenó reponer el servicio, estableciendo que los contratos deben ser homologables y sancionar únicamente a quienes incumplen sus obligaciones.

FRANCESCA BENATTI: Creo que el aporte del derecho constitucional ha sido ciertamente importante en el ámbito de los derechos de la persona, aunque me parece prioritario preguntarse si existe una visión común y compartida de lo que son derechos fundamentales o si, por el contrario, ha habido simplemente un reconocimiento de posiciones o pretensiones que, sin embargo, no pueden calificarse como derechos fundamentales. Sin embargo, estoy convencida, por ejemplo, de que en Italia la constitucionalización del derecho civil ha sido fundamental en la responsabilidad extracontractual, lo que ha permitido también indemnizar los daños a la persona. Pero también hay que señalar que los estudios de análisis económico del derecho, aunque desde una perspectiva diferente, han sido igualmente importantes en la racionalización del sistema de responsabilidad civil. Baste ver los estudios de Pietro Trimarchi.

En materia de contratos, los resultados son más inciertos. Los sistemas de *common law* disponen de un derecho contractual eficaz, eficiente y competitivo a escala internacional, aunque no hagan un uso expansivo de principios como la solidaridad, la buena fe, etc. Ciertamente, las cláusulas generales han propiciado una mayor equidad, pero también han aumentado la imprevisibilidad y la incertidumbre en las relaciones contractuales. Estos perfiles han sido destacados por Natalino Irti. No obstante, hay que señalar que una evaluación no puede prescindir del examen del contexto social y económico del sistema.

LEYSSER LEÓN HILARIO: Ninguna. Nuestro país está muy alejado de la práctica (correcta, además) de dos teorías germanas de enorme relevancia.

La primera, no es constitucional. Su raíz es civil. Se trata del ‘contrato con efectos de protección frente a terceros’. A nadie –se sostiene, sobre la base de esta figura– le está permitido contratar en perjuicio de otro. Se subestima la idea de la relatividad de los efectos obligativos y contractuales, y se considera que una relación de naturaleza privada puede perjudicar la esfera material o moral de los terceros, en cuyo caso la justicia queda depositada en la tutela resarcitoria: en la responsabilidad civil.

El contrato con efectos de protección frente a terceros ha tenido una aplicación anónima, tácita, silente, digámoslo así, en la casuística sobre accidentes, por ejemplo, en colegios o centros comerciales, donde ninguno de estos es ‘el’ propietario de juegos mecánicos u otras atracciones donde tiene lugar el evento dañoso. Cada vez que se demanda o se falla en contra del colegio o centro comercial, se está asumiendo que estos entes, al contratar con la empresa titular de los juegos, se coloca en una posición tal que garantiza para los usuarios (ajenos a la relación contractual pero alcanzados por los derechos de protección) su indemnidad, o sea, que no van a sufrir daños si los usan. En un país donde se tercerizan tantos servicios, como el Perú, incluso en el campo de la sanidad, esta teoría tiene, con toda seguridad, un vastísimo campo de aplicación.

La segunda es la teoría de la Drittewirkung, a la que también me referí en mis estudios de hace más de dos décadas, porque estaba de moda en la época de mi posgrado, en Italia. Ella postula que los derechos inviolables, según la Constitución, son tutelables no solo en el ámbito de las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también en el de los vínculos entre los propios particulares. Los derechos fundamentales, se dice, son eficaces, no solo verticalmente, sino también ‘horizontalmente’.

Ahora bien, esa teoría ha tenido muchísimas aplicaciones en el campo contractual, en Alemania e Italia. Podríamos citar como ejemplo el caso alemán, de los noventa, muy estudiado en Italia también, de las fianzas ‘ruinosas’ (BVerfG, sentencia del 19 de octubre de 1993). Los bancos, con la finalidad de ampliar su cartera de préstamos, redujeron sus exigencias en cuanto a garantías, y permitían a los familiares de sus deudores mutuatarios, que les otorgaran fianzas, aunque no contaran con una solvencia comprobada. Como resultado, cuando los deudores no podían honrar el mutuo, los bancos iban contra los fiadores, que, al no tener capacidad para pagar, terminaban vinculados por

tiempo indeterminado, endeudados, frente a las instituciones financieras, por montos reliquidados, con intereses y moras. ¿No les parece familiar esa imagen? ¿La de personas que por la mala gestión (y otorgamiento imprudente) de una tarjeta de crédito terminan en calidad de deudoras de por vida?

En el caso comentado, el Tribunal Constitucional alemán, pronunciándose en contra de la justicia ordinaria, que había convalidado esas fianzas, y, por lo tanto, en contra del *pacta sunt servanda*, señaló que estas lesionaban la libertad contractual, interpretada a la luz de los derechos fundamentales, al propiciar la ruina a los fiadores, imposibilitados para honrar esas garantías personales.

Devueltos los autos a los jueces civiles, estos dictaminaron, alineándose a la visión del *Bundesverfassungsgericht*, la nulidad de aquellas garantías.

En el Perú, solo una vez el Tribunal Constitucional ha actuado con acierto, respecto de este concepto, cuyo uso debe ser muy prudente. Fue en un caso de nulidad (por eficacia directa de los derechos fundamentales) de una sanción contractual que permitía a la empresa pública del agua castigar el incumplimiento del pago de sus servicios con la suspensión del suministro (Expediente 06534-2006-PA/TC, sentencia del 15 de noviembre de 2007). Una *Drittirkung* impecable.

No se puede decir lo mismo del reciente 'caso de los peajes' (Sentencia 84/2024, del 5 de marzo de 2024), donde ni siquiera se presenta el supuesto de la *Drittirkung* de los derechos fundamentales, al tratarse de la suspensión de los efectos de un contrato de concesión, es decir, de una relación entre el Estado y los particulares.

Lo que habría podido hacer el Tribunal Constitucional en el caso mencionado, al haberse comprobado, sobre las bases de los informes de la Defensoría del Pueblo, entre otros, la afectación de la libertad de tránsito, es dejar expedito el camino para que la cuestión se ventilara en la jurisdicción acordada por las partes (arbitraje), y no arrogarse, como se ha vuelto costumbre, según parece, la jurisdicción civil, para dictaminar una ineficacia del derecho al cobro de los peajes; una ineficacia que, luego, ni siquiera pueden explicar los propios magistrados, porque, como se recordará, en una

entrevista radial, uno de ellos dijo que a pesar de la privación de efectos decretada, no se había emitido pronunciamiento sobre la validez del contrato de concesión.

MARCIAL RUBIO CORREA: La Constitución de 1993 incluyó en su texto el artículo 62², que ha dado seguridades especiales a la contratación, tanto pública como privada. En ese sentido, ha fortalecido la importancia del contrato.

Es preciso decir que hay quienes consideran que el segundo párrafo de dicho artículo es discutible porque pretende una aplicación ultra activa de las normas del momento en que el contrato se perfeccionó, aunque luego fueron derogadas. Mi experiencia al respecto es que el artículo 62 lo defienden las empresas y lo atacan diversos sectores políticos y, aún, instituciones públicas como los gobiernos municipales, que parecen tener contratos de este tipo que, ellos sienten, los atan de manos.

6. ¿El desarrollo constitucional sobre materias civiles podría representar un riesgo futuro en torno a la obligatoriedad de los contratos?

CÉSAR LANDA ARROYO: Evidentemente todo exceso incluso en cautela de la Constitución puede ocasionar violaciones a esferas propias del ámbito privado como el contractual, que, como digo, no están exentas de controles externos en torno a la protección de bienes constitucionales. Pero no es que el derecho civil se subordine de manera absoluta al derecho constitucional, porque el derecho civil tiene instrumentos propios, junto a los principios generales del Derecho y las garantías previstas en el Código, para la protección de aquellas esferas o contornos de los derechos privados que puedan estar colisionando gravemente con la Constitución; como el abuso del derecho, el fraude a la ley, la simulación, la mala fe, etc.

Pero el peligro constitucional sobre los contratos podría venir si existe un mal uso del artículo 103 de la Constitución dado que: "pueden expedirse leyes especiales por la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia entre las personas" (1993). Por lo cual, las leyes pueden modificar contratos, aunque el artículo 62 señala que los contratos no pueden ser modificados por leyes. Pero esa antinomia

² Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente. (1993)

constitucional debe ser resuelta de manera ponderada –razonable y proporcional–, entendiendo que hay normas regla excepcionales como el artículo 62 que deben ser interpretadas de conformidad con normas principio como el artículo 103, sin que anule el primero.

Por eso, hay que evitar la ‘sobre constitucionalización’ del derecho privado cuando existen bienes jurídicos privados legítimos en materia contractual o arbitral, que no deben ser sobrepasados por una interpretación constitucional que pueda ser equivoca, discrecional o arbitraria, como ha ocurrido en algunas épocas como la actual en el Tribunal Constitucional.

FRANCESCA BENATTI: Depende de la interpretación que se dé sobre todo a las cláusulas generales. Evidentemente, también depende del tipo de transacción económica, como muy bien ha señalado Guido Alpa: ya no se puede hablar de contrato, sino de contratos. Por un lado, por ejemplo, la buena fe sirve para identificar aquellos deberes estrictamente vinculados al contrato para su correcta formación y ejecución, exigiendo evitar conductas dirigidas a perjudicar a la otra parte, causar sorpresas inesperadas, desvirtuar el sentido de la transacción económica o eludir los compromisos adquiridos. Por otro lado, la buena fe no puede ser utilizada para reescribir o corregir contratos, proteger a las partes que aparecen o son consideradas más débiles según las clasificaciones del contexto fluctuante, o ‘descubrir’ posiciones de asimetría en la relación negociadora que, por lo tanto, requieren una atención especial. La buena fe, como todas las cláusulas generales, debe estar dirigida a garantizar una conexión de relaciones privadas que asegure los intereses valorados de la forma más correcta y eficaz.

Es decir, los tribunales deben prever la protección de las expectativas razonables de las partes para garantizar la protección de la transacción económica celebrada. Soy muy escéptica ante los intentos de moralización o redistribución económica a través del derecho contractual. Además de desalentar la inversión empresarial, no creo que los jueces estén en la mejor posición para determinar opciones políticas/económicas con repercusiones a menudo generales. No es su tarea.

LEYSSER LEÓN HILARIO: Definitivamente, sí. Un Tribunal Constitucional que usa la *Drittewirkung* de los derechos fundamentales únicamente por la ostentación de citar un germanismo, que ni comprende ni aplica bien, es un riesgo para la

estabilidad de la contratación. Existen, como bien saben todos los que conocen la práctica (no necesariamente los abogados, sino, sobre todo, las partes contractuales), contratos sujetos a condiciones leoninas, desproporcionales, lesivas, agraviantes para los derechos fundamentales, pero para la justicia constitucional (y ordinaria) son intocables. Respecto de ellos, reina el *pacta sunt servanda* o aquella frase, no reconocida en ningún lugar de nuestro ordenamiento, de que “el contrato es ley entre las partes”. Pero cuando se estuvo frente a un contrato más garantizado que cualquier otro en cuanto a su legalidad, al menos aparentemente, como una concesión, se recordó, para manipularla, la institución de la *Drittewirkung*; bueno, de una versión peruanísima de la *Drittewirkung*. ¿Qué seguridad existe de que ello no ocurrirá otra vez? Ninguna. Por eso, creo que, lamentablemente para la seguridad jurídica, sí cabe hablar de un riesgo. Un gran estudioso (y defensor, que no quede duda de ello) de la justicia contractual, como Fabrizio Piraino, nos lo había advertido: por vía de la exaltación de la *Drittewirkung* –o de su mala aplicación, añadiría yo– se puede transformar gravemente la naturaleza de los procesos, traicionar la legalidad, y convertirlos en meros juzgios de equidad (2015, p. 233 y ss.).

MARCIAL RUBIO CORREA: El Tribunal Constitucional ha establecido que la libertad de contratar debe aplicarse con la confluencia de los artículos 2 inciso 14³ y 62 de la Constitución, lo cual significa que los contratos no pueden contravenir las normas de orden público de rango de ley (Sentencia 2670-2002-AA/TC, fundamento 3, literal d.); y, Sentencia 0018-2015-PI/TC, fundamento 99, lo que demuestra que, lo afirmado, es una doctrina estable en la jurisprudencia constitucional peruana).

Esto mismo se sostiene, de otra manera, en el artículo 1354 del Código Civil que establece: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo” (1984). Con diferencias terminológicas usuales en el Código Civil, la Constitución y este dictan las mismas normas. Podría haber alguna diferencia jurisprudencial entre la forma de entender el tema por los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, caso en el cual primará la jurisprudencia constitucional según el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307.

Por lo dicho, soy de la opinión que, el trayecto que lleva la muy antigua inclusión del derecho de libre

³ Artículo 2, inciso 14.- [...] A contratar con fines ilícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (1993).

contratación en el constitucionalismo peruano, no demuestra riesgo alguno respecto de la obligatoriedad de los contratos, ni en los aspectos normativos, ni en la interpretación que de ellos haga la jurisprudencia constitucional peruana. 

REFERENCIAS

Constant, B. (1970). *Principios de Política*. Editorial Aguilar.

León Hilario, L. (2003). La reforma del Código Civil vista en serio. *Normas legales*, 327, 3-46.

Piraino, F. (2015). Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale». *Europa e Diritto Privato*, 2(61) 233-293.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1823) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1826) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1828) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1860) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1920) [Derogada].

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley 31307, 23 de julio de 2021 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 30 de enero de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2670-2002-AA/TC (Perú)

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 06534-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2024, sentencia recaída en el Expediente 01072-2023-PHC/TC (Perú).

ENTREVISTAS

ENTREVISTA: SOBRE LOS 40 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL: UNA MIRADA HISTÓRICA

INTERVIEW: REGARDING THE 40 YEARS OF THE CIVIL CODE: A HISTORICAL OVERVIEW

Fernando Vidal Ramírez*
Vidal, Quino & Polack

As part of the 40th anniversary of the Civil Code, Dr. Vidal Ramírez, one of the few members of the Civil Code Reform Commission still alive, tells us unpublished stories about the experience of reform and codification of the Civil Code of 1984.

He also recalls the other members of the Reform Commission, as well as the challenges they faced to achieve what is now the most important civil law.

KEYWORDS: Civil Code; reform commission; legal act.

En marco del aniversario número cuarenta del Código Civil, el Dr. Vidal Ramírez, uno de los pocos miembros de la Comisión Reformadora del Código Civil aún en vida, nos cuenta historias inéditas acerca de la experiencia de reforma y proceso de codificación del Código Civil de 1984.

Asimismo, rememora a los demás miembros de la Comisión Reformadora, así como los retos y desafíos a los que se enfrentaron para lograr lo que hoy en día puede considerarse como la norma civil más importante en nuestro medio.

PALABRAS CLAVE: Código Civil; comisión reformadora; acto jurídico.

* Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú) y la Universidad de Lima (Lima, Perú). Exdecano del Colegio de Abogados de Lima. Expresidente de la Federación Iberoamericana de Bolsas de Valores. Expresidente de la Bolsa de Valores de Lima. Expresidente del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral en el Jurado Nacional de Elecciones (JNE). Expresidente de la Academia Peruana de Derecho. Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Miembro del Consejo Consultivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y presidente de la Comisión Consultiva de Justicia. Juez Ad Hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es autor del reconocido y muy citado libro "El Acto Jurídico", el cual, día de hoy, tiene más de once (11) ediciones.

Agradecemos de manera especial al Dr. Mario Castillo Freyre, coordinador de la edición, por contactar al Dr. Fernando Vidal Ramírez, y al estudio Vidal, Quino & Polack por brindarnos sus instalaciones para la realización de la presente entrevista.

Esta entrevista fue realizada por Mario Castillo Freyre (MCF), coordinador de la edición, e Ignacio Tovar Otero (ITO), director del Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho. Además, participaron de la entrevista Adriana Vera Andrade, Mariana Bazán Soriano y Betzabeth Arias Beltrán, miembros del Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho.

I. ITO: Desde su perspectiva, ¿era necesario que se sustituyera el Código de 1936?

Creo que esa pregunta solo puede responderse haciendo un poco de historia.

Todo inicia con la sobreviniente relevancia hacia la ‘persona humana’ producto de la gran influencia intelectual de los juristas italianos en mérito del Código Civil italiano de 1942. El exponente de esta disciplina en nuestro país fue el Dr. Carlos Fernández Sessarego, que en 1965 fue llamado por el expresidente Belaunde para la cartera de justicia. A él, que justo antes había trabajado temas sobre la persona humana, estando en el Ministerio de Justicia, se le ocurrió revisar el Código Civil, especialmente, el libro primero, el libro de las personas. En ese momento se encontraba vigente el Código Civil de 1936, el cual no entraba en detalle sobre los derechos de la personalidad, esto lo hace recién el Código de 1984, impulsado por Fernández Sessarego.

Para la revisión del Código de 1936 se convocó a los más notables juristas de la época: el Dr. José León Barandiarán y profesores de derecho de la talla del mismo Fernández Sessarego como Max Arias-Schreiber Pezet, Jorge Vega García, Rómulo Lanatta y Héctor Cornejo Chávez –el gran familiarista–. Se empezó a trabajar revisando el libro del derecho de las personas. Sin embargo, después se pensó en ir más allá, pues se encontraron progresivamente más deficiencias en el Código. Por ejemplo, en el Código de 1936, el acto jurídico estaba legislado en el libro quinto, el libro dedicado a las obligaciones y contratos; ello se consideró como un problema sistemático por la amplitud conceptual que tiene el acto jurídico y que abarca no solamente los contratos, sino cualquier otro concepto que pudiera ser calificado de acto jurídico. De esta manera, la reforma se extendió.

Asimismo, estando grandes profesores como Cornejo Chávez en la comisión, se pensó que había necesidad de modernizar el derecho de familia; Lanatta con el derecho de sucesiones; Max Arias-Schreiber con contratos; más tarde se llamaría a Felipe Osterling para el libro de obligaciones. Así, empezó la reforma global del Código Civil. Si se hace un fiel recuento de la Comisión Reformadora, no se puede soslayar que la reforma estuvo enmarcada en un importante proceso histórico; hablamos de 1965, con Belaunde como presidente de la República, el golpe de Estado en 1968 y la conformación del así llamado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas que, de acuerdo a la ideología de aquellos años, introdujo reformas a la estructura jurídica del país.

La Comisión se enfrentó a enormes y densos cambios estructurales, por ejemplo, a la Reforma Agraria, evento en el cual se llegó a desconocer el derecho de propiedad sobre la tierra. Otra reforma muy importante fue aquella que transformó la estructura de la empresa al crear la denominada comunidad laboral, esta consistía en una persona jurídica que nacía dentro de la misma empresa, pero que tomaba sus acciones y podía seguir creciendo hasta llegar al extremo de convertirse en el accionista mayoritario y excluir a los demás accionistas comunes. El Código Civil surgió en medio de estos hechos históricos que generaron cambios estructurales en la configuración de las personas jurídicas.

Esto condujo a una reforma del Código del 36, pero también determinó un periodo de suspensión de los trabajos de la comisión hasta que se aclarara este panorama de cambios de las estructuras jurídicas en el país. Durante el gobierno militar, la comisión avanzó todo lo que pudo, pero el panorama recién se aclara en el año 1975, cuando sale Velasco Alvarado y toma el Gobierno el general Morales Bermúdez. Se convoca a la Asamblea Constituyente de 1978, la cual promulga la Constitución de 1979, que entra en vigor todavía en 1980. Afortunadamente, los cambios estructurales que había querido llevar a cabo el Gobierno militar no fueron recogidos por la Asamblea Constituyente: no se incorpora ni a la comunidad laboral ni a la Reforma Agraria. Así, existió un largo periodo en el que la Comisión Reformadora estuvo en ‘receso’.

Cuando Belaunde inició su gobierno en 1980, pensando en la continuidad de la reforma del Código Civil, se llamó a otros juristas más, entre ellos, Felipe Osterling, quien tuvo la tarea revisar todos los decretos leyes dictados durante el gobierno militar para adaptarlos a la Constitución que había entrado en vigor en 1980, de manera que no existieran contradicciones entre ambos cuerpos normativos. Osterling fue el personaje que se encargó de impulsar todo el proyecto de la Comisión Reformadora. Es así que, en 1984, convencidos de la necesidad de un nuevo Código y habiendo solucionado las contradicciones ya mencionadas, se terminó y presentó ante el entonces presidente de la República, Fernando Belaunde, un proyecto de Código Civil.

Si bien el Código fue promulgado en julio de 1984, ¿por qué se escoge el 14 de noviembre como fecha clásica para el inicio de vigencia del nuevo Código Civil? Esto se hace en homenaje a los codificadores de 1936, así como para convertir el 14 de noviembre en el Día de la Codificación Peruana.

Parece que no hubiera respondido a tu pregunta, pero ha sido así. Y es que sería mezquino de mi par-

te opinar respecto a la necesidad o no de la reforma del Código. Todo responde a un proceso histórico.

Esta es la historia del Código Civil de 1984.

II. ITO: ¿Cuál cree usted que fue el mayor mérito de la elaboración del Código Civil de 1984?

El Dr. León Barandiarán era miembro nato de la Comisión Reformadora y, además, comentarista del Código del 36; él fue el gran mentor de la reforma. En este sentido, para realizar el Código actual, se recogieron y estudiaron muchas de sus críticas, entre ellas, la de mantener al acto jurídico en el libro de obligaciones; él propuso cambiar ello, lo cual fue aceptado. Durante el periodo de relanzamiento de la comisión, realizado por Felipe Osterling, se dividió dicho trabajo entre varios juristas debido a que, para ese entonces, el Dr. León Barandiarán se encontraba ya anciano y la salud no le ayudaba mucho; yo trabajé en el libro segundo sobre el acto jurídico y, bajo la misma lógica, también se me encargó el libro de prescripción y caducidad. Ya después se me encomendaron otros trabajos.

Desde otro ángulo, Fernández Sessarego propiciaba la revisión de los derechos de la personalidad, tenía en cuenta que ello ya había llegado a la Constitución del 79 respecto a los derechos fundamentales de la persona. Era la primera vez que la Constitución Política dedicaba su segundo artículo a los derechos de la persona con una larga enumeración. Indudablemente, si esto lo había hecho ya la Constitución, el Código Civil tenía que otorgarle debida relevancia a los derechos de la persona y a los derechos de la personalidad. Hablar en ese entonces de la cesión de órganos o de la cesión del cadáver era un sacrilegio, pero así ha quedado consagrado después de la reforma.

El acto jurídico tomó su propio espacio en el libro segundo, al que se le incorporó, a propuesta de León Barandiarán, el capítulo relativo a la representación. León Barandiarán fue muy crítico del contrato de mandato, el cual era simplemente el acuerdo de voluntades para que una persona se convirtiera en mandatario y cumpliera los encargos que le daba el mandante, este era un concepto del mandato tomado desde el derecho romano, pero había sido entendido como expresión de la representación y, con la oportunidad de la reforma, había que corregir eso. Así, se llevó la representación a un capítulo especial dentro del libro dedicado al acto jurídico; por lo demás, se mantuvieron todas las demás instituciones que había previsto el Código de 1936.

Asimismo, en materia de responsabilidad extra-contractual Fernando de Trazegnies trajo la innovadora tesis del seguro obligatorio. Esta idea suya es la semilla del hoy conocido Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) de los automóviles. Si bien en aquel tiempo no planteó la idea como un requerimiento sujeto a control administrativo, lo cierto es que fue uno de los primeros precedentes del remedio para una que Lima crecía cada día con un tránsito más activo.

A propuesta de León Barandiarán se llevó todo lo que se relacionaba al derecho internacional privado a un libro especial. Esto a razón de que en el Código de 1936 se legislaba sobre una mezcla del principio general del derecho del Título Preliminar y el derecho internacional público. Después, se pensó en la necesidad de darle más importancia a los bienes públicos y a los principios registrales, entonces se llevó también un libro especial, del cual nacen los reglamentos para las inscripciones. Eso es en síntesis lo que se pretendió con el nuevo código: modernizar la estructura del Código Civil y ampliar sus posibilidades a materias que lo habían dejado para leyes especiales o reglamentos.

III. ITO: Entendemos que León Barandiarán fue su maestro, ¿cuál es el recuerdo que tiene usted acerca de su vida y su participación en la Comisión?

Yo tuve la suerte de tener a León Barandiarán como profesor en San Marcos y de llegar a sucederlo en la cátedra del acto jurídico, también trabajé con él en el libro segundo del Código, él era el ponente y yo su asistente. Lo que me unió con León Barandiarán fue una gran amistad, cuando él estaba enfermo, con casi 90 años, yo iba a verlo y su esposa, la señora Rebeca, me dejaba pasar al dormitorio del maestro. Para tener tema de conversación con el Dr. León Barandiarán leía un libro autobiográfico de Jorge Basadre, que narraba su vida e historia, así como las experiencias de los estudiantes de los años veinte en San Marcos. Lograba sacarle recuerdos, él también se entusiasmaba. Todo ello con el fin de animarlo.

Una anécdota es que, en esa época, había un profesor al que le decían 'el burro', pues si bien hay profesores que pueden saber mucho, no todos tienen una expresión clara y puede suceder que nos lleguemos a 'enredar' nosotros en nuestra exposición. Yo tuve la prudencia de contarle dicho relato sacado del libro de Basadre al Dr. León Barandiarán y me dijo: "uy, pero si él fue mi tutor cuando mi padre me mando de Lambayeque a Lima a estudiar, me encargó con él". ¡Imagínense ustedes que yo lo acababa de denominar como 'el burro'! El mismo

Basadre cuenta que este profesor, cansado de que pensaran que era un 'burro', invitó a los estudiantes a su casa y les enseñó su biblioteca, conversó con ellos y se dieron cuenta que de 'burro' no tenía nada, sino que simplemente había tenido dificultades en la exposición.

Recuerdo también que en La Colmena de San Marcos había una peluquería. León Barandiarán, que usaba sombrero como los señores de aquella época, fue a cortarse el pelo. El peluquero lo recibe y le pide que se saque el sombrero, a lo que él respondió: "¿Por qué? ¿Hay damas por aquí?" Era muy ocurrente.

Muchas otras cosas me unieron a León Barandiarán. En otra oportunidad lo invitaron a Arequipa con motivo de un homenaje en su nombre que era realizado por la Federación Nacional del Colegio de Abogados. Me invitó a ir junto a él y ahí nos encontramos con notables autoridades como el prefecto del departamento y el alcalde. Las personas que lo precedieron en el uso de la palabra indicaban detalladamente cargos y nombres de las autoridades presentes. Cuando lo presentaron, justo antes de salir a agradecer, el Dr. Barandiarán me pregunta: "Vidal, dime las personas que han venido, ¿quiénes son los ilustres caballeros que están aquí presentes?". Yo respondí: "maestro, desgraciadamente no he podido tomar nota". Al momento de agradecer el homenaje se dirigió a todos como "excelencias" para salir del aprieto.

En Argentina también tengo un par de buenos recuerdos con él. Hubo un Congreso de Derecho en Buenos Aires, Barandiarán llegó con su bastón y encorvado, pero los abogados de Latinoamérica lo aplaudieron como no se imaginan. Pocas veces había escuchado una ovación tan grande como la que le dieron. En otra ocasión, yo estaba caminando por las calles de Buenos Aires cuando de repente, en una confitería, veo al Dr. León Barandiarán con la señora Rebeca. ¡Claro que entré! Me quedé y tomé un tecito con ellos. Me preguntó qué haría en la noche y me ofrecí a llevarlo a pasear. Él aceptó alegre. Así pues, lo llevé al Spadavecchia, un restaurante decente, en donde los mozos ofrecían un show. El doctor estuvo contento y se rió un buen rato. Estando allí, se le acercó un turista hablándole en inglés, el doctor volteó y le responde con seguridad "*I'm glad to meet you*". Yo lo felicité por su nivel de inglés y me respondió entre risas que esa frase lo sacaba siempre de apuros.

Él no solo era una persona estudiosa y sabia, sino que también era sencillo y respondía a quien necesitase su consejo de muy buen humor.

MCF: Y él prologó tu libro de Acto Jurídico.

Sí, yo estaba trabajando en la primera edición y le había pedido al Dr. León Barandiarán que me prologara. Él tomó interés. Un día que fui a visitarlo, mientras ya estaba enfermo, me dijo que el prólogo ya estaba listo. Encontré el manuscrito, ya que él no usaba máquina, y me di cuenta de que estaba incompleto. Entendí el mensaje: él no iba a poder hacerlo solo. Ante ello, le consulté si tendría inconveniente con que le mandara a mi secretaria para que tome el dictado del prólogo. Él aceptó encantado a ello. Fue así como salió la versión final del prólogo.

IV. ITO: ¿Cuáles son los miembros de la comisión que usted más recuerda y qué trabajo que desempeñaron?

Los que más recuerdo, siguiendo el orden del código, son los siguientes. En primer lugar, un miembro importante fue Carlos Fernández Sessarego, quien asumió la tarea relacionada al derecho de las personas, centrándose especialmente en las personas naturales; el tema que le apasionaba eran los derechos de la personalidad. Lamentablemente, por razones profesionales, tuvo que viajar a Italia por dos o tres años, lo que lo condujo a desvincularse un poco. Sin embargo, todo lo que él había preparado respecto al libro se respetó y se tuvo bastante presente. Además, recuerdo en familia a Cornejo Chávez y a César Fernández Arce, gran señor y magistrado; recuerdo a Rómulo Lanatta en sucesiones, quien fue mi profesor de aquella misma materia; a Jorge Avendaño en Reales; también a Felipe Osterling en obligaciones; a Max Arias-Schreiber en contratos; y a Jorge Vega García, quien fue un gran abogado de su época, un hombre especular en el trabajo de informes dirigidos a la comisión. Tenía un buen dominio de las cosas.

V. ITO: ¿Cuántos años ejerció la docencia? ¿Qué cursos ha dictado usted?

Yo siempre tuve vocación por la docencia, fui profesor en 'la nocturna' de un colegio en Magdalena, distrito donde viví y pasé mi juventud. Enseñé educación cívica, que en realidad es un curso de derecho constitucional, aunque de manera superficial. Me encargaba de explicar la Constitución de 1933. Cuando ingresé a San Marcos y terminé el primer año de Derecho, Fernández Sessarego me invitó a que fuera practicante en su estudio, creando una gran unión con él. Después de graduarme de abogado, continuamos trabajando juntos hasta que se fue a Italia y ya luego, me asocié con 'Lucho' Rodríguez-Mariátegui.

En San Marcos, alrededor de 1962, muchos antiguos profesores estaban pasando al retiro, por ello,

la universidad pensó en promover un concurso para una nueva generación de profesores. Se trató de un concurso de méritos y oposición. Me presenté junto a César Augusto Mansilla y otros a quienes les gustaba la docencia. Felizmente aprobé. Durante el proceso de selección, había que escoger una balota para impartir una clase frente al jurado y el público. Para mi buena suerte, el tema que me tocó fue la condición suspensiva; fui aprobado e ingresé a la docencia. En ese tiempo la docencia universitaria era una carrera, cosa que se ha perdido. Se empezaba como profesor ayudante, seguía como profesor auxiliar, continuaba como profesor asociado y terminabas como profesor principal. Yo seguí esa carrera en San Marcos.

Fui profesor en San Marcos hasta el año 1989, periodo en el cual me eligieron decano. En ese tiempo ya teníamos encima al terrorismo, a Sendero. A veces había movimientos senderistas dentro del campus. Eso me llevó a pedir licencia para no asistir a la universidad siendo decano, porque en tal calidad recibí amenazas de muerte. Me llegó una carta que decía que yo iba a ser 'el siguiente de la lista', tanto es así que en ese tiempo tuve que tener custodia policial. Felizmente, no me llegaron a atacar.

En 1966, me invitaron a la Universidad Católica. Resulta que la promoción que iba a terminar ese año no podía graduarse debido a que había tenido un pleito con el Dr. Cornejo Chávez, quien era un hombre de temperamento. Pasaba que él dictaba sus clases a las siete de la mañana y al que no llegaba a la hora, le ponía inasistencia. En ese tiempo, en la Católica, la asistencia se computaba. Si el alumno tenía el 30% de inasistencia, repetía el curso. Eso le ocurrió a la promoción en cuestión, la de Lorenzo Zolezzi. Ellos no podían graduarse como bachilleres en derecho debido a que tenían el curso de familia desaprobado a causa de las inasistencias. Ante ello, llegaron a un acuerdo con el entonces decano, el Dr. Avendaño, de que viniera un profesor 'de la calle' –ajeno a la universidad– a dictarles el curso de derecho de familia. Avendaño me buscó, yo acepté y así fue como empecé a dictar familia. Desde entonces ya me quedé en la Universidad Católica hasta que fui elegido decano del Colegio de Abogados.

Después, me llamaron de la Universidad de Lima, Carlos Torres y Torres Lara, quien fue fundador de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios. Él había sido practicante mío. Yo señalaría que su carrera política, en alguna medida, se debe a mí. Digo esto porque cuando Fujimori entró en el año 1990, nombró presidente del Consejo de Ministros a Juan Carlos Hurtado Miller. Él y yo éramos muy amigos; me ofreció el Ministerio de Trabajo,

yo me negué dado que prefería no asumir responsabilidad alguna con Alberto Fujimori. Entonces, Hurtado Miller me pidió una recomendación y yo, teniendo en mente que Carlos Torres era cooperativista, lo recomendé. Ahí empezó su carrera política. Ahora bien, él siempre fue una excelente persona. Estuvo totalmente ajeno a todas las acusaciones hacia el Gobierno de Fujimori.

Así, en diferentes casas de estudios, en mi vida como docente he enseñado familia, sucesiones, contratos; casi todos los cursos de derecho civil, pero con el que me quedé fue con el acto jurídico. Es, sin lugar a duda, el curso que más me ha gustado dictar.

VI. MCF: ¿Y te has preguntado por qué tus libros son los libros más editados? Son la envidia de todos los que escribimos acerca de derecho civil.

Yo le debo mucho a *El acto jurídico* la verdad. En ese tiempo el Código Civil se acababa de promulgar, y la actividad editorial era mínima, no había editoriales. Uno de los miembros de 'Cultural Cusco', comenzó a buscar a quienes habíamos trabajado en la reforma del Código, y dio conmigo. Me insistió y preparé el libro, esa fue mi primera edición. Hubo dos o tres reimpresiones, y desde ahí, afortunadamente, el libro tuvo mucha acogida en las facultades de derecho. Es así que Pacífico me ha invitado a una nueva edición que vendría a ser la duodécima. Yo creo que es un récord, ¿no?

MCF: ¡Claro! Tu libro, Prescripción y caducidad también se ha impreso mucho.

VII. ITO: Finalmente, a modo de conclusión, ¿qué consejo le daría usted a los jóvenes estudiantes para el estudio del Derecho Civil?

Bueno, yo siempre he tenido la idea de que el estudiante debe ser un autodidacta, no esperarlo todo de lo que escucha en clase, sino él mismo debe buscar alcanzar una buena formación. Tengan curiosidad por los libros. Por eso es que cuando fui a enseñar a una universidad privada, pues me invitaron a dictar un semestre y no regresé más. Había una cosa que yo no soportaba: la inmadurez de los estudiantes.

Recuerdo que una vez 'jalé' a casi al 80% de un salón. Como era una universidad que buscaba obtener utilidades al final del ejercicio, me llamó el decano y me preguntó cómo era eso posible. Bueno, le dije: "yo no quiero pelearme con nadie, les voy a encargar entregar una monografía, después les tomo un examen oral en base

a ella". Quedamos en eso. Le di a cada uno una monografía. Después los llamaba y presentaban la monografía a modo de examen oral. Al evaluar a un joven, me acuerdo de haberle preguntado: "¿y qué fuentes has consultado para preparar tu monografía?". A eso, respondió: "leí a un tal José León" (refiriéndose al Dr. José León Barandiarán). Me indigné mucho.

Por ello, cuando veo en el Congreso la iniciativa de crear universidades delirantemente pienso que son muy irresponsables. Está bien que la universidad llegue a todo el mundo. Estoy de acuerdo. Pero no pueden crear universidades en sitios que no tienen razón de ser. ¿Y de dónde sacan al profesorado? El juez de paz termina siendo catedrático, ¿no? Inclusive, el juez de paz no letrado. 

ENTREVISTA: 40 AÑOS DESPUÉS... ¿DÓNDE QUEDÓ LA MORAL?: LA IMPORTANCIA DE RECUPERAR EL ESTUDIO DEL DERECHO CIVIL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA MORAL

INTERVIEW: 40 YEARS LATER... WHERE DID MORALITY GO?: THE IMPORTANCE OF RECOVERING THE STUDY OF CIVIL LAW FROM THE PERSPECTIVE OF MORAL PHILOSOPHY

Freddy Escobar Rozas*

Pontificia Universidad Católica del Perú

In the context of the fortieth anniversary of the Peruvian Civil Code, Dr. Freddy Escobar, one of the few national civil lawyers who has ventured into the study of Civil Law from the perspective of moral philosophy, offers us some important insights into the subject, its historical implications and its practical application.

Furthermore, he assesses the work carried out by the lawmaker of the 1984 Civil Code from the aforementioned perspective. In our opinion, this is a necessary exercise, as in our environment this type of balance is usually formal or, in the best of cases, dogmatic.

However, Professor Escobar's contribution in this area is not limited to the narrow confines of this interview but is also (and above all) to be found in his written work. Some of the titles that we enthusiastically recommend are the following: Contratos: Fundamentos económicos, morales y legales (2020); Reglas insensatas: Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil (2021); and Justicia correctiva vs. justicia funcional: Aristóteles, Bentham y el sistema de remedios legales (2023).

This Editorial Board hopes that the following lines will be as helpful to the reader as they were to us. Institutions, especially civil ones, cannot be evaluated based on law itself, but must pass through the yardstick of morality and economic efficiency.

KEYWORDS: Moral philosophy; Bentham; Kant; Aristotle; civil responsibility; institutions.

En marco del aniversario número cuarenta del Código Civil, el Dr. Freddy Escobar, uno de los pocos civilistas nacionales que se ha aventurado al estudio del Derecho Civil desde la filosofía moral, nos brinda algunos importantes alcances respecto a la materia, sus implicancias históricas y su aplicación práctica.

Asimismo, realiza un balance respecto del trabajo realizado por el legislador del Código Civil de 1984 desde la mentada perspectiva. A nuestro entender, este es un ejercicio más que necesario, pues en nuestro medio este tipo de balances suelen ser formales o, en el mejor de los casos, dogmáticos.

Ahora bien, el aporte del profesor Escobar en este rubro no se limita a los estrechos confines de esta entrevista, sino que se encuentra también (y sobre todo) en su obra escrita. Algunos títulos que recomendamos con entusiasmo son los siguientes: Contratos: Fundamentos económicos, morales y legales (2020), Reglas insensatas: Las inconsistencias conceptuales, estratégicas y políticas del Código Civil (2021), y Justicia correctiva vs. justicia funcional: Aristóteles, Bentham y el sistema de remedios legales (2023).

Este Consejo Editorial espera que las siguientes líneas sean tan provechosas para quien las lee como lo fueron para nosotros. Y es que las instituciones, sobre todo las civiles, no pueden evaluarse desde el derecho mismo, sino que deben pasar por el baremo de la moralidad y la eficiencia económica.

PALABRAS CLAVE: Filosofía moral; Bentham; Kant; Aristóteles; responsabilidad civil; instituciones.

* Abogado. Magíster en Derecho por Harvard Law School. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha ejercido como abogado especializado en banca y finanzas, mercado de capitales y negociación de operaciones complejas. Actualmente, se dedica al arbitraje local e internacional como árbitro y experto en ley peruana.

I. ¿Cómo se puede estudiar el Derecho Civil desde la filosofía moral? ¿Cuál ha sido la influencia de la filosofía moral en las instituciones del Derecho Civil a lo largo de la historia?

El Derecho Civil, tal como lo conocemos, encuentra sustento normativo en diversas corrientes de la filosofía moral. Recordemos que el sistema legal más importante de todos los tiempos fue elaborado a la luz de las escuelas griegas de filosofía moral.

La historia demuestra de forma clara la notable influencia que la filosofía moral ejerció en el diseño de diversas instituciones del Derecho Civil. Revisemos el caso de la responsabilidad extracontractual.

El Código de Hamurabi contemplaba dos tipos de 'remedios monetarios': (i) "[s]i un pastor deja que se pierdan el buey o la oveja que le ha sido confiada, le restituirá buey por buey y oveja por oveja" (Ley 263); y, (ii) "[s]i un pastor, a quien fueron confiadas reses u ovejas para que las apacentara, comete un fraude y altera las marcas del ganado y lo vende, que se lo prueben, y lo que hubiese robado, reses u ovejas, se lo restituirá diez veces a su dueño" (Ley 265). Mientras la primera ley ordenaba el pago de una indemnización 'compensatoria', la segunda ley ordenaba el pago de una indemnización 'súper-compensatoria'. ¿Qué idea normativa justificaba la imposición de esta última indemnización?

En las 'Las Leyes' Platón escribió lo siguiente: "[...] todo el que, traspasando los linderos, trabaje como suyo el campo de su vecino, pagará el daño; y para curarle su imprudencia y la bajeza de sus sentimientos, pagará además el doble del daño al que le ha sufrido". Como se puede advertir, Platón consideraba que el *telos* de la indemnización

consistía (i) tanto en compensar a la víctima como (ii) en castigar al agresor. Por tal razón, la condena de pago podía ser 'súper-compensatoria'.

Aristóteles cuestionó la idea platonesca de justicia en un maravilloso libro: "Ética a Nicómaco". Así, enseñó que la virtud (por ejemplo, coraje) era un 'estado intermedio' entre un exceso (por ejemplo, temeridad) y una deficiencia (por ejemplo, cobardía). Enseñó también que la justicia no solo era la virtud (de carácter) más valiosa, sino que además podía ser practicada tanto en el ámbito de las relaciones comunitarias ('justicia distributiva') como en el ámbito de las relaciones interpersonales *vis-à-vis* ('justicia correctiva'). Enseñó finalmente que la justicia, en sus diversas manifestaciones, requería *per se* 'proporcionalidad matemática'. Si B y C generaban ingresos conjuntos por USD 1000, la distribución de beneficios debía ser realizada en términos de 'proporcionalidad geométrica'. Si B trabajaba 60 horas y C trabajaba 40 horas, B debía recibir USD 600 [USD 1000 x 0.6] y C debía recibir USD 400 [USD 1000 x 0.4]¹. Si C alteraba injustamente el estado de cosas existente (sea o no justo), el re-establecimiento de dicho estado debía ser realizado en términos de 'proporcionalidad aritmética'. Si C sustraía USD 300 de B, C debía restituir USD 300 [no USD 200 ni USD 400] a B. En la medida en que el *telos* de la indemnización consistía en "restituir" el estado de cosas injustamente alterado, la condena de pago solo podía ser 'compensatoria'².

A pesar de que, por obra de Santo Tomás, Pufendorf y otros filósofos de la Edad Media, la doctrina aristotélica pasó a dominar el discurso de la moral y del derecho, la idea platonesca de justicia nunca desapareció. Así, siglos más tarde, en una serie de textos fundacionales del positivismo y del utilitarismo ("A Fragment on Government"; "A Comment

¹ Aristóteles no abogó por un criterio objetivo de distribución de beneficios; por tanto, ese criterio podía ser el número de horas trabajadas, el número de ideas aportadas, etc.

² Aristóteles enseñó que la 'justicia correctiva' se sustentaba en la idea 'igualdad' entendida como 'término medio' (esto, es virtud) entre una 'ganancia' y una 'pérdida': "[...] lo igual es el medio entre lo más y lo menos, y la 'ganancia' y la 'pérdida' son más y menos en sentido contrario: ganancia es más de lo bueno y menos de lo malo; y, lo contrario, pérdida". De éstos, lo igual es el término medio, lo cual decimos es justo. De manera que la justicia rectificadora sería el término medio entre "la pérdida y la ganancia". Por tal razón, señaló que la manera correcta de aplicar la justicia en cuestión suponía: "[...] quitarle a aquello que tiene más y [...] añadirle a lo que tiene menos: a lo que tiene menos hay que añadirle aquello en lo que el medio le excede y quitarle a lo más grande aquello en lo que el medio es excedido". En consecuencia, la 'justicia correctiva' requería realizar las siguientes acciones. Primero: determinar el 'exceso' y la 'deficiencia' con relación al 'término medio'. Segundo: asignar a la persona que sufre la pérdida la diferencia 'positiva' entre (i) el 'término medio' y (ii) sus posesiones. Tercero: asignar a la persona que obtiene la ganancia la diferencia 'negativa' entre (i) el 'término medio' y (ii) sus posesiones. Imaginemos que, en T+1, F posee USD 50 y G posee USD 50, por lo que la relación *vis-à-vis* entre F-G presenta el siguiente estado de equilibrio: USD 50 : USD 50 ('término medio'). Imaginemos que, en T+2, F sustrae USD 10 de G. Esta acción altera el estado de equilibrio inicial (USD 50 : USD 50), pues el nivel de posesiones de F (USD 60) excede (a) en USD 20 el nivel de posesiones de G (USD 40) y (b) en USD 10 el nivel de posesiones del "término medio" (USD 50 : USD 50). La 'justicia correctiva' requiere que, en T+3, se asigne a G +USD 10 [diferencia 'positiva' entre el 'término medio' y sus posesiones (50 – 40 = +10)] y a F -USD 10 [diferencia 'negativa' entre el 'término medio' y sus posesiones (50 – 60 = -10)]. De este modo, G pasa a poseer USD 50 (USD 40 + USD 10) y F pasa a poseer USD 50 (USD 60 - USD 10).

on the Commentaries"; "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation"; "Of Laws in General"; y, "Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence"), Jeremy Bentham rescató, aunque con una fundamentación diferente, los dos tipos de remedios monetarios consagrados en el Código de Hamurabi.

Partiendo de la idea de que la moral exigía promover el bienestar social a través de la eliminación de daños materiales y emocionales, Bentham enseñó que la función del sistema legal consistía no en compensar a la víctima (real), sino en desincentivar al agresor (potencial). ¿Cómo? Mediante la amenaza de imponer consecuencias desfavorables. Enseñó también que las personas reaccionaban ante la amenaza indicada en función de dos 'variables': magnitud y probabilidad. Y enseñó finalmente que para que el sistema legal cumpla su función disuasiva resultaba imprescindible considerar y aplicar las dos variables en cuestión. Así, si C sustraía 300 de B, el monto de la indemnización podía ser igual a USD 300 o a USD 600. Si existía el 100% de probabilidad de aplicar la amenaza, entonces era suficiente ordenar el pago de una indemnización 'compensatoria', pues, por razones obvias, sería disuasiva para D (agresor potencial). Pero si existía el 50% de probabilidad de aplicar la amenaza, entonces no era suficiente ordenar el pago de una indemnización 'compensatoria', pues, por razones obvias, no sería disuasiva para D³. Por tanto, con el fin de que D no tuviera incentivos para sustraer 300 de H resultaba imprescindible incrementar la variable magnitud y ordenar el pago de una indemnización 'súper-compensatoria': USD 600 (USD 600 x 0.5 = USD 300)⁴.

Como resulta evidente, la responsabilidad extracontractual en el sistema romano-germánico se nutre del pensamiento aristotélico ('justicia correctiva'), mientras que en el sistema anglosajón se nutre del pensamiento benthamita ('justicia funcional').

Existen, ciertamente, otros ejemplos de la notable influencia que la filosofía moral ejerció en el diseño de las instituciones de Derecho Civil. Personalmente, pienso que el más importante es el que protagoniza Immanuel Kant. Sin su obra "Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres"

no es posible entender la construcción de la idea de autonomía privada.

II. ¿Cuál sería su recomendación para los estudiantes o profesionales que tuviesen interés en aproximarse al Derecho Civil desde la filosofía moral?

Mi recomendación sería que lean textos de filosofía moral, fundamentalmente textos de Aristóteles (**virtud**), Bentham (**bienestar**) y Kant (**autonomía**). Es importante, sin embargo, efectuar una advertencia. Las obras de Aristóteles y (sobre todo) de Kant pueden resultar complejas para los que inician esta aventura. Por tanto, lo recomendable es leer textos sobre esas obras, primero, y visitar a Aristóteles y (sobre todo) a Kant, después. Afortunadamente, existen numerosos libros introductorios sobre filosofía moral y derecho que combinan, de forma brillante, sencillez y profundidad. Entre ellos: "Justice" de Michael Sandel, "Forgotten Justice: Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory" de Allan Beever, y "Law is a Moral Practice" de Scott Hershovitz.

III. ¿Cuál cree usted que es la aplicación práctica de los postulados de la filosofía moral? ¿Ha utilizado usted aquel recurso en su ejercicio profesional?

La filosofía moral tiene, cuando menos, dos aplicaciones prácticas. La primera en el ámbito del diseño de reglas legales. La segunda en el ámbito del litigio.

El legislador que pretende regular una actividad o un segmento del mercado tiene que definir el propósito de la norma: ¿maximizar el bienestar?, ¿promover la autonomía? Posteriormente, tiene que asegurarse de que la norma propuesta cumpla con los estándares de la teoría moral elegida. Por ejemplo, si el objetivo de su intervención es maximizar el bienestar, ¿qué costos y beneficios considera?, ¿cómo efectúa la respectiva cuantificación?, ¿qué incentivos considera?, ¿qué valor asigna a las preferencias individuales?, etc.

El abogado que litiga puede defender una posición en función de criterios morales como bienestar o autonomía. Así, por ejemplo, para sustentar la necesi-

³ Si se multiplica el monto del daño (USD 300) por la probabilidad aplicable (0.5), el costo esperado de ocasionar el daño es USD 150. Por tanto, D razonablemente no será disuadido (beneficio cierto: USD 300 / costo esperado: USD 150).

⁴ La lógica de la indemnización 'súper-compensatoria' es la siguiente: si se multiplica el monto del daño (USD 300) por el inverso de la probabilidad aplicable (1/0.5), se obtiene una condena de pago de USD 600. Y si se multiplica la probabilidad indicada (0.5) por el monto de la condena en cuestión, se obtiene un costo esperado de ocasionar el daño de USD 300. Por tanto, D razonablemente será disuadido (beneficio cierto: USD 300 / costo esperado: USD 300).

sidad de que prevalezca cierta interpretación puede aplicar la ‘fórmula de la ley universal’⁵ (Kant) y argumentar que, en un contexto de racionalidad, el fin de la norma o de la cláusula solo puede ser obtenido a la luz de dicha interpretación. O puede aplicar la ‘fórmula de la humanidad’⁶ (Kant) y argumentar que la interpretación propuesta por la contraparte afecta la constitucionalidad de la norma o la validez de la cláusula, por lo que no puede ser admitida.

Utilizo con frecuencia el razonamiento moral tanto en las opiniones legales que emito como experto en ley peruana como en los laudos arbitrales que elaboro como integrante de un tribunal. En términos generales, tanto el enfoque utilitarista como el enfoque deontológico me permiten construir argumentos para sustentar mis opiniones y mis decisiones.

IV. En sus libros, usted opta por una postura crítica hacia el legislador del Código Civil del 84. ¿A qué cree usted que se deben aquellos deméritos que advierte?

Honestamente, solo puedo especular. La elaboración del Código Civil de 1984 fue en cierta forma desprolija, pues, entre otras cosas, las comisiones carecieron de un enfoque integrador, holístico.

Me parece, sin embargo, que el problema de fondo es, curiosamente, de orden filosófico. Tengo la impresión de que el legislador se educó bajo el paradigma de que el Derecho constituye una disciplina autónoma y, como tal, no tiene por qué prestar atención al pensamiento moral ni al pensamiento económico (algo, ciertamente, inaceptable). Por tal razón, trabajó consultando diversos códigos

en el entendido de que eran ‘modelos técnicos’, ‘modelos conceptuales’. Esos códigos, empero, no eran otra cosa que ‘testimonios filosóficos’. En efecto, el Código Civil francés respondió a los ideales universales de la Ilustración y de la revolución: libertad, propiedad, racionalidad. Los autores del *Code* trabajaron bajo la consigna de redactar un texto claro, conciso y entendible para cualquier persona. El *Code* debía servir como guía para la planificación de las actividades y de los proyectos individuales. El Código Civil alemán, por otro lado, respondió a los ideales de la unificación de los reinos germanos. Recordemos que en la época de los trabajos preparatorios se instauró un debate entre dos escuelas opuestas: (i) la ‘racionalista’ liderada por Anton Friedrich Justus Thibaut, que defendía la idea de elaborar un código sustentado en los ideales que inspiraron a la Ilustración y a la revolución; y, (ii) la ‘histórica’ liderada por Friedrich Karl von Savigny, que defendía la idea de elaborar un código sustentado en la historia y en la conciencia nacional de los pueblos germanos. Después de la Guerra Franco-Prusiana (1870-1871), provocada indirectamente por Otto von Bismarck para lograr la unificación de los reinos germanos (bajo el liderazgo de Prusia)⁷, la propuesta de Thibaut resultó absolutamente inviable. Los autores del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) trabajaron bajo la consigna de redactar un texto que lograra ‘unificar’ la historia, la cultura, la lengua y la conciencia nacional (*Volksgeist*) de los reinos en cuestión. Probablemente, para cumplir con semejante tarea tuvieron que renunciar a la idea de redactar un texto claro, conciso y entendible para cualquier persona. El BGB, como sabemos, es un código caracterizado por el empleo obsesivo de conceptos, categorías y proposiciones abstractas⁸. El Código Civil italiano,

⁵ “Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza”. Esta fórmula exige (i) identificar la acción y el fin deseado; (ii) imaginar una organización social en la que todas las personas realicen tal acción; y, (iii) determinar si en esa organización es posible obtener tal fin. Existen dos posibles resultados. Primero: que en la organización social en la que la acción tiene la condición de ‘ley universal’ resulte posible lograr el fin deseado. Segundo: que en la organización social en la que la acción tiene la condición en cuestión no resulte posible lograr dicho fin. Si ocurre lo primero, la acción cumple con la fórmula y, por tanto, puede ser realizada. Si ocurre lo segundo, la acción no cumple con la fórmula y, por tanto, no puede ser realizada.

⁶ “Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin y nunca como un simple medio”. Esta fórmula contiene dos preceptos diferentes, pero complementarios. Primero: “siempre trata a las personas como fines en sí mismos”. Segundo: “nunca trates a las personas como si fuesen simples medios”. El primer precepto exige reconocer la autonomía de cada persona. Resalta la idea de que cada persona tiene una prerrogativa natural y exclusiva: definir las finalidades que desea alcanzar. Toda acción que afecte a una persona ha de ser, por lo tanto, consecuente con una finalidad que racionalmente resulte aceptable para esa persona. El segundo precepto prohíbe afectar la dignidad de cada persona. Resalta la idea de que, a diferencia de los objetos, ninguna persona está “disponible” para las demás. Cada persona posee inteligencia y voluntad. Con base en estos dos atributos cada persona construye su propia visión acerca del mundo; las demás han de respetar esa visión. Toda acción que afecte a una persona ha de ser, por lo tanto, realizada con el consentimiento de esa persona.

⁷ Más precisamente para lograr que cuatro reinos del sur (Baden, Württemberg, Bavaria y Hesse-Darmstadt) se unieran a la confederación recientemente formada de los reinos del norte.

⁸ La escuela histórica tuvo dos ilustres representantes en el mundo de la fantasía: los hermanos Wilhem y Jacob Grimm. Estos discípulos de von Savigny emprendieron una fabulosa cruzada con el fin de recuperar las antiguas tradiciones de los pueblos germanos. ¿El resultado? Cuentos que, con el paso del tiempo, pasarían a formar parte de la cultura universal occidental: “Cenicienta” (*Aschenputtel*), “Hansel y Gretel” (*Hänsel und Gretel*), “Bella Durmiente” (*Dornröschen*), “Blanca Nieves” (*Schneewittchen*), etc.

finalmente, respondió a los ideales del fascismo. Recordemos que el trabajo efectuado por la comisión presidida por Vittorio Scialoja sufrió cambios sustanciales debido a la influencia directa ejercida por los miembros del comité técnico de la *Akademie für das deutsche Recht*. Los autores del *Codice* trabajaron bajo la consigna de redactar un texto que refleje una visión corporativa de la sociedad, que permita intervenir al Estado en los procesos productivos y que proteja los valores tradicionales de la iglesia católica.

El Código Civil de 1984 fue elaborado a la luz de tres códigos que respondieron, no a 'avances de la ciencia jurídica', sino a ideales filosóficos opuestos. Sus deméritos se explican, pues, en la falta de conciencia del legislador en torno los límites del Derecho. Sin sustento moral o económico⁹, el Derecho carece de legitimidad y de funcionalidad.

V. A los 40 años de la promulgación de nuestro Código Civil, ¿cuál cree usted que es el balance desde la perspectiva de los postulados de la filosofía moral?

Es negativo. El Código Civil de 1984 no se encuentra comprometido ni con la 'virtud' (Aristóteles), ni con el 'bienestar' (Bentham), ni con la 'autonomía' (Kant). El principio *favor debitoris* promueve directamente la irresponsabilidad y la ineficiencia. La intervención estatal *ex post* en los contratos (afortunadamente abrogada por la Constitución) ataca la autonomía e incrementa los costos de transacción. Las innumerables y absurdas restricciones al contenido de los contratos (prohibiciones de pactos, imposición de plazos máximos, etc.) frustran el incremento de bienestar.

Pero quizás el caso más vergonzoso es el de las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. Según el artículo 1393 del Código Civil, "[l]as cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas [...]" Como se puede advertir, este artículo contiene un precepto explícito: "si la administración pública aprueba determinadas cláusulas, no necesitas conocer dichas cláusulas para celebrar el contrato". Dicho precepto, empero, es inmoral bajo cualquier teoría. Recurramos a Kant.

El precepto "si la administración pública aprueba determinadas cláusulas, no necesitas conocer dichas cláusulas para celebrar el contrato" tiene una finalidad: proteger, de 'forma heterónoma', a la parte adherente contra 'cláusulas no idóneas' o 'cláusulas no equitativas'. Dicha finalidad, empero, no podrá ser obtenida bajo un supuesto de aplicación universal. ¿Por qué? Pues porque es razonable anticipar que las personas, con el fin de eliminar el riesgo de realizar transacciones gobernadas por reglas absolutamente desconocidas, (i) evitarán contratar con proveedores que operen con cláusulas aprobadas por la autoridad administrativa; o, (ii) exigirán que las cláusulas referidas sean reveladas. En ninguno de los dos supuestos se obtendrá la finalidad que sustenta el precepto. En efecto, en el primer supuesto no existirán contratos, mientras que en el segundo existirán contratos solo en caso de que las personas acepten las cláusulas reveladas. En este escenario, sin embargo, no existirá 'protección heterónoma' (paternalismo) sino 'protección autónoma' (dignidad).

Por otro lado, el precepto "si la administración pública aprueba determinadas cláusulas, no necesitas conocer dichas cláusulas para celebrar el contrato" impide que la parte adherente actúe autónomamente. En su condición de persona *sui iuris*, empero, la parte indicada debe tener el poder absoluto de decidir qué reglas contractuales resultan convenientes o inconvenientes para sus actividades y sus proyectos. Recordemos que las cláusulas generales de contratación definen derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades, etc. En este sentido, ¿no tiene la parte adherente derecho a conocer su contenido?; ¿no tiene la parte adherente derecho a evaluar si es conveniente o no celebrar el contrato bajo condiciones establecidas por terceros (la parte que redacta esas cláusulas y la autoridad administrativa que las aprueba)? Ninguna autoridad estatal debe poder irrogarse el derecho de decidir por la parte adherente. Primero porque carece de información relevante en torno a las preferencias subjetivas, los precios de reserva, etc. Segundo porque resulta inmoral impedir o limitar el libre ejercicio de la autonomía de la parte indicada.

Bajo la mirada kantiana el precepto citado es inmoral porque su finalidad no puede ser obtenida en un escenario de aplicación universal y porque no reconoce que la parte adherente es un 'fin en sí mismo'.

⁹ Es una idea comúnmente aceptada que la economía surgió como disciplina autónoma a raíz de la publicación de "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations". Antes de escribir esa obra, Adam Smith, profesor de filosofía moral en la Universidad de Edimburgo, publicó "The Theory of Moral Sentiments".

MEMORIA INSTITUCIONAL

2023-2

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

La comisión de Actualidad Jurídica, mejor conocida como Enfoque Derecho, está encargada de la difusión de la cultura jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. De ese modo, dicha tarea es cumplida a cabalidad mediante la innovación y el aprovechamiento de las herramientas que la tecnología nos brinda.

En el ciclo 2023-2, Enfoque Derecho contó con un total de nueve miembros que asumieron la responsabilidad de administrar un portal de actualidad jurídica con veinte años de antigüedad, adaptándose a los retos que trae consigo la era digital y la predominancia de las redes sociales en el acceso a la información. Por consiguiente, contamos con un recurso humano preparado y capacitado para llevar a cabo la cobertura de la coyuntura jurídica y política del Perú y el mundo. Ante ello, la comisión continuó realizando sus labores cotidianas, tal y como la difusión de noticias de último minuto, la elaboración de carruseles con contenido interdisciplinario, entrevistas a especialistas sobre temas de coyuntura, investigación y/o consultas legales, entre otros productos.

Asimismo, a fin de propiciar el debate académico, organizamos un conversatorio virtual denominado “¿Realmente es útil la prisión preventiva en el Perú?”, el cual tuvo el objetivo de reflexionar la eficiencia de dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, a fin de velar por el estudio del impacto de la tecnología en nuestra profesión, organizamos el evento virtual denominado “El impacto de la Inteligencia Artificial en el Derecho: Un diálogo interdisciplinario”, en el cual contamos con la coordinación del profesor Ricardo Elías Puelles, y la presencia de distinguidos ponentes nacionales e internacionales.

Asimismo, a fin de velar por un contenido multidisciplinario, entretenido y accesible, Enfoque Derecho organizó dos semanas temáticas: “Derecho y la INTERPOL” y “La COP28 y los derechos ambientales”; el especial “Derecho y Discapacidad; y la histeria “Derecho y Halloween”. Por su parte, se retomó nuestro Podcast, con la temática “Una mirada en una maestría”, el cual nos brindó un espacio para conversar con distinguidos abogados y abogadas acerca de su experiencia en prestigiosas universidades extranjeras. Además, se iniciaron con las clases de Derecho Societario, tituladas “¿Cómo abordar un M&A?”, en colaboración con el Estudio Hernández & Cía. Por último, se concretó la apertura de cuatro nuevos bloggers a la página web: M&A Zone (área Mercantil y M&A del Estudio Cuatrecasas), Reduciendo brechas (área de Infraestructura, APP y Oxl del Estudio Muñiz), Somos Amalia: La violencia de género como pandemia (ONG Somos Amalia), y TechLegis Experience Blog (WOW Legal Experience).

Finalmente, nos gustaría reconocer la ardua labor llevada a cabo por el equipo de Enfoque Derecho, lo cual nos ha llevado a consolidarnos como el portal de actualidad jurídica, manejado por estudiantes, más importante de nuestro país. Lo anterior se refleja en nuestras redes sociales: Instagram, en la que contamos con más de 29 mil seguidores; Facebook, donde superamos los 59 mil seguidores; LinkedIn, con más de 18 mil seguidores; la plataforma X, con más de 10 mil seguidores; YouTube, con 23 mil suscriptores; entre otras plataformas. Por ende, solo nos queda reafirmar nuestro compromiso en seguir creciendo y difundir el derecho en todas sus formas.

COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

La Comisión de Financiamiento es la encargada de la sostenibilidad económica de la Asociación, esto lo hace a través de la búsqueda de nuevos ingresos económicos mediante la promoción de auspicios, alianzas institucionales, sorteos y descuentos, consignaciones y producción del Merchandising. En otras palabras, promocionar la marca THĒMIS. Como función adicional, manejar la página web de la Asociación.

En el ciclo 2023-2 tuvimos como principal objetivo la búsqueda de auspiciadores para la edición N°84 de la Revista, teniendo conversaciones vía correo como reuniones presenciales con distintos estudios jurídicos interesados en poder ser parte del equipo de auspiciadores de nuestra Revista. De la misma manera, a través de alianzas institucionales planteamos la renovación con el Centro de Arbitraje con el que hemos trabajado a lo largo de un año, a quienes agradecemos profundamente su continua disposición en trabajar con nosotros.

A inicios de ciclo, tuvimos la tarea de organizar *packs* de descuentos para la Feria del Libro PUCP, por lo que promocionamos nuestros productos, desde los libros, revistas y *merchandising* con distintos porcentajes de descuento y pequeños regalos por la compra de los mismos. Ligado a ello, nos encargamos de la realización del *merchandising*, elaborando bolsas de tela con diseños divertidos, tazas THĒMIS y resaltadores.

Posterior a ello, nos centramos en publicitar los libros de la Editorial Jurídica de THĒMIS, trabajando de manera continua con varias librerías, quienes ofrecen nuestros libros en sus tiendas físicas y virtuales. Paralelamente, planteamos la posibilidad de renovar nuestra página web, optando por un nuevo diseño y una forma más dinámica de navegar a través de ella, dejando encaminado el proyecto para el siguiente ciclo.

Por último, celebramos el conocido Remathemis, días de descuentos especiales por fiestas de fin de año, teniendo el apoyo de los miembros de Asamblea en su publicidad.

La comisión está muy contenta por la organización interna y la continuidad de trabajo alcanzada, comprometida a seguir esforzándose por ver a la Asociación crecer, logrando un aporte significativo a la cultura jurídica.

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN

La comisión de Administración es la encargada de la gestión económica y legal de la Asociación Civil THEMIS. Nuestras funciones combinan labores administrativas, financieras, comerciales, tributarias y registrales.

Durante el ciclo 2023-2 hemos cumplido con el objetivo de retornar cabalmente a la presencialidad. En ese sentido, iniciamos el ciclo con la organización del stand de nuestra asociación en la “47 Feria del Libro PUCP” que se desarrolló durante las últimas semanas de agosto dentro del campus de nuestra casa de estudios. En dicho evento pudimos ofrecer nuestra última publicación “Conceptos: Derecho Procesal”, libro con el cual impulsamos una nueva forma de promoción de los productos de nuestra asociación en redes sociales. En esta edición de la feria, gracias a los esfuerzos de la comisión, conseguimos la mayor recaudación de los últimos años.

En el ciclo 2023-2, la Comisión de Administración inició el registro y renovación de los principales signos distintivos la asociación. El principal objetivo fue construir una imagen de marca sólida y reconocible para nuestros clientes, lo que permitirá, a su vez, distinguirnos de nuestros competidores y construir una ventaja competitiva en el mercado.

De la misma manera, hemos seguido trabajando con las otras comisiones para que puedan seguir brindando productos y servicios de calidad; en específico, hemos coordinado la gestión de los fondos de THEMIS para la publicación de libros y revistas, la organización de cursos y seminarios, etc. Todo ellos con la finalidad de seguir mejorando la exposición de la marca THEMIS, consolidar nuestra presencia en el mercado local, y continuar con la difusión de la cultura jurídica en nuestro país.

Por último, hemos destinado un importante esfuerzo de la comisión para mantener actualizado los poderes del Consejo Directivo, lo que nos permite realizar un trabajo más eficiente. En este sentido, para el 2024 seguiremos sumando todos nuestros esfuerzos por seguir construyendo una gestión eficiente, que nos permita hacer de THEMIS una asociación jurídica de primer nivel.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Durante el ciclo 2023-2, la comisión de Publicaciones encargada de la Editorial Jurídica THĒMIS, continuó con su labor de elaborar y publicar libros de gran calidad académica. Durante el periodo, se culminó la edición y se llevó a cabo la presentación de dos libros.

Primero, el mes de septiembre la Editorial publicó el libro “La Teoría del Levantamiento del Velo Societario en los Litigios Comerciales (Arbitrales y Judiciales), cuyo autor es el Dr. Roger Vidal Ramos, docente del Departamento de Derecho de la PUCP y Socio Fundador del Estudio Vidal Abogados.

El libro aborda la teoría de la persona jurídica y del levantamiento del velo societario para destacar que el fraude, el abuso del derecho y la violación de la buena fe contractual están en la base de la suspensión del régimen especial de delimitación de responsabilidad propiciado por el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades.

Asimismo, la presentación del libro se realizó el 14 de septiembre en el Auditorio Zolezzi de la Facultad de Derecho de la PUCP, contando con la destacada participación del Dr. Roger Vidal Ramos (autor del libro y coordinador del proyecto). De igual manera, la presentación se llevó a cabo a través de la conformación de dos mesas de ponentes.

La primera mesa fue titulada “Sobre la Teoría del Levantamiento del Velo Societario y la Persona Jurídica” y contó con las ponencias de la Dra. Kiomi Osorio, el Dr. Gaston Fernandez, la Dra. Marcia Carla Pereira y el Dr. Juan Luis Hernandez, quienes fueron seleccionados por su amplia trayectoria en materias de Derecho Civil y Derecho Societario.

Mientras que, la segunda mesa fue titulada “La Aplicación del Levantamiento del Velo Societario en los Litigios Comerciales” y contó con las ponencias de la Dra. Veronica De Noriega, el Dr. Fabio Nuñez del Prado, la Dra. Maria Elena Guerra y el Dr. Mario Castillo Freyre, quienes participaron en calidad de comentaristas por su experiencia en materias de Litigios Comerciales y Arbitraje.

Luego, el mes de noviembre la Editorial publicó el libro “Una aproximación desde la Teoría de Juegos al problema de los contratos incompletos”, cuyo autor es el Dr. Alvaro Cuba Horna, actual Asociado Senior del Estudio Payet, Rey, Cauvi y Pérez Abogados.

Esta obra emplea el teorema de teoría de juegos para solucionar discrepancias referidas a vacíos en contratos o normas legales y que deban ser solucionados por los jueces o árbitros. Este teorema sustenta que, ante la existencia de dichos vacíos, se deberá aplicar el conocimiento común del entorno particular. Asimismo, el autor plantea distintas alternativas para que los tribunales arbitrales interpreten correctamente dichos vacíos contractuales.

La presentación del libro se realizó el 21 de noviembre en el Auditorio Zolezzi de la Facultad de Derecho de la PUCP, contando con las ponencias del Dr. Alvaro Cuba Horna (autor del libro y coordinador del proyecto), así como, el Dr. Alfredo Bullard (prologuista del libro), el Dr. Mario Reggiardo (prologuista del libro), la Dra. Roxana Jimenez y la Dra. Carolina De Trzegnies, quienes fueron seleccionados en calidad de comentaristas de la obra, por su amplia experiencia en materias de Contratos, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje.

De igual manera, la Editorial trabajó el avance de los proyectos que serán anunciados y publicados durante el año 2024.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

La comisión de Seminarios tiene como objetivo principal la planificación y ejecución de eventos académicos, procurando siempre contar con un enfoque interdisciplinario y análisis crítico. Asimismo, a través de los diversos Congresos o Seminarios que realizamos cada ciclo, tratamos de abordar temáticas de relevancia coyuntural y de interés en general.

Durante el segundo semestre del 2023, la comisión de seminarios continuó con su misión de difundir la cultura jurídica a través de sus eventos en modalidad virtual, mediante la plataforma vía Zoom Webinar. En ese sentido, se gestionaron dos eventos durante el ciclo.

El primero de ellos fue el “Congreso de Derecho Ambiental e Inversión en Recursos Naturales”, el cual se ejecutó los días lunes 2, martes 3 y miércoles 4 de octubre bajo la coordinación de Miyanou Dufour, socia del estudio Hernández & Cía. El evento congregó a más de 390 asistentes y reunió a 30 ponentes tanto nacionales como internacionales, entre los cuales destacaban Jorge Danós (Estudio Echecopar Asociado a Baker & McKinsey International), Alberto Cairampoma (PUCP), Patrick Wieland (Banco Mundial), Vito Verna (Estudio CMS Grau), Francisco Tong (Estudio Rodrigo, Elías & Medrano), Julián Li (Estudio Philippi, Pietrocarrizosa, Ferrero, DU & Uría), Ada Alegre (Ada Alegre Consultores), entre otros destacados especialistas.

El segundo evento fue el “Congreso de Derecho Tributario”, el cual se llevó a cabo bajo la coordinación de Rocío Liu (Damma Legal). El evento se llevó a cabo los días 4, 5 y 7 de diciembre, y reunió a más de 15 ponentes y juntó a más de 250 asistentes. Asimismo, contamos con más de 15 ponentes nacionales, quienes fueron distribuidos en función a tres ejes temáticos: (i) imposición a la renta, (ii) tributación internacional y (iii) tributación nacional. El congreso se organizó junto a la comisión de Cursos y Capacitaciones lo cual le otorgó una mixtura pedagógica y de discusión a las ponencias.

Reiteramos nuestro compromiso en la difusión de la cultura jurídica mediante eventos que incentiven el intercambio de ideas entre los mejores abogados del país.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

El 2023-2 fue un ciclo con mucha expectativa por parte de la Asamblea hacia la comisión de Recursos Humanos, por ello, nuestro objetivo se centró en innovar nuestras actividades y crear nuevas para poder cumplir con nuestros dos ejes y que sea un ciclo inolvidable para la Asamblea.

La comisión de Recursos Humanos es la encargada de velar por el bienestar general de todos los miembros dentro de la Asociación. En ese sentido, nos encargamos de gestionar las relaciones entre los asociados ordinarios, como también las relaciones con los miembros extraordinarios y otras asociaciones de derecho de distintas universidades a través de diversas actividades. Para cumplir con todo ello, nuestro trabajo se centra en dos ejes fundamentales: el integrador y el fiscalizador.

En el marco de la función fiscalizadora, trabajamos para mantener el orden y registro dentro de THĒMIS, lo cual se verifica en la revisión del cumplimiento del horario de oficina por parte de los asociados y del turno de limpieza de esta por parte de las comisiones. De igual manera, llevamos el registro de la asistencia a las asambleas y demás eventos de THĒMIS. Asimismo, se realizaron entrevistas a inicio y fin de ciclo con todos los asociados para poder conocer sus expectativas y experiencia del ciclo, identificar puntos de mejora para el futuro, y asegurarnos que se sientan en un ambiente cómodo y que tengan la confianza de acercarse a nosotros ante cualquier inconveniente.

En el marco de la función integradora, iniciamos el ciclo con la Fiesta de Bienvenida (de nuevos miembros) /Despedida (de antiguos miembros) a la cual denominamos “Thēmisland”, la cual tuvo como temática Barbie. Esta fue una oportunidad para que los miembros de la asociación se conozcan, comparten anécdotas, risas y realicemos distintas actividades planeadas por la comisión.

Asimismo, durante el ciclo realizamos Intercomisiones cuya temática fue “Chollywood”, en la cual cada comisión pudo integrarse mejor, fortalecer lazos de amistad y crear divertidas anécdotas. De igual manera, llevamos a cabo Semana Thēmis con la temática de “Horoscopē”, en donde se realizaron actividades relacionadas a los signos zodiacales e implementamos un horóscopo Thēmis para dicha semana.

Este año Thēmis fue el organizador del evento deportivo entre las asociaciones de derecho de diversas universidades, más conocido como Interrevistas, campeonato de fútbol y vóley, que, finalmente, se terminó realizando en el ciclo 2023-2. Fue un reto muy grande para la comisión ser los encargados de toda la organización y gestión del evento ya que tuvimos que encontrar el lugar adecuado, coordinar el diseño (junto con la comisión de Imagen Institucional) y la confección de los uniformes, los entrenamientos, y en general preparar todos los detalles para el día del campeonato. Finalmente, se logró con éxito y el equipo de damas terminó campeón de Interrevistas fútbol.

Este ciclo teníamos la meta de hacer “actividades extra” que propicien la integración entre los miembros. Es así que, aprovechamos el día de las fotos institucionales para hacer un “after” en Victoria Bar, vimos todos juntos el partido de Perú-Chile en la oficina, e hicimos una parrilla y luego fuimos todos a la discoteca Bizarro. Todos los que asistieron a estos eventos extra estuvieron contentos con las iniciativas por parte de la comisión.

Como última actividad del ciclo llevamos a cabo el famoso Campathēmis #SummerEdition, en donde 35 asociados disfrutamos de un fin de semana en Chincha, siendo una oportunidad única para pasar tiempo de calidad, realizar actividades diferentes a las usuales y crear nuevas experiencias juntos.

Queda pendiente para el siguiente año realizar el Almuerzo de Extraordinarios. La última vez que se llevó a cabo fue en el año 2019, antes de la pandemia, por lo que estamos muy contentos y emocionados de poder retomar esta actividad, realizar todos los preparativos para este evento, reencontrarnos con antiguas amistades, y celebrar a lo grande!

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 4	Domingo García Belaunde
THĒMIS 2	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 5	Domingo García Belaunde
THĒMIS 3	Domingo García Belaunde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz	THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
		THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Riveiro Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres	THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós	THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria	THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
		THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
		THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda
		THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero
		THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero
		THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra
		THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra

THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra	THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 63	Carlos Fernando de Træzegnies Valdez
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas	THĒMIS 64	Carlos Fernando de Træzegnies Valdez
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo	THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich	THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba	THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi	THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca	THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado	THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea	THĒMIS 77	Lucía Beatriz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez	THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique	THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos	THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos	THĒMIS 81	Joyce Uriol Quiroz y Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas	THĒMIS 82	Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas	THĒMIS 83	Danae Ramos Granados
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar	THĒMIS 84	Valentina Hernández Bernos
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar	THĒMIS 85	Ignacio Enrique Tovar Otero
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer		
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer		
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro		
THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro		
THĒMIS 57	María José Higueras Chicot		
THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía		
THĒMIS 59	Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola		

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Mariel Abad Vergara | Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Ana Valeria Acosta Salaverry | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Valeria Aguado Araujo | Édgar Aguirre Ramos | Alexandra Aguirre Sumarriva | Romina Alarcón Bonilla | Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Andrea Apolín | Carlos Arata Delgado | Gregorio Arakaki Yogui | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Flor Arévalo Aranzaba | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Franco Arce Saldarriaga | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido- Tagle | Ariana Armacanqui Paredes | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Mirella de la Cruz Aquino | Inés Baca de la Piedra | Daniela Baca Ordoñez | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Dania Baldeón Miranda | Miguel Balmaceda Castillo | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú | María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García- Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo | Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre | Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | María Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neumann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach | Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Flavia Bravo Bermeo | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales | Gabriel Bravo Taquia | Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Vivian Bustamante Yabar | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Nicolás Cabrera Súmar | Franco Marco Caccia Arana | Liz Ana María Cachi Delgado | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Ana Calderón Torres | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Arisa Pamela Campos Ramírez | Ana Lucía Campos Camargo | Cecilia Cánepa Olaechea | Lilian Cánepa Yufra | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Juan Andrés Carrera Acosta | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez | Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar | Marcelo Castilla Báez | André Castro Arequipeno | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Nadia Cautivo Padilla | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Gabriel Cayani Banda | Luz Andrea Caycho Cáceres | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | Adriana Chávez Copa | Ariana Chávez Cortez | Melady Steffania Chávez Macuado | María José Chávez Pozzi-Escott | Daniela Chávez Málaga | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros |

Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Anael Cohen Dannon | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Luis Felipe Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lano | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Lucia Cuglievan Blume | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman | Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazával Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio | José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas | Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Gabriel Díaz Málaga | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Diego Durand Torres | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Egüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erazquin Herrada | María José Escobar Castillo | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Rodrigo Falla Valdez | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Gabriela Isabel Fernández Mendoza | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Rossmery Flórez Huacasi | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | Fernanda Franco Dulanto | José Enrique Frías Amat y León | Daphne Friedman Flores | Sandra Fuentes Ñique | Alexia Gaitán Meléndez | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Alessandra García Rojas | Frank Fermín García Santos | Diego García Peralta | Estefany García Cornejo | José Rodrigo García Gonzales | Miguel Garcés Gutierrez | José Luis Gargurevich Valdez | Santiago Gárnica Franco | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Rubiela Gaspar Clavo | Bruno Giusti Díaz | Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Cristina Gonzales Camarena | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Sol Guevara Ratto | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaraay Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Gabriela Herbozo Villayzán | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Valentina Hernández Bernos | Ximena Herrera Blárido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Cevasco | María Fernanda Herrera Romero | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin | María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra | Ísabo Hospital Alcántara | Steven Hu Huang | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo

Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | Chiara Lucía Jacob Camaiora | Alessandra Jaramillo Rojas | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré | Fernando Lanfranco Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Katherine Larios Pulido | Erick Lau Gastelo | Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú | Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loebel | Adrián Rodolfo Lengua Parra | Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Ciomar Levano Vía | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Juan Alberto Liu Sánchez | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró | Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Lucia Beatriz López Gallardo | Henrry López Javier | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Nariel Mansilla Lingán | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Kathia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Joaquín Alejandro Mejía Cacho | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Hector Gianfranco Míñope Ferro | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez | Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Sebastián Morello Montes | Giuliana Moreno Horna | Grecia Moreyra Arias | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira González | Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán | Jaime Mur Campoverde | Jackeline Murillo Díaz | Valeria Alejandra Murrieta Noly | Milagros Mutsios Ramsay | Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Vasco Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Gonzalo Milton Noriega Chuquiray | Ariana Novoa Suarez | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Felipe Núñez Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Romina Alicia Ñaña Ramos | Cecilia O'Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarria Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Genaro Helmut Ormanchea Baca | Antonio Olórtegui Marky | Bernardo Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Katherine Lisseth Ortiz Cornejo | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Carlos Osorio Alza | Valeria Osorio Véliz | Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Denisse Paucar Laurencio | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Nayeli Peña Asenjo | Fernando Peña Neves | Álvaro Peña Villanueva | Miranda Peñaloza

Gonzales | Sebastián Pepper Smith | Joseline Pérez Cámaras | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Cristina Phicihua Aliaga | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Wanda Pichardo Yupanqui | Pilar Pizarro Bustamante | Alejandra Podestá Gutarra | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini-Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Danae Lucienn Ramos Granados | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Réquique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Alejandro Robles Quispe | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Alessandra Camila Rocca Rodríguez | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | María Paz Rodríguez Galiano | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Daniel Rodríguez Tamó | Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Solanchs Rodríguez Dávila | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Valeria Rojas Valverde | Rodrigo Román Olarte | Angela Romero Carranza | Diana Romero Rodríguez | Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Miguel Rosas Ramírez | Carla Rossini Medina | David Jesús Rubio Alcantara | Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Alexis Salinas Temoche | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | María Fernanda Sanabria Gamboa | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | María José Sardón Barrios | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Lucía Sedano Arévalo | Michel Seiner Pellny | Claudia Mariana Sequeiros Ugarte | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Rosa Sobrados Burgos | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Karla Soria Valeriano | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Andrea Tapia Olivares | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Daniela Torres Seperak | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendivil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Joyce Alexandra Uriol Quiroz | Brenda Valderrama Norabuena | Mateo Francisco Valdez Alcazar | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes |

Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoín | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez | Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Hilary Vega García | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Nicole Velazco Velazco | César Eduardo Véliz Núñez | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Pedro Vicente Aliaga | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurriaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | María Fernanda Villanueva Ruete | Carmen María Villarán Ascenso | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | Piero Vivar Pajuelo | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | Sebastián Vizcarra Montero | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Angie Yman Palomino | Enzo Yturriaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Fiorella Zamora Mego | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Diego Humberto Zumarán Castro | Fiorella Zúñiga Dede

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio † | Felipe Osterling Parodi † | Jorge Avendaño Valdez † | César Landa Arroyo | Javier de Belaunde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego † | Javier Neves Mujica †

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición.

En primer lugar, agradecemos especialmente al Dr. Mario Castillo Freyre, quien nos brindó su apoyo incondicional e incansable durante más de un año. En esa línea, agradecemos también a nuestros auspiciadores para esta Edición, al Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez, al estudio Elías Puelles, a Reyes & Consultores Asociados S.A.C., a Hugo Sologuren Arbitraje - JRD, estudio Rodríguez Angobaldo Abogados y al estudio Ugaz Zegarra Abogados Asociados.

Asimismo, agradecemos a Gabriela Córdova, Ismael Canales, Gustavo Ponce y Alex Ortiz Alcántara por su apoyo en el procesamiento de esta Edición.

Finalmente, agradecemos a quienes nos brindaron su apoyo en el proceso de selección del color y pintura para esta Edición. Nos referimos a Nayeli Peña Asenjo, Lesly Antonella Portocarrero y Lucía Ferrer Ortega.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor:

Miguel Garcés, Valentina Hernández, Felipe Nuñez del Prado, Hilary Vega, Gregorio Arakaki, Nicolás Cabrera, Daniela Baca, María Fernanda Herrera, Estefany García, Pedro Vicente, José Rodrigo García, Ana Lucía Campos, Diego García, Daniela Chávez, Solanchs Rodríguez, Ariane Huayta, Isabella Gonzales, Jimena Vásquez y Bényedid Rodríguez.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.
2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.
3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.
4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espacio simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.
5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.
6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.
7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.
8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) séptima edición.
9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

Referencias

Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (séptima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.
11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.
12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía web.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, Exmiembro del Consejo Ejecutivo, Exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

KEYWORDS: *Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.*

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

PALABRAS CLAVE: *Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.*

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del artículo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 86

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central al **Derecho Penal**.

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a themisconsejoeditorial@gmail.com.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.



© Giovanni Paolo Panini
(Plasencia, 1691 - Roma, 1765)

Interior of Saint Peter's, Rome, c. 1735
Óleo sobre lienzo
153 x 219.7 cm