THĒMIS

Revista de Derecho

Jorge Reátegui Pilco y María José Vizcarra Pasapera | Marco Antonio Villota Cerna | Guillermo José Arribas Irazola | Alfredo Chan y Roberto Gutiérrez Ciro Vladimir Ortega Mejía | Cristina Argelich Comelles | Carla Navarro y Guadalupe Díaz | José Antonio Cerrón Valdivia | Andrés Devoto Ykeho, Domingo Alejandro Torero Gamero, Fiorella Paizamán Sotelo y Ximena Vilchez Vargas | Carlos Alberto Sanchez Coronado | Héctor Enrique Lama More | Angela Salazar López | Sergio García Long | Gerson Barboza De Las Casas | Angello Rivera Domínguez | Julio Baltazar Durand Carrión | Mónica Jeanette Arteaga Reátegui | Héctor Enrique Lama, Rómulo Moisés Arata, Raúl Ravina, Gilberto Mendoza, Luis Felipe del Risco y Guillermo José Arribas | Gilberto Mendoza Del Maestro | Félix Franciso Morales Luna Alberto Cairampoma Arroyo | Gerardo Soto Carrillo | Ricardo Elías Puelles

Segunda Época. Edición 83

Propiedad y Derecho Inmobiliario
1965 - 2023

THĒMIS

Revista de Derecho

Propiedad y Derecho Inmobiliario
1965 - 2023

THĒMIS
desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2023
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

83

Editor: Danae Ramos Granados
Coordinador: Francisco Avendaño
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

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: Septiembre 2023
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: 31501132300376
THĒMIS-Revista de Derecho 83
Año LIX - Número 83

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2021
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 día 19 de septiembre de 1965, en el marco su discurso de apertura, El Sr. Miguel Vega Alvear, primer presidente de la asociación, realiza una reflexión respecto a los valores sobre los cuales se dio la creación de THĒMIS-Revista de Derecho: disciplina, rigor académico y espíritu de superación. El día de hoy, 58 años después, aquellos valores mantienen en boga al curso de nuestra asociación.

Para mantenerse caminando por la senda que aquellos valores han trazado, las distintas generaciones del Consejo Ejecutivo, encargadas de supervisar la producción y edición de la revista, han sido hábiles en la selección de temas que estimulan la exploración y el avance del saber en el ámbito legal. De esta manera, cada edición de THĒMIS-Revista de Derecho ha desafiado a profesionales y académicos del sector a abordar cuestiones contemporáneas, de relevancia y trascendencia notables para nuestra disciplina. Este esfuerzo conjunto, complementado por el dedicado trabajo de estudiantes detrás de cada número, ha solidificado nuestra publicación como un producto de calidad académica sobresaliente.

En sintonía con esta tradición, nos complace presentar la edición 83 de THĒMIS-Revista de Derecho, enfocada en la intrincada relación entre el Derecho y el ámbito inmobiliario. Esta temática asiste a nuestro foro de manera de más justificada, debido a los rápidos avances en el mundo de los bienes raíces, constantes disputas en torno a las contingencias de la materia e importantes discusiones doctrinarias referente a las instituciones propias del ámbito.

La edición 83, consciente de la urgencia de tratar estas cuestiones, explora temas de gran actualidad desde la perspectiva de diversos profesionales del derecho como jueces, profesores, doctrinarios y miembros de estudios de renombre en nuestro medio. A lo largo de estas páginas, los lectores encontrarán artículos que analizan cuestiones que abarcan desde los límites legales al derecho de propiedad, hasta el deber de idoneidad en el ámbito de la contratación inmobiliaria. También se abordan asuntos de gran actualidad como el fideicomiso comunitario de tierras, la Vivienda de Interés Social (VIS) en Lima Metropolitana, así como la propiedad horizontal en los proyectos de uso mixto. Sin duda alguna, una revista con las aspiración de mantenerse en la vanguardia como THĒMIS-Revista de Derecho no podía prescindir de una edición que abordase las temáticas mencionadas, entre otras muchas que podrán encontrarse en páginas subsiguientes.

Nos enorgullece presentar un número que refleja la calidad y excelencia característica de nuestra revista, reafirmando el compromiso de THĒMIS-Revista de Derecho con su propósito original. Este logro no sería posible sin el trabajo de los miembros del Consejo Ejecutivo compuesto por estudiantes editores de la revista quienes, ayudados por profesionales del derecho que fungen como coordinadores, asesores temáticos, árbitros y autores, se esfuerzan ciclo a ciclo por contribuir al desarrollo de la doctrina jurídica nacional.

Convencidos de que las instituciones trascienden a las personas que las conforman, expresamos nuestro más sincero deseo de que las futuras generaciones encargadas de dar forma a THĒMIS-Revista de Derecho continúen y perfeccionen nuestra labor, manteniendo siempre la fidelidad al lema: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, noviembre de 2023

EL CONSEJO EJECUTIVO

Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho se complace en presentar como portada de su edición 83 al óleo L'Arc de Triomphe et Les Champs-Elysees, Crepuscule, c. 1940. Su autor, Édouard Cortès, hacia 1900, comenzó a pintar las escenas por las que sería más famoso: las calles y los monumentos de París. Uno de los artistas más prolíficos de su tiempo, Cortès encontró su nicho y se quedó en él. Sus vistas de París se encuentran entre las imágenes más elocuentes y bellas de este género; capturando la ciudad durante todas sus estaciones durante más de 60 años. Durante este período recibió muchos premios, ganó gran notoriedad y fue un expositor frecuente en las salas de exposiciones de París, incluido el Salon d'Automne, Salon d'Hiver, Salon de la Société Nationale de l'Horticultura y Salon des Indépendants.

THĒMIS

Revista de Derecho

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

2023-1

CONSEJO DIRECTIVO

Nadia Flor Cautivo Padilla (Actualidad Jurídica)
Diego Marcelo Durand Torres (Administración)
Miguel Sebastián Nicolás Garcés Gutiérrez (Contenido)
Mirella Astrid de la Cruz Aquino (Desarrollo Social)
Esther Fiorella Zamora Mego (Cursos & Capacitaciones)
Andrea Angella Tapia Olivares (Financiamiento)
Naried Mansilla Lingán (Imagen Institucional)
Gabriel Sebastián Cayani Banda (Recursos Humanos)
Valeria de los Ángeles Rojas Valverde (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
Miguel Balmaceda Castillo
Kelly Espino González
Adriana García Montoya

Administración
Alejandro Robles Quispe
Gregorio Arakaki Yogui
Gianella Huerto Peña
Carlos Huivin Villareal

Contenido
Nicolas Cabrera Súmar
Danae Ramos Granados
Mariel Abad Vergara
Liz Cachi Delgado
Valentina Hernández Bernos
Nayeli Peña Asenjo
María José Sardón Barrios

Cursos & Capacitaciones
Daniela Baca Ordoñez
Vasco Navarro Toledo
Luis Pebe Muñoz

Desarrollo Social
Gabriel Bravo Taquía
Romina Ñaña Ramos

Financiamiento
Grecia Moreyra Arias
Pedro Vicente Aliaga

Imagen Institucional
Ana Lucía Campos Camargo
Daphne Friedman Flores
Mairet Casamayor Moreno

Publicaciones
Wandha Pichardo Yupanqui
Gabriel Díaz Málaga
Andrea Palacios Zárate

Recursos Humanos
Flavia Bravo Bermeo
Juan Andrés Carrera
Sebastián Vizcarra Montero

Seminarios
Andrea Apolín Vargas
Dania Baldeón Miranda
Daniela Chávez Málaga
Mauricio Ferradas Vásquez

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde 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 THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
www.themis.pe

THĒMIS - Revista de Derecho 83

Editor General
Danae Ramos Granados, 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
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 Saccoccio, 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 Belaúnde 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
Maria José Sardón Barrios, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Miguel Garcés Gutiérrez, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.
Valentina Hernández Bernos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ignacio Tovar Otero, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Nayeli Peña Asenjo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Nicolás Cabrera Súmar, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Jimena Paredes Tintaya, 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 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 y vLex. 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.

ÍNDICE 83

TEMA CENTRAL: Propiedad y Derecho Inmobiliario

Derecho de Propiedad

Jorge Reátegui Pilco y María José Vizcarra Pasapera 15
Límites legales al derecho de propiedad: A propósito de los Bonos Edificatorios y construcciones sostenibles
Legal limits to the right to property: about building bonds and sustainable construction

Marco Antonio Villota Cerna 27
La inscripción de la compraventa e hipoteca sobre bienes futuros en el mercado inmobiliario: ¿bienes presentes o futuros?
The registration of the purchase and mortgage on future assets in the real estate market: present or future assets?

Guillermo José Arribas Irazola 49
Redimensionando la propiedad en el Perú
Resizing property ownership in Peru

Alfredo Chan y Roberto Gutiérrez 63
La Torre de Babel: Apuntes prácticos sobre reglamentos de propiedad horizontal en los proyectos de uso mixto
The Tower of Babel: Practical notes on horizontal property regulations in mixed-use projects

Ciro Vladimir Ortega Mejía 75
El principio de fe pública registral hoy: ¿todavía existe?
The principle of public faith in the registry today: does it still exist?

Derecho Urbanístico

Cristina Argelich Comelles 107
La nueva Ley por el derecho a la vivienda de España en el contexto europeo: Debilidades y fortalezas
The new law for the right to housing in Spain in the European context: Strengths and weaknesses

Carla Navarro y Guadalupe Díaz 121
El derecho de acceso a la vivienda en Lima Metropolitana a propósito de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y el Proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social
The right of access to housing in metropolitan Lima regarding Law 31313, Lay of Sustainable Urban Development and the Draft Regulation on Social Housing

José Antonio Cerrón Valdivia 139
El impacto de las potestades urbanísticas del Estado en el sector inmobiliario y su repercusión sobre los derechos fundamentales
The impact of the state´s urban planning powers in the real estate sector and its repercussions on fundamental right

Andrés Devoto Ykeho, Domingo Alejandro Torero Gamero, Fiorella Paizamán Sotelo y Ximena Vilchez Vargas 159
Los parámetros urbanísticos y edificatorios de la Vivienda de Interés Social en Lima Metropolitana: Zonificación exclusionaria y vulneración del derecho a la vivienda
Zoning code of Social Housing in Metropolitan Lima: Exclusionary zoning and infringement of the right to housing

Conflictos Inmobiliarios

Carlos Alberto Sanchez Coronado 185
Tutela de la propiedad inmueble en casos de doble inmatriculación
Guardianship of real property in cases of double registration

Héctor Enrique Lama More 203
El efecto del emplazamiento judicial al poseedor en la usucapión
The effect of the court summons on the possessor in the usucapion

Angela Salazar López 215
Duplicidad de Partidas Registrales Prediales en los Registros Públicos: ¿Qué se puede hacer frente a ellas y cuáles son los mecanismos de solución?
Duplicity of Land Registry Entries: What can be done about them and what are the mechanisms to solve them?

Operaciones y Adquisiciones Inmobiliarias

Sergio García Long 229
M&A Inmobiliario
Real Estate M&A

Gerson Barboza De Las Casas 247
El fideicomiso comunitario de tierras como instrumento útil para la generación de vivienda asequible en Perú: retos, potenciales objeciones y oportunidades
The community land trust model as a useful tool for affordable housing in Peru: Challenges, potential objections, and opportunities

Angello Rivera Domínguez 269
Razonable inversión: el saneamiento legal como mecanismo para incrementar el valor de los predios urbanos
Reasonable investment: the legal sanitation as a mechanism for increasing the value of urban properties

Julio Baltazar Durand Carrión 281
El deber de idoneidad y su alcance normativo en la contratación inmobiliaria, una mirada garantista a los derechos de los consumidores
The duty of suitability and its regulatory scope in real estate contracting, a look at the rights of the consumer

Mónica Jeanette Arteaga Reátegui 303
El fol del bancomo como intermediario financiero para la adquisición de inmuebles dentro del marco de desarrollo de proyectos inmobiliarios
The bank´s role as financial intermediary for the acquisition of real estate within the framework of real estate project development

MESA REDONDA

Héctor Enrique Lama, Rómulo Moisés Arata, Raúl Ravina, Gilberto Mendoza, Luis Felipe del Risco y Guillermo José Arribas 321
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
Round Table: The transfer of real estate in Peru, articles 1135 and 2014 of the Civil Code regarding the acquisition through non-domino parties

MISCELÁNEAS

Gilberto Mendoza Del Maestro 337
Los derechos de preferencia (vorzugrecht) a propósito del conflicto de derechos de transmisión entre la FPF y algunos clubes de fútbol
Preferential rights (vorzugsrecht) regarding the broadcasting rights dispute between the FPF and some soccer clubs

Félix Franciso Morales Luna 353
El Derecho y la necesidad de su dimensión procedimental
Law and the importance of its formal dimension

Alberto Cairampoma Arroyo 369
Los procesos de liberalización y privatización de los servicios públicos económicos en el Perú
The processes of liberalization and privatization of public economic services in Peru

Gerardo Soto Carrillo 389
El uso de infraestructura de electricidad por empresas de telecomunicaciones
The use of electricity infrastructure by telecommunications companies

Ricardo Elías Puelles 413
El delito de hacking o acceso ilícito a sistemas informáticos
Hacking offences or illegal Access to computer system

Coordinador General

Francisco Avendaño

Francisco se graduó como abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y obtuvo su LLM en la Universidad de Boston. Es profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y ha sido profesor visitante en la Universidad de Estocolmo. Dicta regularmente charlas y conferencias de su especialidad y es profesor en diversos diplomados y maestrías. Es autor de numerosos libros y artículos de derecho. Fue becario de la Comisión Fulbright.

Ha participado en todo tipo de operaciones inmobiliarias. Desde la compra de inmuebles para aeropuertos, el saneamiento de predios de propiedad de universidades, empresas mineras, de energía y de telecomunicaciones, el desarrollo de centros comerciales y proyectos de viviendas y comercio, hasta la defensa judicial de importantes patrimonios inmobiliarios.

Es miembro de diversas revistas de derecho y comités consultivos. Es árbitro de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro del Comité de Inversiones del Fondo Inmobiliario Credicorp Capital.

Francisco received his law degree from Pontificia Universidad Católica del Perú and his LLM from Boston University. He is a senior lecturer at the Pontificia Universidad Católica del Perú and has been a visiting professor at Stockholm University. He regularly gives lectures and conferences in his specialty and teaches in several diploma and master's programs. He is the author of numerous books and articles on law. He is a former Fulbright Scholar.

He has participated in all types of real estate transactions. He has been involved in all types of real estate transactions, from the purchase of real estate for airports, to the reorganization of properties owned by universities, mining, energy and telecommunications companies, the development of shopping centers and housing and commercial projects, to the legal defense of important real estate assets.

He is a member of several law reviews and advisory committees. He is arbitrator of the Arbitration Centers of the Lima Chamber of Commerce and the Pontificia Universidad Católica del Perú and member of the Investment Committee of Credicorp Capital Real Estate Fund.

Asesor Temático

Luis Felipe Del Risco

Luis Felipe es bachiller en Derecho y se graduó como abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Junto con las labores propias del área inmobiliaria, también se ocupa de la asesoría empresarial en asuntos civiles y comerciales, siendo consejero legal permanente en el planeamiento, celebración y ejecución de diversos negocios jurídicos de nuestros clientes, según la actividad de la que se trate. En esta tarea, se ha desempeñado como asesor legal de diversas empresas de construcción, de hidrocarburos, de telecomunicaciones y de transacciones digitales, a la par de prestar asesoría constante a empresas desarrolladoras y administradoras de activos inmobiliarios multiformato.

En cuanto al Derecho Público, Luis Felipe es consultor de diferentes entidades estatales, en asuntos vinculados con propiedad pública y la relación del Estado con las titularidades privadas. En este rol, ha brindado diversas opiniones legales para la ejecución de grandes proyectos de infraestructura nacional.

Luis Felipe holds a law degree from Pontificia Universidad Católica del Perú. In addition to his work in the real estate area, he also provides legal advice in civil and commercial matters, being permanent legal counsel in the planning, conclusion, and execution of various legal transactions. In this task, he has served as legal advisor to various construction, hydrocarbons, telecommunications, and digital transactions companies, as well as providing ongoing advice to developers and managers of multi-format real estate assets.

Regarding Public Law, Luis Felipe is a consultant to different state entities, in matters related to public property and the relationship of the State with private ownership. In this role, he has provided several legal opinions for the execution of large national infrastructure projects.

PROPIEDAD
Y DERECHO INMOBILIARIO

10.18800/themis.202301.001

LÍMITES LEGALES AL DERECHO DE PROPIEDAD: A PROPÓSITO DE LOS BONOS EDIFICATORIOS Y CONSTRUCCIONES SOSTENIBLES

LEGAL LIMITS TO THE RIGHT TO PROPERTY: ABOUT BUILDING BONDS AND SUSTAINABLE CONSTRUCTION

Jorge Reátegui Pilco*
Hernández & Cía. Abogados

María José Vizcarra Pasapera**
Exmiembro de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The property right is not absolute. Issues of national interest such as the conservation of the National Cultural Heritage can limit it. Based on this, this article deals with those benefits that property owners may have, through building bonds granted in their favor, in order to maintain their value. Thus, said bonds recognize the building right of the owner of the property, so that he/she can build additional square meters in another area within the district where the bond was granted.

These building bonds also apply to sustainable buildings to promote their development within the same district. The article develops the concept and types of building bonds, their implications, the need for their application, and criticisms of said regulation.

Keywords: Legal limits; construction rights; certificate of construction rights; transfer of heights; microzones of urban value; axes of urban development potential; additional building height; building bonds; sustainable constructions.

El derecho de propiedad no es absoluto. Cuestiones de interés nacional como la conservación del Patrimonio Cultural de la Nación pueden limitarlo. Este artículo trata, a partir de ello, de aquellos beneficios que los titulares de predios puedan tener, por medio de bonos edificatorios concedidos a su favor, con el fin de mantenerlos en valor. Así, dichos bonos reconocen el derecho de edificación del propietario del inmueble, para que pueda construir metros cuadrados adicionales en otra zona dentro del distrito en donde se otorgó el bono.

Estos bonos edificatorios también se aplican a edificios sostenibles para promover su desarrollo dentro del mismo distrito. El artículo desarrolla el concepto y los tipos de bonos edificatorios, sus implicancias, la necesidad de su aplicación y las críticas de dicha regulación.

Palabras clave: Límites legales; derechos edificatorios; certificado de derechos edificatorios; transferencia de alturas, microzonas de valor urbanístico; ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano; altura adicional de edificación; bonos edificatorios; construcciones sostenibles.

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Minnesota. Profesor de Derechos Reales y Garantías en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Hernández & Cía. Abogados (Lima, Perú). Contacto: jreategui@ehernandez.com.pe

** Abogada. Especializada en derecho Civil e Inmobiliario. Contacto: mjvizcarrap@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 8 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 29 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES: DERECHOS DE PROPIEDAD Y RESPUESTA LEGAL FRENTE A LÍMITES DE SU EJERCICIO

El derecho de propiedad se encuentra regulado en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú:

> Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (1993).

De la lectura de dicho artículo, se desprende que, si bien el derecho de propiedad otorga la facultad de disposición, uso y disfrute de un bien a su propietario, este derecho solo puede ser ejercido dentro de límites legales impuestos por la normativa vigente. Así, se tiene que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto. En dicha línea, el artículo 923 del Código Civil Peruano establece que 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).

Ahora, si bien es cierto la expropiación forzosa junto a las restricciones a la adquisición de derechos de propiedad y posesión en zona de frontera se constituyen como los límites máximos al ejercicio del derecho de propiedad regulados en la Constitución, existen también otros límites legales al derecho de propiedad, tales como los llamados derechos edificatorios.

La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, establece en su artículo 16 que:

> Artículo 16.- El derecho a edificar consiste en la posibilidad de disponer del potencial edificatorio de la propiedad predial que se encuentra generado, regulado y limitado por la normativa urbanística y edificatoria, las normas que regulan la condición de Patrimonio Cultural de la Nación y las demás que se establezcan por leyes especiales. En el ámbito local, se establece en los Planes de Desarrollo Urbano y sus instrumentos de planificación urbana derivados. Se ejerce conforme a la autorización otorgada por los Gobiernos locales (2021).

Así, se desprende que el derecho a edificar; es decir, el derecho de construir una edificación en un área sobre la que se ejerce una titularidad debe ser ejecutada dentro de los límites legales establecidos por Planes de Desarrollo Urbano (PDU), tales como zonificación, parámetros urbanísticos, índices de uso, retiros municipales, alturas máximas permitidas, entre otros. Lo anterior supone que, a modo de ejemplo, el propietario de un inmueble ubicado en zonificación residencial no podría construir una fábrica de textiles dado que la zonificación no sería compatible; que no podría darle un uso al inmueble no permitido según los índices de uso, tal como elaboración de productos farmacéuticos, ni que podría construir una mayor altura a la establecida en los parámetros urbanísticos.

Del mismo modo, así como se tienen límites legales al derecho edificatorio por aspectos relacionados a parámetros urbanísticos y zonificación, también se tienen límites legales aplicables a inmuebles declarados como Patrimonio Cultural de la Nación. El Ministerio de Cultura señala que el Patrimonio Cultural del Perú:

> Está constituido por todos los bienes materiales e inmateriales que, por su valor histórico, arqueológico, artístico, arquitectónico, paleontológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico tienen una importancia relevante para la identidad y permanencia de la nación a través del tiempo. Es por todo esto que dichos bienes requieren de una protección y defensa especiales, de manera que puedan ser disfrutados, valorados y aprovechados adecuadamente por todos los ciudadanos y transmitidos de la mejor manera posible a nuestras futuras generaciones (s.f.).

De la necesidad de protección y defensa especial del Patrimonio Cultural de la Nación, tal como casonas virreinales o de la época republicana, es que se crean los denominados bonos edificatorios.

A. Bonos edificatorios

El distrito de Miraflores ha sido uno de los primeros en implementar dichos bonos edificatorios a través de la entrada en vigencia de las Ordenanzas Municipales 387-MM y 401-MM. Así, los bonos edificatorios son certificados que otorga la Municipalidad del distrito a los propietarios de inmuebles conformantes del Patrimonio Cultural de la Nación o de inmuebles ubicados en Microzonas de Valor Urbanístico (MVU), en los cuales se reconoce los derechos edificatorios que pueden tener sus titulares sobre dichos inmuebles. Puede ser el caso, por ejemplo, de una 'casona' con valor patrimonial que la Municipalidad desea conservar como tal y que cuenta actualmente con dos pisos construidos

(aunque según parámetros urbanísticos, con posibilidad de edificarse cinco pisos más).

En este caso, la Municipalidad otorga un certificado por los metros cuadrados que el propietario de dicho inmueble deja de construir a fin de preservar su patrimonialidad, ornamento y cualidades arquitectónicas. Dichos metros cuadrados equivalen a aquellos comprendidos en los cinco pisos adicionales que éste, en el máximo aprovechamiento de su capacidad edificatoria, podría construir. Este derecho edificatorio otorgado a través del bono edificatorio es transferible y podrá aplicarse a otras zonas del distrito; es decir, podrá ser utilizado dentro de dicha jurisdicción para que el titular del bono edificatorio, en un proyecto distinto, construya pisos adicionales a los permitidos en dicha zona, por sobre los parámetros urbanísticos aprobados.

Así, siendo los certificados derechos edificatorios que se otorgan a favor de un titular, no cabe duda que estaríamos frente a derechos sobre inmuebles[1] y, como tales, susceptibles de inscripción en los Registros Públicos.

Figura 1: Certificado de Derechos Edificatorios

MUNICIPALIDAD DE MIRAFLORES
GERENCIA DE DESARROLLO URBANO Y MEDIO AMBIENTE

CERTIFICADO DE DERECHOS EDIFICATORIOS
N° 017 - 2014 - GDUMA / MM

TITULAR : CESAR AUGUSTO FALCONI SUAREZ
DNI : 07849833

Dirección Predio Generador : Av. Arequipa N° 4275 - Miraflores
Código Catastral : 0131017
Categorización del Predio Generador : Patrimonio Cultural Inmueble (RDN N° 563/INC-2007, rectificada con RDN N° 1118/INC-2009)

DERECHO EDIFICATORIO : 671.38 m2 (seiscientos setenta y uno con treinta y ocho centésimas de metro cuadrado)
ANTECEDENTE : Certificado de Derechos Edificatorios N° 004-2014-GDUMA/MM emitido el 17/07/2014

Tipo de Emisión : Canje por división de metraje consignado.
Fecha de Emisión : 12 de agosto de 2014

DAVID FERNANDO ALBUJAR MESTA
SUBGERENTE DE CATASTRO

CARLOS RAMÍREZ ALZAMORA MUÑIZ
GERENTE DE DESARROLLO URBANO Y MEDIO AMBIENTE

EXPEDIENTE N° 4340 - 2013

CONDICIONANTES:

CONSIDERACIONES GENERALES:

BASE LEGAL:

Fuente: Municipalidad de Miraflores (2014)

B. Edificaciones sostenibles

Ahora bien, este beneficio que otorgan las municipalidades a través del bono edificatorio es aplicable tanto para la conservación del Patrimonio Cultural de la Nación como para las edificaciones sostenibles. Así, también en el distrito de Miraflores, se han emitido ordenanzas municipales que regulan los criterios técnicos y que establecen incentivos respecto a los cuales los titulares de proyectos de edificaciones sostenibles pueden acceder. De esta manera, las edificaciones sostenibles son definidas por la Ordenanza 581-MM como:

> Artículo 4.6.- Edificación diseñada y construida para que mejore su rendimiento ambiental, incremente su valor económico y desarrolle un ambiente interior saludable, aumentando la satisfacción, por ende, la productividad de sus ocupantes. Es un componente para lograr un desarrollo urbano sostenible (2021).

Así, la Municipalidad, dentro de los incentivos otorgados a los titulares de los proyectos de edificaciones sostenibles, otorga los denominados Certificados de Promoción de Edificaciones Sostenibles (en adelante, CEPRES), en los que se determinan los metros cuadrados que el titular del proyecto podrá utilizar o transferir a favor de terceros para ser aplicados en otras edificaciones sostenibles.

De lo anterior se desprende que, si bien el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, las municipalidades en muchos casos otorgan incentivos y beneficios a los propietarios de los bienes inmuebles que encuentran límites a sus derechos edificatorios, ya sea por sus cualidades arquitectónicas, posibilidades constructivas o ubicación.

[1] Artículo 885.- Son inmuebles: […]
10) Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro (1984).

II. LÍMITES AL DERECHO DE PROPIEDAD

> Si hablamos del derecho de propiedad como derecho absoluto, cualquier limitación sería violación de ese derecho. Si hablamos de un derecho relativo al interés social, las limitaciones están destinadas a realizar ese principio, a obtener la utilidad del bien dentro del ejercicio normal del derecho. Las limitaciones están destinadas a realizar el interés social obteniendo la utilidad del bien dentro del ejercicio normal del derecho. Las limitaciones a las que se conocen también como restricciones reducen el poder del dueño sobre un bien (Palacios Castillo, 2006, p. 54).

En esa misma línea, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, toda vez que existen limitaciones a este a fin de ejercerlo en armonía con el bien común[2].

Así, las limitaciones del orden público son "aquellas que se ejercitan en atención a los intereses sociales, en los que están comprometidos la subsistencia y el desarrollo social" (Palacios Castillo, 2006, p. 54). Estas limitaciones tienen carácter general, en tanto su efecto es aplicable a todos los que va dirigida.

Particularmente, en el ámbito regulatorio, las limitaciones que pueden establecer las municipalidades al derecho de propiedad se encuentran reguladas en el artículo 88 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades: corresponde a las Municipalidades Provinciales y Distritales dentro del territorio de su jurisdicción velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común (2003). De igual manera, el artículo 29 de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece que, en concordancia con las competencias y funciones establecidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, les corresponde a estas:

> Artículo 29.1.- b) Dictar las medidas administrativas necesarias para la protección, conservación y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de su localidad, en concordancia con la legislación sobre la materia y las disposiciones que dicten los organismos a que se refiere el artículo 19[3] de esta Ley (2004).

En esa línea, en un caso en el cual un concejo municipal –dentro de sus facultades– ordenó la demolición de una obra por no obtener la licencia de edificación correspondiente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 7060-2006-PA/TC, se pronunció indicando:

> El derecho de propiedad si bien es un derecho fundamental de toda persona, no faculta a ninguna a desconocer las atribuciones que la Ley de Municipalidades y otras leyes que reconocen a los municipios como personas jurídicas de derecho público llamadas a ordenar la vida social dentro de su respectivo territorio (2007).

Así, Gilberto Mendoza del Maestro señala que las restricciones al derecho de propiedad deben ser (i) establecidas por norma con rango de ley; (ii) necesarias; (iii) proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (2013).

Si bien es cierto que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y que este se encuentra sujeto a limitaciones, también es cierto que, con el fin de preservar dicho derecho, las municipalidades otorgan beneficios o incentivos a los titulares de bienes inmuebles cuyos derechos de propiedad se encuentran limitados, a fin de proteger el orden público. Un ejemplo de ello son los llamados Derechos Adicionales de Edificación Transferibles (en adelante, DAET).

La naturaleza de los DAET se encuentra regulada en el Título VII del Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible. Estos son definidos en el artículo 125 del mismo como:

> Artículo 125.- El instrumento de gestión urbanística que consiste en el traslado del potencial derecho de edificación del sobresuelo urbano de un predio ubicado en una Zona Generadora[4], a otro predio ubicado en una Zona Receptora[5], el cual puede ser propio o de terceros,

---

2 Derogando toda referencia a interés social, como la señalada en el artículo 923 del Código Civil.

3 Artículo 19.- Organismos competentes:

> El Instituto Nacional de Cultura, la Biblioteca Nacional y el Archivo General de la Nación, están encargados de la identificación, inventario, inscripción, registro, investigación, protección, conservación, difusión y promoción de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación de su competencia (2004).

4 Artículo 101.1.13.- Zona Generadora de DAET: Área de protección, conservación y/o preservación por contener predios que por sus condiciones especiales tienen limitaciones urbanísticas que no permiten su aprovechamiento (2016).

5 Artículo 101.1.14.-

> Zona Receptora de DAET: Es el área planificada para la recepción de los DAET, para lo cual debe estar dotada de servicios básicos y complementarios y equipamientos urbanos suficientes. Estas zonas corresponden a predios localizados con frente a vías primarias o en zonas identificadas para desarrollos urbanísticos (2016).

> sin pérdida total del derecho de propiedad del suelo y subsuelo urbano en los que se asienta el predio emisor (2016).

Dentro de los objetivos de los DAET, de acuerdo al artículo 126 de la misma norma, se encuentran: (i) proteger y conservar las zonas monumentales y centros históricos; y, (ii) promover la aplicación del Código Técnico de Construcción sostenible, en las edificaciones (2016).

Así, los Planes de Desarrollo Urbano de cada municipalidad establecen las zonas generadoras y receptoras de DAET, las cuales, de ordinario, son predios ubicados frente a vías primarias o metropolitanas. En ese sentido, si el titular de un predio ubicado en una zona generadora que se pretende conservar como tal, al final del día, no edificará una altura mayor a la existente, la municipalidad provincial o distrital (de acuerdo a la jurisdicción) reconoce los derechos adicionales de edificación y emite el Certificado de Derechos Adicionales de Edificación Transferibles (en adelante, CDAET) a fin de ser aplicados en un predio receptor. Ahora bien, si el predio es calificado como construcción sostenible y se encuentra ubicado en una zona generadora, se emitirá el CDAET en calidad de incentivo, el cual debe ser aplicado en dicha construcción sostenible.

Según el artículo 129 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial, los CDAET pueden ser transferibles a título gratuito u oneroso, pueden ser fraccionados a fin de ser utilizados en más de un predio receptor hasta agotar el derecho de edificación, tienen una vigencia de diez años y deben ser inscritos en la partida registral del inmueble en el rubro de 'cargas y gravámenes'.

III. BONOS EDIFICATORIOS: ANÁLISIS DE LAS ORDENANZAS 387-MM Y 401-MM

A. Ordenanza 387-MM

La promulgación de la Ordenanza 387-MM se sustenta en la autonomía otorgada a los gobiernos locales mediante la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades. Así, se desprende que en mérito a dicha autonomía les corresponde promover el mantenimiento y conservación de las áreas con valor patrimonial, tales como Microzonas de Valor Urbanístico y Patrimonio Cultural de la Nación (en adelante, Zonas de Valor). Las Zonas de Valor son definidas como:

> Artículo 3.1.- áreas identificadas con edificaciones con características predominantemente homogéneas en el tratamiento de sus fachadas, volumetría, perfil urbano, tipología y/o estilo arquitectónico, declaradas o no por el Ministerio de Cultura como bienes culturales inmuebles, que conforman espacios o subespacios organizados por ejes, con valor de conjunto apreciable desde el ámbito público y que tienen un régimen especial de conservación y desarrollo (2012).

Es como consecuencia de dicho deber de preservación que la Municipalidad emite la Ordenanza 387-MM, a fin de establecer un régimen de transferencia de alturas para que los propietarios de los inmuebles de conservación puedan trasladar el derecho edificatorio de altura no construida a favor de predios ubicados en la misma jurisdicción, dentro de los Ejes de Aprovechamiento del Potencial de Desarrollo Urbano (en adelante, Ejes). Así, los Ejes son áreas donde se ubican predios con características adecuadas, tales como secciones viales, flujos peatonales y vehiculares, equipamiento urbano, entre otros, que las hacen apropiadas para densificación inmobiliaria.

La finalidad de la Ordenanza 387-MM es regular los alcances para la transferencia de alturas denominadas 'Altura Adicional de Edificación', la cual es la altura hasta la cual se puede edificar en los inmuebles ubicados en los Ejes por encima de la altura máxima normativa establecida en ordenanzas provinciales (en este caso, ordenanzas de la Municipalidad Metropolitana de Lima). Esto tiene como finalidad que los titulares de los predios ubicados dentro de las Zonas de Valor utilicen la Altura Adicional de Edificación, o los transfieran a favor de terceros a fin de que se aplique en predios ubicados en los Ejes.

De otro lado, la Municipalidad de Miraflores también ha establecido límites legales (o condiciones, si cabe la expresión) a la transferencia de alturas. En el artículo 11 de la Ordenanza 387 se establece que el propietario del predio ubicado en las Zonas de Valor: deberá obligatoriamente destinar un porcentaje de los recursos obtenidos de la operación de transferencia de alturas adicionales de edificación para la conservación de dicho inmueble (2012).

Asimismo, también se establece que los predios ubicados en Zonas de Valor no podrán ser demolidos totalmente y que únicamente se permitirá obras de remodelación y ampliación. En ese sentido, si bien se limitan los derechos edificatorios de los propietarios respectivos, ello se compensa con los incentivos otorgados a través de los bonos edificatorios.

B. Ordenanza 401-MM

Mientras que la Ordenanza 387 regula los aspectos generales para la transferencia de alturas, la

Ordenanza 401-MM establece las disposiciones que regulan la aplicación de la Ordenanza 387-MM, tales como los requisitos para el inicio del trámite, el procedimiento y los límites legales aplicables. A fin que el propietario del predio ubicado en la Zona de Valor pueda acogerse a los beneficios de transferencia de alturas, será la Municipalidad la que realice una inspección técnica en el predio.

Mediante la inspección técnica se precisa el área edificable máxima por piso del predio materia de evaluación, para luego determinar el área correspondiente a los derechos edificatorios por reconocerse. Esto último se obtiene mediante una fórmula que calcula el área del predio construido, deduciendo el área máxima edificable. Luego de dicha evaluación, la Municipalidad emite la resolución que declara procedente la solicitud para que, en consecuencia, se emita el Certificado de Derechos Edificatorios (en adelante, Certificado) y proyecte el decreto de alcaldía correspondiente. En dicho acto, se deben establecer las limitaciones y restricciones al predio, así como las recomendaciones para su conservación y la determinación de los derechos edificatorios. Una vez emitido, el propietario del predio tiene la obligación de inscribir en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) la carga técnica que establece que se deberá cumplir con las limitaciones y restricciones referidas a la demolición, ampliación o remodelación de las áreas intangibles del predio, así como las reglas para su conservación.

Figura 2: Asiento Registral de Inscripción de Carga Técnica Registral

sunarp

ZONA REGISTRAL Nº IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
Nº Partida: 41874422

INSCRIPCION DE REGISTRO DE PREDIOS
CASA CON INGRESO AVENIDA AREQUIPA NUMERO 4265 - 4275
MIRAFLORES

REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE
RUBRO : GRAVAMENES Y CARGAS
D00001

CARGA TECNICA: Mediante Resolución de Alcaldía Nº007-2013/MM del 30/09/2013, se **DECRETA**: ***Articulo Primero.-*** *Disponer que los propietarios del predio ubicado en la Av. Arequipa Nº4275, Miraflores, deben ponerlo en valor y conservarlo conforme se establece en las recomendaciones comprendidas en los considerandos de la Resolucion Nº098-2013-SGCA-GDUMA/MM de fecha 28/08/2013.* ***Articulo Segundo.-*** *Establecer que los propietarios deberán cumplir las limitaciones y restricciones referidas a la demolición, ampliación y/o remodelación de las áreas intangibles del predio ubicado en la Av. Arequipa Nº4275, conforme se establece en los considerandos de la Resolucion Nº098-2013-SGCA-GDUMA/MM de fecha 28/08/2013.* El titulo fue presentado el 20/03/2014 a las 02:12:44 PM horas, bajo el Nº 2014-00281938 del Tomo Diario 0492. Derechos cobrados S/.41.00 nuevos soles con Recibo(s) Número(s) 00001872-15.- LIMA, 06 de Mayo de 2014.

Fuente: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (2015).

De esta manera, el Certificado se otorga una vez inscrita la carga técnica registral en los Registros Públicos. Ellos tienen la misma naturaleza que los CDAET regulados en el Reglamento de Acondicionamiento Territorial.

La regulación de los Certificados no es nueva, tiene antecedentes en legislación comparada En efecto, el artículo 473 del Decreto Distrital 619, Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá D.C, establece que la Administración Distrital, a través de la Secretaría de Hacienda, podrá emitir, colocar y mantener en circulación, los títulos valores representativos de derechos de construcción y desarrollo (2000). Sin embargo, a diferencia de la Ordenanza 401-MM, en el caso colombiano la finalidad es proteger principalmente la flora y fauna de la ciudad.

Retomando el análisis de la Ordenanza 401-MM, tenemos que el Certificado, tal como establece el artículo 9, es transferible en los siguientes términos: puede transmitirse de persona a persona natural o jurídica a título oneroso, a título gratuito o por herencia; es negociable, en la medida en que puede ser materia de compraventa a precio o valor de mercado; es divisible, pues el contenido del Certificado de Derechos Edificatorios se puede fraccionar y puede utilizarse en más de un predio receptor hasta agotarse el derecho edificatorio otorgado; y es endosable dado que puede transferirse a otras personas naturales o jurídicas haciéndolo constar al dorso (2013). Sin embargo, a fin de ejecutar una obra nueva o una ampliación en un predio ubicado en los Ejes, tanto el titular del predio ubicado en la Zona de Valor, como el titular del predio ubicado en los Ejes deberán presentar una declaración jurada acreditando el compromiso de conservación del predio generador de derechos, a fin de aplicar los derechos edificatorios otorgados por el Certificado.

Asimismo, el Certificado no tiene fecha de caducidad: este se puede utilizar hasta que se hayan aplicado los derechos edificatorios de altura adi-

cional en uno o varios predios receptores. Así, el titular del Certificado puede fraccionarlo, ya sea por áreas determinadas o por titulares distintos. Por ello, el Certificado caduca una vez que se haya hecho uso de la totalidad de los metros cuadrados de altura adicional que el mismo otorga. En el caso colombiano, por ejemplo, se emiten dichos certificados hace más de veinte años, y no ha habido normativa posterior que inhabilite su otorgamiento, por lo que en la práctica, debiese cumplir con su finalidad de preservación.

Por otra parte, en los casos en que el titular del Certificado opte por vender, ceder, donar u ejercer algún otro tipo de transferencia sobre el mismo, se tiene la obligación de consignar en el contrato de transferencia una cláusula de establecer que un porcentaje de la contraprestación recibida deberá ser utilizada para la conservación del predio ubicado en Zonas de Valor. Ni la Ordenanza 387-MM ni la Ordenanza 401-MM establecen cuál es el porcentaje de la contraprestación que deberá ser utilizado para la conservación del predio, por lo que dicho monto será discrecional a criterio de la Municipalidad y, sobre todo, de la voluntad de las partes. Para determinar ello se deberá tener en consideración el principio administrativo de razonabilidad contenido en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Procedimiento Administrativo General[6].

Figura 3: Extracto de Contrato de Compraventa de Derechos Edificatorios

3.5 CONFORME LO ESTABLECE EL ARTÍCULO 17º DE LA ORDENANZA Nº 401/MM, LOS VENDEDORES SE OBLIGAN A UTILIZAR UN PORCENTAJE DE LA CONTRAPRESTACIÓN (PRECIO) RECIBIDA PARA DESTINARLA A LA PUESTA EN VALOR DE SU PREDIO. ==========

Importante señalar que el mismo marco legal ha creado reglas de juego que permiten conectar el proceso constructivo del predio beneficiado con el bono edificatorio con el deber de conservación de aquel ubicado en las Zonas de Valor: a fin de obtener la conformidad de obra del predio receptor de derechos edificatorios, se deberá acreditar el cumplimiento de la puesta en valor del predio ubicado en Zonas de Valor; esto es, que se haya cumplido con la conservación del predio a través de obras de mantenimiento, remodelación o refacción. La inobservancia de cualquiera de las restricciones o limitaciones impuestas, así como el no cumplimiento de conservación del predio ubicado en Zonas de Valor tiene como consecuencias sanciones, en su mayoría, pecuniarias.

C. Edificaciones sostenibles: Análisis de las Ordenanzas 581-MM, 588-MM y 599-MM.

Al igual que las Ordenanzas 387-MM y 401-MM, las Ordenanzas 581-MM, 588-MM y 599-MM se sustentan en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, a fin de normar la organización físico espacial y uso del suelo y la regulación del otorgamiento de derechos y licencias. Sin embargo, también se sustenta en la Ley 28611, Ley General del Ambiente respecto al cumplimiento de una efectiva gestión ambiental y el Decreto Supremo 012-2009-MINAM que aprueba la Política Nacional del Ambiente relacionada a la promoción del desarrollo sostenible.

La finalidad de la Ordenanza 581-MM (modificada posteriormente por la Ordenanza 588-MM y la Ordenanza 599-MM), además de regular los criterios técnicos para la construcción de edificaciones sostenibles, es establecer los incentivos a los que los titulares de dichos proyectos podrán acceder, a fin de promover la construcción de edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores. Así, la Ordenanza 581-MM establece que el acogimiento de lo regulado en ella es libre y voluntario, siempre y cuando se asuma el compromiso de cumplir con los requerimientos y procedimientos establecidos en dicho marco normativo. Dentro de los incentivos que se tienen se encuentran: (i) incremento de área techada por construcción sostenible; (ii) incremento de área techada por uso público; (iii) reducción de área mínima por Unidad de Vivienda; y, (iv) reducción del número mínimo de estacionamientos. En adelante, vamos a referirnos a los elementos que hemos numerado como 'Incentivos'.

Para que una edificación sea considerada como sostenible y, por ende, se pueda acoger a los Incentivos regulados en las Ordenanzas señaladas, esta debe ser diseñada y construida a fin de mejorar su rendimiento ambiental, tal como contar con un sistema de eficiencia energética (reducción de

[6] Artículo IV, numeral 1.4.- Principio de razonabilidad:

> Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (2019).

la cantidad de energía utilizada) y un sistema de eficiencia hídrica (construcciones que conlleven a un uso racional del agua). Asimismo, que dicha edificación cuente, entre otros, con estacionamientos para bicicletas.

Así, cuando una edificación se reconoce como edificación sostenible, luego de aprobada la conformidad de obra[7] y emitidos los documentos de declaratoria de fábrica[8], a solicitud del titular de la edificación, se emite el CEPRES en el cual, según el artículo 7 de la Ordenanza, se determina la cantidad de metros cuadrados de área techada que se otorga como compensación e incentivo para promover la construcción de edificaciones sostenibles (2021). De la misma manera que los Certificados, los CEPRES son transferibles, negociables, divisibles y endosables.

Al igual que los Certificados, el titular del CEPRES puede utilizar en favor suyo o transferir a un tercero los derechos otorgados a través de dicho certificado para ser aplicados en otras edificaciones sostenibles. Sin embargo, la mayor diferencia entre los Certificados y los CEPRES es que estos últimos sí pueden ser utilizados en la edificación sostenible generadora de derechos. Esto tiene sentido pues la finalidad de los CEPRES es brindar los Incentivos a los titulares de proyectos edificatorios para ejecutar proyectos sostenibles, mientras que los Certificados tienen como fin la conservación de los predios ubicados en las Zonas de Valor; esto es, que se mantengan sin cambios estructurales o arquitectónicos. En esa línea, sólo si se utiliza parte de los Incentivos en la edificación sostenible generadora de derechos se emite el CEPRES, ya sea por el derecho de edificación restante (el no utilizado en el predio generador de derechos) o por la totalidad del derecho edificatorio.

Respecto a los Incentivos, aquel referido al incremento de área techada por uso público se aplicará obligatoriamente, pudiendo aplicarse los demás incentivos de forma opcional y a solicitud del propietario. Esto es así porque la finalidad principal de la norma es generar más espacios comunes de valor para los propietarios de la edificación. Así, el incremento de área techada por uso público se otorga como compensación por destinar de forma obligatoria el área del retiro normativo de uso privado, para el uso público irrestricto. Mediante el incremento de área techada por construcción sostenible, en cambio, se compensa la restricción del derecho a edificar en beneficio de construir por sobre la altura normativa. Por otra parte, los incentivos o beneficios de reducción del parámetro del área mínima por unidad de vivienda, y aquel referido a la reducción del número de estacionamientos a cambio de incrementar el número de estacionamientos para bicicletas, complementan de manera racional la lógica de las edificaciones sostenibles, en beneficio de la ciudad.

En términos reales, los CEPRES pueden brindar incentivos tales como un veinticinco por ciento (25%) adicional del área techada total de la edificación sostenible; una reducción del veinticinco (25%) del área mínima por unidad de vivienda y un veinticinco por ciento (25%) de reducción del número mínimo de estacionamientos para autos que serán reemplazados por un número igual de estacionamientos por bicicletas. Sin embargo, para que puedan acogerse a los Incentivos, estos proyectos deben cumplir con los siguientes criterios técnicos de diseño y construcción sostenible: (i) eficiencia energética y confort térmico; (ii) reducción del consumo de electricidad; (iii) ahorro de agua y reúso de aguas residuales domésticas tratadas; (iv) manejo de residuos en la construcción; v) retiros frontales sin cerramientos; (vi) segregación de residuos diferenciados; (vii) habilitación de retiros frontales; (viii) estacionamientos para bicicletas; y (ix) calidad ambiental interior, azotea verde, área verde y muro verde.

Al igual que en el caso de los beneficios otorgados para predios ubicados en Zonas de Valor, los titulares de las edificaciones sostenibles que se acogen a los Incentivos deberán consignar las condiciones de sostenibilidad de la edificación y sus implicancias en los contratos de compraventa u otras modalidades de transferencia de unidades inmobiliarias, tal como responsabilidades y obligaciones para el mantenimiento de las condiciones de sostenibilidad. Para hacerlos oponibles ante terceros, dichas condiciones podrán ser inscritas en la partida de los bienes materia de transferencia.

En caso no se cumpla lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ordenanza 581-MM, tal como modificar o vulnerar las condiciones de sostenibilidad aprobadas en el proceso de ejecución de

[7] Procedimiento administrativo realizado al final de la construcción que acredita el cumplimiento de los planos aprobados en la calificación para el otorgamiento de la licencia.

[8] La declaratoria de fábrica es la inscripción de una construcción en el Registro de Predios correspondiente, donde se consignan las características y condiciones técnicas de una obra. Al inscribir una declaratoria de fábrica, los Registros Públicos reconoce el carácter legal de una determinada construcción (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2018).

obras sin haber tramitado su aprobación antes de su ejecución (2021), el titular del proyecto de edificación sostenible se encuentra sujeto al inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) y la imposición de sanciones, contrapeso que consideramos necesario tal cual el caso de los Certificados.

D. Importancia de la regulación de los Bonos edificatorios

Como se puede advertir de lo descrito en numerales anteriores, los Bonos Edificatorios representan beneficios e incentivos para los propietarios de los predios que califican para dicho beneficio, a partir del límite al ejercicio del derecho de propiedad. Así, los Bonos Edificatorios promueven la inversión inmobiliaria al brindar a las edificaciones sostenibles la posibilidad de construir por sobre la altura límite establecida en los parámetros urbanísticos; permitiendo el desarrollo de un proyecto inmobiliario mayor y, por ende, mayores beneficios de los nuevos titulares de unidades inmobiliarias. Lo mismo sucede para los predios ubicados en Zonas de Valor.

Sin embargo, hay algunas municipalidades que no lo ven de tal manera y que incluso, han derogado ordenanzas que brindaban dichos beneficios. Un caso es la Municipalidad de Surco, que mediante la Ordenanza 672-MSS dispuso derogar las Ordenanzas 595-MSS, "Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco" y la Ordenanza 599-MSS "Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del distrito de Santiago de Surco conformante del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana".

La Ordenanza 672-MSS establece en sus considerandos como fundamento para la derogatoria de las Ordenanzas 595-MSS y 599-MSS que:

> El propiciar edificaciones con altura superior a la normativa no sólo significa avalar el crecimiento desordenado del distrito lo cual genera gran impacto en el perfil urbano, sino que se genere una problemática en la dotación de los servicios básicos, por la densificación (2023).

Asimismo, la misma Ordenanza establece en otro de los considerandos lo siguiente:

> Los administrados se han acogido a la aplicación de estos para la aprobación de sus proyectos y anteproyectos; verificándose que el perfil y consolidación urbana[9] está siendo alterado sustancialmente, debido a la variación de altura sin considerar la zonificación distrital (2023).

Sin embargo, no se tiene en consideración que el otorgar incentivos a los titulares de predios a través de la posibilidad de construir por sobre la altura permitida no tendría una incidencia en la consolidación urbana, en tanto dicha altura adicional no afectaría la dotación de servicios básicos, espacios públicos, equipamientos, ni otros similares puesto que el crecimiento de la ciudad sería de manera vertical, sin afectar los espacios disponibles de uso público (tales como parques, plazas, etc). Además, como en cualquier otro proyecto inmobiliario, la dotación de servicios básicos depende más de la factibilidad que el mismo se pueda brindar que de criterios de consolidación urbana. Recordemos, en adición a ello que, en el caso de proyectos con edificaciones sostenibles, la finalidad es contar con una dotación de servicios básicos ecológica.

Lo indicado en el párrafo anterior, tiene únicamente como consecuencia se desincentive el desarrollo de proyectos inmobiliarios, en perjuicio titulares de proyectos de edificaciones sostenibles y del colectivo en general. No es cierto, entonces, en la práctica, que el otorgamiento de los CEPRES tenga como consecuencia un crecimiento desordenado del distrito ni exista falta de consideración alguna a la zonificación distrital. A modo de ejemplo, la Ordenanza 595-MSS establecía

> Artículo 2.- n) el incremento en la altura de la edificación por efecto de los beneficios de la presente Ordenanza o por la suma de ellos, no será mayor de un (01) nivel para edificaciones frente a calles y jirones, dos (02) niveles frente a avenidas y lotes en esquina y de tres (03) niveles frente a avenidas metropolitanas (2022).

Es decir, la misma Ordenanza 595-MSS si bien otorgaba beneficios de incremento de altura, ello se encontraba regulado y delimitado dependiendo de la ubicación del predio generador de derechos, a fin de mantener el ornato y orden de la ciudad.

[9] Ley 31313, Artículo 33.- Clasificación:

> a) Suelo urbano consolidado: son las áreas urbanas que predominantemente poseen adecuada dotación de servicios, equipamientos, infraestructuras y espacio público, necesarios para un nivel de vida de calidad y sobre las que se requieren acciones de mantenimiento y gestión (2021).

Finalmente, importante señalar que si bien la Ley Orgánica de Municipalidades establece que son funciones exclusivas de las municipalidades provinciales el aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, también establece que las municipalidades distritales tienen funciones exclusivas sobre aprobar el plan urbano o rural distrital, según corresponda, con sujeción al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia, además de elaborar y mantener el catastro distrital (2023). En ese sentido, si bien las municipalidades provinciales se encargan de establecer los parámetros urbanísticos y edificatorios en el marco de una zonificación asignada a un zona específica, las municipalidades distritales se encargan de velar por el cumplimiento de dichos parámetros, emitiendo normativa que se adecúe a ellos y tomando como prioridad el mantenimiento del catastro.

En el caso de los Certificados, estos permitían al beneficiario construir por sobre la altura permitida de acuerdo a lo establecido en los planes de acondicionamiento territorial, a fin de preservar las Zonas de Valor, y por ende el catastro. Consideramos que esto no está reñido con las competencias asignadas a las municipalidades distritales. Además, en tanto los beneficiarios de los Bonos Edificatorios o de los Certificados son en realidad titulares de bienes perjudicados mediante los límites impuestos a su derecho de propiedad, consideramos idóneo, necesario y proporcional el otorgamiento de dichos beneficios a fin de compensar la vulneración a dicho derecho fundamental.

IV. CONCLUSIONES

Los límites al derecho de propiedad –amparados a nivel constitucional– suponen ciertas restricciones al uso, disfrute y disposición de un bien. Sin embargo, dichos límites son necesarios para que la facultad de disfrute de dicho derecho pueda ser ejercida en armonía con el interés público y el bien común.

Sin embargo, el Estado, por medio de los gobiernos locales, entiende que compensar dichos límites legales con el otorgamiento de beneficios e incentivos es beneficioso para el desarrollo de la inversión inmobiliaria, para los consumidores y, en general, para la ciudad.

En el caso de los Bonos Edificatorios, de naturaleza inmobiliaria, son válidamente transferibles a terceros y oponibles ante cualquier tercero, una vez inscritos en los Registros Públicos. Así, los propietarios de los inmuebles ubicados en Zonas de Valor o proyectos de edificaciones sostenibles tendrían incentivos, ya sea para la conservación del mismo o para la ejecución de proyectos sostenibles adicionales, en tanto los Bonos Edificatorios brindan la posibilidad de construir por sobre la altura permitida según los parámetros urbanísticos aprobados normativamente.

La principal diferencia entre los Certificados y los CEPRES es que los primeros no pueden ser aplicados en el mismo predio generador de derechos ya que lo que se busca fundamentalmente es su conservación, mediante obras de mantenimiento o refacción. En el caso de los CEPRES, en cambio, se busca incentivar el desarrollo de proyectos de edificaciones sostenibles, pudiendo estos ser utilizados tanto en el predio generador de derechos como en otros proyectos de edificaciones sostenibles a fin de promover su desarrollo, sin necesariamente estar atados a una finalidad de 'conservación'.

Sin perjuicio de obtener incentivos y beneficios, los titulares de los Certificados y los CEPRES se encuentran también sujetos a obligaciones, tales como el destinar un porcentaje de la contraprestación obtenida por su transferencia a un tercero al mantenimiento del predio generador de derechos, en el caso del primero, como a consignar las condiciones de sostenibilidad de la edificación y sus implicancias en los contratos de compraventa u otras modalidades de transferencia de unidades inmobiliarias, en el caso del segundo.

Por último, creemos que tanto Bonos Edificatorios como edificaciones sostenibles deben seguir siendo considerados dentro de nuestro marco legal o replicarse en varias otras circunscripciones a fin de incentivar el crecimiento de las ciudades. Esfuerzos que no vayan en esa dirección debieran, al menos, sostenerse en argumentos urbanísticos reales, a fin de no perjudicar el desarrollo de proyectos en beneficio de la ciudad y de los titulares de predios.

REFERENCIAS

Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro Jurídico*, (12), 107.

Ministerio de Cultura (s.f.). *¿Qué es Patrimonio Cultural?* https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF54A42EA8C6068B0525827A00781E61/$FILE/1manualqueespatrimonio.pdf

Municipalidad Distrital de Miraflores (s.f.). *Ecohogares*. Página Web de la Municipalidad Distrital

de Miraflores. https://www.miraflores.gob.pe/los-servicios/ambiental/ecohogares/

Oficina General de Comunicaciones de SUNARP (24 de enero de 2018). Sunarp te informa: ¿Qué es una declaratoria de fábrica? [Comunicado de prensa]. https://www.sunarp.gob.pe/PRENSA/inicio/file.axd?file=/2018/25012018-1.pdf

Palacios Castillo, E. (2006). Las Limitaciones al Derecho de Propiedad. *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, *8*(2), 54.

Top Management Construction Solutions (17 de junio de 2021). *Environmental assessment methods for buildings (LEED, BREEAM, HQE)*. Top Management Construction Solutions. https://topmgroup.com/environmental-assessment-methods-for-buildings-leed-breeam-hqe/#:~:text=BREEAM%20(Building%20Research%20Establishment%20Environmental,waste%2C%20ecology%20and%20management%20processes.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

D. 619, 28 de julio, 2000, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

D. 190, 22 de junio, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, de 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 012-2009-MINAM, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional del Ambiente, Diario Oficial *El Peruano*, de 23 de mayo de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de diciembre 2016 (Perú).

Ley 27287, Ley de Títulos Valores, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de junio de 2000 (Perú).

Ley Orgánica 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2003 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (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).

Ordenanza Municipal 387-MM, Ordenanza que constituye y regula microzonas de valor urbanístico y ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de julio de 2012 (Perú).

Ordenanza Municipal 401-MM, Ordenanza que establece disposiciones de aplicación a la Ordenanza N 387-MM que constituye y regula microzonas de valor urbanístico y ejes de aprovechamiento del potencial de desarrollo urbano en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano,* 13 de mayo de 2013 (Perú).

Ordenanza Municipal 581-MM, Ordenanza que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano,* 14 de diciembre de 2021 (Perú).

Ordenanza Municipal 588-MM, Ordenanza que modifica la Ordenanza N 581/MM, que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano,* 13 de mayo de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 599-MM, Ordenanza que modifica las Ordenanzas N 581-MM y 588-MM, que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano,* 28 de diciembre de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 595-MSS, Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco., Diario Oficial *El Peruano,* 28 de diciembre de 2022 (Perú).

Ordenanza Municipal 599-MSS, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del distrito de Santiago de Surco conformante del Área

de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, Diario Oficial *El Peruano,* 15 de mayo de 2019 (Perú).

Ordenanza Municipal 672-MSS, Ordenanza que deroga la Ordenanza N 595-MSS, Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco y la Ordenanza N 599-MSS, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del Distrito de Santiago de Surco Conformante del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, Diario Oficial *El Peruano,* 1 de febrero de 2023 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de abril de 2007, sentencia recaída en el Expediente 7060-2006-PA/TC (Perú).

10.18800/themis.202301.002

LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA E HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS EN EL MERCADO INMOBILIARIO: ¿BIENES PRESENTES O FUTUROS?

THE REGISTRATION OF THE PURCHASE AND MORTGAGE ON FUTURE ASSETS IN THE REAL ESTATE MARKET: PRESENT OR FUTURE ASSETS?

Marco Antonio Villota Cerna*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Notaría Villota

This article deals with the registration in the public records of the apartments to be built and the projected housing lots, because of the prohibition of article 1106 to constitute a mortgage on future assets. For this, the positions that consider that we would find ourselves in front of present goods are analyzed and the figure of the preventive annotation as a mechanism for future assets that have a pre-independence access to the registry.

In this line, the advantages of the pre-independence of apartments to be built and projected housing lots are studied, to preventively record the sale and mortgage in its case; and how this would constitute a form of guarantee for the buyers of these real estate units and the banks financing these acquisitions. Likewise, a study is made of the sale and purchase of future assets, of financing and guarantees in real estate projects; and how the figure of pre-independence could contribute to boost the real estate market. Finally, the conclusions and proposals of this work are expressed.

Keywords: Registration; public records; future assets; buy and sell; mortgage.

El presente artículo trata sobre la inscripción en los registros públicos de los departamentos por construir y de los lotes de vivienda proyectados, a raíz de la prohibición del artículo 1106 de nuestro Código Civil de constituirse hipoteca sobre bienes futuros. Para ello, se analizan las posturas que consideran que nos encontraríamos frente a bienes presentes y la figura de la anotación preventiva como un mecanismo para que accedan al registro bienes futuros que cuenten con una preindependendización.

En esta línea, se estudian las ventajas de la preindependendización de departamentos por construir y de lotes de vivienda proyectados, para anotar preventivamente la compraventa e hipoteca en su caso y cómo ello constituiría una forma de garantía para los compradores de estas unidades inmobiliarias y los bancos financiadores de estas adquisiciones. Asimismo, se hace un estudio de la compraventa e hipoteca de bienes futuros, de la financiación y garantías en los proyectos inmobiliarios y de cómo la figura de la preindependendización podría contribuir para dinamizar el mercado inmobiliario. Finalmente, se expresan las conclusiones y las propuestas del presente trabajo.

Palabras clave: Inscripción; registros públicos; bienes futuros; compraventa; hipoteca.

* Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Doctorado en la PUCP. Docente de los cursos de Contratos Típicos y de Responsabilidad Civil de la Facultad de Derecho de la PUCP. Notario de Lima (Perú). Código 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 14 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 5 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

El mercado inmobiliario en el Perú ha tenido un importante crecimiento en los últimos años, a pesar de la crisis por la pandemia del COVID-19, la inestabilidad política y el aumento de las tasas de interés por el problema de la inflación. Este crecimiento se ha debido a las condiciones macroeconómicas de nuestro país y a la activa participación de los sectores involucrados: promotores, empresas constructoras, entidades del sistema financiero y el Estado. Para ello se han utilizado una serie de instrumentos jurídicos, tales como los fideicomisos, la compraventa de bien futuro, la hipoteca de bien futuro, la garantía mobiliaria, la fianza, entre otros.

En el caso de la hipoteca de bien futuro, esta ha tenido un importante desarrollo para financiar al promotor de los proyectos inmobiliarios y a los clientes en la adquisición de las unidades inmobiliarias (García Hamilton, 2018), a pesar de la prohibición del artículo 1106 del Código Civil que señala que "no se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros" (1984). Para ello se ha establecido una estructura en virtud de la cual hay una hipoteca principal que grava el predio matriz y la compraventa e hipoteca sobre las unidades inmobiliarias recién se inscriben en registros públicos cuando los bienes son independizados.

Las futuras unidades inmobiliarias no son inscritas en los registros públicos, porque todavía no cuentan con una existencia física ni con una partida independiente. En estos casos, las compraventas e hipotecas se consideran sujetas a condición de que el bien exista, conforme al artículo 1534 del Código Civil que señala que la venta de bien futuro está sujeto a condición suspensiva y al artículo 1105 que permite constituir hipoteca sujeta a condición o plazo (1984). No obstante, en el ámbito registral existe la figura de la preindependización, que permite independizar preventivamente el futuro lote de vivienda o departamento a construir y anotar preventivamente la compraventa y la hipoteca en su caso. El artículo 38 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, permite la preindependización de los lotes que integran la habilitación urbana; y el artículo 39 del mismo Reglamento permite anotación preventiva de la compraventa garantizada (2013).

En el caso de los departamentos a construir, los artículos 72 y 73 del citado Reglamento permiten la preindependización de las unidades inmobiliarias; y el artículo 76 del mismo Reglamento permite la anotación preventiva de la compraventa y de otros actos análogos como la hipoteca (2013).

La figura de la preindependización no ha sido muy difundida en el sector inmobiliario y tampoco ha sido promovida por el gobierno con menores costos de inscripción, ni ha existido un tratamiento uniforme entre las preindependizaciones de los lotes de vivienda y de los departamentos a construir, porque, por ejemplo, en el caso de las habilitaciones urbanas, la preindependización se realizará por el plazo que dure la licencia de habilitación (3 años prorrogable por un año más) y solamente podrá anotarse la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual; mientras que, en el caso de la preindependización de futuros departamentos, el plazo de la preindependización es de un año, prorrogable mientras no caduque la licencia de edificación y se puede anotar preventivamente no solamente la compraventa, sino también la hipoteca.

Si bien la figura de la preindependización tiene un carácter temporal y está sujeta a la inscripción definitiva, otorga una serie de ventajas, porque permite anotar preventivamente la compraventa y –en su caso– la hipoteca sobre bienes futuros. Constituye una forma de garantía para los compradores, porque la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común, permite trasladar dichos actos jurídicos al predio matriz en el porcentaje correspondiente a los bienes comunes en caso no exista inscripción definitiva (artículo 5.19) y, finalmente, facilita la circulación de los bienes y el desarrollo del mercado inmobiliario; sin perjuicio de la existencia de otras garantías que se puedan constituir (2008).

En el presente artículo efectuaremos un estudio de la compraventa e hipoteca de bien futuro en el Perú, respecto de lotes de vivienda y departamentos por construir, para efectos de determinar los alcances de la prohibición del artículo 1106 del citado Código si nos encontramos frente a bienes presentes o futuros y cómo la figura de la preindependización, como anotación preventiva no afecta los alcances de la citada norma. Asimismo, efectuaremos un estudio de las ventajas de la preindependización en los lotes de vivienda (habilitación urbana) y en los departamentos a construir (edificación), y cómo puede convertirse en una garantía para los compradores de estas unidades proyectadas y para los bancos financiadores de estas compras. Finalmente, haremos un análisis sobre la situación de los departamentos ya construidos y cómo la figura de la preindependización hubiera ayudado a contar con un respaldo con una inscripción sobre el predio matriz.

Recientemente, próximo a publicarse este artículo, se ha publicado el Decreto Legislativo 1568, Decreto Legislativo del Régimen de Propiedad Horizontal, que ha mantenido la figura de la preindependización de las unidades inmobiliarias, de los departamentos por construir (art. 7). Sin embargo, parece haber limitado la anotación preventiva sobre estas partidas a los contratos de transferencia de propiedad de las unidades inmobiliarias, sin hacer referencia a la hipoteca u otros actos análogos a que se refiere el artículo 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN). Esperemos que esta situación pueda ser corregida en el Reglamento del citado Decreto Legislativo y que se recojan en una futura regulación las propuestas que se plantean en el presente artículo, a fin de poder dinamizar el mercado inmobiliario.

II. LA COMPRAVENTA DE BIEN FUTURO

A. El concepto de bien materia de la compraventa

El artículo 1532 del Código Civil señala que pueden venderse bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley (1984). Es decir, pueden venderse bienes presentes o bienes futuros. En ambos casos, es requisito que el bien sea determinado o determinable, porque en caso contrario, cuando el bien es indeterminable, nos encontraremos frente a un acto nulo conforme al artículo 219, inciso 3, del Código Civil (1984). El profesor Badenes Gasset sostiene como requisitos del bien los siguientes: (i) que tenga existencia real o posible; (ii) que se encuentre dentro del comercio lícito; y (iii) que sea determinable (1995, pp. 116-126). Estos requisitos deben encontrarse presentes al momento de la celebración del contrato de compraventa y guardan relación con la validez del acto jurídico, pero la existencia o determinación específica del bien es una circunstancia que tiene que ver más con la eficacia, con los efectos del contrato.

El artículo 1407 del Código Civil permite que un tercero escoja el bien y el artículo 1409 del mismo Código faculta celebrar contratos sobre bienes futuros, gravados o litigiosos, incluso la compraventa de bienes ajenos (1984). Es decir, para la validez del contrato es solamente necesario que el bien sea determinado o determinable; mientras que, para la eficacia del contrato, el bien debe encontrarse determinado o tiene que ser ya de propiedad del vendedor. De esta manera, nada impide celebrar contratos de compraventa sobre bienes futuros o bienes ajenos. Si el bien no llega a existir o el vendedor no adquiere la propiedad (en la hipótesis en que ambas saben que el bien es ajeno), el contrato no será nulo, sino que se habrá resuelto por imposibilidad de su objeto. La diferenciación entre validez y eficacia nos permitirá distinguir cuándo el bien futuro puede ser materia de derecho real, porque una cosa es el requisito del bien como objeto del contrato y otra el requisito del bien como eficacia de aquél.

B. El concepto de bien futuro

No existe un criterio unívoco de lo que se considera como bien futuro. Para Badenes Gasset, son aquellos que no tienen existencia real y positiva al momento de contratar, pero que pueden nacer (1995, p. 141).

El profesor Massimo Bianca, citado por el doctor De La Puente y Lavalle, sostiene que la venta de cosas futuras comprende:

> 1) Las cosas que no existen aún *in natura*; 2) las cosas existentes *in natura* que no son de propiedad de alguien y son susceptibles de ocupación; 3) los productos aún no formados en su individualidad económica; y 4) los productos naturales aún no desprendidos de la cosa madre e insusceptibles de propiedad separada (1999, pp. 49-50).

Mientras que para Biondi, citado por Gunther Gonzales Barrón, se distingue entre: (i) bienes futuros subjetivos, que son aquellos que existen en la naturaleza, aunque que no forman parte del patrimonio del disponente, pero que se confía pueden pertenecerle en algún momento; y (ii) bienes futuros objetivos, que son aquellos que no existen en el patrimonio del disponente ni en ningún otro lado, no existen en la naturaleza (*non in rerum natura*), pero se prevé su futura existencia (2018, pp. 125-126). Para el propio Gonzales Barrón, el bien futuro comprende dos hipótesis concretas: (i) los bienes que no existen hoy en la realidad física (*res non in rerum natura*); y (ii) los bienes que existen hoy en la realidad física, pero que al ser parte integrante de otro bien carecen de individualidad jurídica (*res in rerum natura*) (2018, p. 131).

Considero que los denominados bienes futuros subjetivos no son –en estricto– bienes futuros, porque se trata de bienes presentes, solo que pertenecen a otra persona. De otro lado, las cosas que no pertenecen a nadie o *res nullius*, citado por el profesor Massimo Bianca, propiamente no serían bienes futuros, porque se trata de bienes presentes, solo que todavía no han sido materia de apropiación, como, por ejemplo, los peces del río o del mar. En ese sentido, solamente podrían ser considerados como bienes futuros aquellos que no existen físicamente en la naturaleza (*non in rerum natura*) y aquellos que existen en la na-

turaleza, pero que carecen de individualidad física o jurídica (*in rerum natura*). En este último caso se encuentra, por ejemplo, el ganado que está por nacer, los frutos de las cosechas no separados, las partes integrantes de un inmueble, entre otros. La individualización se puede dar por un hecho físico, como, por ejemplo, con el nacimiento de las crías o la separación de los frutos; o con un evento jurídico como, por ejemplo, con la separación de la parte integrante de un bien o con la independización de parte de un predio. En todos los casos, para que califique el bien como futuro, es requisito que sea probable que llegue a existir.

1. El caso de la venta de departamentos por construir

La discusión que se presenta es si en el caso de los departamentos por construir nos encontramos frente a bienes futuros o bienes presentes, porque, si fuera el primer caso, no habría un derecho real mientras el bien no exista; mientras que, en el segundo caso, ya habría un derecho real que sufriría transformación con la construcción del bien. En ambas perspectivas no existe discusión de que puede haber un contrato de compraventa sobre bien futuro, pero la discusión se traslada a si nos encontramos frente a un derecho real y –sobre todo– a si es posible su inscripción en los registros públicos. El derecho real tiene las características de ser exclusivo y oponible a terceros, y para ello es necesario que exista, según lo sostiene el profesor Díez-Picazo (2008, p. 168).

En el caso de la compraventa de departamentos por construir, un sector de la doctrina considera que nos encontramos frente a bienes presentes, pero susceptibles de transformación. Esta posición es defendida por el doctor Gunther Gonzales Barrón, que sostiene lo siguiente:

> En tal contexto, ¿qué pasa con las unidades inmobiliarias de los edificios meramente proyectados o en curso de edificación?, ¿son bienes futuros o no? Sobre el particular debe indicarse que estas unidades proyectadas sí cuentan con una base física objetiva, que es el suelo, sobre el que necesariamente deberán asentarse. Así pues, aun cuando los departamentos futuros no existan, siempre existe el suelo que constituye el soporte físico de dichos departamentos; lo que se ratifica si tenemos en cuenta que el titular de la unidad inmobiliaria en construcción ya es cotitular del suelo. En consecuencia, no se trata de bienes futuros absolutos, sino bienes en transformación o en germen (2018, pp. 178-179).

Esta misma posición, de que los departamentos por construir son bienes presentes y no futuros, es sostenida por la Directiva 009-2008-SUNARP-SN en cuanto refiere en el artículo 5.19 lo siguiente:

> Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre las unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto éstas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica […][1] (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, 2008).

Es decir, se trataría de un bien presente que tendría un correlato en un derecho sobre el predio matriz que se extendería luego sobre el departamento proyectado.

Para otro sector de la doctrina, los departamentos por construir son bienes presentes referidos a un derecho sobre inmueble inscribible en el registro, en aplicación del inciso 10 del artículo 885 del Código Civil (1984). Esta posición es defendida por Mejorada Chauca, quien sostiene lo siguiente:

> La compraventa e hipoteca de bienes futuros son en realidad negocios sobre bienes actuales, pues los adquirentes acceden a una titularidad vigente, que es el derecho sobre el complejo de compromisos asumidos por el proyectista, el mismo que tiene carácter inmobiliario y por tanto es también un bien inmueble. Si esto es así los titulares de derechos pueden ejercerlos con carácter oponible desde el momento en que nacen y hacerlos circular con total confianza, lo que permitiría, por ejemplo, que la hipoteca sobre proyectos pueda ejecutarse (2014, p. 67).

Para el citado autor, la venta de departamento en planos sería una limitación del derecho al vendedor que configuraría un supuesto del inciso 5 del artículo 2019 del Código Civil (restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito) y que, por tanto, sería un derecho sobre bien inmueble

[1] Los fundamentos de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN ratifican esta posición, cuando se sostiene lo siguiente:

> […] Así pues, aun cuando los departamentos futuros no existan, siempre existe el suelo que constituye el soporte físico de dichos departamentos; ello se ratifica si tenemos en cuenta que el titular de la unidad inmobiliaria en construcción ya es co-titular del suelo sobre el que se asentará el edificio, según el estatuto normativo de régimen de propiedad exclusiva y común, y por tanto la hipoteca no recae sobre un bien futuro (por lo menos, no totalmente), sino sobre un objeto complejo: una parte que ya tiene una realidad física (suelo) y otra parte proyectada; en tal caso, la hipoteca puede existir ya sobre la parte real, sin perjuicio de extenderse sobre la parte proyectada cuando ésta también exista (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, 2008).

inscribible en el registro conforme al artículo 885, inciso 10, del Código Civil (1984)[2].

Nótese que ambas posiciones están formuladas –sobre todo– para superar la prohibición del artículo 1106 del Código Civil, de acuerdo con el cual no cabe la hipoteca sobre bienes futuros (1984), y para explicar la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca de los departamentos en planos. Considero que ambas posiciones resultan atractivas, pero considerar en el primer caso que nos encontramos frente a bienes presentes, porque existiría una base física sobre el suelo, no explicaría que todavía no existe un derecho sobre una parte material del bien, sino en todo caso una copropiedad sobre el suelo y, en el segundo caso, si bien podría considerarse que la venta en planos constituye una carga o limitación del derecho del propietario sobre el terreno, en aplicación del artículo 2019, inciso 5, del Código Civil, ello exigiría representar un porcentaje de acciones y derechos para afectar la partida matriz, y para la anotación preventiva requeriría de una preindependización del departamento por construir.

En mi opinión, en el caso de departamentos por construir o en planos debe distinguirse, por un lado, el contrato de compraventa y, por otro lado, el bien materia de éste. El contrato de compraventa genera la obligación de ambas partes: del vendedor, de transferir la propiedad del bien, y del comprador, de pagar su precio en dinero, conforme al artículo 1529 del Código Civil (1984). Además, el vendedor tiene la obligación de perfeccionar la transferencia del bien, conforme al artículo 1549 (1984). En el caso de bienes inmuebles existentes, por la teoría del consensualismo recogida en el artículo 949 de la referida norma, la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984). La duda que surge es qué pasa en el caso de los bienes futuros, por cuanto no existen al momento de celebrarse el contrato. Los bienes futuros adquieren existencia cuando se encuentran presentes física o jurídicamente. En el caso de bienes futuros *non in rerum natura*, estos adquieren realidad cuando existen físicamente, por ejemplo, una construcción o el ganado que nace. En cambio, los bienes futuros *in rerum natura* adquieren existencia cuando son separados física o jurídicamente de un bien principal, por ejemplo, un lote de un predio matriz, los frutos de la cosecha, entre otros. En el caso de departamentos por construir o en planos se presenta una dicotomía, porque los departamentos no existen físicamente, pero el comprador tiene un derecho sobre el suelo, que es un bien común y sobre el futuro departamento que se está por construir. El artículo 40, literal a), de la 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[3], establece que son bienes comunes, entre otros, el terreno sobre el que está construida la edificación (1999). El derecho que tendría el comprador sobre el suelo sería en todo caso unas acciones y derechos sobre éste, conforme al artículo 969 del Código Civil (1984), pero propiamente no podríamos estar hablando de un derecho de propiedad sobre el departamento, porque el mismo no existe físicamente, dado que no existe una parte material sobre la cual recaer el derecho de propiedad. En todo caso, el comprador tiene un derecho de crédito sobre el departamento que se está por construir y, en su caso, un derecho de copropiedad sobre el terreno en el cual se hará la edificación. Esto último es lo que explicaría que, en caso se anote preventivamente el contrato de compraventa y que la construcción no se llegue a concluir y se cancelen las partidas preindependizadas, se traslade en la partida matriz el porcentaje que las unidades inmobiliarias representan en las zonas comunes; conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN).

Sin embargo, considero que la figura que mejor explica el acceso al registro de la compraventa de departamentos por construir es la anotación preventiva, porque es la que permite relacionar el contrato de compraventa de bienes futuros como derecho de crédito con el derecho real cuando el bien llegue a tener existencia. Me explico. Nuestro sistema jurídico se ha estructurado sobre la distinción entre derechos personales y derechos reales, lo cual ha tenido influencia en el ámbito de la inscripción en los registros públicos, porque, conforme al artículo 2019 del Código Civil (1984), salvo excepciones, solamente acceden a registros los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten derechos reales sobre inmuebles. Esto ha limitado la inscripción de otros derechos, máxime cuando

[2] Al respecto, Mejorada Chauca sostiene lo siguiente:

> En definitiva el manojo de derechos que surgen en favor del comprador de un bien que es parte de un proyecto, constituye una verdadera carga actual sobre el predio base (terreno u otro), que se convierte en una limitación del derecho inscrito y por tanto es inscribible (artículo 2019, inciso 5, del Código Civil) y es un bien inmueble (2014, p. 63).

[3] Recogido en el literal a) del artículo 12 del reciente Decreto Legislativo 1568 (2023).

los derechos reales tienen el carácter de *numerus clausus*. En ese sentido, no se podría inscribir una compraventa sobre bienes futuros, porque todavía no existiría el derecho real.

La figura de la anotación preventiva permite superar esa situación, porque faculta preinscribir o anotar preventivamente un contrato de compraventa que luego se perfeccionará con la inscripción definitiva cuando el bien llegue a existir. Según Jerónimo González, citado por el profesor Díez- Picazo, las llamadas preinscripciones surgieron en el derecho alemán en el siglo XVIII como asientos provisionales que garantizaban el ejercicio de acciones de modificación de una situación jurídica real (2008, p. 483). Existían una serie de preinscripciones, pero la que más nos interesa era la llamada *protestationes pro conservando iure et loco,* que tenía por finalidad conservar la facultad de inscribir un derecho real existente fuera del registro y asegurar la inscripción de aquellos contratos que originan una obligación de inscribir[4] (Díez-Picazo, 2008, p. 483). El profesor Díez-Picazo explica la función de este asiento provisional que calza exactamente con el caso de la compraventa sobre bienes futuros: "La preinscripción (*Vormerkung*) es un asiento provisional, mediante el cual se da cabida en el Registro a una acción o derecho de carácter personal, tendente a producir una modificación jurídico-real en la situación registral de la finca" (2008, p. 483).

En ese sentido, las anotaciones preventivas de la compraventa e hipoteca de bienes futuros tienen por finalidad que accedan al registro derechos que están en formación o que tienen vocación de derecho real según Atard, para superar la distinción entre derechos reales y personales del cual hablaba Serrano, ambos citados por el profesor Díez-Picazo (2008, pp. 487-488 y 497)[5].

El artículo 64 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, señala que las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito (2012). Esta definición calza con el caso de la compraventa de bien futuro de los departamentos por construir, porque se busca reservar la prioridad de dicho contrato y, además, advertir de la modificación de dicha situación cuando el bien llegue a tener existencia. Para ello, en el caso de los departamentos por construir, es necesario que se haga la predeclaratoria de fábrica y la preinscripción del reglamento interno, a fin de que se pueda preindependizar las partidas por cada departamento. El artículo 72 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios regula la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y el artículo 73 la anotación preventiva del prereglamento interno en la partida matriz, lo que permitirá que se preindependicen las partidas por cada departamento y se anoten allí la compraventa y otros actos análogos como la hipoteca, conforme al artículo 76 del citado Reglamento (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

Una vez que se culmine la construcción, se procederá a efectuar la declaratoria de fábrica y a solicitar a la Municipalidad la conformidad de obra, para luego solicitar su inscripción mediante Formulario Único de Edificaciones (en adelante, FUE) y lograr la conversión en inscripción de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, y que las preindependizaciones de las unidades sean definitivas, convirtiéndose en definitivas también la compraventa e hipoteca, conforme al artículo 77 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). El plazo de vigencia de las anotaciones preventivas y de lograr la conversión en definitiva es de un año a partir del asiento de presentación, prorrogable por el mismo plazo antes de su vencimiento, conforme al artículo 75 del mismo Reglamento (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). En ningún caso la anotación preventiva puede superar el plazo de vigencia de la licencia de edificación, que es de 3 años, prorrogable por un año más. La anotación preventiva tiene el beneficio de la 'retroprioridad', porque los actos se entenderán inscritos a partir de la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva,

[4] Los otros asientos provisionales según Jerónimo González, citado por el profesor Díez-Picazo, eran: (i) la *protestationes pro conservandis exceptionibus*, cuya finalidad era proteger al acreedor contra los actos dispositivos que pudiera realizar el titular según el Registro; y (ii) las *protestationes de non amplius intabulando vel non disponendo*, motivadas por mandamientos judiciales que tendían a conservar el *statu quo* registral, mediante el embargo de fincas y de derechos (2008, p. 483)

[5] Aunque el profesor Díez-Picazo discrepa de esas posiciones señalando que la anotación preventiva tiene por finalidad enervar la protección de la fe pública registral cuando se vende el bien a un tercero. No obstante, considero que dicha finalidad no es incompatible con la finalidad que accedan al registro derechos o acciones que tienen vocación de derecho real (2008, pp. 487-488 y 497).

conforme al artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, de tal manera que la compraventa e hipoteca se entenderán inscritas a partir de la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva y no a partir de su conversión en inscripción definitiva (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

Ahora bien, la conversión de los bienes futuros a presentes de los departamentos por construir puede producirse extraregistralmente, cuando dichos bienes lleguen a tener existencia. Ello plantea la discusión de cuándo se produce ello: si es a nivel de casco habitable o cuando el inmueble cuenta con los acabados. Sin embargo, registralmente ello solo se producirá cuando se logre la independización de los departamentos mediante la inscripción de la fábrica y el reglamento interno o de la conversión en definitiva de la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno.

2. El caso de la venta de los futuros lotes de vivienda

En el caso de los lotes de vivienda nos encontramos frente a un supuesto de bienes futuros *in rerum natura*, porque existen en la naturaleza, pero forman parte de un predio matriz del cual han de independizarse. Extraregistralmente, estos bienes se convertirán en presentes cuando se encuentren perfectamente delimitados en cuanto a sus linderos y medidas perimétricas; pero, a nivel registral, tienen un tratamiento diferente. En el caso de predios rurales, la independización se efectúa en mérito de documento privado otorgado por el propietario, con firma legalizada por notario, acompañada de los certificados y planos correspondientes, conforme al artículo 64 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

En el caso de predios urbanos, la independización se efectúa en mérito del Formulario Único de Habilitación Urbana (en adelante, FUHU), anexo F, y el plano municipal de subdivisión, debidamente sellados y visados, conforme al artículo 60 del referido Reglamento. Específicamente, en el caso de los lotes de terreno con fines de habilitación urbana, previamente se obtiene la licencia de habilitación urbana según la modalidad correspondiente, que es la autorización que permite ejecutar las obras de accesibilidad a fin de convertir un predio rústico en urbano; para luego solicitar municipalmente la recepción de obras y, posteriormente, su inscripción mediante el FUHU, con la resolución de recepción de obras, el plano de trazado, lotización de los lotes, entre otros, conforme el artículo 40 del citado Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

La inscripción de la recepción de obras es la que genera la independización de los lotes que conforman la habilitación urbana, conforme al artículo 41 del referido Reglamento, y, a partir de allí, tienen una partida independiente para proceder a inscribir la compraventa e hipoteca que recaigan sobre dichos lotes. No obstante, existe el mecanismo para efectuar la preindependización de los lotes antes de que se culmine con la ejecución de las obras de habilitación urbana y lograr la anotación preventiva del contrato de compraventa. El artículo 35 permite anotar preventivamente el proyecto de habilitación urbana, con el FUHU presentado a la municipalidad, debidamente sellado y con el número de expediente, con el plano de trazado y lotización (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013).

A su vez, el artículo 38 del mismo Reglamento permite preindependizar los lotes que integran la habilitación urbana y el artículo 39 permite anotar preventivamente la compraventa garantizada y, en su caso, la cesión de posición contractual (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). El texto originario del artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, regulaba las habilitaciones urbanas con construcción simultánea, dentro de la cual se encontraba el supuesto del inciso a) de autorización para suscribir contratos de compraventa garantizada de lotes, que implicaba que el comprador podría solicitar a su vez la licencia de edificación para construir simultáneamente su vivienda (2017). Esta norma ha sido modificada por el Decreto Legislativo 1426, Decreto Legislativo que modifica la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, que ahora solo hace referencia a la habilitación urbana con construcción simultánea, lo que implicaría que cualquier modalidad de esta podría ser materia de anotación preventiva (2018).

La anotación preventiva de la compraventa garantizada y, en el caso de la cesión de posición contractual, permite que cuando se proceda a la recepción de obras y a la independización de los lotes se pueda inscribir definitivamente la compraventa garantizada, gozando del beneficio de la 'retroprioridad' del artículo 68 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN). No obstante, el artículo 39 del Reglamento de Ins-

cripciones del Registro de Predios autoriza a anotar solamente la compraventa garantizada de los lotes y la cesión de posición contractual, pero no permite anotar preventivamente las hipotecas, ni las ventas posteriores que se producen sobre el inmueble (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

En ese sentido, la preindependización de los lotes de la habilitación urbana constituye un mecanismo interesante para la circulación del crédito, pero tiene el limitante de que está restringido solamente a la anotación preventiva de la compraventa y de la cesión de posición contractual, mas no de otros actos de disposición o gravamen.

C. La naturaleza jurídica de la compraventa de bienes futuros

Se suele distinguir en los bienes futuros entre el '*emptio rei speratae*' (venta de cosa esperada) y '*emptio spei*' (venta de esperanza). En el primer caso, es un bien que es probable que llegue a existir; en el segundo caso, nos encontramos frente a una esperanza incierta. La venta de departamentos por construir sería un caso de '*emptio rei speratae*' y la compraventa de peces del mar sería de una esperanza incierta. Propiamente se discute si en la '*emptio spei*' nos encontramos frente a un contrato de compraventa, porque no tiene un carácter conmutativo, sino aleatorio (Badenes Gasset, 1995, p. 149; De La Puente y Lavalle, 1999, p. 63). En la '*emptio rei speratae*', el comprador está obligado a pagar el precio si es que el bien llega a tener existencia (artículo 1534 del Código Civil, 1984); mientras que, en la '*emptio spei*', el comprador está obligado a pagar el precio, aún cuando el bien no exista (artículo 1536 del Código Civil, 1984); lo que denota su carácter aleatorio.

En la compraventa de departamentos por construir, propiamente nos encontramos frente a bienes futuros o de cosa esperada ('*emptio rei speratae*'). El artículo 1534 del Código Civil señala que, en la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia (1984). La doctrina mayoritaria coincide en que se trata de una compraventa definitiva, solo que está sujeta a una condición (Badenes Gasset, 1995, p. 144; De La Puente y Lavalle, 1999, p. 57). Es decir, se trata de un contrato válido que genera una obligación, pero su eficacia está sujeta a que el bien exista. La discusión que se presenta sobre todo es si nos encontramos frente a una condición suspensiva o a una condición *juris*. El artículo 1534 del Código Civil recoge la posición de que nos encontramos frente a una condición suspensiva hasta que el bien exista; lo que chocaría con la definición de condición de que sea un hecho futuro e incierto, porque en la compraventa de bien futuro la existencia del bien depende de la exclusiva voluntad del deudor, el vendedor. Ello no guardaría concordancia con el artículo 172 del mismo Código, que prohíbe la condición potestativa de que dependa exclusivamente de la voluntad del deudor (1984). El artículo 1410 no establece como condición suspensiva la falta de existencia del bien, sino que establece que el compromiso del vendedor de entregar un bien futuro queda subordinado a su existencia posterior (1984). Para salvar esta aparente contradicción, el doctor Gunther Gonzales Barrón propone distinguir entre el artículo 1534 del Código Civil, que sería una venta de bien futuro incierto sin que participe el vendedor, y el artículo 1410 del mismo Código, como obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia más que depender de un hecho futuro incierto (2018, pp. 175-176).

En realidad, cuando nos encontramos frente a una compraventa de bien futuro lo que existe es una condición *juris* de que el bien llegue a tener existencia[6]. Es decir, existe la obligación o el compromiso del vendedor de hacer todo lo posible para que el bien exista, de tal manera que, si no cumple con esta obligación, incurre en causal de resolución del contrato y de indemnización por daños y perjuicios, conforme al artículo 1428 del Código Civil (1984); no teniendo derecho a recibir el precio. Ahora bien, debe considerarse que lo único que se encuentra sujeto a condición *juris* es la existencia del bien para perfeccionar la transferencia, pero ello no excluye la obligación del vendedor de hacer todo lo necesario para que el bien exista, conforme al artículo 1410 del Código Civil (1984), y que las partes puedan pactar que surja también la obligación del comprador de pagar el precio. De hecho, en la mayoría de los contratos de compraventa de departamentos por construir, el comprador asume la obligación de pagar el precio desde el inicio del contrato. En ese sentido, debe efectuarse una concordancia del artículo 1534 del Código Civil con el artículo 1410 del mismo Código, porque propiamente no estamos ante una condición suspensiva que no genere obligación alguna y prive de los efectos al contrato (1984). Finalmente,

[6] El profesor De la Puente y Lavalle sostiene al respecto lo siguiente:

> En realidad, aunque se le ha dado el nombre de condición suspensiva, se trata de una conditio juris, desde que la dependencia a la existencia del bien está establecida por la ley. Hace bien, pues, el artículo 1410 del Código Civil al hablar de subordinación a la existencia posterior (2007, p.125)

el artículo 1534 del Código Civil (1984) es una norma de carácter dispositiva y no afecta que las partes acuerden lo contrario para darle plenos efectos al contrato, salvo el tema respecto de la existencia que está sujeta a condición, sin perjuicio de la obligación del vendedor de hacer todo lo posible porque el bien exista.

III. LA HIPOTECA DE BIEN FUTUROS

A. La hipoteca como título

El artículo 1106 del Código Civil establece que "[n]o se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros" (1984). Esta prohibición ha generado que se haya considerado que no se pueda constituir hipoteca sobre departamentos en construcción y sobre terrenos por independizar; por tratarse de bienes futuros. Para salvar esta situación, ya hemos señalado que se han esbozado dos teorías: una que sostiene que los departamentos por construir son bienes presentes sujetos a transformación (sostenida por el Gonzales Barrón); y la otra que sostiene que nos encontraríamos frente a un bien presente que consistiría en un derecho sobre inmueble inscribible en el registro (sostenida por Mejorada Chauca). No obstante, ya hemos señalado que la anotación preventiva es la figura que mejor explica la preindependización de las unidades inmobiliarias y la hipoteca sobre departamentos y de lotes de vivienda proyectados, por constituir un derecho real en formación que se perfecciona con la inscripción definitiva.

La prohibición de la hipoteca sobre bienes futuros tiene su fuente en el derogado artículo 2130 del Código Civil francés, que señalaba que los bienes futuros no pueden ser hipotecados (1804). Sin embargo, como lo explica el doctor Gunther Gonzales Barrón, esta norma tenía por fundamento la prohibición de hipotecas generales, porque, cuando se otorgaba la hipoteca, se consideraban gravados todos los bienes inmuebles del deudor, lo que no resultaba acorde con el principio de especialidad de la hipoteca. En ese sentido, el doctor Gonzales Barrón sostiene lo siguiente:

> Por tanto, la prohibición de hipotecar bienes futuros se justifica, en primer orden, por ser una consecuencia o derivación de la prohibición de hipotecas generales, lo cual se ratifica con la lectura atenta del artículo 2129 del Código Napoleónico y de la doctrina francesa comentarista de esta norma, así como de los ordenamientos latinos influenciados por ésta, entre ellos específicamente el italiano, quien en algún momento contó con una norma prácticamente idéntica en el Código Civil de 1865 (artículo 1977) (2018, p. 140).

En relación a la prohibición de hipoteca sobre bienes futuros, habría que distinguir entre la hipoteca como acto jurídico o título y como derecho real de garantía. Nada impide que pueda celebrarse un contrato o convenio de hipoteca en la cual el futuro propietario se obligue a afectar un bien específicamente, pero cuya eficacia dependa de que llegue a existir. En efecto, debe distinguirse entre validez y eficacia del acto jurídico, porque la hipoteca como derecho real solamente se configurará cuando el bien exista y resulte inscrita en los registros públicos, pero no impide la celebración del acto jurídico.

Esta distinción también ha sido establecida en el artículo 2823 del Código Civil italiano de 1942 cuando señala lo siguiente: "la hipoteca sobre cosa futura puede ser válidamente inscrita solo cuando la cosa ha llegado a existir". En esa línea el artículo 2419 del Código Civil chileno (1856) y el artículo 2444 del Código Civil colombiano (1860) establecen lo siguiente: "La hipoteca de bienes futuros solo da al acreedor el derecho a hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo, y a medida que los adquiera". Al respecto, el profesor colombiano Arturo Valencia Zea sostiene al respecto lo siguiente:

> Tanto el artículo 2444 como el 1518 se refieren a la validez del contrato hipotecario, o sea, de la escritura pública. Un deudor puede obligarse a hipotecar un inmueble del cual no es propietario actualmente, pero que espera adquirir; sin embargo, en este caso el derecho real de hipoteca no nace a favor del acreedor sino una vez que el deudor haya adquirido la propiedad del inmueble y que pueda entonces registrarse la escritura pública en el registro de instrumentos públicos (1990, p. 407).

Nótese que, en este caso, la definición del Código Civil colombiano (1860) y del chileno (1856) parecen referirse a los bienes ajenos del cual el deudor no es propietario, caso en el que propiamente no estamos hablando de bienes futuros como lo hemos señalado, pero consideramos que ello se extiende también a los bienes futuros en *stricto sensu*, porque la hipoteca solamente se podrá inscribir cuando el bien llegue a existir.

Nuestro Código Civil (1984) regula, por un lado, en el artículo 1099, los requisitos de validez de la hipoteca; mientras que, en el artículo 1105, admite la posibilidad que la hipoteca puede estar sujeta a condición o plazo. Es decir, permite distinguir entre la validez de la hipoteca y la eficacia de la misma. El citado artículo 1099 señala como requisitos de validez de la hipoteca: (i) que afecta el bien el propietario o quien esté autorizado por ley; (ii) que

se asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable; y (iii) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble (1984). Naturalmente, en esta norma están mezclados los requisitos de validez y eficacia de la hipoteca, porque la inscripción es sobre todo un requisito de eficacia, puesto que no tiene que ver con la celebración del acto jurídico. El requisito de la constitución de la hipoteca por el propietario, en el caso de bienes futuros, debe concordarse con el artículo 1105 del Código Civil sobre hipoteca sujeta a condición y, sobre todo, con el artículo 1410 del mismo Código, que permite celebrar contratos sobre bienes futuros (1984).

En consecuencia, no existe ningún impedimento para la celebración de hipotecas sobre bienes futuros, por cuanto la existencia del bien es un elemento que tiene que ver con la eficacia del acto jurídico y con el requisito para la inscripción en los registros públicos. Sin embargo, existe la figura de la anotación preventiva de la hipoteca, que permite anotar en el registro antes de que el bien exista.

B. La hipoteca como derecho real

En la constitución de la hipoteca sobre bienes futuros debe observarse el principio de especialidad, para que se grave un bien específico, a fin de que todos tengan conocimiento de ello y evitar las hipotecas generales que gravaban cualquier bien del deudor. El profesor Valencia Zea define de la siguiente manera este principio: "En consecuencia, el carácter especial de la hipoteca exige que el inmueble hipotecado se determine claramente, tanto en el contrato hipotecario como en la inscripción que se haga en el registro de instrumentos públicos" (1990, p. 406). Este principio de especialidad rige también en el ámbito de los registros públicos, en virtud del cual se abre una partida por cada bien o persona, a fin de registrar todas las incidencias sobre cada uno de ellos, para que puedan ser de conocimiento de cualquier persona y, por tanto, resultar oponibles[7]. El artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos define al principio de publicidad de la siguiente manera: "Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquéllas, así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno" (Resolución 126-2012-SUNARP-SN). Por consiguiente, el principio de especialidad del registro explica el sistema del folio real, en donde existirá una partida por cada predio en el cual se extenderán todas las inscripciones por rubros.

En consecuencia, cuando se constituye hipoteca sobre bienes futuros, basta el requisito de que el bien se encuentre especificado para garantizar el principio de especialidad de la hipoteca; pero, para garantizar el principio de especialidad de los registros, es necesario que cuente con un folio real o partida independiente (Valencia Zea, 1990, p. 407).

Cuando el bien futuro consistente en un departamento por construir llega a tener existencia y cuenta con una partida independiente, no existirá impedimento para trasladar la escritura pública de compraventa a dicha partida e inscribir la hipoteca. A partir de ello, surgirá el derecho real, porque tiene un carácter constitutivo, conforme al inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil (1984). En consecuencia, la prohibición del artículo 1106 del citado Código, respecto a que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, está referida a que no pueden inscribirse en los registros públicos mientras no tengan existencia y una partida independiente; salvo el caso de la anotación preventiva, en la que podrían preindependizarse los lotes de vivienda y los departamentos por construir y anotar preventivamente la compraventa y la hipoteca, conforme a los artículos 39 y 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN). Lo mencionado tiene la finalidad de garantizar el principio de especialidad de los registros públicos, porque, mientras no exista una partida independiente o preindependiente, no se podrá anotar la hipoteca respecto de un bien.

Esta anotación preventiva es la figura que mejor calza para explicar la anotación de un derecho real de hipoteca que se encuentra en formación. La desventaja de la anotación preventiva es que es un asiento temporal, porque, si no se convierte en definitiva, el derecho caducará. El artículo 75 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece que el plazo de la preindependización en los departamentos por construir y de la anotación de la hipoteca es de un año a partir del asiento de presentación, prorrogable por el mismo plazo cuantas veces resulte necesario; mientras no se logre la inscripción definitiva (Resolución

[7] Según el profesor Roca Sastre, el principio de especialidad nace como una concreción del principio de publicidad. De acuerdo al mismo autor, el principio de especialidad se refiere a la finca inmatriculada y al derecho real inscrito: (i) en cuanto a la finca, el Registro funciona a base de concretar el historial jurídico respecto de cada finca, a cada una de las cuales corresponde una hoja, folio o registro particular; y (ii) respecto del derecho real, el mismo debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas, limitaciones, su denominación si tuviere y su valor si constare del título (1979, pp. 394-395).

del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Por el contrario, e la preindependización de los lotes de terreno en la habilitación urbana, la vigencia de la anotación preventiva es por el tiempo que dure la licencia de habilitación urbana, conforme al artículo 37 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución 097-2013-SUNARP-SN); es decir, 3 años, prorrogable por un año más, conforme al artículo 11 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). Sin embargo, en la preindependización de los departamentos por construir se puede anotar preventivamente la hipoteca, a diferencia de la preindependización de los lotes de vivienda en la que solamente se puede anotar preventivamente la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual.

Ahora bien, la duda que surge es si las hipotecas sobre departamentos y lotes de vivienda por construir que no cuenten con preindependización pueden inscribirse en la partida matriz. Si la compraventa y la hipoteca se encuentran representadas por acciones y derechos sobre el predio matriz, no existirá inconveniente de inscribir la hipoteca; pero, si no existiera una partida independiente, no podría anotarse la hipoteca, porque no se cumpliría con el principio de especialidad de los registros públicos, puesto que no se encontraría inscrito el acto previo de independización.

C. La hipoteca sujeta a condición

La hipoteca sujeta a condición significa que su eficacia o el nacimiento del derecho real están sujetos a un hecho futuro o incierto. La condición que se establezca puede ser suspensiva o resolutoria. Si es suspensiva, el derecho real no nacerá mientras no se cumpla la condición; y, si es resolutoria, el derecho real de hipoteca se extinguirá. En el caso de bienes futuros de departamentos y lotes de vivienda por construir, el nacimiento del derecho real estará sujeto a que el bien exista y a su inscripción en la partida independiente, salvo el caso de la anotación preventiva.

Algunos consideran que la mejor fórmula para constituir hipoteca sobre bien futuro en el mercado inmobiliario es sujetarlo a una condición suspensiva, para no encontrarse dentro de la prohibición del artículo 1106 del Código Civil (1984). En esa línea, la autora Luz Noelia Garate Mayta sostiene lo siguiente:

> Es así que, en un contrato de compraventa de un bien futuro, mediante el financiamiento de un crédito hipotecario, se podría tranquilamente establecer que la hipoteca estaría sujeta a la condición suspensiva de que se inscriba la declaratoria de fábrica, independización y reglamento interno en el Registro de Inmuebles de las unidades proyectadas, dejando así la mala práctica de la llamada hipoteca de bien futuro (2020, p. 39).

Sin embargo, considero que, aún cuando la hipoteca se sujete a condición suspensiva de que el bien exista, no tiene la ventaja de que acceda al registro para garantizar el principio de publicidad, por lo que la única figura que permite garantizar ello es la preindependización y la anotación preventiva de la hipoteca; mientras tanto, la hipoteca sobre la unidad proyectada no accedería al registro. Además, ello tiene la ventaja de que, si no se logra la inscripción definitiva, el porcentaje que representan las unidades proyectadas puede ser trasladado a la partida matriz, conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN). De otro lado, la figura de la anotación preventiva goza de la protección de la 'retroprioridad' a que se refiere el artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, en virtud de la cual la inscripción definitiva de la hipoteca se retrotrae al momento del asiento de presentación de la anotación preventiva (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). En la hipoteca sujeta a condición, los efectos del derecho real recién surgirán cuando se produzca la inscripción definitiva o cuando se configure la condición que se haya establecido.

Es cierto que, en el caso de proyectos inmobiliarios financiados por las empresas del sistema financiero, el banco promotor se encuentra respaldado con la hipoteca sobre el predio matriz, pero no cuenta con un instrumento de anotación preventiva de las hipotecas sobre las unidades proyectadas, lo cual permite una mayor seguridad al comprador que contaría preventivamente con su contrato de compraventa anotado para que pueda también negociarlo. El banco promotor gozaría con la anotación preventiva de la hipoteca sobre las unidades inmobiliarias y bancos terceros que quisieran financiar la compra de las unidades inmobiliarias sin perjuicio de que se puedan seguir utilizando otras garantías, conforme veremos a continuación.

IV. LA FINANCIACIÓN Y LAS GARANTÍAS EN LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

A. La financiación y las garantías en los departamentos por construir

Los departamentos de edificios están sujetos al régimen de propiedad horizontal, en el cual existen

una propiedad exclusiva sobre el departamento y una propiedad común sobre el suelo, los cimientos, pasajes, pasadizos, escaleras, ascensores, entre otros. En los proyectos inmobiliarios consistentes en edificios con departamentos por construir se puede distinguir los siguientes actores: (i) el propietario del terreno; (ii) la empresa inmobiliaria que pueda ser también la dueña del terreno; (iii) el banco promotor, que es quien financia la construcción del edificio; y (iv) los compradores de las unidades inmobiliarias. Para ejecutar esos proyectos, primero se obtiene una licencia de edificación en la municipalidad distrital y, luego, se comienza con la ejecución de las obras que culminan en la declaratoria de fábrica y la conformidad de obra que se inscribe en los registros públicos, que, juntamente con la inscripción del reglamento interno, originan la independización de las unidades inmobiliarias en partidas independientes, conforme al artículo 88 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

Para la autora Mónica Arteaga Reátegui existen, por lo menos, tres modalidades para financiar los proyectos inmobiliarios:

a) Cuando el banco que financia el proyecto inmobiliario es el mismo que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias.

b) Cuando el banco que financia el proyecto inmobiliario es distinto al que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias.

c) Cuando el proyecto inmobiliario es autofinanciado, pero la adquisición de las unidades inmobiliarias se financia a través de un banco (2022, p. 118).

En el primer caso, para financiar la construcción, la empresa inmobiliaria solicita un crédito al banco promotor, el cual, a su vez, requiere una garantía hipotecaria sobre el predio matriz o terreno. El banco va desembolsando el crédito a medida que se va efectuando el avance de obra mediante un certificado de avance de obra, previa opinión de un experto o perito, de tal manera que el banco tiene una garantía hipotecaria que progresivamente se va extiendo sobre la construcción, conforme al artículo 1101 del Código Civil, que señala que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y a sus accesorios (1984). Es decir, el crédito otorgado por el banco promotor y su desembolso tiene un correlato económico con el terreno y la construcción que se va efectuando.

En el caso de los compradores, el banco promotor financia la adquisición de las unidades inmobiliarias proyectadas, pero, como son departamentos por construir, se celebra la escritura pública de compraventa del departamento a favor del comprador y la hipoteca a favor del banco promotor, pero la escritura no se inscribe en los registros públicos, porque los bienes todavía no existen; recién con la independización de los departamentos se procederá a trasladar la escritura pública para que se pueda inscribir la compraventa y la hipoteca. Mientras tanto, el comprador no goza de ninguna garantía sobre el inmueble; solo depende de la gestión del banco promotor que va desembolsando el crédito a medida que avance la obra. Para ello, el banco promotor obtiene a su favor una garantía mobiliaria que permite retener el desembolso del préstamo del departamento a medida que se avance la obra.

En el segundo caso, el banco promotor otorga también a la empresa inmobiliaria un crédito para financiar la construcción del edificio y tiene una hipoteca sobre el predio matriz, y a medida que avanza la obra, va desembolsando el crédito según certificados de avances de obra. Pero las compras de las unidades inmobiliarias proyectadas se encuentran financiadas por un segundo banco que no goza de ninguna hipoteca sobre el predio matriz y tampoco sobre las unidades inmobiliarias, porque estas todavía no han sido construidas ni independizadas. En ese sentido, el banco promotor debe otorgar al segundo banco una carta fianza que respalde los desembolsos que efectúa para la construcción del departamento. Esto obviamente encarece la financiación del crédito, porque el costo de la carta fianza está entre un 3% a 5% del valor del crédito[8] (2021), lo que es trasladado al comprador y encarece el crédito y no permite una competencia efectiva entre las empresas financieras. El comprador no tendrá ninguna garantía sobre la futura construcción, solo dependerá de la gestión del banco promotor y del segundo banco. A su vez, este último no gozará de ninguna garantía sobre el predio matriz ni sobre las unidades inmobiliarias por construir; solo estará respaldado por la carta fianza otorgada por el banco promotor que se liberará cuando se independice el departamento y pueda trasladarse allí la hipoteca.

En el tercer caso, el proyecto es autofinanciado por la empresa inmobiliaria, pero las ventas de los de-

[8] Para más información, véase al siguiente enlace web: https://rebajatuscuentas.com/pe/blog/se-reembolsa-el-monto-pagado-por-una-carta-fianza-de-un-inmueble-en-proyecto

partamentos por construir estarán financiadas por un banco, quien retendrá el monto del préstamo hasta que se independice el departamento. Mientras tanto, el comprador no tendrá ninguna garantía sobre el predio matriz ni sobre el departamento por construir, solo dependerá de la gestión de la empresa inmobiliaria. El banco que financia la unidad inmobiliaria a construir tendrá como garantía la retención de los fondos hasta que se independicen los departamentos.

Como se ve en los tres casos, el comprador no tiene un respaldo sobre la adquisición de los departamentos por construir, porque su contrato de compraventa no se encuentra inscrito ni en la partida matriz ni en una partida independiente. A su vez, el segundo banco que financia la adquisición de las unidades inmobiliarias futuras no tiene ningún respaldo sobre el inmueble: ni sobre el predio matriz ni sobre los departamentos por construir. Esta situación tampoco promueve que el comprador pueda negociar su venta para su transferencia a terceras personas y con ello dinamizar el mercado inmobiliario.

Para enfrentar esta situación, considero que existe –como una alternativa más– la figura de la preindependización de las unidades inmobiliarias a construir y de la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca. Sin embargo, se encuentra poco difundida. Los artículos 71, 72 y 73 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios facultan la anotación preventiva de la declaratoria de fábrica y del prereglamento interno de las unidades inmobiliarias por construir, y la preindependización de los futuros departamentos; mientras que el artículo 76 del mismo Reglamento regula la anotación preventiva de la compraventa u otros actos análogos como la hipoteca (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Ello guarda concordancia con el artículo 29.1 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones[9], que permite también la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, y la preindependización de los departamentos, con una vigencia de un año (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA); al igual que el artículo 75 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, que establece la vigencia de un año, pero prorrogable por el mismo período mientras se encuentre vigente la licencia de edificación (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

La preindependización de los departamentos a construir y la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca constituye una forma de garantía al comprador y al banco financiador de la adquisición de las unidades inmobiliarias, porque, en caso de que la anotación preventiva se convierta en definitiva, se gozará de la protección desde el momento de la anotación preventiva de aquellos actos. A su vez, si es que caduca la anotación preventiva porque no se ha inscrito dentro del plazo de la declaratoria de fábrica y el reglamento interno, se procederá a trasladar sobre la partida matriz la compraventa e hipoteca sobre el porcentaje que representan las unidades inmobiliarias dentro de las zonas comunes; conforme al artículo 5.19 de la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN).

En la Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L el Tribunal Registral consideró lo siguiente sobre las anotaciones preventivas en las unidades inmobiliarias proyectadas:

> Sin perjuicio de lo expuesto, es de señalar que el Registro no niega la posibilidad de que los actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias en proyecto accedan al Registro, en tanto éstas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, pero siempre será necesario que se inscriba previo o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica, conforme a lo previsto en la Directiva N° 009-2008-SUNARP-SN, por lo que el usuario podrá acogerse a la citada Directiva, presentando la documentación prevista en el artículo 50c del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (fundamento 4).

Asimismo, respecto al traslado de la compraventa e hipoteca sobre el predio matriz, en caso de que la anotación preventiva no pueda convertirse, en definitiva, el Tribunal Registral afirma lo siguiente en la citada resolución:

> De lo contrario, es decir si no se inscribe dentro del plazo respectivo la declaratoria de fábrica con la consiguiente cancelación de las partidas independizadas, el acto dispositivo deberá ser trasladado a la partida matriz en el porcentaje que según corresponda en las zonas comunes. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del citado porcentaje (Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L, fundamento 4).

[9] El contenido del párrafo 29.1 del artículo 29 de la Ley 29090 se encuentra recogido en el artículo 7 del reciente Decreto Legislativo 1568.

Por su parte, la ventaja de la preindependización, de la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca ha sido destacada por la abogada Elisa Inés Gutarra Aranda, quien se preguntaba lo siguiente:

> Dónde radica exactamente la importancia de esta figura, económica y comercialmente hablando – respondiéndose lo siguiente: […] Justamente en el hecho que, al permitirse la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica, los terceros que se encuentren interesados en contratar con el propietario del predio matriz, tendrían cierto nivel superior de confianza, certidumbre, convencimiento y seguridad, tanto en que la futura obra se encuentra aprobada por el ente municipal que la autoriza, como porque, registralmente hablando, aquella y su dominio se adecúan a los antecedentes registrales, otorgándole así un halo que la rodea de certeza y convicción ante sus eventuales adquirentes. Viéndolo desde dicha perspectiva, la anotación de predeclaratoria de fábrica se constituirá en una herramienta comercial muy importante (2017, p. 613).

A lo cual añadiríamos como otras ventajas que otorgaría una garantía adicional para el banco financiador de la adquisición de unidades inmobiliarias proyectadas y permite al comprador negociar mejor con terceros la venta de esas unidades.

Sin embargo, la pregunta que uno se plantea es por qué no ha sido utilizado mayormente la preindependización y por qué se ha preferido la hipoteca sobre el predio matriz y el mecanismo de la garantía mobiliaria para retener los fondos según el avance de la obra. La misma abogada Elisa Inés Gutarra Aranda, quien ejercía el cargo de asistente registral, manifiesta que, en su experiencia laboral, no ha sido muy utilizada esta figura, pero dada las bondades de la misma, sugiere que sea difundida por los beneficios que otorga (2017, p. 164). A su vez, la abogada Luz Noelia Garate Mayta considera que no se ha utilizado esta figura por los costos que genera, expresando lo siguiente:

> Si bien esta es una figura no muy usada por las inmobiliarias, ya que elevaría sus costos, pues las mismas tienen conocimiento de que sus proyectos pueden tener modificaciones y el hecho que haya una pre-declaratoria de fábrica inscrita, incrementaría costos para inscribir modificaciones (2020, p. 23).

En nuestra opinión, la preindependización de unidades inmobiliarias y la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca no ha sido muy utilizada por la falta de difusión de esta figura y de los beneficios que otorga (una forma de garantía para el comprador y una garantía adicional para el banco que financia la adquisición de unidades inmobiliarias, que puede trasladarse a la partida matriz en el porcentaje que representan si no se efectúa la inscripción definitiva). Adicionalmente, la falta de uso se debería al incremento de los costos que genera, porque, a nivel registral, habría un costo por la predeclaratoria de fábrica, la anotación del prerreglamento interno, la preindependización por cada partida, la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca; para luego pagarse por la conversión definitiva de estos actos en los registros públicos cuando se realiza la inscripción definitiva. Debería simplificarse los derechos registrales y –en todo caso– que el mayor derecho valorado se pague en la inscripción definitiva. En esa misma línea, existe un tratamiento diferente de la anotación preventiva en las unidades inmobiliarias proyectadas con la anotación preventiva en el régimen de habilitación urbana que incrementa los costos, porque el plazo de vigencia de la anotación de predeclaratoria de fábrica, prereglamento y preindependización es por un año y por cada prórroga hay que pagar un derecho registral, mientras que en la preindependización de los lotes que integran la habilitación urbana y en las anotaciones preventivas extendidas el plazo de vigencia es por el tiempo que dure la licencia de habilitación urbana, es decir, 3 años y prorrogable por un año más. Debería homologarse el tratamiento de ambas figuras, porque la duración de la licencia de habilitación urbana y de edificación es por el mismo plazo.

Finalmente, considero que, si bien las modificaciones a la edificación podrían representar de alguna manera un desincentivo para la preindependización de las unidades inmobiliarias, las modificaciones también se presentan cuando no hay preindependización y ya se otorgaron la compraventa e hipoteca sobre la unidad a proyectar. En todo caso, es un incentivo para que la empresa inmobiliaria elabore un mejor proyecto y evite cambios sustanciales en el mismo que requieran una aclaratoria.

B. La financiación y garantías en los lotes de vivienda proyectados

En la financiación de lotes de vivienda proyectados se presenta una figura parecida a la financiación de departamentos por construir, porque existe: (i) el propietario del terreno materia de habilitación urbana; (ii) la empresa inmobiliaria que habilita el terreno con la ejecución de las obras, que puede ser también la propietaria del terreno; (iii) el banco promotor del proyecto que es el que financia la ejecución de las obras de habilitación y de edificación; y (iv) el segundo banco que es quien financia la adquisición de los lotes de vivienda proyectados.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, pueden solicitarse las habilitaciones en la modalidad C, con evaluación previa por la Comisión Técnica o Revisores urbanos, entre otras: (i) las habilitaciones urbanas con construcción simultánea que soliciten la venta garantizada de lotes; y (ii) las habilitaciones urbanas con construcción simultánea de viviendas, donde el número, dimensiones del lote a habilitar y tipo de viviendas a edificar se definan en el proyecto, siempre que su finalidad sea la venta de viviendas edificadas (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). La habilitación urbana con construcción simultánea y venta garantizada de lotes autoriza a la empresa inmobiliaria a efectuar las obras de habilitación urbana y a vender los lotes a los compradores, quienes pueden simultáneamente solicitar la licencia de edificación para construir sus viviendas. A su vez, la habilitación urbana con construcción simultánea de viviendas autoriza a la empresa inmobiliaria a habilitar las obras y a construir las casas con fines de vivienda para su futura venta. El artículo 21 de la Ley 29090, modificado por el Decreto Legislativo 1426, hace referencia a la habilitación urbana con construcción simultánea, en general, lo que consideramos incluye a la construcción simultánea con venta garantizada de lotes y a la construcción simultánea de viviendas (2018).

En estos procedimientos de habilitación urbana hay dos etapas: (i) la licencia de habilitación urbana, que puede ser con construcción simultánea; y (ii) la recepción de obras, que se produce una vez que se han ejecutado las obras de habilitación urbana, conforme al artículo 19 de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA). De acuerdo con el artículo 34 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, solo es inscribible la recepción de obras de la habilitación urbana, salvo los supuestos de aprobación de habilitaciones urbanas con autorizaciones de construcción simultánea o venta garantizada de lotes, cualquiera sea la modalidad de aprobación de la misma, en cuyo caso podrá anotarse preventivamente el proyecto de habilitación (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Es decir, solo es inscribible la ejecución de las obras de habilitación urbana (recepción de obras) y excepcionalmente puede efectuarse la anotación preventiva de la licencia de habilitación urbana con la preindependización de los lotes en el caso que se trate de habilitación urbana con construcción simultánea (Huerta Ayala, 2017, p. 411).

El artículo 36.5 del Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, aprobado por Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, establece que, luego de obtenida la licencia de edificación de las viviendas, se realiza la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y la preindependización de los lotes; lo cual guarda resulta concordancia con el artículo 35 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2019). El artículo 39 del citado Reglamento autoriza a su vez la anotación preventiva en la partida preindependizada de la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual (Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA). Consideramos que ello también debería incluir la anotación preventiva de las compraventas de los lotes que edifique el promotor y que no constituyan compraventa garantizada, porque la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA) comprende a ambas.

En la financiación de los proyectos de los lotes de vivienda no se utiliza mucho la figura de la preindependización de los lotes y la anotación preventiva de la compraventa garantizada. El propietario o la empresa inmobiliaria constituyen hipoteca sobre la partida matriz materia de habilitación urbana a favor del banco promotor, quien financia dichas obras de habilitación urbana. A su vez, el banco promotor financia la venta de las casas a los compradores individuales, quienes celebran un contrato de compraventa con la empresa inmobiliaria e hipoteca con el banco promotor. La compraventa e hipoteca se mantienen en la notaría y son trasladadas a registros públicos cuando recién se produce la independización de las casas. Mientras tanto, el banco promotor retiene los fondos y desembolsa los créditos a medida que se produce el avance de obra. Si la compra de las casas proyectadas fuera financiada por un segundo banco, ello encarecería el crédito, porque habría que pagar el costo de la carta fianza que el banco promotor debe otorgar para garantizar al segundo banco que se constituirá hipoteca sobre estas casas independizadas.

De igual forma, si la habilitación urbana y la construcción de las casas fueran autofinanciadas por la empresa inmobiliaria, la venta de las casas proyectadas financiadas por un banco y la hipoteca a favor de este no podría ser inscritas mientras no se culmine con la independización de las casas. El comprador que paga todo el precio o que se financie con el banco no tendría ninguna garantía, salvo en este último caso de la gestión del banco.

En ese sentido, la anotación preventiva de la habilitación urbana y la preindependización de los lotes de vivienda para que se inscriba allí el contrato de compraventa representa una ventaja para el comprador, porque contaría con un respaldo en

los registros públicos, aún cuando sea preventivamente. Sin embargo, esta figura se encuentra restringida, porque no se permite anotar la hipoteca a favor del banco que financia la compraventa y no se permite la anotación de las ventas sucesivas que se pudieran dar sobre las casas proyectadas. El artículo 39 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios solamente autoriza a anotar preventivamente la compraventa garantizada y –en su caso– la cesión de posición contractual (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). En cuanto a la cesión de posición contractual, existe el problema de que se considera que la cesión de posición contractual se presentaría solamente cuando el comprador no haya pagado la totalidad del precio (Huerta Ayala, 2017, p. 419). Adicionalmente, es una figura que no permite explicar las ventas sucesivas que se podrían efectuar sobre las casas proyectadas.

En el LXXX Pleno del 15 y 16 de diciembre de 2011, el Tribunal Registral consideró lo siguiente:

> Mientras se encuentre vigente la anotación preventiva de aprobación de habilitación urbana, no procede la inscripción de constitución de hipotecas sobre lotes individuales en las partidas pre independizadas. Sin perjuicio de lo indicado y estando vigentes las partidas pre independizadas, es procedente la inscripción de la hipoteca sobre la totalidad del predio matriz, la misma que será trasladada simultáneamente a las partidas pre independizadas, siempre que se trate del mismo propietario (2011).

En consecuencia, consideramos que la anotación preventiva en la preindependización de los lotes de vivienda proyectados debería incluir también la hipoteca y las sucesivas ventas que se producen respecto del citado bien, ello para permitir que el banco financiador de la compra de las casas pueda anotar preventivamente su hipoteca y el comprador, a su vez, pueda negociar la venta del lote. Esto dinamizaría el mercado inmobiliario y homologaría el tratamiento con la anotación preventiva en los departamentos por construir prevista en el artículo 76 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, 2013). Asimismo, podría extenderse también a la anotación preventiva de las compraventas garantizadas o con construcción simultánea lo previsto en el artículo 5.19 de la Directiva 008-2009-SUNARP-SN, para que, en caso la anotación preventiva no se convierta en definitiva con la inscripción de la recepción de obras dentro del plazo de vigencia de la licencia de habilitación urbana, se pueda trasladar la venta y la hipoteca a la partida matriz en el porcentaje que representan dentro de las zonas comunes (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 346-2009-SUNARP-SN). Podría objetarse que en la habilitación urbana puede haber modificaciones en la ejecución del proyecto, pero ese mismo problema se presenta cuando se vende e hipoteca las casas proyectadas antes de su independización para su futuro traslado a los registros públicos.

Una desventaja serían los costos que implicarían la anotación de la prehabilitación urbana, la preindependización de los lotes y la anotación de la compraventa garantizada o simultánea; para luego efectuar la conversión definitiva de estos actos cuando se efectúa la inscripción de la recepción de obras; pero consideramos que se deben simplificar los costos a fin de promover el desarrollo de estos proyectos y de las garantías que la respalden. Una propuesta podría ser que se considere la anotación preventiva como acto invalorado y, cuando se efectúe la conversión en definitiva, se liquiden los costos finales.

En consecuencia, la prehabilitación urbana, la preindependización de los lotes y la anotación preventiva de las compraventas y de las hipotecas, conforme se sugiere, podrían otorgar un respaldo a los compradores, una garantía adicional para los bancos que financian la adquisición de las casas proyectadas y una herramienta para que el comprador pueda negociar la venta de las futuras casas.

V. EL FIDEICOMISO EN LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

En los proyectos inmobiliarios a desarrollarse existen dos tipos de riesgos que pueden presentar: (i) la transferencia del terreno o predio matriz, o que el mismo sea embargado por terceros acreedores; y (ii) garantizar los flujos de dinero para que la construcción llegue a ejecutarse[10]. Estos riesgos de alguna manera se encuentran menguados cuando el banco promotor obtiene una hipoteca sobre el predio matriz y retiene los flujos con la garantía mobiliaria a medida que se avance con la construc-

[10] Respecto de este segundo riesgo, la autora Mónica Arteaga Reátegui sostiene lo siguiente:

> Uno de los principales riesgos es que no se canalicen adecuadamente los flujos del financiamiento para el proyecto inmobiliario, impidiendo que este se pueda culminar o que el propietario del terreno matriz tenga diversos tipos de deuda que generen la posibilidad de embargos sobre bienes, lo cual definitivamente afectaría el desarrollo del proyecto inmobiliaria (2020, pp. 124-125).

ción. No obstante, no excluyen totalmente los riesgos, porque una hipoteca sobre el predio matriz tiene que ejecutarse judicialmente y siempre existe el riesgo de que no se culmine con la construcción, porque la empresa inmobiliaria tenga problemas de diferente tipo, incluso problemas de gestión.

En ese sentido, el fideicomiso resulta ser una herramienta útil para evitar los riesgos de transferencia y embargos, para canalizar eficientemente los flujos y mejorar la gestión. Mediante el fideicomiso, el fideicomitente (el propietario del terreno o la empresa inmobiliaria) transfiere en dominio fiduciario el terreno y lo que se edifique sobre él a favor de un patrimonio fideicometido, que será administrado por una empresa fidudaria (factor fiduciario) en favor de los fideicomisarios: compradores adquirentes de las unidades inmobiliarias o casas proyectadas y bancos que financian los proyectos. El artículo 241 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, define al fideicomiso de la siguiente manera:

> El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominado fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto a dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes (1996).

La transferencia en dominio fiduciario garantiza que el propietario del terreno no podrá transmitirlo a terceros ni podrá ser embargado por deudas sobre ese bien. Adicionalmente, es independiente del patrimonio de la empresa fiduciaria, porque esta solamente gestiona el fideicomiso. Asimismo, los flujos que se obtiene por la venta de las unidades inmobiliarias están destinados exclusivamente al desarrollo de la construcción. Para la venta de las unidades inmobiliarias se requiere la autorización del fideicomitente propietario del terreno y de la empresa fiduciaria. Si bien el artículo 252 de la Ley 26702 establece que el fiduciario ejerce sobre el patrimonio fideicometido dominio fiduciario, con las plenas facultades de uso, disposición y reivindicación sobre los mismos; sin embargo, dichas facultades deben ser ejercidas con arreglo a la finalidad del acto constitutivo del fideicomiso (1996). En la Resolución 075-2021-SUNARP-TR, el Tribunal Registral consideró lo siguiente:

> Conforme a las normas citadas, en el Perú el dominio fiduciario y las facultades del fideicomitente y del fiduciario están configuradas y relacionadas al acto constitutivo del fideicomiso, no pudiendo presumirse que el fiduciario ejerce todas las facultades de disposición, pues existe libertad para establecer pactos, siempre que estén acordes con la finalidad del fideicomiso. Sin embargo, el fideicomitente no puede ejercer ningún acto de disposición de los bienes sometidos a fideicomiso (2021).

En dicho caso, la empresa constructora pretendía inscribir la transferencia de los departamentos que todavía no habían sido independizados sin autorización de la empresa fiduciaria. El Tribunal confirmó la observación, en el sentido que no procedía la transferencia de los departamentos sin autorización de la empresa fiduciaria y sin que se cuente con partida independiente de la unidad inmobiliaria.

La transferencia en dominio fiduciario del terreno o predio matriz se inscribirá en el rubro títulos de dominio a favor del fiduciario, conforme a los artículos 1 y 2 de la Directiva 007-2008-SUNARP-SN, aprobado por Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos 316-2008-SUNARP-SN, que regula la inscripción de fideicomisos, normas que señalan que la transferencia de bienes en fideicomiso, inclusive de los fideicomisos en garantía, se inscribe en el rubro títulos de dominio de las partidas registrales de los respectivos bienes, a favor del fiduciario (2008). Una vez independizadas las unidades inmobiliarias, se procederá a trasladar la inscripción a favor del fiduciario para que se proceda a la inscripción de las compraventas a favor de los compradores y de las hipotecas a favor de los bancos financiadores. En este estado, una figura que podría complementar al fideicomiso inmobiliario es la preindependización de las unidades inmobiliarias y la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca, para que, cuando se haga la recepción de obras en la habilitación urbana o la conformidad de obra en las edificaciones, se traslade a la partida independiente todos los actos de disposición sobre la unidad inmobiliaria.

La desventaja del fideicomiso son los costos que genera, porque solamente puede ser administrado por una empresa fiduciaria, que requiere ser autorizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), conforme al artículo 242 de la Ley 26702 (1996); lo cual se justificaría solamente en proyectos inmobiliarios de envergadura o que justifiquen dicho pago. Sin embargo, las ventajas que genera el fideicomiso son importantes, como bien lo destaca la autora Mónica Arteaga Reátegui: (i) patrimonio inembargable, para evitar el embargo por las obligaciones del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario; a lo cual agrega-

ríamos evitar el riesgo de la transferencia del predio matriz a terceras personas; (ii) tributariamente neutro, es decir, los bienes que se constituyan en fideicomiso son tributariamente neutros, como si no existiera el fideicomiso para efecto de los actos de disposición; y (iii) ejecución extrajudicial, es decir, que la ejecución del fideicomiso se puede efectuar extrajudicialmente, a diferencia de la hipoteca que requiere la intervención judicial (2022, p. 121).

La empresa inmobiliaria tiene diferentes alternativas para la ejecución de sus proyectos: puede recurrir a la garantía hipotecaria sobre la matriz para financiar la habilitación urbana y la edificación o puede recurrir al fideicomiso para tener una protección más efectiva que permita separar el patrimonio fideicometido (terreno y construcción) de la propiedad de los intervinientes. Para ambos casos consideramos que una alternativa adicional para los compradores y los bancos financiadores es la preindependización de las unidades inmobiliarias proyectadas y la anotación preventiva de las compraventas y de las hipotecas que se puedan constituir.

VI. LA INSCRIPCIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS Y DE LOS LOTES DE VIVIENDA CONSTRUIDOS, PERO NO INDEPENDIZADOS

La independización de los departamentos y de los lotes de vivienda se efectúa cuando se inscribe la conformidad de obra o la recepción de obras, se procede a la inscripción del reglamento interno y se procede a la independización de las unidades inmobiliarias, para que allí puedan inscribirse la compraventa e hipoteca sobre las mismas, salvo el supuesto de la anotación preventiva de la prehabilitación urbana y la predeclaratoria de fábrica a las que nos hemos referido anteriormente.

Sin embargo, puede pasar que la empresa inmobiliaria no llegue a independizar los lotes, ni los departamentos ya construidos y no exista preindependización o ya haya caducado. En estos casos, algunos compradores y bancos financiadores de las unidades inmobiliarias suelen solicitar la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca, amparados en los literales c) y d) del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos, respecto a que son materia de anotación preventiva los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane y los títulos que no puedan inscribirse por defecto subsanable (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

El Tribunal Registral ha rechazado estas solicitudes de anotación preventiva considerando que dichas causales están referidas a la falta de tracto sucesivo y a los defectos del propio título, pero no a la falta de inscripción del acto previo, esto es, a la previa independización de las partidas registrales. Es decir, la solicitud de anotación preventiva por falta de tracto sucesivo es cuando el transferente no cuenta con su derecho inscrito; por su parte, la causal por defecto subsanable es cuando el título presentado presenta problemas de validez. En cambio, la falta de inscripción del acto previo está referida a la falta independización de la partida, caso en la cual se autorizaría la ampliación de rogatoria, conforme al artículo 40 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN), para inscribir el acto previo, la independización, pero no para solicitar la anotación preventiva. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Registral en las Resoluciones 1828-2009-SUNARP-TR-L (2009) y 1831-2009-SUNARP-TR-L (2009).

En dichas resoluciones se buscaba la anotación preventiva de la compraventa de un departamento y de su estacionamiento. El Tribunal Registral confirmó la denegatoria amparado en el XXXII Pleno Registral del 3 de abril de 2008, que dispone que no procede la anotación preventiva en los supuestos de falta de inscripción del acto previo, considerando además que:

> Como puede apreciarse el RGRP ha legislado de manera restringida y excepcional las anotaciones preventivas por lo que únicamente da origen a la extensión de una anotación preventiva la existencia de defectos subsanables en el título, no es así la falta de inscripción del acto previo, los que también ocasionan la observancia del título durante la vigencia del asiento de presentación (2008).

En dicho caso, se trataba de un contrato de compraventa con hipoteca sujeta a que se inscriba en el plazo de 18 meses, que, como había vencido, fue reconducido a un contrato de crédito de consumo.

La anotación preventiva del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos tiene un carácter temporal de un año, contado desde el asiento de presentación (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN), y no debe ser confundida con la anotación preventiva de los artículos 35, el artículo 75 y siguientes del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, referidos a la prehabilitación urbana y a la predeclaratoria de fábrica, con el prereglamento interno, que permiten la preindependización de las unidades inmobiliarias; supuesto en el cual sí se permite la anotación preventiva de la compraventa y de la hipoteca

(Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN). Es la única excepción que los registros públicos han considerado para que se anoten preventivamente el contrato de compraventa y en su caso la hipoteca.

Para la inscripción de la compraventa e hipoteca de las unidades inmobiliarias ya construidas, el mecanismo correspondiente es que se proceda a la conformidad de obra y a la inscripción de la declaratoria de fábrica y del reglamento interno, para que se proceda a la independización de los departamentos y allí trasladar la compraventa e hipoteca. En caso la empresa constructora no proceda a realizarlo y haya vendido los departamentos, la junta de propietarios puede acogerse al procedimiento de saneamiento de la edificación mediante formulario registral, conforme al procedimiento previsto en el artículo 6 de la 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, previa convocatoria y acuerdo simple firmado por los concurrentes con la presentación de los planos correspondiente y el reglamento interno, para proceder a la correspondiente independización (1999).

En tal sentido, la anotación preventiva de la predeclaratoria de fábrica y del prereglamento interno, así como la preindependización de las partidas, constituyen también un mecanismo de garantía cuando las edificaciones no han sido concluidas o no se haya efectuado la inscripción; porque, en caso la anotación preventiva no se convierta en definitiva, podrán trasladarse a la partida matriz la compraventa e hipoteca en el porcentaje que representan en las zonas comunes.

VII. CONCLUSIONES

1. En el caso de la venta de los departamentos por construir o en planos se presenta una dicotomía, porque, por un lado, el comprador es cotitular del suelo sobre el cual se realizará la edificación y, a su vez, tiene un derecho de crédito sobre el departamento a construir que tiene vocación de derecho real y se materializa cuando el bien existe. En ese sentido, respecto de la cotitularidad, nos encontraríamos frente a un bien presente que incidiría sobre la partida matriz y, respecto del departamento en construcción, se trataría de un bien futuro que requeriría de una preindependización de la partida.

2. La figura que mejor explica el acceso al registro de los departamentos por construir (bienes futuros) es la anotación preventiva, porque permite relacionar el contrato de compraventa como obligación con el derecho real en formación, para que accedan a registros futuros derechos reales que tienen vocación de inscripción; para lo cual es requisito que se preindependice la partida, a fin de que allí se anoten los actos de disposición, como la compraventa e hipoteca, por un principio de especialidad de los registros públicos.

3. En los proyectos inmobiliarios de departamentos y lotes de vivienda por construir, el comprador no tiene ninguna garantía sobre la futura construcción, porque la compraventa sobre estas unidades inmobiliarias recién se va a inscribir cuando sean independizadas; así, el comprador dependerá de la buena gestión del banco promotor. Asimismo, los bancos terceros que financian la adquisición de las unidades inmobiliarias no cuentan con una hipoteca inscrita mientras aquellas no sean independizadas, lo que encarecería de alguna manera el costo del crédito.

4. La preindependización de los departamentos por construir y la anotación preventiva de la compraventa e hipoteca constituyen una forma de garantía para el comprador y el banco financiador, porque, en caso no se produzca la inscripción definitiva, dichos actos serán trasladados a la partida matriz en el porcentaje que las unidades representan en las zonas comunes, conforme a la Directiva 009-2008-SUNARP-SN (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN). Asimismo, permitiría al comprador negociar la futura venta de los departamentos dinamizando el mercado inmobiliario. Sin embargo, esta figura no ha sido muy difundida, ni promovida con la simplificación de sus costos.

5. Deberían homologarse los requisitos y beneficios de la preindependización de los departamentos por construir y de los lotes de vivienda proyectados, para que el plazo de vigencia de la anotación preventiva de la preinscripción de departamentos por construir sea por 3 años, prorrogable por un año más, al igual que en la preindependización de los lotes de vivienda en la prehabilitación urbana, porque, en ambos casos, la licencia tiene el mismo plazo. Asimismo, en la preindependización de los lotes de vivienda en la habilitación urbana debería permitirse anotar no solamente la compraventa garantizada y la cesión de posición contractual, sino

también la hipoteca y las ventas que se produzcan. Igualmente, la garantía de que en la preindependización de los departamentos a construir no se realice la inscripción definitiva y se traslade la compraventa e hipoteca en la partida matriz, debería también extenderse para la preindependización de los lotes de vivienda en la habilitación urbana. Finalmente, debería simplificarse los costos de la preindependización para evitar la duplicidad de pagos o, en todo caso, que los derechos definitivos sean pagados cuando se produzca la conversión de la inscripción a definitiva.

REFERENCIAS

Arteaga Reátegui, M. (2022). El Fideicomiso como Instrumento en el Sector Inmobiliario en el Perú. En G. Mendoza del Maestro *(coord.), Anales del V Congreso Iberoamericano de Derecho Inmobiliario: Los efectos del Covid en el derecho inmobiliario comparado.* Observatorio Inmobiliario y Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Badenes Gasset, R. (1995). *El Contrato de Compraventa* (tomo I). J.M. Bosch Editor.

De La Puente y Lavalle, M. (1999). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa*. Gaceta Jurídica Editores.

(2007). *El Contrato en General* (tomo II). Palestra Editores.

Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (tomo III). Editorial Aranzadi.

Garate Mayta L. (2020). *Hipotecas sobre bienes futuros: regulación y problemas frente al mercado inmobiliario peruano* (tesis para obtener el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

García Hamilton, B. (9 de marzo de 2018). Hipoteca sobre bien futuro el caso peruano. *Abogados.* https://abogados.com.ar/hipoteca-sobre-bien-futuro-el-caso-peruano/21094

Gunther Gonzales, B., & Cerdeira Bravo, G. (2018). *Tratado de la Hipoteca.* Jurista Editores.

Gutarra Aranda, E. (2017). Artículo 71-72 Anotación Preventiva de Predeclaratoria de Fábrica. Contenido del asiento de anotación preventiva de predeclaratoria de fábrica. En O. Huerta (coord.), *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Editorial Grijley.

Huerta Ayala, O. (2017). Artículo 39 Anotación preventiva de la compraventa garantizada. En O. Huerta (coord.), *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Editorial Grijley.

Mejorada Chauca M. (2014). Hipoteca sobre Bienes Futuros. *Revista de Derecho Forseti*, (2), 60-68.

Roca Sastre, R. (1979). *Derecho Hipotecario* (tomo II). Bosh Casa Editorial.

Valencia Zea, A. (1990). *Derecho Civil* (tomo II). Editorial Temis.

(23 de noviembre de 2021). ¿Se reembolsa el monto pagado por una carta fianza de un inmueble en proyecto? *Rebaja tus cuentas*. https://rebajatuscuentas.com/pe/blog/se-reembolsa-el-monto-pagado-por-una-carta-fianza-de-un-inmueble-en-proyecto

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Code Napoléon [C. civ] [French Civil Code] (Fr.).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil (1856) (Cl).

Código Civil (1860) (Co).

Codice Civile [Cc] (1942) (It.).

Decreto Legislativo 1426, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de setiembre de 2018 (Perú).

Decreto Legislativo 1568, Decreto Legislativo del Régimen de Propiedad Horizontal, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2023 (Perú).

Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de mayo de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 029-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo del 2019 (Perú).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (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 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, Diario Oficial El Peruano, 25 de setiembre de 2007.

LXXX Pleno Registral, de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 16 de diciembre de 2011 (Perú).

Resolución 075-2021-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 27 de abril de 2021 (Perú).

Resolución 1828-2009-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 11 de diciembre de 2009 (Perú).

Resolución 1831-2009-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia de los Registros Públicos, 11 de diciembre de 2009 (Perú).

Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos 316-2008-SUNARP-SN, Aprueban Directiva 007-2008 "Normas que regulan la inscripción de fideicomisos", 27 de noviembre de 2008, Diario Oficial *El Peruano*, (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, Aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, 6 de mayo de 2013, Diario Oficial *El Peruano*, (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2012 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP-SN, Aprueba Directiva 009-2008 sobre régimen de Propiedad Exclusiva y Común, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 2008 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 346-2009-SUNARP-SN, Incluir dentro del numeral 6.8 de la Directiva N° 008-2009-SUNARP/SN, Directiva sobre el Procedimiento del Concurso Interno de Méritos de trabajadores para asignación permanente de funciones, a niveles superiores el numeral 6.8.3, 6 de noviembre de 2009 (Perú).

XXXII Pleno Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 4 de abril de 2008 (Perú).

ESTUDIO RECONOCIDO DEL MERCADO LEGAL PERUANO

AVENDAÑO | ABOGADOS

T: +51 (1) 637-4627
www.eja.com.pe
estudio@eja.com.pe
Av. Larco 1301, Oficina 1202 - Torre Parque Mar - Lima

10.18800/themis.202301.003

REDIMENSIONANDO LA PROPIEDAD EN EL PERÚ

RESIZING PROPERTY OWNERSHIP IN PERU

Guillermo José Arribas Irazola*
Exeditor General de THĒMIS-Revista de Derecho
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

In this article, the author proposes to expand the concept of property that is currently held under Constitutional law in Peru. Specifically, he proposes to protect the right of possession that communities hold over informal housing as part of the constitutional right to property. This right of possession, as the author states, consists of factual control over the asset and the recognition of this control by the community to which the individual belongs.

The article confronts two apparently contradictory realities. On the one hand, almost 50% of the houses in Peru have a legal property title. On the other hand, the jurisprudence of the Constitutional Court has repeatedly indicated that the right of possession is not part of the constitutionally protected content of the right to property. In other words, almost half of Peruvians occupy their homes based on possession, but this control over the asset would not have constitutional protection.

As the author reviews, informal property is excluded not only from a constitutional recognition, but also in general from what is studied as part of the civil law on property. The main research that has been carried out on informal property have been promoted by anthropologists, such as José Matos Mar, or economists, such as Hernando de Soto. Based on their work, various instruments have been legislated to implement public policies in land titling, transforming informal property into legal property. However, if we consider the percentage of informal ownership that exists today in Peru, it may seem that these initiatives have not fully met their purpose.

The author raises the need to understand informal property also from civil law as a potential complement to the initiatives.

Keywords: Constitutional property; informal property; possession.

En el presente artículo, el autor plantea expandir el concepto que se tiene actualmente del derecho de propiedad en la Constitución. En concreto, propone proteger el derecho de posesión que mantienen comunidades sobre viviendas informales como parte del derecho constitucional de propiedad. Este derecho de posesión, como plantea el autor, consiste en el control fáctico sobre el predio y el reconocimiento de este control por parte de la comunidad a la que pertenece el individuo.

La reflexión confronta dos realidades –en apariencia– contradictorias. Por un lado, solo poco más del 50% de las viviendas en el Perú cuentan con un título legal de propiedad. Por otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha indicado en repetidas ocasiones que el derecho de posesión no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad. Es decir, casi la mitad de los peruanos ocupa sus viviendas en base a posesión, pero este control sobre el predio no tendría una protección constitucional.

Como repasa el autor, la propiedad informal queda excluida no solo de un reconocimiento constitucional, sino, en general, de lo que se estudia como parte del derecho civil sobre bienes: los derechos reales. Los principales trabajos que se han realizado sobre propiedad informal han sido impulsados por antropólogos, como José Matos Mar, o economistas, como Hernando de Soto. Sobre sus investigaciones se han legislado diversos instrumentos para implementar políticas públicas de titulización, transformando la propiedad informal en propiedad legal. No obstante, si consideramos el porcentaje de propiedad informal que hoy existe en el Perú, parecería que estas iniciativas no han cumplido del todo con su objetivo.

El autor plantea la necesidad de entender la propiedad informal también desde el derecho sobre bienes, como un potencial complemento a las iniciativas antes indicadas.

Palabras clave: Propiedad constitucional; propiedad informal; posesión.

* Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Docente del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Contacto: gar@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 05 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 10 de julio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La presente edición de Thēmis-Revista de Derecho está dedicada a la 'Propiedad y Derecho Inmobiliario'. No es posible referirnos a estos temas sin mencionar el nombre de Jorge Avendaño Valdez, exdecano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en dos oportunidades, además de docente en dicha casa de estudios por más de 50 años. Jorge Avendaño Valdez es –quizá– la persona más influyente en el desarrollo de los derechos reales y, por tanto, el derecho de propiedad en el Perú.

El centro de estudio y dictado de Jorge Avendaño siempre fueron los derechos reales. Fue uno de los redactores del Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984 y, más adelante, presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil, enfocándose también en el Libro de Derechos Reales[1]. Si bien el proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de Jorge Avendaño no se llegaría a aprobar en una norma con rango de ley que modifique nuestro Código actual, se publicó y comentó en la edición número 60 de Thēmis-Revista de Derecho[2].

Entre otras varias afortunadas oportunidades, tuve la suerte de ser alumno de Jorge Avendaño en el curso de derechos reales. Las palabras de cierre de su primera clase del curso me persiguieron por muchos años. Luego de hacer un recuento de lo que veríamos durante el ciclo y de la importancia de la materia, nos dijo con su firmeza pícara acostumbrada: "Pero no crean que lo que vamos a ver en el curso aplica a todos los derechos sobre tierras en el Perú. No, no. Esto aplica solo a una pequeña porción: a la propiedad urbana formal".

En ese momento me dejó con una pregunta: ¿cómo era posible que el principal curso de derecho sobre bienes abarcaba solo una pequeña porción de la propiedad en la tierra en el Perú? Con los años, esto se acentuaría al descubrir que solo poco más del 50% de las viviendas en nuestro país cuentan con un título legal de propiedad (Instituto Nacional de Estadística e Informática, s.f.).

Al reconocer las limitaciones del curso, Avendaño dejaba entre líneas el gran campo que quedaba por descubrir a quienes nos interesábamos por el derecho de propiedad en nuestro país. A mi modo de ver, parte de ese gran vacío está en la propiedad informal que encontramos, entre otros, en los asentamientos humanos en el Perú. Sobre esto, José Matos Mar desde la antropología[3] y Hernando De Soto desde la economía[4] han hecho un gran trabajo describiendo cómo es que estos derechos extralegales han sido creados y mantenidos.

Sobre el trabajo de De Soto y Matos Mar, se han promulgado distintas normas que buscan regularizar la propiedad informal mediante proyectos de titulación[5]. Sin embargo, el vacío al que hacía referencia Jorge Avendaño sigue presente. No es común encontrar dentro de los cursos derechos reales en las facultades de derecho del Perú un análisis sobre esa otra parte del país.

Por consiguiente, este artículo pone el foco sobre aquel punto: ¿cómo incorporar dentro de la mirada de derecho de propiedad a la propiedad informal? En ello adelanto una conclusión de lo que se discutirá en las siguientes páginas: en contra de lo resuelto en distintos casos por el Tribunal Constitucional[6] , considero que el derecho de posesión, como base de la propiedad informal, sí debe ser reconocido como parte del contenido intrínseco del derecho de propiedad en nuestra Constitución.

Con este objetivo, la primera sección del presente artículo describirá de manera general la situación de la propiedad sobre las viviendas en el Perú, haciendo uso de distinta data estadística publicada por el Instituto Nacional de Estadística del Perú (en adelante, INEI). En la segunda sección, construiremos una definición de propiedad más allá de las ataduras clásicas del derecho constitucional o el derecho civil, entendiendo este como fenómeno social más allá de lo previsto en nuestro sistema legal. En la tercera sección, haremos referencia a la definición de propiedad de nuestro sistema legal, diferenciando, pero vinculando, el plano constitucional con el civil, para luego plantear la discrepancia indicada con el análisis del Tribunal Constitucio-

1 A efectos de ver un recuento histórico de la propia voz del profesor Avendaño, véase a Roca Lizarzaburu y Avendaño Valdez (2014).

2 Véase a Avendaño Valdez (2011).

3 Véase a Matos Mar (1984).

4 Véase a De Soto (1986).

5 Si bien tenemos un antecedente en 1961, con la Ley 13517, la regulación actual se genera sobre la base de las ideas de Hernando de Soto, principalmente, y el Decreto Legislativo 803, promulgado el 15 de marzo de 1996. En esa línea, luego se aprobaría la Ley 28687 en el 2006 y la Ley 31056, en el 2020.

6 Véase, entre otras, a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 2308-2003-AA/TC, 01929-2006-PA/TC y 03583-2016-AA/TC (la última emitida el 6 de julio de 2021).

nal. Finalmente, se concluye el artículo marcando el trabajo pendiente en esta relectura de propiedad en el Perú.

II. PROPIEDAD EN EL PERÚ: ENTRE LA FORMALIDAD E INFORMALIDAD

Alguna vez, en una clase de mi maestría en Estados Unidos, escuché a un compañero decir al hablar del derecho de propiedad: "Partamos de lo que es obvio, para que exista el derecho de propiedad es necesaria la existencia del Estado y el reconocimiento de la ley a este derecho". Siendo peruano, automáticamente levante la mano para refutarlo.

El Perú, de manera consistente a partir de la década de 1940, ha visto la expansión de la propiedad inmobiliaria entre dos mundos: la propiedad legal o formal, y la extralegal o informal. La expansión exponencial de la vivienda informal se produjo principalmente en Lima, la capital del Perú. Por esto, ha sido estudiada a menudo como el centro de la expansión de la vivienda informal.

Al ser el centro de la mayor parte de la actividad económica del país, Lima era siempre buena candidata para el migrante en búsqueda de oportunidades (Matos Mar, 1984; De Soto, 1986; Webb et al., 2006). Como resultado, en el último censo nacional de 2017, de la población total de 31 237 385 millones de personas en el Perú, 9 485 405 vivían en Lima (30.3%) (INEI, 2018a). Sin perjuicio de esto, se pueden encontrar asentamientos creados en base a viviendas informales en todo el Perú.

Desde la década de 1940, ocurrió progresivamente un cambio en la demografía de Perú que concluyó con el asentamiento de la propiedad informal como parte de las distintas maneras de acceder a una vivienda en nuestro país. En primer lugar, la población de Perú creció exponencialmente. Según los censos nacionales, el Perú tenía 7 023 000 personas en 1940, 17 762 000 en 1981 y 31 237 385 personas en 2017 (INEI, 2018a). Es decir, en menos de 100 años, la población del país creció más de 4 veces.

En segundo lugar, el crecimiento de la población se dio de forma paralela con dos procesos migratorios: (i) de la sierra peruana a la costa y (ii) del ámbito rural a las zonas urbanas. El territorio peruano se divide tradicionalmente en tres áreas geográficas: (i) costa, (ii) sierra y (iii) selva. Hasta 1972, la zona más poblada de Perú era la sierra, ubicada sobre y a lo largo de la cordillera de los Andes. De manera previa a la conquista española, la mayor parte de la población del Tahuantinsuyo se ubicaba en la sierra, siendo Cusco la capital del Imperio Inca (Erlichman, 2010, pp. 160-163). Por su parte, la economía peruana se había centrado en la agricultura, con grandes plantaciones repartidas por todo el país (Rosas, 2009, pp. 266-291). Lo que hacía que la mayoría de la población se concentrara en zonas rurales en lugar de en las ciudades.

Estos dos patrones comienzan a cambiar a partir del 1900, cuando las ciudades costeras adquieren un papel protagónico en la economía del país, con el florecimiento del comercio (Castro & Riofrio, 2013). Más adelante, con la reforma agraria de Juan Velasco Alvarado en los años 70, se descompondrían las grandes unidades de producción agrícola en los latifundios, vía expropiación. Ello terminó generando una migración de la fuerza de trabajo ya no utilizada hacia las ciudades, en especial de la costa, y, con ello, un crecimiento de la vivienda informal (De Soto, 1986, pp. 31-32).

No es casual que, en 1972, 4 años después del inicio del gobierno militar del general Velasco, la mayoría de la población en el Perú estuviera en la costa y no en la sierra. Esto se muestra con claridad en el Gráfico 1 siguiente, basado en los censos nacionales entre 1940 y 2007[7]:

Gráfico 1: Distribución de la población en el territorio nacional

Fuente: Elaboración propia a partir de INEI (2016).

[7] Como nota al margen, es importante destacar cómo el proceso migratorio se centra, principalmente, en la interacción entre la costa y la sierra peruana. La selva, en cambio, no muestra un cambio dramático.

En el último censo realizado en 2017 (INEI, 2018a), la población se distribuía de la siguiente manera:

– Costa: 58%.
– Sierra: 28.1%.
– Selva: 13.9%.

¿Cómo esto afectó la vivienda extralegal en el Perú? Responderemos a la pregunta siguiendo a De Soto (1986). Entre 1940 y 1981, el número de migrantes, o descendientes de migrantes, se multiplicó por más de seis, pasando de 300 000 a 1 900 000. Además, la población de Lima pasó de 630 173 habitantes en 1940 a 9 485 405 habitantes en 2017 (INEI, 2018b). En palabras de Matos Mar, se dio un 'desborde popular' (1984).

El migrante que llegaba a las ciudades no tenía los medios para acceder a una vivienda con título legal de propiedad. Comprar no era una opción y, por esto, de manera espontánea, se comenzaron a generar invasiones en las afueras de las ciudades.

Las asociaciones informales de propietarios desempeñaron un papel fundamental en la creación, mantenimiento y cumplimiento de esta propiedad extralegal. Estas asociaciones reunían a los migrantes y, a través de ellas, se organizaba la invasión, tanto creando una estrategia para su toma (entrando al terreno durante la noche o antes de que saliera el sol), como trazando y repartiendo las tierras entre los invasores.

Una vez establecido el asentamiento, la asociación organizaba las obras en las zonas comunes del asentamiento (por ejemplo, los caminos), elaboraba medidas de protección frente a cualquier amenaza externa (pudiendo venir por parte de otro privado o del Estado) e impartía justicia dentro del asentamiento (tanto para las disputas entre vecinos como para los delitos penales). Es decir, la asociación de propietarios era la principal fuente de protección de la propiedad extralegal creada.

Schumacher aborda este punto en su libro de 1973, titulado Small is Beautiful. El autor afirma:

> A modo de ilustración, permítanme tomar el caso de Perú. La capital, Lima, situada en la costa del Pacífico, tenía una población de 175 000 habitantes a principios de la década de 1920, hace apenas cincuenta años. Ahora su población se acerca a los tres millones. La alguna vez hermosa ciudad española está ahora infestada de barrios marginales, rodeada de cinturones de miseria que se arrastran por los Andes. Llegan personas de las zonas rurales en un rango de mil al día, y nadie sabe qué hacer con ellas (1973, p. 45).

Estos 'cinturones de miseria' a los que refiere Schumacher eran en realidad la base de lo que luego sería la gran expansión urbana en el Perú. Es decir, lo que Schumacher califica peyorativamente, ha sido en realidad la principal fuente de creación de viviendas en el Perú.

Las altas tasas de migración no se tradujeron en un aumento de la disponibilidad de viviendas sociales en el mercado formal (Castro & Riofrio, 2013), lo que provocó, como ya se ha comentado, una avalancha de invasiones y la creación de numerosos asentamientos informales. Tal es así que, en 1982, la vivienda en Perú se distribuía de la siguiente manera: El 53.54% tenía títulos de propiedad legales sobre sus viviendas y el 46.46% no los tenía (INEI, s.f.).

Aunque se ha escrito y discutido mucho desde que Matos Mar y Hernando de Soto publicaron sus libros en la década de 1980[8], la realidad demuestra que la propiedad informal es un fenómeno vivo y actual. Incluso después de muchos programas de titulación de tierras[9], según el censo nacional de 2017, solo el 50.65% de las viviendas en el Perú tienen un título de propiedad legal, mientras que en 1982 esta cifra ascendía a 53.54% (INEI, 2018a).

La propiedad informal, al crearse fuera de la ley, en principio, escapa a la aplicación de las reglas de propiedad previstas en el Libro de Derechos Reales del Código Civil. Por esto, el comentario de Jorge Avendaño referido en la introducción del presente artículo. ¿Es posible conciliar la propiedad informal con la legal? Sobre esto nos referimos en las siguientes secciones.

III. DERECHO DE PROPIEDAD MÁS ALLÁ DE LA LEY

Algunos autores consideran que la propiedad, entendida como un conjunto específico de derechos que una persona tiene con respecto a un recurso (por ejemplo, usar, vender, arrendar, disfrutar, destruir, entre otros) (Johnson, 2007), solo puede existir con la intervención del Estado[10]. Autores como Guido Calabresi, Ronald Coase y Garret Hardin se

[8] Véase, entre otros, a Richard Webb et al. (2006), Espinoza y Fort (2017) y Calderón (2019).

[9] Además de la creación de COFOPRI en 1996, véase a Hernando De Soto (1986).

[10] Véase a Coase (1960), Calabresi y Melamed (1972), Hardin (1968), Liebcap (1989), Krier (2009), entre otros.

encuentran en este grupo. Según esta doctrina, se necesita una fuerza centralizada para que los derechos de propiedad existan y sean protegidos.

Aunque Thomas Hobbes sugiera una visión intervencionista del Estado y John Locke una preponderancia al libre mercado, en ambos encontramos la semilla a esta visión del derecho de propiedad (Krier, 2009). Para Hobbes, en El Leviatán, el gobernante, como fuerza centralizada, decide a quién asignar los derechos correspondientes mediante su planificación administrativa (1651). En cambio, Locke, en Dos Tratados Sobre el Gobierno considera que el Estado no debe distribuir derechos a través de la planificación central, sino que debe reconocer y asegurar el control que las personas tienen sobre los recursos. Locke propone que el trabajo de la persona se impregna en los bienes, haciéndolos suyos, hecho que debe ser reconocido por el Estado (1690).

Al respecto, Carol Rose ha comentado cómo estas dos posturas son maneras *top-down* o *bottoms-up* de crear derechos de propiedad (1999). Es decir, para Hobbes, la propiedad solo puede ser creada por el Estado de arriba hacia abajo, a través de la planificación central. En cambio, para Locke la propiedad solo puede darse de abajo hacia arriba, a través del reconocimiento por el Estado de los derechos individuales generados por el esfuerzo de la persona.

El punto común, sin embargo, es que, en ambos casos, para que se reconozca la existencia de un derecho de propiedad, es necesaria y reclamada la existencia de un Estado. Ello es lógico en países como Inglaterra, de donde son estos teóricos clásicos, o Estados Unidos, de donde son autores más contemporáneos, según lo comentado previamente.

Bajo esta lógica, entonces, la propiedad informal no sería posible, simplemente no existiría. Ello no sería posible en países como Perú, pues implicaría borrar del mapa casi el 50% de la tenencia de viviendas en el país.

Sin embargo, encontramos, en contraste, autores que consideran que los derechos de propiedad también pueden crearse aún ante la ausencia o no intervención de un Estado[11] [12]. Entre otros autores, tenemos en este grupo a Elionor Ostrom, quién ganó el premio Nobel de economía en 2009, justamente por su trabajo respecto a cómo el orden espontáneo puede generar derechos de propiedad en ausencia del Estado y, por tanto, de la ley (1991).

La raíz de estas teorías que consideran posible la creación de propiedad en ausencia del Estado y la Ley se puede rastrear hasta David Hume[13] y su Tratado de la Naturaleza Humana de 1740 (citado en Krier, 2009). Hume introdujo la idea de las convenciones de comportamiento. Estas consisten en prácticas sociales seguidas por los miembros de una comunidad sin necesidad de la existencia de una ley aplicada por el Estado. Esta propuesta es la base para la potencial creación de sistemas de propiedad extralegales.

En línea con las convenciones de comportamiento planteadas por Hume, estudios realizados sobre diferentes comunidades en la historia demuestran que, en ausencia del Estado, la posesión de facto y el reconocimiento comunal pueden crear normas sociales para administrar la tenencia de biene[14]. Las comunidades creaban en estos casos diferentes normas en función de sus necesidades para establecer un orden social a nivel local, que reemplazaba el rol del Estado como creador de leyes y orden interno (Ostrom, 1991).

El origen de estas normas está motivado inicialmente por una posesión y exclusión física frente a terceros. Esta posesión crea un control sobre el bien sobre el que suele crearse una propiedad basada en estas prácticas sociales (individual o comunal) (Smith, 2002). Con el tiempo, las comunidades afinan este conjunto de reglas, transformándolas en verdaderas normas sociales[15].

Las normas sociales bien establecidas son la fuente de lo que De Soto bautizó en 'El otro sendero' como propiedad informal: una propiedad sin ley. En tanto no existe un reconocimiento legal de estas tenencias, la comunidad creadora de la titularidad funge también de garante de estos derechos, aún si ello implica un desafió manifiesto contra la ley.

[11] Véase a Demsetz (1967) y Ostrom (1991).

[12] En cuanto a las teorías orientadas al Estado, Krier encuentra un precedente a estas becas en el Tratado de la Naturaleza Humana de David Hume, quien introdujo la idea de las convenciones de comportamiento y prácticas sociales seguidas por los miembros de una comunidad sin necesidad de la aplicación de la Ley (véase a David Hume, como se citó en Krier, 2009, pp. 150-151).

[13] Véase a Krier (2009).

[14] Véase a Mauss (1950); Demsetz (1967); Ostrom (1990); Ellickson (1991).

[15] Normas sociales desarrolladas por Robert Ellickson en su libro Order without Law. Para más referencias, véase a Ellickson, (1991).

Los contornos de las normas sociales son, sin embargo, más difíciles de delinear en comparación con aquellos de las normas jurídicas (Ellickson, 1991). Una ley debe ser recogida con precisión en un documento, escrita, discutida y promulgada por el Congreso, y, finalmente, publicada en el Diario Oficial El Peruano para su validez y vigencia.

En cambio, las normas sociales surgen de forma espontánea en una comunidad. Las normas sociales no se discuten, escriben y aprueban de forma previa a su entrada en vigor. Esto, como es obvio, genera un reto para determinar a partir de qué momento está vigente una norma social y cuál es su contenido. Teniendo en cuenta estas limitaciones, Robert Ellickson sugiere que, en el caso de las normas sociales, "la mejor prueba de la existencia de una regla es un patrón de aplicación sostenido" (1991).

Estoy de acuerdo con la opinión de Ellickson. Las normas se ponen a prueba ante el conflicto. Cuando se incumple una norma social, la aplicación repetida ayudará a aclarar el alcance y la existencia de las reglas. En consecuencia, medimos la propiedad consuetudinaria –en los casos que se exponen a continuación– atendiendo a la aplicación comunal reiterada de tales derechos.

Para graficar la propuesta de Ellickson, veamos el proceso de creación de uno de los distritos creados en base a propiedad informal más conocidos en el Perú: Villa el Salvador.

En 1971, durante el gobierno de Juan Velasco Alvarado, un grupo de miles de habitantes informales de Pamplona invadieron un terreno desocupado situado en el sur de Lima. Ante el intento del gobierno por desalojar a los invasores, se generó un fuerte enfrentamiento físico entre la policía y los colonos. La colisión trajo como resultado la muerte de Salvador Saldívar, líder del asentamiento, y el encarcelamiento de Luis Bambarén, obispo católico que apoyaba el nuevo asentamiento. Los invasores capturaron a un comandante de la policía y amenazaron con matarlo si no se detenía el desalojo (De Soto, 1986).

Como se ve, los titulares informales protegían de propia mano el sistema extralegal creado. Luego de ello, el gobierno tranzó con los invasores, reconociendo la propiedad extralegal. Los invasores aceptaron reubicar el asentamiento en una zona proporcionada por el gobierno, intercambiando los terrenos. Este nuevo asentamiento se denominó posteriormente como 'Villa el Salvador', en memoria de Saldívar, y representa, según el último censo nacional del 2017, el 4.6% de toda la población de Lima (INEI, 2018a).

IV. PROPIEDAD EN EL PERÚ: PROPONIENDO UNA NUEVA PERSPECTIVA

Tal como se acostumbra a entender en el derecho de propiedad del mundo legal peruano, los ocupantes informales no tienen protección bajo la ley. Por regla general, los invasores no cuentan con un derecho de propiedad bajo los términos previstos en el artículo 923 del Código Civil, en tanto no mantienen un título legal que les atribuya la calidad de propietarios.

Si bien estos propietarios informales cuentan con un derecho de posesión en los términos previstos en el artículo 896 del Código Civil, es decir, ejercen de facto sobre su vivienda los atributos del derecho de propiedad (usar, disfrutar y disponer) (1984), el Tribunal Constitucional no considera que este derecho de posesión cuente con protección constitucional. En reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha abordado esta discusión, concluyendo que el derecho de posesión es un derecho desarrollado por la ley, por lo que no corresponde su protección a nivel constitucional[16].

En esta sección se propone redimensionar la propiedad en el Perú, dando cabida también a la propiedad informal bajo el concepto de la propiedad constitucional, la cual, entendida de manera amplia, sí debe incluir la posesión que los titulares informales ejercen sobre sus viviendas. Esto se basa en el concepto constitucional del derecho de propiedad, desarrollado por el propio Tribunal Constitucional[17].

A. Propiedad y posesión en el sistema legal peruano

El derecho de propiedad está regulado principalmente en la Constitución Política del Perú y el Código Civil. La posesión, por su parte, no cuenta con ninguna mención expresa en la Constitución, pero se desarrolla en detalle en el Código Civil.

La Constitución peruana regula el derecho de propiedad como un derecho fundamental individual y como una institución a ser protegida y garantizada por el Estado. Respecto de lo primero, la referencia la encontramos en el Título I (De la Persona y de

[16] Véase, entre otras, a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional bajo los expedientes 2308-2003-AA/TC, 01929-2006-PA/TC y 03583-2016-AA/TC (la última emitida el 6 de julio de 2021).

[17] Véase las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional bajo el expediente 0008-2003-AI/TC.

la Sociedad), Capítulo III (Derechos fundamentales de la persona) de la Constitución. El artículo 2 indica en sus incisos 8[18] y 16[19], respectivamente, que toda persona tiene derecho a las creaciones intelectuales que realice, a la propiedad y a la herencia (1993).

Por su parte, la propiedad, como institución en el sistema constitucional peruano, está regulada en el Título III (Régimen Económico), Capitulo III (de la Propiedad) de la Constitución. En concreto, el artículo 70 de la Constitución[20] indica que la propiedad es inviolable, que debe ser garantizada por el Estado y que se debe ejercer conforme al bien común. Además, el artículo señala las únicas causales expropiatorias bajo nuestra Constitución: seguridad nacional o necesidad pública (1993).

La gran ausente en la regulación constitucional de la propiedad es la propia definición de propiedad. Como se observa, tanto en la referencia a la propiedad como derecho individual, como en el desarrollo de la propiedad como institución jurídica, la Constitución no ha propuesto expresamente una definición de propiedad.

El Código Civil, aunque con un rango legal, sí ha elaborado una definición de propiedad. El artículo 923 del Código Civil[21] define a la propiedad como el poder jurídico que habilita a una persona a usar, disfrutar, disponer e, inclusive, reivindicar un bien (1984). El Código Civil, en línea con lo que se mencionaba en la introducción de esta sección, también ofrece una definición de posesión. El artículo 896 del Código[22] señala a la posesión como ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (1984). Es decir, el ejercicio fáctico por parte de una persona del uso, disfrute o disposición de un bien.

El Código Civil, entonces, sí prevé que exista un poseedor no propietario, como sería el caso de los ocupantes informales. Esto en tanto la posesión se define como el control fáctico que una persona tiene sobre un bien y no solo el control que se mantiene sobre un bien con un título legal válido que lo habilite.

Ante el vacío en la norma constitucional respecto a una definición de propiedad: ¿qué relevancia tienen las normas indicadas del Código Civil? El supremo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional y, por ello, nos referimos a su interpretación en las siguientes dos secciones.

B. El Tribunal Constitucional y la propiedad

La sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003, recaída en el proceso de inconstitucionalidad con Expediente 0008-2003-AI/TC, es probablemente el desarrollo más profundo y la referencia más recurrente cuando nos referimos al derecho de propiedad en la Constitución. El proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por Roberto Nesta Brero, en representación de 5 728 ciudadanos, alegando la inconstitucionalidad contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001. La norma permitía fijar mediante Decreto Supremo tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre, nacional e internacional, de pasajeros y carga.

El demandante alegó varios derechos constitucionales afectados, entre ellos, el derecho de propiedad. El tribunal aprovechó la instancia para desarrollar su visión del derecho de propiedad, incluyendo su definición, según lo siguiente:

> Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2 de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus

[18] Artículo 2 de la Constitución:

> Toda persona tiene derecho:
>
> […]
>
> 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión (1993).

[19] Artículo 2 de la Constitución: "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho […] 16. A la propiedad y a la herencia" (1993).

[20] Artículo 70 de la Constitución:

> El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (1993).

[21] Artículo 923 del Código Civil: "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).

[22] Artículo 896 del Código Civil: "Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad" (1984).

> intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

El Tribunal Constitucional, entonces, inicia su desarrollo del derecho de propiedad tomando prestado del Código Civil la definición base del derecho de propiedad: "poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien" (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

A pesar de que el artículo del Código Civil tiene rango de ley, el Tribunal sí considera que su contenido forma parte del derecho fundamental a la propiedad. En este sentido, continúa el Tribunal indicando lo siguiente:

> Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando éstos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

También, en línea con la norma civil, se incluye como parte del contenido constitucional de la propiedad la autodeterminación de cada propietario respecto de qué hacer o no hacer con sus bienes, bien sea esto el disfrute individual o su enajenación. Sin embargo, se agrega un carácter especial a esta propiedad; se dice que es un derecho que corresponde a todos los seres humanos 'por naturaleza'. Esta definición se enmarca en lo desarrollado en la sección II del presente artículo al referirnos a la visión de Locke sobre la propiedad. Al respecto, si es la exteriorización del esfuerzo del ser humano lo que se impregna en los bienes para hacerlos parte de su control, esta titularidad debe ser reconocida en todos los seres humanos.

Por supuesto, es discutible referirnos a la propiedad como un derecho 'natural'. No obstante, es sugerente que el Tribunal Constitucional así lo haya indicado. Más allá de la existencia o no de derechos 'naturales', lo cierto es que la propiedad, aproximándonos a lo desarrollado por Hume, Ostrom y Ellickson de distintas maneras, surge de manera espontánea dentro de las organizaciones humanas. Con o sin la existencia de un Estado, los seres humanos viven en sociedad y, dentro de las reglas de convivencia que se generan, está el cómo administrar los bienes que existen dentro de la comunidad. Sobre algunos se generarán reglas de colectividad, sobre otros, reglas individuales (Arribas, 2022).

En esta línea, la sentencia indica:

> En lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana, que impulsa al individuo a ubicar bajo "su" ámbito de acción y autoconsentimiento, el proceso de adquisición, utilización y disposición de diversos bienes de carácter patrimonial (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

Además de aportar esta visión de la propiedad centrada en la autonomía de la voluntad de los seres humanos y su capacidad creadora de autorregulación, el Tribunal Constitucional expande expresamente la definición de propiedad del Código Civil, señalando lo siguiente:

> Tal como se estableció en el histórico caso "Campbell vs Holt", el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplia los contenidos que le confiere el derecho civil.
>
> Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda 'enclaustrada' en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

En línea con lo mencionado, *Campbell v. Holt* es un caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1885. Este caso trata sobre la herencia de tierras y esclavos de una hija (Holt) tras la muerte de su madre. A pesar de que ella debió recibir estos bienes (pues en este momento aún existía la esclavitud en Estados Unidos), al ser menor de edad, el padre de la niña dispone de ellos. Años más tarde, y luego de la muerte del padre, la hija, representada por su marido, demanda a quienes se encargaban de administrar los bienes del fallecido padre (Campbell). La Corte indaga sobre el significado de propiedad, pues lo que se reclamaba no eran los 'bienes', los cuales ya habían sido dispuestos, si no el dinero que le habría correspondido a la hija por la administración de estos bienes.

La referencia es importante pues Estados Unidos no acoge un sistema de derecho civil, sino de *com-*

mon law. Sin embargo, el Tribunal Constitucional hace suyo el razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, tropicalizándolo para el sistema de *civil law* que tenemos en el Perú.

La sentencia bajo comentario establece que la propiedad constitucional no solo se refiere a la titularidad real que uno puede mantener sobre un bien conforme al Código Civil, sino, en general, a cualquier titularidad que integre el patrimonio de una persona y que, por tanto, sea susceptible de apropiación. Es decir, no solo hablaremos de propiedad cuando nos refiramos a la propiedad que una persona mantiene sobre un terreno, sino también al derecho de crédito o al contrato que una persona pueda mantener con otra persona. Enfocados en el caso que debía resolver el Tribunal, esto daría protección constitucional bajo el derecho de propiedad al derecho de que cada transportista tiene de fijar con sus clientes honorarios para transportar carga o pasajeros.

Se debe resaltar que, bajo esta visión, en contraste con la lista cerrada o numerus clausus de derechos reales que se establecen en el artículo 881 del Código Civil[23]23 , las titularidades protegidas por el derecho constitucional de propiedad serían más bien una lista abierta (1984). Cualquier titularidad que comprenda el patrimonio de una persona podría considerarse como propiedad bajo esta lectura de la Constitución.

Sin embargo, esta nueva dimensión del derecho de propiedad no implica que toda propiedad constitucional va a estar protegida por las reglas de propiedad del Código Civil. Como es obvio, no será posible plantear una acción de reivindicación respecto de un contrato. Tampoco, el incumplimiento de un contrato, por regla general, podrá ser protegido por una acción de amparo.

La propiedad constitucional, en los términos desarrollados por el Tribunal Constitucional, abarca un aspecto más esencial de los derechos patrimoniales: el derecho a tener titularidades propias y su protección frente y por el Estado. Ello ocurre con claridad en el caso resuelto por el Tribunal bajo la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC.

Esta perspectiva del derecho de propiedad no desconoce la regulación específica que el Código Civil u otra ley puede plantear para distintos derechos patrimoniales en el derecho privado, ni tampoco el rol residual de la acción de amparo: si existe una vía igualmente satisfactoria, no será procedente iniciar una acción de amparo. Al contrario, al reconocer la especificidad de tipo del derecho patrimonial, se plantea la existencia de un factor común a todas estas titularidades y se plantea que, si este núcleo es vulnerado, podrá eventualmente ser protegido en base a la Constitución.

Por último, el derecho de propiedad encuentra sus fronteras en el bien común. La sentencia indica:

> El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar; y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece (sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC).

Respecto de los bienes netamente privados, ello implica que el derecho constitucional de propiedad encuentra su límite en la no afectación de los derechos de terceros. Por tanto, el derecho de propiedad no es absoluto, a pesar de ser la titularidad más plena que una persona puede tener respecto de un bien o derecho.

C. El Tribunal Constitucional y la posesión

En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha resuelto casos donde se ha alegado la protección de la posesión como parte del derecho constitucional de propiedad. Tenemos, por ejemplo, la sentencia del 6 de octubre de 2003, recaída en el expediente 2308-2003-AA/TC.

En este caso, Violeta Luperdi Altamirano venía poseyendo por más 29 años un área dentro de un parque público en el distrito de Jesús María. Ante la intención de la Municipalidad de desalojarla del área, ella presenta demanda de amparo. Al respecto, el Tribunal declaro improcedente el pedido por considerar que la posesión no cuenta con protección constitucional, por ser un derecho de origen legal según lo siguiente:

> Conforme se desprende del petitorio de la demanda, el objeto de ésta es que se ordene a la emplazada cese la vulneración del derecho de posesión de la demandante. En este sentido, lo primero que este Tribunal debe señalar, es que el objeto de la acción de amparo es la tutela de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, mas no de aquellos derechos de origen legal como es el caso del derecho de posesión, a menos que el mismo derive, proba-

[23] Artículo 881 del Código Civil: "Artículo 881.- Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes" (1984).

> damente, del derecho de propiedad. En efecto, en el presente extremo, este Colegiado no sería el órgano competente para resolver lo relativo a un derecho de orden legal (sentencia recaída en el Expediente 2308-2003-AA/TC).

Es decir, para el Tribunal Constitucional, la posesión solo puede ser protegida a nivel constitucional si es que existe en razón de un derecho de propiedad. Si el derecho de posesión no cuenta con título de propiedad que la respalde, sino que se trata solo de una situación de control fáctico sobre el bien, la discusión no procede en el ámbito constitucional.

Sobre este punto se incide en la sentencia emitida el 30 de marzo de 2007, bajo la sentencia recaída en el Expediente 01929-2006-PA/TC. En este caso José Requena Escobar y otros poseían 10 lotes dentro de la manzana 'B' de la urbanización Popular Loma de Teodomiro, ubicada dentro de la provincia de Sullana, en el departamento de Piura. Esta posesión se venía ejerciendo por aproximadamente 10 años; sin embargo, la Municipalidad pretendía desalojar a los ocupantes para construir sobre los terrenos una loza deportiva.

En este contexto, los demandantes presentan una acción de amparo, la cual es también declarada improcedente por el Tribunal Constitucional. Para fundamentar su decisión, el Tribunal indica lo siguiente:

> Este Colegiado, sin embargo, ha señalado en reiterada jurisprudencia que si bien el derecho de propiedad tiene reconocimiento y protección constitucional de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política, no todos los aspectos de dicho atributo fundamental pueden considerarse de relevancia constitucional. Esto último sucede precisamente cuando la posesión configura uno de los elementos que integran la propiedad, y no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de ella, careciendo, por tanto, de protección en sede constitucional, limitándose su reconocimiento y eventual tutela a los supuestos y mecanismos que la ley, a través de los procesos ordinarios, establece (sentencia recaída en el Expediente 01929-2006-PA/TC).

Resulta cuestionable que la sentencia indique que la posesión no forma parte del núcleo duro de la propiedad, cuando se ha desarrollado en distintos trabajos que en la posesión podemos encontrar el origen de la propiedad (Rose, 1985, p. 81). Al eliminar la posibilidad de proteger la posesión en sede constitucional, el Tribunal indica que se debe solicitar su tutela bajo los mecanismos previstos en la ley. Entre otros, tendríamos los interdictos y el desalojo.

Recientemente, esta posición ha sido nuevamente validada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 6 de julio de 2021, recaída en el Expediente 03583-2016-PA/TC. La demanda de amparo fue presentada por Petra Victoria Sarango Feria para que se declare nula la Resolución Suprema 0090-76-AG/DGRA-AR, de fecha 6 de mayo de 1976, relacionada con la expropiación de 381 hectáreas y 9200 m^2, en el Fundo Victoria, los Ejidos del Norte, Piura. La resolución del caso contó con el pleno del Tribunal Constitucional y entre los aspectos a discutir estuvo el derecho de posesión. La sentencia indica:

> En este punto, es necesario precisar que el derecho fundamental a la propiedad tiene diversos contenidos y que no todos merecen tutela constitucional. En efecto, este Tribunal Constitucional ha señalado que la posesión no merece tutela constitucional, precisamente porque no está dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la propiedad. En estos casos, la tutela de la posesión debe buscarse en los procesos ordinarios, como, por ejemplo: el proceso de mejor derecho de posesión, el proceso de desalojo y los interdictos (sentencia recaída en el Expediente 03583-2016-PA/TC).

Es cierto que, en general, las acciones de amparo son residuales, es decir, procederá una acción de amparo si es que no existe otro remedio legal que pueda satisfacer adecuadamente el derecho constitucional afectado. Por esto, por ejemplo, aunque se genere una discusión de mejor derecho de propiedad que pueda vulnerar el derecho constitucional a la propiedad de una persona, lo que corresponderá es discutir quién tiene mejor derecho en la vía civil. Ello es correcto, además, porque el proceso de mejor derecho de propiedad, en ese caso, sería la vía más adecuada; una discusión como esta requerirá una amplia fase probatoria que en el proceso de amparo no es posible, al suponer una tutela constitucional de emergencia.

No obstante, existen ciertos supuestos donde la norma civil, y los remedios planteados en esta, no permiten proteger adecuadamente el derecho de propiedad y, ante una vulneración con determinadas características, será posible para la persona reclamar una tutela constitucional. Bajo el razonamiento antes indicado del Tribunal Constitucional, esto no sería posible para los poseedores. Es esto lo que se cuestiona en la siguiente sección.

D. Redimensión de la propiedad

Los dos primeros procesos de amparo referidos en la sección 'C' anterior (sentencias recaídas en los

Expedientes 2308-2003-AA/TC y 01929-2006-PA/TC) se refieren justamente a casos de viviendas informales: ocupantes de una vivienda sin título de propiedad. Estas situaciones jurídicas no tienen un remedio claro en la norma civil o en otras leyes que se refieran puntualmente a la propiedad informal[24] y, por tanto, simplemente se extinguiría la tenencia de los propietarios informales.

Sin embargo, nos encontramos ante una realidad irrefutable: personas que habitan un espacio por aproximadamente 29 años, en el primer caso, y por cerca de 10 años, en el segundo, se ven amenazadas con la pérdida de su titularidad extralegal sobre sus viviendas. ¿Por qué en estos casos la posesión no puede ser protegida a nivel constitucional?

El argumento propuesto por el Tribunal Constitucional no satisface una respuesta negativa. La definición de la propiedad también se origina y desarrolla en la ley y no por eso se rechazaría una acción de amparo ante determinadas violaciones del derecho de propiedad. Es más, la propia sentencia fundacional del derecho de propiedad en la Constitución, comentada en la sección B precedente, hace prácticamente una transcripción de lo previsto en el artículo 923 del Código Civil como definición base de la propiedad en la Constitución.

La posesión es parte del contenido esencial del derecho de propiedad. Entendida de manera amplia, la posesión es el derecho que una determinada persona tiene para controlar un bien o derecho, es decir, decidir sobre el destino de ese bien, venderlo, custodiarlo, destruirlo o transformarlo. El artículo 896 del Código Civil se enfoca sobre todo en el ejercicio del derecho de posesión, el cual será de hecho y acompañará normalmente a un propietario en el ejercicio de su derecho de propiedad. Sin embargo, la posesión se encuentra en el origen de la propiedad.

Volviendo sobre lo indicado en la sección II precedente, la posesión es el primer paso para generar un sistema de reglas que reconozcan en un sujeto el derecho a decidir sobre un bien o derecho. Este reconocimiento vendrá de su propia comunidad, cuando la regla generada tenga como base una regla social, o por el Estado, cuando la regla sea una emitida por el Estado o bajo el marco del sistema legal de un determinado país (por ejemplo, reglamento de régimen de propiedad exclusiva y propiedad común).

Cuando no estemos ante un Estado colectivista puro, donde el Estado decidiría quién tiene cual o tal derecho dentro de su jurisdicción, por regla general, la posesión será el primer paso para la creación originaria de la propiedad. Ya sea una comunidad individual o el Estado, las normas creadas reconocerán en los poseedores facultades adicionales al solo control sobre el bien. Por ejemplo, el deber de todos los demás miembros de la comunidad de respetar esa posesión.

Para el caso de las reglas sociales, la posesión inicial será el primer ladrillo para que los demás miembros de esa comunidad reconozcan en una persona propiedad informal sobre un determinado lote. Para el caso de las reglas legales, en la prescripción adquisitiva de dominio, regulada en el artículo 950 del Código Civil[25], la posesión será transformada en propiedad por reconocimiento expreso de la ley (1984).

Dicho esto, la propia interpretación del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, comentada en la sección B precedente, ha ampliado el ámbito de aplicación de la propiedad a nivel constitucional. Todo derecho que se encuentre dentro del patrimonio de una persona puede incluirse dentro del derecho constitucional a la propiedad. ¿La propiedad informal sobre una vivienda no se encontraría dentro del patrimonio del titular informal? Consideremos que, en muchos casos, esta propiedad informal está respaldada por un certificado de posesión.

El origen del derecho no será el mismo que el de la propiedad legal, pero parece irrefutable la existencia de un derecho fabricado extralegalmente en un determinado grupo social. Tal es el caso que el propio Estado lo ha reconocido en distintas ocasiones, al no proceder con la evicción de los propietarios informales, como se comentó en la sección I de este artículo, o simplemente al incluir dentro de las consultas del INEI referidas en este trabajo la pregunta de si se tiene o no título de propiedad sobre la vivienda ocupada.

A estas razones, estrictamente basadas en el derecho, se suma una proveniente de nuestra propia realidad: ¿cómo es que la posesión de los propie-

[24] En otro trabajo, que a la fecha se encuentra en proceso de publicación, indago sobre las posibilidades que la prescripción adquisitiva y las leyes de titulización otorgan en estos casos. En resumen, ambas resultan insuficientes.

[25] Artículo 950 del Código Civil: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe" (1984).

tarios informales no tendría un reconocimiento constitucional cuando casi la mitad de las viviendas en el Perú se tienen sin título de propiedad? Parecería que es necesario un cambio de perspectiva, redimensionando la propiedad en el Perú.

V. CONCLUSIÓN

Como se ha indicado en el presente trabajo, considero que la posesión sí debería ser parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad. Las implicancias sobre esta afirmación se deben desarrollar.

En este artículo, mi principal enfoque está en los efectos que ello tendría sobre la propiedad informal. Si se reconoce que la propiedad informal debe ser protegida constitucionalmente, ¿existiría una obligación del Estado de transformar esta propiedad informal en propiedad legal? ¿a partir de qué momento se podría considerar que el simple ejercicio fáctico de un atributo de la propiedad sobre un bien se transforma en propiedad informal?

Regresando al inicio de este trabajo, no podemos seguir considerando que el estudio del derecho de propiedad en la Constitución y el Código Civil dejan de lado a casi la mitad de las viviendas del Perú. Detrás de las palabras de Jorge Avendaño al cierre de esa primera clase del curso de derechos reales, más que una frontera, debemos encontrar una invitación.

REFERENCIAS

Arribas Irazola, G. (2022). *The Crossing Paths: A property account of social unrest in Peruvian Mining,* (tesis para optar por el grado de doctor en Derecho). Yale Law School, Connecticut, Estados Unidos de América.

Avendaño Valdez, J. (2011). Derechos Reales. *Thēmis-Revista de Derecho*, (60), 77-83.

Calabresi, G. & Melamed, D. (1972). Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, *85*(6), 1089-1128.

Calderón, 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

Castro, M. & Riofrio, G. (2013). La Regularización de las Barriadas: El caso de Villa el Salvador. En A. Azuela y F. Tomas (coords.). *El acceso de los pobres al suelo urbano* (pp. 45-88). Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos.

Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics,* (3), 1-44.

De Soto, H. (1986). *El Otro Sendero.*Editorial El Barranco.

Demsetz, H. (1967). Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, *57*(2), 347-359.

Ellickson, R. C. (1991). *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Harvard University Press.

Erlichman, H. (2010). *Conquest, Tribute, and Trade*. Prometheus Books.

Espinoza, Á. & Fort, R. (2017). *Mapeo y Tipología de la Expansión Urbana en el Perú*. GRADE.

Hardin, G. (1968). The tragedy of the commons. *Science, 162*(3859), 1243-1248.

Hobbes, T. (1651) *Leviatán*. Penguin Books.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2016). *Perú: Síntesis Estadística 2016 Resumen estadístico.* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1391/libro.pdf

(2018a). *Perú: perfil socio demográfico, censo 2017*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/

(2018b). *Provincia de Lima, Resultados Definitivos, Tomo I.* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1544/00TOMO_01.pdf

(s.f.). *La Vivienda Informal.* http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0166/c151.HTM

Johnson, D. (2007). Reflections on the Bundle of Rights. *Vermont Law Review*, *32*, 247-272.

Krier, J. E. (2009). Evolutionary Theory and the Origins of Property Rights. *Cornell Law Review, 95*(139), 149-150.

Liebcap, G. D. (1989). *Contracting for Property Rights*. Cambridge University Press.

Locke, J. (1960). *Two Treatises of Government*. Cambridge University Press.

Matos Mar, J. (1984). *Desborde Popular y Crisis del Estado*. Instituto de Estudios Peruanos.

Mauss, M. (1950). *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies.* W.W. Norton & Company.

Ostrom, E. (1990) *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge University Press.

Roca Lizarzaburu, L. F. & Avendaño Valdez, J. (2014). Código Civil y Reforma en el Perú: Un repaso histórico. Entrevista a Jorge Avendaño Valdez. *Thēmis-Revista de Derecho*, (66), 15-18.

Rosas, F. (2009). *Breve Historia General de los Peruanos*. Ediciones El Lector.

Rose, C. (1985). Possession as the Origin of Property. *Univ Chic Law Rev*, *52*(73), 73-88.

(1999). What Governments Can do for Property (and Vice Versa). En N. Mercuro & W. Samuels (eds.). *The Fundamental Interrelationships between Government and Property*. Jai Press Inc.

Schumacher, E. F. (1973). *Small Is Beautiful. A Study of Economics As If People Mattered.* Blond & Briggs.

Smith, H. E. (2002). Exclusion Versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights. *Journal of Legal Studies, 31*(2), 453-487.

Webb, R., Diether, B. & Revilla, C. (2006). *La construcción del derecho de propiedad: el caso de los asentamientos humanos en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Campbell v. Holt, 115 U.S. 620 (1885).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto de Urgencia 140-2001, Suspenden importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos y de motores, partes, piezas y repuestos usados para uso automotor, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de diciembre de 2001 (Perú).

Decreto Legislativo 803, Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de marzo de 1996 (Perú).

Ley 13517, Declarando de necesidad y utilidad públicas e interés nacional la remodelación, saneamiento y legalización de los Barrios Marginales o Barriadas, existentes en las áreas urbanas y sub-urbanas del territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 1961 (Perú).

Ley 28687, Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de marzo de 2006 (Perú).

Ley 31056, Ley que amplía los plazos de la titulación de terrenos ocupados por posesiones informales y dicta medidas para la formalización, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de octubre de 2020 (Perú).

Resolución Suprema 0090-76-AG/DGRA-AR, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 1976 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 06 de octubre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 2308-2003-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 30 de marzo de 2007, sentencia recaída en el Expediente 01929-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 06 de julio de 2021, sentencia recaída en el Expediente 03583-2016-AA/TC (Perú).

HUGO SOLOGUREN

Arbitraje - JRD

hugosologuren@gmail.com
(+51) 999 650 605
511 3725405
Calle Silvana 195 - Dpto. 301
Chacarilla - Surco

10.18800/themis.202301.004

LA TORRE DE BABEL: APUNTES PRÁCTICOS SOBRE REGLAMENTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN LOS PROYECTOS DE USO MIXTO

THE TOWER OF BABEL: PRACTICAL NOTES ON HORIZONTAL PROPERTY REGULATIONS IN MIXED-USE PROJECTS

Alfredo Chan*
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

Roberto Gutiérrez**
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

The biblical story of the Tower of Babel, in addition to teaching us the importance of communication, can teach us how important it is to establish certain basic rules when sharing a space with other people. These basic rules can be seen embodied, contemporarily, in the rules of condominiums.

In the article, the authors explore the nature of these regulations, their basic contents and the functions they perform. Mainly, the bylaws serve to reduce transaction costs between the parties involved, so that they can reach agreements that allow coexistence in a scenario of own and common property.

Keywords: Babel; rules of condominiums.; horizontal property; transaction costs.

El relato bíblico de la Torre de Babel, además de enseñarnos la importancia de la comunicación, nos puede enseñar lo trascendental que es el establecimiento de ciertas reglas básicas al compartir un espacio con otras personas. Estas reglas básicas pueden verse plasmadas, contemporáneamente, en los reglamentos de propiedad horizontal.

En el artículo, los autores exploran la naturaleza de estos reglamentos, sus contenidos básicos y las funciones que desarrollan. Principalmente, los reglamentos sirven para reducir los costos de transacción entre las partes involucradas; de modo que éstas puedan llegar a acuerdos que permitan la convivencia en un escenario de bienes propios y comunes.

Palabras clave: Babel; reglamento; propiedad horizontal; costos de transacción.

* Abogado. Magíster en derecho por la Universidad de Nueva York (Nueva York, Estados Unidos de América). Profesor de Fusiones y Adquisiciones en la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Socio en el Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: aca@prcp.com.pe

** Abogado. Magíster en Gestión y Desarrollo Inmobiliario por la Universidad ESAN (Lima, Perú). Profesor del curso Marco Legal en la Maestría de Gestión y Desarrollo Inmobiliario de la Universidad ESAN. Abogado senior en el Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: rgm@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 7 de mayo de 2023, y aceptado por el mismo el 5 de julio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Es difícil que no hayas escuchado el relato de la torre de Babel. Esta historia se encuentra recogida en el capítulo 11 del Génesis y versa sobre la relación entre Dios, los hombres y la construcción de un proyecto inmobiliario, en este caso, una ciudad y una torre que, al menos sobre planos, debía llegar hasta el cielo.

En términos resumidos, esta historia nos relata los comienzos de la vida humana en la tierra en una época en la que, según lo indica la Biblia, todos los hombres tenían una misma lengua y usaban las mismas palabras, de modo que podían comunicarse con facilidad, y es justamente esa facilidad en el lenguaje lo que les permitió emprender un proyecto inmobiliario de esta envergadura, consistente en una ciudad que estaría ubicada en la llanura de la región de Sinear y, como parte de esta ciudad, la torre con esta compleja arquitectura.

Dios, como sucede con algunas autoridades, decidió que este proyecto inmobiliario no resultaba acorde con los planes que tenía para la humanidad, así que decidió 'confundir' el lenguaje de los hombres, de modo que no pudieran entenderse los unos con los otros. En consecuencia, el proyecto inmobiliario quedó suspendido de manera indefinida y los hombres se dispersaron por la tierra.

El relato de la torre de Babel es muy interesante y, por ello, ha sido explorado desde muchas aristas, tales como la filosofía, arte, religión, literatura e historia. Sin embargo, para efectos de este artículo nos interesa la parte inmobiliaria y contractual.

Pueden ser muchas las razones por las que a Dios no le gustaba la torre y reflexionar sobre ello tomaría largas sesiones. Por ello, nos enfocaremos en un tema más concreto: ¿por qué construir el proyecto parecía viable? Asumiendo las bases del relato, entendemos que el proyecto sí era viable, dado que, si no lo fuera, la intervención de Dios no hubiera sido necesaria y, en este caso, Dios actúo *hands on* para asegurarse que el proyecto no continuara.

Si partimos de la premisa del relato, la clave del éxito para construir este proyecto era el lenguaje y, en concreto, la facilidad de comunicación. Así, en el capítulo 11 del Génesis se indica: "[…] y se dijo: "todos forman un solo pueblo y hablan una misma lengua; y este es solo el principio de sus obras; nada de lo que se propongan les resultará imposible" (versión Biblia de América, 2008, Génesis 11:6).

No obstante, hablar el mismo lenguaje no implica necesariamente que las partes puedan celebrar, ejecutar contratos y, por ende, entablar relaciones jurídicas. El relato no lo dice expresamente, pero creemos que en adición al 'lenguaje' las personas en esta historia también tenían un elemento adicional que permitía que pudieran entablar relaciones contractuales de forma eficaz para el proyecto; este elemento podría ser la presencia de 'bajos costos de transacción' o 'costos de transacción iguales o cercanos a cero'.

Los 'costos de transacción' se refieren a todos los costos que deben ser incurridos por las partes para alcanzar un acuerdo y para que éste sea eficaz y exigible. En términos de Cooter y Ulen (2007) los costos de transacción se refieren a los costos del intercambio y dichos costos pueden dividirse en:

a) **Los costos de búsqueda**: costos referidos a identificar a la contraparte y que ésta sea justamente la parte que necesitamos para que nos ofrezca el bien y/o servicio o para que adquiera los mismos.

b) **Los costos de negociación**: una vez ubicada a la contraparte, se deben utilizar recursos para lograr un acuerdo que sea satisfactorio para ambas partes. En esta negociación no sólo se discute precio y bien/servicio, sino también todos los términos y condiciones que regularán el contrato que sea celebrado, tales como plazos, calidades, garantías, procedimientos de reclamos, indemnizaciones, penalidades, entre otros.

c) **Los costos de ejecución**: se refiere a los costos para ejecutar el acuerdo y hacerlo exigible.

La teoría sobre los costos de transacción se remonta al famoso artículo de Ronald Coase de 1960 llamado *The Problem of Social Cost*, en el que Coase analiza los impactos que tienen los costos de transacción para que las partes puedan alcanzar un acuerdo eficiente.

Como señala Coase:

> Siempre es posible modificar, mediante transacciones en el mercado, la determinación inicial de los derechos. Y, por supuesto, si tales transacciones no tienen costo, el reordenamiento de derechos siempre tendrá lugar si

> conduce a un aumento en el valor de la producción (1960, p. 15) [traducción libre][1].

En este sentido, de acuerdo con el Teorema de Coase, el uso eficiente de los recursos no depende de la asignación de los derechos de propiedad en casos en que los costos de transacción sean cero. En base al Teorema de Coase, si los costos de transacción son cero o suficientemente cercarnos a cero, las partes pueden llegar a un acuerdo que sea eficiente sin importar la asignación inicial de los derechos de propiedad.

En consecuencia, para el desarrollo del proyecto, estas personas no sólo necesitaban de ladrillo y argamasa, sino que también podrían haber necesitado de un contexto de bajos costos de transacción para que pudieran coordinar, contratar y ejecutar todos los acuerdos necesarios para la construcción de la ciudad.

No obstante, en este caso particular, el proyecto era mucho más complejo; no sólo por su envergadura (ciudad para albergar a todos los participantes y una torre con proyección hasta el cielo), sino también por la pluralidad de partes. No estamos sólo ante 2 partes que negocian un contrato para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, sino ante todas las personas que estaban trabajando juntas, es decir, una pluralidad de personas con diferentes intereses y matices pero con el mismo fin: convivir todos en la misma ciudad.

Por ello, y sin perjuicio de otras complejidades logísticas, era vital que estas personas tuvieran un sistema que redujera sus costos de transacción. En términos del Teorema de Coase, un elemento que hubiera permitido reducir los costos de transacción es la asignación de derechos, en tanto que, si existen derechos claramente definidos, se reduce la discusión entre las partes sobre la titularidad de los derechos que se negocian y cada parte puede asumir una posición, así como predecir la posición de su contraparte a fin de lograr un acuerdo.

Esta premisa, consistente en que las leyes deben apoyar en la reducción de los costos de transacción, se materializa en lo que denominan Cooter y Ullen como el 'teorema normativo de Coase': "[e]structurar la ley de modo que se eliminen los impedimentos para alcanzar acuerdos privados" (2007, p. 97).

Aquella situación compleja en la que existen diversas personas que tienen la intención de convivir en un determinado espacio, en el que existen áreas de propiedad individual y áreas comunes, también se da en el escenario de los reglamentos de propiedad horizontal sobre los que versa este artículo. La mayoría de las personas que habitarán las diferentes unidades del proyecto inmobiliario seguramente hablaran el mismo idioma, pero eso no significa que ello reducirá la complejidad para que éstos puedan lograr acuerdos en conjunto sobre la convivencia dentro del proyecto inmobiliario. Para que esta convivencia sea pacífica y no terminen 'dispersos' –como en el relato bíblico–, se requiere de la creación de un conjunto de reglas que adoptarán la forma de un reglamento, en este caso, un reglamento de propiedad horizontal que esté diseñado para orientar y canalizar los diferentes intereses de los individuos y fomente que éstos puedan llegar a acuerdos para su coexistencia dentro del proyecto inmobiliario.

II. REGULANDO LA CONVIVENCIA: ¿ENTRE COASE, HOBBES Y EL *ENDOWMENT EFFECT?*

Como hemos indicado en la primera sección, bajo la aproximación de Coase es importante crear incentivos para que las partes puedan alcanzar el resultado óptimo a través de los acuerdos privados.

Una aproximación distinta viene por el lado de Hobbes. Hobbes es un filósofo del siglo XVII que planteaba como premisa que las personas podían ser incapaces de llegar a acuerdos eficientes, debido a que estaban afectados por su propio interés, incluso cuando hubiera bajos costos de transacción. Esta aproximación se ha traducido en el 'teorema normativo de Hobbes', según el cual se debe "[e]structurar la ley para minimizar el daño causado por los fallos en los acuerdos privados" (González, 2009, p. 124).

En el caso de regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común, el reglamento interno es el instrumento llamado a alinear los intereses de las personas que convivirán en el proyecto y su regulación. Consciente o inconscientemente, muchas veces se inclina entre Coase y Hobbes.

Nos referimos a que, por una parte, se busca asignar derechos desde un inicio (primera asignación), de modo que las partes tengan una base para llegar a futuros acuerdos. Por ejemplo, se identi-

[1] Texto original:

> It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transaction are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production.

fican las áreas comunes y las condiciones y términos para su utilización. Por otra parte, también se analiza la complejidad que puede existir entre las partes para alcanzar acuerdos, considerando las particularidades de los individuos que habitan en el complejo y, por ello, también se consideran cuáles serían las reglas más eficientes que podrían ser directamente previstas en el reglamento interno para evitar que la falta de acuerdo no perjudique la funcionalidad de la edificación a futuro.

En esa medida, el reglamento no sólo regula unidades de propiedad exclusiva y áreas de uso común, sino que se trata de una estructura compleja de asignaciones de derechos y reglas preestablecidas que busca anticiparse a las decisiones que serán adoptadas por los individuos que serán propietarios de las unidades de propiedad exclusiva.

En adición a ello –y considerando que estamos hablando de la convivencia entre personas–, no se puede elaborar el reglamento sin considerar los aspectos y/o impactos psicológicos que pueden tener las reglas que se coloquen en dicho cuerpo normativo. En este caso especial, nos referimos al *endowment effect.*

El *endowment effect* es un sesgo que ha sido analizado con detalle por las corrientes de *behavioral economics*, según el cual los individuos le otorgan más valor a los objetos que actualmente poseen que al valor que tendría el mismo objeto en el caso que no lo tuvieran.

De acuerdo con el modelo de elección racional, en la ausencia de costos de transacción, los bienes serán asignados a las personas que los valoran más, sin importar la distribución inicial de los recursos.

No obstante, la evidencia empírica nos muestra que el comportamiento humano puede desviarse de esta regla. De acuerdo con la postura de *behavioral economics*, la inicial asignación de los bienes sí tiene un impacto en su asignación, incluso cuando los costos de transacción sean cero. Ello debido a que los individuos valoran más los bienes que poseen o que han recibido y les resulta difícil desprenderse de los mismos.

A modo de ejemplo, un individuo puede estar dispuesto pagar un valor de USD 2.00 por un lapicero y si le preguntamos si estaría dispuesto a pagar un valor mayor, seguramente podría decir que no. No obstante, si a ese mismo individuo se le otorga el lapicero y se le consulta luego cuánto estaría dispuesto a exigir a fin de desprenderse del lapicero (vender), súbitamente las preferencias cambian. En la mayoría de los casos el individuo exigirá más de USD 2.00.

Como indica Thaler: "[u]na vez que una persona posee un bien, inmediatamente lo valora más que cuando no lo poseía" (Thaler, como se citó en Rabin, 1998, p. 14). Este es el efecto que se denomina *endowment effect*, el cual refiere a que las personas tienen una aversión a perder las cosas que se encuentran poseyendo.

Como indica Marzilli y Fuster:

> El endowment effect también pareció importante en varias aplicaciones, en particular en el "Teorema de Coase". En términos generales, el Teorema de Coase establece que, en ausencia de efectos de riqueza y costos de transacción, las asignaciones iniciales de derechos de propiedad no deberían importar para que las asignaciones finales sean eficientes, ya que las partes afectadas negociarán para maximizar el excedente total. La suposición clave de que WTP y WTA[2] son independientes de los derechos de propiedad asignados inicialmente fue contradicha por los hallazgos experimentales, lo que implica que las asignaciones finales de los derechos de propiedad dependerían de su asignación inicial. Como consecuencia, el endowment effect ha sido ampliamente citado en la investigación legal durante los últimos 20 años. Jolls, Sunstein, Thaler (1998), por ejemplo, comentan que es posible que no se vean tantas negociaciones en torno a las resoluciones judiciales como se esperaría según el Teorema de Coase. De manera similar, los términos obligatorios de un contrato (por ejemplo, beneficios laborales) pueden ser "rígidos" incluso después de que la relación contractual ya no sea vinculante, ya que los consumidores/empleados pueden valorar más sus derechos después de incorporarlos a su esfera de dominio (Marzilli y Fuster, 2013, p. 7) [traducción propia][3].

Este es un aspecto relevante al momento de asignar derechos o establecer reglas en un reglamento

[2] 'WTP' se refiere a: *willingness-to-pay*; y 'WTA' se refiere a: *willingness-to-accept.*

[3] Texto original:

> The endowment effect also seemed important in various applications, in particular the "Coase Theorem." Roughly, the Coase Theorem states that in the absence of wealth effects and transaction costs, initial allocations of property rights should not matter for the efficiency of final allocations, as affected parties will bargain to maximize total surplus. The key assumption that WTP and WTA are independent of the initial property rights was contradicted by the

de propiedad horizontal. Por un lado, al momento en que se asigna un derecho a una de las partes, su valor subjetivo aumenta; por otro lado, se genera una aversión al riesgo de perder ese derecho, lo que podría bloquear un acuerdo eficiente.

Podría ser que esa persona no consideraba relevante ese derecho en punto inicial, pero, al asignársele el mismo a través del reglamento, el derecho adquirido cobra mayor valor y ceder el mismo puede ser una concesión muy difícil de conseguir por parte de los demás propietarios o usuarios de la edificación.

Partiendo de estas premisas, vamos a abordar diferentes temas relevantes para la elaboración de un reglamento interno de propiedad horizontal y, en adición a ello, vamos a plantear sugerencias sobre algunas reglas que pueden ser incorporadas en estos reglamentos cuando nos encontramos ante escenarios más complejos, en específico, en un escenario de una edificación de usos mixtos.

III. ESTRUCTURA BÁSICA DE UN REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El TUO del Reglamento la 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, aprobado mediante Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA (en adelante, el "Reglamento"), es la norma vigente que regula los sistemas o regímenes que permiten la convivencia de distintos propietarios que tienen que compartir al menos un área o bien común.

De acuerdo con el artículo 38 del Reglamento, los regímenes entre los cuales podrán elegir los propietarios son el de: (i) propiedad exclusiva y propiedad común; o (ii) independización y copropiedad (2006).

La diferencia principal entre ambos regímenes es que, en el régimen de independización y copropiedad, las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva comprenden necesariamente el terreno que ocupa cada una (como el caso de las casas dentro de una quinta). Por su parte, en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, el terreno no necesariamente forma parte de las unidades inmobiliarias que se independicen (como el caso de un edificio de vivienda multifamiliar).

Por otro lado, la principal similitud entre ambos regímenes es la necesidad de contar con un reglamento interno, tal como lo establece el artículo 127 del Reglamento (2006). En ambos casos, el reglamento interno contendrá las reglas que regirán la convivencia de los propietarios en esta situación particular donde comparten bienes y áreas comunes con otras personas.

A. Estructura y secciones

La estructura general de un reglamento interno considera principalmente seis (6) secciones:

a. **Aspectos generales**: en esta sección se establecerá que el reglamento interno es de obligatorio cumplimiento para los propietarios de la unidad inmobiliaria donde se haya constituido uno de los regímenes establecidos en la Ley 27157.

b. **Unidad inmobiliaria**: en esta sección se describirá la unidad inmobiliaria donde se constituirá el régimen correspondiente y se diferenciará las secciones de propiedad exclusiva o las secciones independizadas, las áreas y bienes de propiedad común o en copropiedad, estableciendo el correspondiente porcentaje de participación de las primeras sobre las segundas y la participación en el gasto común.

c. **Derechos y obligaciones de los propietarios**: en esta sección se establecerá principalmente los derechos y obligaciones de los propietarios. En el caso del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, se establecerá cuándo un propietario no se encuentra hábil.

d. **Junta de Propietarios**: en esta sección se establecerá principalmente el funcionamiento del órgano principal de este tipo de regímenes, considerando cómo se constituye la junta de propietarios, cuáles son sus atribuciones y cuál es el procedimiento para la toma de acuerdos sobre las áreas y bienes de propiedad común o en copropiedad de la unidad inmobiliaria.

e. **Régimen de sanciones**: en esta sección se podrá establecer el régimen de sanciones como consecuencia del incumplimiento de

experimental findings, implying final allocations of property rights would depend on their initial allocation. As a consequence, the endowment effect has been highly cited in legal scholarship over the past 20 years. Jolls, Sunstein, Thaler (1998), for instance, discuss that one may not see as much bargaining around court orders as expected based on the Coase Theorem. Similarly, mandated contract terms (e.g. employment benefits) may be "sticky" even after the mandate is no longer binding, as consumers/employees may value their entitlements more highly after incorporating them into their reference point.

las obligaciones de los propietarios o se podrá establecer que en un documento aparte se podrá regular este régimen.

f. **Disposiciones finales**: en esta sección se consideran temas generales que permitirán el correcto funcionamiento del reglamento interno, tales como el mecanismo de solución de controversias, la supletoriedad de las normas legales en caso de vacíos y la designación del primer presidente y directiva (de ser el caso).

B. Otras secciones que podría contener un reglamento interno

En el literal anterior hemos considerado las principales secciones que conforman un reglamento interno. Sin embargo, de acuerdo con las necesidades de los propietarios o a la sofisticación de las partes que requieren constituir un reglamento interno, este podrá considerar nuevas secciones, como las siguientes:

a. **Prohibiciones**: en esta sección las partes podrán establecer un listado de acciones prohibidas por los propietarios, incluso estas prohibiciones podrán estar diferenciadas de acuerdo con el tipo de propietario. Por ejemplo, prohibiciones para los propietarios de las unidades destinadas al uso de vivienda y prohibiciones para los propietarios de las unidades destinadas al uso comercial.

b. **Normas de conducta**: en esta sección se podrá establecer normas de convivencia que permitan a los propietarios hacer uso de sus unidades exclusivas en armonía y respeto con las unidades exclusivas de los demás propietarios.

c. **Administración**: No es obligatorio que las edificaciones sujetas a un reglamento interno de propiedad horizontal cuenten con un administrador. No obstante, el contar con esta figura coadyuva a la administración eficiente de los recursos de la unidad inmobiliaria, así como a una respuesta más rápida frente a los problemas que se pueden originar en el día a día. De acuerdo con lo señalado, esta sección regulará las atribuciones del administrador y cómo cumplirá con su rol.

d. **Sub-regímenes**: De acuerdo con el tipo de proyecto, se podrá considerar la posibilidad de constituir un sub-régimen con su propio reglamento interno y junta de propietarios. En ese caso, esta sección permitirá compatibilizar dicho reglamento interno con el reglamento interno general.

C. Importancia del reglamento interno para un régimen de propiedad horizontal

Ventura-Traveset señala que*:*

> el que adquiere un piso o local, lo hace para disfrutarlo solo, no porque lo seduzca convivir con los demás titulares en las partes de general uso (escalera, patios, etc.). El uso de estas partes en que convive con los demás, es de absoluta necesidad, y como tal ha de procurarse que lo sea del modo menos enojoso para todos (2007, p. 43).

La importancia del reglamento interno reside justamente en eso, es el reglamento interno y las disposiciones que este contenga lo que nos permitirá hacer que la convivencia entre los propietarios sea lo más viable posible, ya sea con reglas básicas de convivencia –en algunos casos– o con reglas más complejas –en otros–.

En ese sentido, bajo la aproximación de Coase, podríamos tener un reglamento interno básico que sirva como base para que los propietarios puedan adoptar acuerdos que les permitan alcanzar resultados en base a las decisiones que deban tomar en el marco de la convivencia y el disfrute común de las áreas y bienes comunes.

Por su parte, bajo la aproximación de Hobbes, podríamos estructurar de forma más compleja el reglamento interno, a fin de evitar que un reglamento con reglas básicas pueda fallar por la falta de alguna disposición y que las partes no encuentren una solución frente a un problema originado por la convivencia, debido a la existencia de costos de transacción entre los propietarios.

En efecto, en este tipo de regímenes existen diversas situaciones que pueden dificultar la posibilidad de llegar a acuerdos, entre otros: (i) la pluralidad de partes involucradas; (ii) externalidades, en el sentido que existen propietarios que pueden beneficiarse de la proactividad de otros sin participar en la administración o gestión del proyecto, lo que puede motivar ausentismo y poca colaboración en la toma de decisiones; (iii) diferentes incentivos y motivaciones entre los propietarios; y (iv) costos involucrados en las medidas para ejecutar las decisiones de la junta de propietarios.

En todo caso, en un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o en un régimen de independización y copropiedad, el reglamento interno será obligatorio, a fin de establecer, como ya hemos señalado anteriormente, reglas básicas de convivencia que permita a los propietarios compartir de forma óptima bienes y áreas comunes.

IV. LA HISTORIA DE LA TORTUGA Y EL PERRO: REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y USOS MIXTOS

A diferencia de la historia de la introducción, esta historia no creo que la hayas escuchado antes y viene como una anécdota de una de las últimas operaciones en las que hemos trabajado. Estábamos creando un reglamento de propiedad horizontal para un proyecto de usos mixtos en el que había una torre diseñada para centro de convenciones y auditorios, y otra torre para uso de oficinas. En la negociación del reglamento interno, se sugirió la posibilidad de crear reglas idénticas para cada torre y, ante ello, alguien de nuestro equipo mencionó la historia de la 'tortuga y el perro'.

En términos resumidos, indicó que un perro y una tortuga podían vivir juntos, pero la tortuga no podía pedirle al perro que no ladre y el perro, a su vez, no podía pedirle a la tortuga que vaya más rápido. En términos simples, cada grupo dentro del reglamento interno tenía que convivir con los otros, pero las reglas debían ajustarse a sus características y complejidades. En consecuencia, una regla única para todas las unidades de propiedad exclusiva no necesariamente era la mejor solución.

Esa es justamente una de las principales complejidades que se presenta cuando se trata de crear un reglamento interno para un proyecto de usos mixtos: se deben crear reglas generales, pero también reglas específicas, considerando las especiales necesidades de cada 'torre' o unidad de propiedad exclusiva dentro del complejo.

Las edificaciones de usos mixtos son edificaciones que con el tiempo se han ido sofisticando. Estas edificaciones están destinadas a más de un uso (usos mixtos) y normalmente se destinan al uso de vivienda con un primer piso destinado al uso comercial.

¿Por qué decimos que este tipo de edificaciones se ha ido sofisticando? Porque los usos mixtos ya no solo consideran a 'la tienda de conveniencia', que, en la mayoría de los casos, se solía ubicar en el primer piso de estas edificaciones; ahora podemos encontrar edificaciones más complejas donde conviven una torre de un lujoso hotel con una torre de oficinas *prime*, un *strip center* con viviendas o un centro comercial con un hotel de cuatro estrellas y oficinas, entre otros.

Así como las edificaciones de uso mixto se han ido sofisticando, al considerar no sólo pequeños comercios, sino más o distintos usos, llegando a situaciones más complejas; de la misma forma, los reglamentos internos han pasado por un proceso de sofisticación: de regular la convivencia de los vecinos de una torre de vivienda, hasta la convivencia de los propietarios de los distintos usos que podría existir en un proyecto de gran magnitud, quienes claramente tendrán distintos intereses de acuerdo con el uso al que se encuentra destinado su unidad. Por ejemplo, es altamente probable que exista una gran diferencia entre lo que quiera regular el propietario de un *strip center* sobre el ruido, con lo que quiera regular el propietario de un hotel sobre este mismo punto.

En la línea de lo señalado en la historia de la tortuga y el perro, las necesidades de la tortuga no son las mismas que las del perro; de la misma forma, las necesidades de los operadores de una torre destinada al funcionamiento de un hotel (por ejemplo), no son las mismas que las necesidades de los operadores de una torre destinada al alquiler de oficinas o de los propietarios de las unidades inmobiliarias ubicadas en una torre de vivienda.

En este sentido, algunas consideraciones al momento de establecer un reglamento interno en edificaciones de usos mixtos serán las siguientes:

A. Reglamento dentro de reglamentos o sub-regímenes

Como indicamos en el punto anterior, las edificaciones se vuelven cada vez más complejas y puede ser que se requiera que existan reglamentos internos incluso dentro de unidades exclusivas que forman parte de una edificación regulada por un reglamento interno (reglamento interno general). Así, en un proyecto en el que se tienen diferentes torres, se podría necesitar un reglamento independiente para cada torre, dado que cada torre puede tener características o necesidades distintas (propias del uso mixto) o incluso podría haber torres que requieren de un reglamento interno y otras que no.

En este tipo de estructura se diseña un reglamento interno principal o general que regula la relación entre las diferentes unidades 'macro' y este reglamento contiene la posibilidad de crear sub-reglamentos para cada una de estas unidades 'macro'.

A modo de ejemplo, imaginemos un proyecto inmobiliario que tiene 3 torres principales (en una torre se desarrolla un hotel, en otra torre un edificio de oficinas y en otra torre un edificio de vivienda) y un boulevard en el primer piso, con un sótano común para todas las torres. En este caso, se podrían necesitar tres (3) reglamentos, dependiendo de las finalidades comerciales de las Partes:

a. **Reglamento principal o general**: El reglamento principal regulará la existencia de

las 3 torres, las áreas y bienes comunes de estas unidades 'macro'. Por ejemplo, este reglamento regulará el uso y administración del boulevard, accesos, áreas comunes y los estacionamientos.

b. **Reglamento de edificio de vivienda**: Para independizar las unidades de departamentos y regular el uso de las áreas y bienes comunes de dicha torre.

c. **Reglamento de oficinas**: Para independizar las unidades de oficina y regular el uso de las áreas y bienes comunes de dicha torre.

El hotel no requiere de un reglamento específico, dado que este bloque se administra como una sola unidad y no está sujeta a independización en unidades menores.

Ahora, puede ser que se requiera que un determinado bien que está en un sótano sea incorporado dentro de la partida de una de las unidades 'macro'. A modo de ejemplo, si los equipos de energía del hotel se encuentran en el sótano 3, esa área no puede quedar como un área común del complejo; en este caso, dicha área tendría que incorporarse al bloque hotel, pese a que dicha área no guarda continuidad con el hotel, es decir, no está contigua o conexa al edificio del hotel. Esto se puede lograr a través del concepto de 'unidad funcional' que se trata en el punto siguiente.

B. Unidad funcional

El diseño de las unidades inmobiliarias se realiza de forma previa a la elaboración del reglamento interno. En esta etapa de diseño se determinará que áreas serán de propiedad exclusiva y cuáles serán de propiedad común.

Este ejercicio parece simple cuando pensamos en un edificio de departamentos para vivienda. Sin embargo, se puede tornar un poco más complejo cuando nuestro proyecto es de uso mixto.

En principio, las áreas de dominio exclusivo que conforman una partida registral tienen continuidad espacial y continuidad interna entre todos sus ambientes; esto significa que toda el área contenida en la partida se deberá encontrar junta y, por lo tanto, no deberá estar separada por un área común o por alguna otra unidad inmobiliaria inscrita en otra partida.

Sin embargo, esta regla tiene una excepción en el artículo 63 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado mediante Resolución 097-2013-SUNARP-SN, que establece que "excepcionalmente y a solicitud del interesado se podrá independizar en una misma partida más de una sección de dominio exclusivo, aun cuando no exista continuidad entre estas, siempre que constituyan una unidad funcional" (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2013).

Al respecto, es necesario entender a qué se le denomina una unidad funcional. Esta es –básicamente– una unidad inmobiliaria conformada por dos o más áreas discontinuas que cumplen una sola función en conjunto. Por ejemplo, las áreas de una vivienda que se encuentran separadas pero que cumplen una función en su conjunto podrían ser: (i) el área destinada propiamente a un departamento; (ii) el área destinada a azotea exclusiva de ese departamento; (iii) el área destinada a estacionamiento del departamento; y (iv) el área destinada a depósito del departamento. Todas estas áreas tienen una función específica, complementándose para cumplir con su función principal, es decir, servir como vivienda, motivo por el cual podrían ser inscritas en una sola partida como una unidad funcional.

En el caso de los proyectos de usos mixtos, la figura de la unidad funcional nos va a permitir diferenciar los distintos usos del proyecto. Por ejemplo, en un proyecto donde se ejecutan dos torres (una destinada a hotel y la otra a oficinas) separadas por un boulevard (área común) parecería que no existe mayor problema, porque es obvio que cada una de las torres es continua y, por lo tanto, cada una de ellas podría ser una unidad exclusiva. Sin embargo, ¿qué sucede en los sótanos? En esta área no necesariamente va a existir continuidad entre cada una de las torres y las diversas áreas de equipos que podría tener cada una de ellas, ya que estas podrían estar separadas de las torres por áreas comunes (áreas de circulación, por ejemplo). Lo mismo sucede con los estacionamientos de cada uso (hotel y oficinas); estos se encontrarán separados de las torres por áreas de circulación.

Esta problemática se puede resolver con la figura de la unidad funcional. Dentro de una sola partida registral se puede incluir diversas áreas el edificio del hotel, del piso 1 al piso x: los estacionamientos del hotel, el cuarto de bombas del hotel, los depósitos del hotel y todas las demás áreas que sirvan a este uso específico; esto bajo la premisa de que todas estas áreas cumplen una sola función en su conjunto.

C. Participación en las áreas comunes

Como punto de partida, es necesario tener claro que es posible establecer en el reglamento inter-

no una participación de las unidades inmobiliarias en los bienes y áreas comunes, distinta a la participación de las unidades inmobiliarias en los gastos comunes. Esto quiere decir que no necesariamente la participación en las áreas y bienes comunes está correlacionada a la participación en los gastos comunes.

La participación en las áreas y bienes comunes está referida a cuál será el peso del voto del propietario en la toma de decisiones en la junta de propietarios, mientras que la participación en los gastos comunes está referida al porcentaje en el que deberá participar el propietario para el mantenimiento de las áreas y bienes comunes.

Lo estándar es que el porcentaje de participación en las áreas comunes sea el mismo que el porcentaje de participación en los gastos comunes. Sin embargo, como ya hemos señalado, esto no necesariamente va a ocurrir, sobre todo en reglamentos internos de edificaciones de usos mixtos que, como hemos señalado anteriormente, con el paso del tiempo se han sofisticado.

Ahora, respecto a la participación de las unidades inmobiliarias en las áreas y bienes comunes, lo estándar es que esta participación se determine en función al área techada o al área ocupada de las unidades inmobiliarias. No obstante, lo estándar no es siempre lo que funciona mejor en el caso de los proyectos de uso mixto.

De acuerdo con el artículo 130 del Reglamento, la participación en los bienes y áreas comunes se establece "[…] atendiendo a criterios razonables como el área ocupada de las secciones exclusivas, la ubicación de éstas, los usos a los que están destinadas, etc" (Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA).

De acuerdo con lo señalado, es posible establecer la participación de las unidades inmobiliarias en las áreas y bienes comunes en mérito al uso de la edificación. Esta disposición sirve mucho para los casos de edificaciones de usos mixtos, ya que permite darle mayoría en la junta de propietarios al propietario de un uso específico sin necesidad de que este sea propietario de un área de mayor extensión. Basta con que sea propietario de un uso específico para que, en mérito de este artículo, pueda asignársele un mayor porcentaje de participación y, de ese modo, este propietario no sea afectado por las decisiones de la junta de propietarios. A su vez, tener mayoría en la junta de propietarios le permitirá al propietario beneficiado cautelar y proteger determinados derechos del reglamento interno.

D. Super mayorías

Los artículos 136 y 148 del Reglamento establecen que determinados acuerdos son adoptados por mayoría calificada, como: (i) las obras en bienes comunes destinadas a algún fin que implique la modificación o limitación en su uso; y (ii) las decisiones de venta, gravamen, cesión en uso o afectación permanente de los bienes, áreas o servicios comunes (Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA). Esto quiere decir que determinados acuerdos son adoptados con el voto conforme de –cuando menos– los propietarios de secciones de propiedad exclusiva que representen los dos tercios de las participaciones de los bienes comunes.

Téngase en cuenta que el Reglamento señalada 'cuando menos'; esto quiere decir que la mayoría calificada podría pactarse de forma distinta en el reglamento interno, siempre y cuando sea mayor a los dos tercios de las participaciones sobre los bienes comunes. De la misma forma, los acuerdos sometidos a la mayoría calificada se podrán establecer libremente en el reglamento interno, por lo que no sólo se pueden avocar a los supuestos establecidos en el Reglamento.

En ese sentido, las partes podrán establecer que determinados acuerdos requieran contar con una mayoría calificada o super mayoría. ¿Con que fin? Esto puede tener dos finalidades. Primero, el reglamento interno se diseña con el objeto de que el proyecto sea funcional y que se adapte a las diferentes necesidades de las unidades inmobiliarias involucradas. Por ello, se pueden establecer mayorías calificadas, a fin de proteger que determinadas regulaciones previstas en dicho reglamento se mantengan, salvo que por una decisión mayoritaria los usuarios de dicho reglamento decidan cambiar estas reglas.

Segundo, en el caso de que la modificación de una regla pueda afectar significativamente a una de las unidades 'macro' (por ejemplo, el edificio de oficinas). En este caso, se establecen super mayorías, de modo que dicha modificación no pueda ser implementada sin el voto de dicha unidad.

E. Obligaciones de los propietarios

Como ya sabemos, el reglamento interno estándar considera una sección de obligaciones de los propietarios, pero entenderán que, cuando se trata de un proyecto de usos mixtos, habrá una mayor cantidad de obligaciones, porque es altamente probable que, dadas las particularidades de los usuarios que participan en estos complejos, puede ser muy difícil que éstos lleguen a un acuerdo. Por ello, a fin de que no se afecte la funcionalidad del com-

plejo, se pactan reglas específicas de antemano (reglas *default*) en base a lo que el desarrollador considera que otorgará mayor eficiencia al proyecto inmobiliario. Es cierto que, con el paso del tiempo o en base a un cambio de circunstancias, estas reglas podrían requerir ajustes, pero ello ya será a través de los intercambios recíprocos que realicen los propietarios de las unidades.

En esa línea, en los proyectos de uso mixto, es recomendable pactar una cantidad mayor de obligaciones que dependerán de los usos que coexistirán en el mismo. A modo de ejemplo les presentamos dos de ellas:

1. Horarios

Por ejemplo, es típico que cuando uno de los usos del proyecto es el de comercio, se establezca que las actividades del establecimiento o establecimientos deban desarrollarse dentro de un horario específico, esto con la finalidad de no perjudicar la tranquilidad de los demás usos; por ejemplo, vivienda u hotel.

2. Fachada

Normalmente, en el reglamento interno estándar, sobre la fachada no se suele regular más que esta es un bien común y, por lo tanto, que cualquier obra o modificación deberá ser acordada por mayoría calificada en junta de propietarios. Sin embargo, en el caso de los proyectos de usos mixtos, la fachada suele cobrar más importancia, ya que esta será la imagen de todo el proyecto y, por ende, su estado de conservación y simetría afectará a todos los usos que formen parte del proyecto. Por este motivo, debe haber reglas y obligaciones preestablecidas en el reglamento interno, tales como, por ejemplo, que los propietarios deban realizar el mantenimiento de las fachadas de las secciones de propiedad exclusiva o que los propietarios no podrán alterar la fachada de ninguna manera sin la aprobación de la junta de propietarios.

F. Procedimiento para la aprobación y la ejecución de obras

¿Qué tan relevante puede ser una obra en un edificio multifamiliar? Probablemente no muy relevante, ya que dicha obra estará delimitada por el área del departamento donde se ejecutará la obra. Entonces, en estos casos, ¿es relevante establecer un procedimiento para la aprobación y la ejecución de obras? Probablemente no. Sin embargo, esta situación puede variar si ahora tenemos a un *strip center*, un hotel y una torre de oficinas conviviendo en un mismo proyecto.

¿Qué pasaría si eventualmente se requiere remodelar la totalidad de las áreas comunes internas del *strip center* o es necesario acondicionar cada una de las oficinas de la torre de oficinas? Estas obras sí son relevantes y podrían causar impactos en el propietario de una sección destinada a otro uso, por este motivo, es importante considerar en el reglamento interno algunas normas que regulen la ejecución de las obras.

V. ALGUNAS IDEAS FINALES

– El relato de la Torre de Babel nos permite entender –a través de un ejemplo– por qué en los proyectos inmobiliarios, en los que existen diversos propietarios o personas con derechos sobre la edificación, se requiere un diseño de reglas básicas que permita reducir los costos de transacción entre las partes involucradas; de modo que éstas puedan llegar a acuerdos que permitan la convivencia en un escenario de bienes propios y comunes.

– La importancia del reglamento de propiedad horizontal radica en que este documento permite que los derechos de las personas que disfrutarán de la edificación estén claramente definidos, razón por la que se requiere que el reglamento interno contenga ciertas reglas básicas que coadyuven a reducir los costos de transacción, a fin de que, en la línea de lo señalado por Coase, los propietarios puedan tomar los acuerdos necesarios para una sana convivencia en una edificación con bienes y áreas comunes.

– En proyectos más complejos, como los de usos mixtos, además de un reglamento con los acuerdos básicos, es necesario contar con un reglamento interno con reglas más específicas y complejas que tengan en cuenta las características de los distintos usos que convivirán en la edificación. En ese sentido, en línea con lo señalado por Hobbes, se debe estructurar el reglamento para minimizar el daño causado por los fallos en los acuerdos básicos.

  La elaboración de un reglamento de propiedad horizontal es compleja y dicho reglamento debe ser mucho más sofisticado en el caso de proyectos de usos mixtos, dado que el reglamento debe adaptarse a fin de cautelar la funcionalidad de cada una de las unidades inmobiliarias y, al mismo tiempo, protegiendo los derechos básicos de cada usuario.

– Para la elaboración del reglamento interno se tiene que predecir conductas y anticipar resultados. Por ello, deben considerarse aspectos económicos, psicológicos y técnicos. Más allá de los criterios legales, es una fuente útil para crear mejores reglas para la convivencia en el proyecto.

REFERENCIAS

Biblia de América (2008).

Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, (*3)*, 1-44.

Cooter, R. y Ulen, T. (2007). *Law and Economics* (5.ª ed.). The Addison Wesley.

González, J. (2009). El análisis económico del derecho de propiedad: una aproximación. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (XLII), 117-128.

Marzilli, K. y Fuster, A. (2013). *The Endowment Effect* (working paper). https://www.nber.org/papers/w19384

Rabin, M. (1998). Psychology and Economics. *Journal of Economic Literature*, *36* (1), 11-46. https://www.jstor.org/stable/2564950

Ventura-Traveset González, A. (2007). *Derecho de Propiedad Horizontal* (7.ª ed.). Bosch.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, aprueban el Texto Único Ordenado de Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de febrero de 2006 (Perú).

Resolución 097-2013-SUNARP-SN del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, Aprueban Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, del 3 de mayo de 2013 (Perú).

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

10.18800/themis.202301.005

EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL HOY: ¿TODAVÍA EXISTE?

THE PRINCIPLE OF PUBLIC FAITH IN THE REGISTRY TODAY: DOES IT STILL EXIST?

Ciro Vladimir Ortega Mejía*
Exeditor General de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

The principle of public faith in the registry is back on everyone's lips as a result of the ruling of the third party in good faith of the Peruvian Constitutional Court. Although its constitutionality was reaffirmed, the principle of public faith in the registry underwent a huge change that raises the question: does the principle of public faith in the registry still exist?

In this article, the author summarizes the uneven path of the principle of public faith in the registry in Peru and its conception today, recalling its theoretical and practical basis, and criticizes its current conception.

Keywords: Third party of good faith; principle of registry public faith; registry system; dynamic security; static security; legal security.

El principio de fe pública registral ha vuelto a estar en boca de todos a raíz de la sentencia del tercero de buena fe del Tribunal Constitucional peruano. Si bien se reafirmó su constitucionalidad, el principio de fe pública registral sufrió un enorme cambio que da pie a la pregunta ¿todavía existe el principio de fe pública registral?

En el presente artículo, el autor resume el accidentado recorrido del principio de fe pública registral en el Perú y su concepción al día de hoy, recordando su fundamento teórico y práctico, y realizando una crítica a su concepción actual.

Palabras clave: Tercero de buena fe; principio de fe pública registral; sistema registral; seguridad dinámica; seguridad estática; seguridad jurídica.

* Abogado. Título de Segunda Especialidad en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de Docencia del curso de Seminario de Investigación del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral de la PUCP (Lima, Perú). Contacto: ortega.ciro@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 16 de mayo de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los principios que informan al sistema registral peruano, resalta con triste celebridad uno de ellos, debido a la gran cantidad de problemas, tanto prácticos como teóricos, que ha generado en épocas recientes. Con tanta magnitud, que hace no muchos años tal principio mereció una reforma normativa a raíz del *modus operandi* de una mafia que lo utilizó para arrebatar la propiedad en perjuicio de muchas personas. Si el atento lector no lo ha advertido ya, nos estamos refiriendo al principio de fe pública registral.

El principio de fe pública registral se encuentra expresamente recogido en nuestra normativa por el artículo 2014 del Código Civil de 1984, vigente a la fecha. Según el cual, a grandes rasgos, el segundo adquirente de un bien (entiéndase como la persona que compra un bien inmueble de una persona que a su vez compró con anterioridad ese mismo bien) mantiene la propiedad a pesar de que luego de efectuada la compra se invalide la previa adquisición del vendedor (primer adquirente); siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos: principalmente la buena fe y la inscripción en el registro.

En términos simples, se permite que una persona compre y mantenga la propiedad de un bien que le fue vendido por alguien que no era su propietario. Esto, que puede sonar escandaloso, obedece a la confianza y seguridad que las personas deben mantener en el registro.

Ello se debe a que nuestro sistema busca que la información publicada en el registro nos permita creer y actuar conforme a ella. Esa es la razón por la cual existe una institución como el principio de fe pública registral, pues se protege la confianza de las personas que actúan de acuerdo con la información publicada en el registro.

Ahora bien, si se protege la confianza que depositamos en el registro, nos surge una duda inmediata: ¿qué pasa si la información contenida en el registro no es verdadera, vale decir, no guarda correlación con la realidad? Pues suceden problemas como el descrito al inicio de esta introducción, que deforman y degradan al principio de fe pública registral convirtiéndolo en un artilugio legal para arrebatar bienes a las personas.

Para que no ocurra ello, como ya se advirtió, se exige que la confianza que depositamos en el registro esté imbuida de buena fe. Por ende, nuestro actuar no solo debe ser conforme a la información brindada por el registro, sino que debemos creer que esa información es verídica. Pues si sabemos que la información del registro es inexacta, y se demuestra ello, habremos incumplido el requisito de la buena fe y con ello perderemos la protección otorgada por el principio de fe pública registral.

Pensando un poco en esto, hemos de notar que nuestro sistema busca una suerte de reflejo entre la realidad registral y la realidad material, pues a la par que nos permite confiar en el registro, nos exige un comportamiento diligente para comprobar que no conocíamos o no podíamos haber conocido la inexactitud del registro respecto de la realidad. Esto último forma parte del estándar de diligencia exigido por el principio de fe pública registral.

La otra parte de la diligencia exigida tiene que ver con la modificación que sufrió el artículo 2014 del Código Civil en el año 2015. La información del registro está principalmente dividida en (i) títulos archivados, que son los actos jurídicos (por ejemplo, contratos) celebrados por las personas que el registro almacena; y (ii) asientos registrales, que son una forma de resumen de los títulos archivados. A partir de ello se entendía que la diligencia exigida solo alcanzaba a la verificación de la información expuesta por los asientos registrales. Precisamente uno de los principales cambios se dio en este punto: ahora para obtener la protección del principio de fe pública registral se debe verificar no solo la información de los asientos registrales, sino también la de los títulos archivados. El estándar de diligencia cambió.

Sin embargo, el estándar de diligencia requerido por el principio nunca quedó claro pues continúan surgiendo preguntas como las siguientes. ¿Hasta dónde debe llegar la diligencia exigida? ¿Cuándo cumplo con el requisito de diligencia y obtengo la protección brindada por el principio de fe pública registral? Si se busca la confianza en el registro, ¿por qué se me está exigiendo ir a la realidad? Y, si finalmente en nuestro país la realidad material no se ve reflejada en la realidad registral, ¿es oportuno consagrar un principio como el de fe pública registral?

Son estas las principales cuestiones que buscamos responder –con humildad– desde nuestra tribuna y contribuir –aunque sea un poco– a una solución. Nosotros creemos que, para salvaguardar la lógica que yace detrás del sistema registral, es necesario fijar un estándar de diligencia diáfano y que se agote en el propio registro. Lo contrario significaría, en nuestra opinión, restarle utilidad al sistema registral y vaciar de contenido al principio comentado.

A. La evolución del artículo 2014 del Código Civil

La interpretación de los alcances de los elementos del principio de fe pública registral en nuestro sistema jurídico no ha sido pacífica. Por el contrario, desde su consagración en 1984 en el vigente Código Civil podemos identificar varias etapas plenamente diferenciadas del mismo.

En la etapa inicial, la configuración inaugural del artículo 2014 del Código Civil de 1984[1] se basó en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de España de 1946[2], a tal punto de ser una réplica casi idéntica del mismo. Tal disposición supuso inicialmente una interpretación de la protección del principio de fe pública registral restringida únicamente a supuestos de ineficacia, en sentido lato, que no hayan constado en los asientos registrales al momento en el que el tercero registral inscribía su derecho.

Precisamente el significado de la regla "**que no consten en los registros públicos**", como alcance para las causas de invalidez del acto, permitía ese tipo de interpretación. La cual además era concordante con el artículo VIII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución 126-2012-SUNARP-SN), el cual establece el principio de fe pública registral[3]. Esto ha sido señalado en la exposición de motivos del Libro IX del Código Civil.

Posteriormente, en una segunda etapa, se da un cambio del criterio señalado con anterioridad a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, a partir de los albores del nuevo siglo se comienza a interpretar que el alcance de la publicidad registral debía extenderse hasta el título archivado, por lo cual para alcanzar la protección del principio se debía revisar no solo los asientos de inscripción, sino también los títulos que les dieron mérito. Como consta en diversas sentencias de casación vinculadas a esos años[4].

En una tercera etapa, esta interpretación mantenida por la Corte Suprema es recogida en la modificación que sufre el artículo 2014 del Código Civil, provocada en el año 2015 por la Ley 30313 (norma que surgió en respuesta al *modus operandi* de una mafia, como ya anticipamos[5]). Por lo tanto, la redacción del artículo cambió y textualmente se dispuso que las causas de ineficacia del acto "no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que los sustentan" (2015)[6].

A partir de ese momento, la Corte Suprema resolvió aplicando dicho criterio de forma uniforme. Por lo tanto, sentenció bajo el criterio de que la buena

---

1 Artículo 2014 del Código Civil antes de su modificación en el año 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 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 (1984).

2 Artículo 34.-

> El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.
>
> La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.
>
> Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente (1946).

3 Artículo VIII del Título Preliminar.-

> La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales (2012).

4 Véase a las Casaciones 2580-2001-Lima; 227-2002-Arequipa; 2605-2002-Arequipa; 459-2003-Callao; 2186-2003-Junin; 2458-2005-Lima; 417-2008-Arequipa; 310-2008-Lima; 1005-2009-Lima; 3549-2009-Junín; 2626-2012-Junín; y 607-2014-Lima. Aunque dicho criterio no era uniforme pues algunas sentencias mantenían una interpretación restringida a los asientos: Casación 02-2007-Lima, y 745-2011-Lima.

5 Véase a Davelouis (2014) para una explicación detallada de ello.

6 Primera disposición complementaria modificatoria.-

> Modifícanse [*sic*.] los artículos 2013 y 2014 del Código Civil en los términos siguientes:
>
> […]
>
> Artículo 2014. Principio de buena fe pública registral
>
> 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 (2015).

fe implica la revisión de los títulos archivados, exigiendo esto para quienes buscaban ser amparados por el principio de fe pública registral[7].

Mención aparte merece la modificación del artículo 14 de la Ley General de Sociedades realizada por el Decreto Legislativo 1332, publicado el 05 de enero de 2017[8]; pues dicho cambio, a diferencia de la Ley 30313 y la jurisprudencia de la Corte Suprema, sí respetó la lógica de la oponibilidad del registro.

Concretamente, se añadió un sexto párrafo a la redacción del artículo 14 de la Ley General de Sociedades, en el cual se consagró que las limitaciones a las facultades de los representantes de las personas jurídicas societarias que no consten expresamente inscritas en la partida electrónica de la sociedad no serán oponibles a terceros. Resulta destacable que la norma no solo hace que la información que no está en el registro no perjudique a los terceros, sino que limita el campo donde debe constar dicha información a la partida electrónica, tal cual lo hacía en su origen el principio de fe pública registral.

Si bien es destacable que el legislador consagre mediante esta norma la protección y seguridad que debe brindar el registro jurídico, es necesario aclarar que esta norma recoge en sí el principio de inoponibilidad del registro de personas jurídicas, diferente al principio de fe pública registral, propio de un registro de bienes, aunque demuestran y concretizan la eficacia defensiva de un registro jurídico garantista.

Igualmente, es importante hacer mención del artículo 66 del Reglamento del Decreto Legislativo 1373[9], Decreto Legislativo sobre la extinción de dominio (Decreto Supremo 007-2019-JUS), publicado en febrero del año 2019. Pues dicha norma plantea una nueva forma de entender al tercero de buena fe a partir de una serie de elementos y requisitos para evaluar el cumplimiento de la buena fe, siguiendo la teoría de la protección de la apariencia.

Según este nuevo estándar para el cumplimiento de la buena fe se exige al tercero un cierto nivel de diligencia en el momento de su adquisición que se verifica con las siguientes tres pruebas: (i) una apariencia fiable del derecho del transmitente; (ii) la legalidad del acto; y (iii) la convicción del adquirente sobre el derecho del transmitente. Además, sobre este último requisito, que viene a ser la buena fe creencia, se exigen tres conductas que no deben concurrir[10]: (i) ocultar la naturaleza ilícita del acto; (ii) ocultar al verdadero titular del bien; y (iii) ocultar la naturaleza ilícita de los bienes. Todo lo cual deberá ser verificado por el juez para determinar si hubo o no buena fe.

Creemos, con la salvedad hecha, que dicha norma es un gran avance en cuanto a la delimitación de la

---

7 Véase las Casaciones 1010-2015-Lima Sur; 2447-2015-Callao; 711-2015-Del Santa; 934-2015 Lima; 1459-2015-Lima Sur; 353-2015-Lima Norte; 3386-2015-Lima; 842-2015-Lima; y 4213-2017-Lima Norte (aunque curiosamente esta sentencia fundamenta al título archivado en el principio de publicidad material del art. 2012 del Código Civil., tal como se hacía antes de la modificación del año 2015).

8 Séptima disposición complementaria final.-

> Incorpórase [*sic.*] el tercer párrafo al artículo 11, el quinto y sexto párrafos al artículo 14 y el cuarto párrafo al artículo 188 de la ley 26887 - Ley General de Sociedades
>
> […]
>
> Artículo 14. Nombramiento, poderes e inscripciones
>
> […]
>
> Las limitaciones o restricciones a las facultades antes indicadas que no consten expresamente inscritas en la Partida Electrónica de la sociedad, no serán oponibles a terceros (2017).

9 Artículo 66.- Tercero de buena fe

> Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:
>
> 66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.
>
> 66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.
>
> 66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurran las siguientes circunstancias:
>
> a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.
>
> b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.
>
> c) Concurran declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos (2019).

10 Creemos que aquí hay un error de redacción en la disposición de la norma, pues se ha usado el vocablo 'concurrir'. El cual da a entender que deben presentarse conjuntamente las tres circunstancias previstas para la pérdida de la buena fe creencia. En nuestra opinión, bastaría independientemente cualquiera de dichas circunstancias para perderla.

exigencia de la buena fe, además de presentar una gran utilidad práctica pues finalmente determina con claridad tanto la diligencia que deben poner las personas en el tráfico jurídico, cuanto las verificaciones que debe hacer el juez ante casos donde se ponga en tela de juicio la buena fe de una persona. Lamentablemente, dicho criterio se circunscribe a los casos de extinción de dominio, por lo cual no es aplicable al caso del tercero registral en general, ni al principio de fe pública registral en particular. Aunque ciertamente da la pauta y es un modelo por seguir para que a nivel registral se fije un estándar similar.

Finalmente, el Tribunal Constitucional (en adelante, e indistintamente, Tribunal o TC), a través de la sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (caso del tercero de buena fe), siguió la línea de la Corte Suprema y del artículo 66 del Decreto Legislativo 1373, optando finalmente por acoger el criterio de mayor diligencia del candidato a tercerista registral. El desarrollo en torno a esta sentencia merece un apartado particular al interior del presente artículo.

B. El nuevo criterio de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional

El criterio bajo análisis representa el nuevo intento y postura de los más altos órganos jurisdiccionales del Perú, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, por fijar un estándar de diligencia para cumplir el requisito de la buena fe exigido por el principio de fe pública registral.

Así, en opinión de estos órganos, el cumplimiento de la diligencia exigida por el principio de fe pública registral atraviesa dos cuestiones que trascienden los asientos registrales: (i) los títulos archivados y (ii) la inexactitud del registro debe ser verificada en la realidad. Por ello, en la sentencia bajo comentario se exige a los demandados, que buscaron ampararse en el principio de fe pública registral, no solo la verificación de los títulos archivados, sino la comprobación de si la descripción del bien recogida en los registros era correlativa con la realidad y si el transferente era el poseedor del bien en litigio.

La revisión de esta decisión es de gran importancia teórica, pues como ya adelantamos, se analiza el criterio plasmado por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional para la aplicación del principio de la fe pública registral. Esto nos permite constatar si el derrotero seguido por la judicatura es adecuado con la lógica de nuestro sistema registral y, de no serlo, averiguar cuál sería el indicado. Lo que nos obliga a determinar cuestiones teóricas como la finalidad del registro en nuestro sistema y definir figuras jurídicas registrales como la buena fe registral. Esto permitiría abordar instituciones jurídicas de naturaleza civil y constitucional, además de un aspecto de política legislativa en cuanto a premisas y fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico.

De otro lado, también existe una gran importancia práctica pues permitiría definir cuando hay diligencia debida y por tanto cabría la aplicación de la protección del principio de fe pública registral, ayudando de este modo a la resolución de controversias, y fijar un estándar de prueba necesario: aspectos muy útiles desde el punto de vista del derecho procesal.

Asimismo, nos impera a verificar si existen estudios sociológicos serios que permitan determinar si la realidad registral reflejaría de forma adecuada la realidad material, en el sentido de si en nuestro país la mayor parte de bienes inmuebles están registrados o no, lo que en sentido ulterior contestaría a la pertinencia del principio de buena fe registral en nuestro sistema. De no haberlos, nos constriñe a exigirlos.

De no estar de acuerdo con el sentido de la resolución, nos competería plantear una opción de respuesta distinto al expresando y buscar un estándar de diligencia distinto. Por el contrario, si el sentido de la resolución fuera correcto, deberíamos analizar sus efectos prácticos y teóricos, para ver cómo se estaría afectando el principio de fe pública registral y si estos guardan relación con la finalidad del sistema registral.

II. FINALIDAD DEL SISTEMA REGISTRAL PERUANO CON RELACIÓN A LA FE PÚBLICA REGISTRAL O ¿CÓMO SURGE LA FE PÚBLICA REGISTRAL EN NUESTRO SISTEMA?

A. Noción preliminar: la utilidad del registro

Para llegar a una posible conclusión sobre si el nuevo criterio usado por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional es coherente o no con nuestro sistema registral, es menester responder a una previa cuestión ¿cuál es la utilidad y la finalidad de nuestro sistema registral? O, en términos más simples, ¿para qué sirve un sistema registral?

Empecemos por un simple ejercicio mental. Supongamos que usted desea adquirir una casa y después de mucho buscar por fin decide comprar la casa que ofrece en venta el señor Perico de los Palotes. Sin embargo, usted nota una actitud sospechosa en dicho señor que le hace dudar sobre si es el verdadero propietario o no de la casa de sus sueños, o si esconde algo más, pues podría resultar usted la víctima de una posible estafa. ¿Cómo saber si el señor Perico de los Palotes es el verdadero

propietario del bien inmueble? O más enrevesado aún, ¿dicha casa tendrá una hipoteca encima?

Podría preguntar a los vecinos, sin embargo, ellos podrían estar coludidos con el Señor Perico de los Palotes para estafarle o, en última instancia, puede no estar seguro de que sus afirmaciones sean correctas y tendría que invertir mucho tiempo y dinero en averiguaciones para estar completamente seguro de ello. Surge así la idea de que debe existir alguien o algo que le brinde esa información de forma fehaciente y eficiente. Pues bien, felizmente ello existe: precisamente es para lo que sirve el registro.

Entonces una conclusión preliminar es que el registro debe verse y entenderse como un sistema de publicidad que brinda información fehaciente sobre determinadas situaciones de la realidad material. Messineo, citado por Gonzales Barrón, ha señalado sobre el particular:

> La idea de Registro nace con la necesidad de proteger la transmisión de los predios, y la razón de política legislativa que la justifica se halla en impedir transferencias o cargas ocultas que afecten a los terceros adquirentes, pues ello simplemente paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza territorial, a causa de la falta de certeza respecto a la condición jurídica de los bienes inmuebles (determinación de su propietario y de las cargas que sufre) (2008, p. 47).

Lo expuesto hasta este punto es importante, sin embargo, mal haría el lector en identificar la noción de registro con la mera publicidad o exteriorización de actos y derechos. El registro es mucho más que ello. A continuación, realizaremos un repaso histórico de la institución del registro con el fin de dimensionar sus alcances y razón de ser en la actualidad.

B. Breve historia de la evolución del registro en el Perú

Desde antaño, la humanidad ha necesitado formas de exteriorizar y hacer conocidos ciertos actos para su protección. Pensemos en los histriónicos actos de solemnidad en la antigua Roma para la transferencia de bienes inmuebles como la *mancipatio* y la *in iure cesio* (Soza Ried, 2003, pp. 1-3). Sin embargo, el devenir del tiempo y la complejidad de la sociedad moderna hicieron necesarios sistemas de publicidad de mayor seguridad y alcance.

Para profundizar más en este tema y trasladarlo a nuestra realidad, conviene revisar un poco de historia del registro en nuestro país. Como el Perú se encuentra hoy definido por la enorme influencia del colonialismo español, se puede afirmar –a grandes rasgos– que hemos heredado el sistema registral de aquel país. Aunque ya antes de la conquista existieron sistemas de organización de la propiedad, como el *Ayllu* en el sistema preincaico, y una distribución de tierras de acuerdo con las necesidades de las familias en el sistema incaico (Mendoza del Maestro, 2016).

Así, el primer registro del Perú se remonta a la época colonial (año 1565) cuando el rey Felipe II mandó a abrir el primer libro de registro de inscripciones de censos y tributos que gravaban la propiedad rústica y urbana de Lima. Al interior del cual, en el año 1768, se creó los oficios de hipotecas (registro de hipotecas). Con la llegada de la independencia, en 1821, no hubo mayor cambio, pues se mantuvieron las normas españolas por orden del Estatuto Provisional del General Don José de San Martín (Mendoza del Maestro, 2016).

A mediados del siglo XIX comienza la era de codificación del derecho civil (era que se mantiene hasta nuestros días) con la promulgación del Código Civil de 1852, el cual mantiene el oficio de hipotecas, prescribiendo que los escribanos públicos registraran las hipotecas de los inmuebles. Con lo cual se puede afirmar que en nuestro país el registro surge frente al problema de las hipotecas ocultas, similar a su evolución en España, razón por la cual en dicho país se da la terminología de derecho hipotecario a lo cual nosotros conocemos como derecho registral (Caicedo Escobar, 2001, p. 15). Sin embargo, hasta este punto no existía una calificación de la información que entraba al registro pues solo se verificaba la existencia de cargas y gravámenes y se publicitaba ello.

El lector se estará preguntando, ¿por qué es importante la calificación? La calificación debe entenderse como un filtro, un control de la información que ingresa al registro, pues de nada serviría tener un registro si este contiene información falsa o imprecisa. En palabras de De Reina Tartiere: "[en] puridad, pues, la calificación se trataría de la concreción del control de legalidad […] La calificación es algo más, entonces, que el mero examen formal de la documentación […]" (2009, p. 275).

Para nuestro país, será recién con la promulgación de la Ley del 02 de enero de 1888 que habilitó a la Corte Suprema para emitir el reglamento de los registros, cuando se empieza a calificar los documentos que ingresan al registro (títulos) en cuanto a su formalidad, legalidad, validez y capacidad de los otorgantes. Lo cual trajo consigo la consagración, en el artículo 96 de tal Ley, del principio de fe pública registral como efecto del registro.

Esto es interesante pues aquí empieza un punto clave en la evolución de nuestro registro. Estamos en presencia del nacimiento del registro moderno, el registro jurídico. El registro ya no es solo la exteriorización de negocios inmobiliarios, como relatábamos, sino que ahora publicita una información calificada que producirá un efecto muy especial del que justamente hablaremos *in extenso* en las siguientes páginas, la fe pública registral. Pero, es importante hacer notar la vinculación desde el nacimiento de nuestro registro moderno (en 1888), con el principio de fe pública registral.

Asimismo, debe destacarse que aquí opera el cambio de publicidad noticia (meros actos exteriorizadores) a la publicidad esencial, productora de determinados efectos que el ordenamiento le otorga (Caicedo Escobar, 2001, p. 9). También la diferencia entre el registro administrativo, que no produce efectos, y el registro jurídico, que produce efectos jurídicos vinculantes.

El Código Civil de 1936 (aprobado por la Ley 8305) mantuvo invariable el sistema descrito hasta este punto en cuanto a la calificación[11] y el principio de fe pública registral[12] , aunque cabe señalar que la Comisión Reformadora del Código Civil tuvo una discusión interesante al respecto, pues se propuso adoptar otros sistemas registrales como el alemán o el Torrens. Sin embargo, como relata Mendoza del Maestro, se descartó ello debido a la falta de un catastro, el hecho de que gran parte de los inmuebles no estaba inscrito y el escaso desarrollo del conocimiento del tema registral (2016). Tal falta de catastro se mantiene hasta nuestros días[13].

Finalmente, arribamos al código vigente actualmente, el Código Civil de 1984, el cual tiene como fuente directa el Código Civil de 1936. De hecho, se ha señalado en la exposición de motivos de la parte pertinente que el Código Civil de 1984 no contiene ninguna novedad trascendente respecto a su antecesor, pero hace hincapié en la influencia española producida directamente en el principio de fe pública registral inspirada en la Ley hipotecaria española de 1946 (Bigio Chrem, 1990, p. 6).

Como vemos, nuestro sistema registral imita el sistema registral español, en especial en lo referente al principio-efecto de la fe pública registral. En consecuencia, se hace necesario realizar una breve revisión de dicho sistema registral.

C. El sistema español

España tuvo una evolución similar al Perú, pues su registro moderno partió del problema de las hipotecas ocultas. Al cual puso fin con la Ley Hipotecaria de 1861, de fuerte inspiración alemana, donde además se establecieron por primera vez los principios registrales de especialidad y publicidad. Lo cual se mantiene incólume hasta su vigente Ley Hipotecaria de 1946 (Vivar Morales, 1998, pp. 62-68).

La especialidad se manifiesta en la técnica registral de folio real, de origen alemán, la cual, en resumen, supone que el registro se organiza sobre la base de los bienes inmuebles. A cada bien inmueble le corresponde una partida (tábula). Lo cual finalmente es solo una forma de organización de la información contenida en el registro.

El principio de publicidad, también conocido como principio de presunción de exactitud, en cambio, es el principal efecto consagrado en el sistema español. Esto supone que la información contenida en el registro se presume verdadera (presunción de exactitud del registro).

Como la información contenida en el registro se presume exacta, ello causa la aparición o deducción de otros dos principios (efectos) del registro: la legitimación y la fe pública. Por legitimación se entiende la apariencia de veracidad que genera el registro. De esta forma, si alguien aparece como propietario de un bien inmueble, esto se presume cierto y confiere al titular el poder de actuar como tal, permitiendo al resto actuar conforme a esa apariencia.

El principio de fe pública registral, recogido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española de

[11] Artículo 1044.- El registrador deberá apreciar la legalidad del título respecto a la capacidad de las partes y su representación, y lo concerniente al contenido del acto, sólo como aparece del instrumento (1936).

[12] Artículo 1052.-

> Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro (1936).

[13] Es relevante señalar que al año 2023, en el Perú solamente cinco (5) municipios distritales, de más de 1896, tiene catastro.

1946[14], supone la otra cara del principio de publicidad registral del derecho español. Como existe una presunción de exactitud del registro, resulta coherente que la persona que adquiere un bien confiando en el registro, sea mantenido en propiedad así luego la titularidad registral de quien le transfirió sea atacada. Principio que, como narramos, es recogido por el actual Código Civil peruano de 1984.

Es así, como podemos ver que, a partir de la experiencia española, el Perú hereda el sistema registral español debido a procesos históricos (colonización) y cómo ello se ha ido perpetuando hasta la actualidad. Ello es fundamental para nuestro análisis, pues otorga una visión amplia de cómo es que llegan a nuestro sistema las principales instituciones jurídicas registrales, en qué contexto surgen y cómo es que deben entenderse.

La explicación de la evolución de nuestro sistema registral y la elección de un determinado sistema registral no es banal, pues responde a la intención de que el lector comprenda que el registro peruano contemporáneo tiene implícita una compleja lógica reflejada en los efectos de los principios registrales, pues estos se conjugan entre ellos. Siendo la fe pública registral solo uno de aquellos principios, pero uno muy importante (quizá el más importante). Profundicemos ello.

III. LA FE PÚBLICA REGISTRAL DESDE LA TEORÍA

A. La utilidad de la fe pública registral

Acabamos de ver el origen histórico en nuestro país del principio de fe pública registral y cómo es que se recoge dicho principio en nuestro sistema al seguir el sistema español, el cual a su vez siguió el sistema alemán. Ahora desarrollemos la lógica subyacente del principio de fe pública registral.

Hemos partido y comprobado la idea de que históricamente el registro surge con el objetivo de dar publicidad o notoriedad a ciertos hechos o actos que importan a la sociedad. Por lo tanto, el efecto que surge al registrar un negocio jurídico en el registro público es la publicidad de este. Esto significa que cualquier persona podrá enterarse de aquel y obrar según dicha información.

Para que las personas puedan intercambiar bienes y derechos de acuerdo con la información publicitada en el registro, debe existir una garantía que proteja ello y a su vez genere confianza en el registro. Por esta razón, a partir del efecto de publicidad, nacen otros dos efectos que vienen, precisamente, a tutelar la confianza que las personas depositan en el registro: la legitimación y la fe púbica registral.

Como la legitimación no es materia de análisis del presente trabajo, bastará señalar que la misma se refiere a la presunción de veracidad de la información contenida en el registro. Por lo cual, la persona que en el registro tiene inscritas situaciones jurídicas a su favor –por ejemplo, la propiedad de un predio–, puede actuar conforme a ellas (legitimación activa) e impone a la persona que se oponga a la veracidad del registro a probar contra ella (legitimación pasiva). Ello supone que dicho principio esté sujeto a la prueba en contrario (*iuris tantum*). Este principio está recogido en nuestro Código Civil actual en el artículo 2013:

> Artículo 2013.- El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.
>
> El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.
>
> La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes (1984).

De otro lado, se encuentra el principio de fe pública registral, considerado el efecto más importante del principio de publicidad (Caicedo Escobar, 2001, p. 60), pues realmente efectiviza la protección a la persona que actúa confiando en la información del registro.

¿Cómo opera? Suple la deficiencia dejada por el principio de legitimación, ya que este se encuentra sujeto a prueba en contrario. Entonces, pue-

[14] Artículo 34.-

> El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.
>
> La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.
>
> Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente (1946).

de suceder que una persona adquiera una casa confiando en el principio de legitimación y luego se dé con la ingrata sorpresa de que pierde su propiedad al probarse que la información del registro era inexacta. Por ello, el principio de fe pública registral protege a la persona que adquirió un bien inmueble confiando en el registro, manteniéndolo en su adquisición. Esta protección a diferencia del principio de legitimación no admite prueba en contrario (*iure et de iure*) si se cumplen ciertos requisitos.

Concretamente el principio de fe pública beneficia al tercero que al considerar como verdadero el contenido del asiento registral del derecho del cual es titular su transferente subsana o convalida los defectos de titularidad, en caso de que por inexactitud del registro no lo fuera verdaderamente, o tuviera su derecho limitado por causas que no resulten del mismo registro (Sanz Fernández, 1947, pp. 368-370).

La justificación práctica de la fe pública registral responde al tráfico jurídico comercial. Funcionalmente el sistema registral protege a las personas que adquieren bienes inmuebles confiando en la información que brinda el registro, no solo por proteger la legitimación del registro y la confianza de los usuarios (desde un punto de vista jurídico registral), sino porque ello finalmente dinamiza el mercado y la economía al hacer más seguros los negocios jurídicos inmobiliarios. Asimismo, y en consonancia con un punto de vista económico-funcional, reduce los costos de transacción de los potenciales adquirentes de bienes inmuebles.

B. Características y efectos

El principio de fe pública registral presenta las siguientes características y efectos a favor del tercero:

a) Adquisición derivativa: primero dejemos por sentado que el principio en comentario se justifica en la confianza de los usuarios del registro, quienes lo usan para el tráfico jurídico. Por ello, solo es aplicable a las adquisiciones derivativas, es decir, a la transferencia de bienes.

b) Tráfico o comercio: tal transferencia de bienes debe provenir de un negocio jurídico celebrado *inter vivos*. Esto quiere decir, que el principio de fe pública registral tutela el comercio jurídico inmobiliario.

c) Legalidad: la adquisición para quedar protegida por el principio de fe pública registral debe de hacerse bajo las normas que lo regulan y quedar inscrita en el registro.

d) Convalidación: el acto celebrado por quien figuraba en el registro con poderes para hacerlo tiene el mismo valor como si lo hubiera efectuado el titular real.

e) Alcance de la protección: la protección otorgada al adquirente alcanza a todo lo que limite el derecho del transferente que no conste inscrito en el registro.

f) Efectos sobre el registro para el adquirente: el principio de fe pública registral genera un efecto sobre el registro con relación al adquirente que puede verse de dos maneras. Positiva, el registro se presume exacto en beneficio del tercero que adquiere un bien inmueble. Negativa, el registro es íntegro jurídicamente en favor del tercero, es decir, todo lo que no está inscrito le es inoponible.

g) Presunción absoluta: la protección que otorga el principio de fe pública registral no admite prueba en contra. El sistema que recoge este principio precisamente busca una ficción absoluta del contenido de la información publicitada por el registro en favor del tercero, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales.

C. Requisitos

Los efectos que provoca la fe pública registral pueden parecer exorbitantes. Sin embargo, esta presunción se ve limitada por el estricto cumplimiento de requisitos puntuales: tiene que tratarse de un tercero que de buena fe celebre un negocio jurídico válido a título oneroso para adquirir un bien inmueble de alguien que figure en el registro con el derecho para transmitirlo y además el tercero debe inscribir su derecho en el registro.

a) Tercero registral: la protección del principio de fe pública registral solo puede recaer en un tercero o sub-adquirente de un bien inmueble. La idea común en el derecho civil es que el tercero es aquel que no es parte de un contrato. Sin embargo, para el caso del registro y precisamente para la aplicación del principio, esa definición no es suficiente, pues ese tercero debe tener particularidades especiales que lo vuelven un tercero registral.

   Entonces, el tercero registral es aquel que no ha participado de un acto negocial inmobiliario previo afectado por nulidad que se le pretende oponer, nulidad de la cual no hay relejo en el registro. Además de ello, cumplió con adquirir confiando en el registro e inscribió su adquisición. Dicho de otra for-

ma, no ha sido parte de un contrato viciado anterior que versó sobre la transferencia de propiedad del bien inmueble del cual ahora es propietario inscrito.

Esto produce la característica y el efecto más importante que tiene el tercero registral, que lo diferencia del tercero común, la facultad para defender su derecho sobre la base de las normas y principios registrales (Bigio Chrem, 1990, p. 12).

b) Validez del negocio de adquisición del tercero: el negocio por el cual el tercero registral adquiere el bien inmueble debe ser válido. Si ese negocio es inválido, el tercero no adquirió el bien y por lo tanto no queda amparado por el principio. La fe pública registral no convalida ni sanea el acto de adquisición del tercero registral, sino que regulariza el defecto en la titularidad del transferente para que el nuevo comprador (tercero registral) pueda adquirir propiedad.

c) Legitimación registral del transferente: en el negocio de adquisición debe figurar como vendedor la persona que en registros aparece como su propietario para que el futuro tercero registral quede amparado bajo el principio. La fe pública registral exige para su nacimiento que el tercero registral haya adquirido de la persona que en registros públicos figuraba como el titular del derecho de propiedad del bien inmueble.

Adquisición a título oneroso: el tercero registral debió adquirir el bien inmueble en un negocio jurídico a título oneroso. Esto significa que el contrato debe ser uno de prestaciones recíprocas. El tercero registral debió haber sufrido una contraprestación o sacrificio patrimonial en favor de su transmitente. El ejemplo por antonomasia es la compraventa del bien inmueble.

El fundamento jurídico de ello responde a que la transmisión a título gratuito solo otorga la misma protección que tenía el transferente, el registro en esos casos no brinda protección más allá de la que tenía el transferente. De otro lado, el fundamento práctico reside en que la fe pública registral protege el tráfico jurídico inmobiliario, razón por la cual se exige que el tercero registral haya adquirido el bien inmueble a título oneroso.

d) La inscripción: la persona que busca ampararse en la protección del principio registral de la fe pública evidentemente debe hacer uso de los registros públicos y consecuentemente inscribir su adquisición. De no hacerlo, no se convertiría en un tercero registral y no alcanzaría los efectos de protección que le brinda el registro.

e) Buena fe: es la creencia en lo que publicita el registro. Es la ignorancia del tercero de la inexactitud registral, porque confía en el registro. El tercero debe creer o confiar en que la persona que le está vendiendo el bien inmueble tiene el derecho para hacerlo.

Como el tercero ha actuado sobre la base de la información registral, su buena fe se presume. También se presume que la información contenida en el registro es cierta (principio de legitimación). Además, en orden a que se busca proteger la confianza en el registro y facilitar tráfico jurídico inmobiliario, es que se debe presumir la buena fe del tercero. Caso contrario, el tercero gastaría grandes recursos en asegurarse que no podrá ser privado posteriormente de su derecho y la protección otorgada por el principio perdería su finalidad.

f) El momento de la buena fe: ha existido discusión en torno al momento en el que se debe tener buena fe. Esto solo en sistemas como el nuestro en el cual, por herencia del sistema francés que fusionó el título y el modo, la transferencia de la propiedad inmueble se da por el nudo consenso (Código Civil, 1984, art. 949[15]) y, por lo tanto, el registro es meramente declarativo. Surge así la duda si la buena fe solo debe mantenerse hasta la celebración del contrato de compraventa del bien inmueble, en donde ya operó la transferencia de propiedad, o hasta la inscripción.

Partidarios de la primera postura son, entre otros, Roca Sastre y Díez-Picazo, tengamos presente que España tiene un sistema declarativo del registro al igual que el Perú, quienes señalan que no es necesario que la buena fe se mantenga hasta la inscripción, sino solo hasta la transferencia de propiedad pues ya habría operado el cambio de titularidad.

De otro lado, Sanz Fernández y Jack Bigio Chrem, sostienen que la buena fe debe man-

[15] 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).

tenerse hasta la inscripción, pues es recién en ese momento en el que el derecho ingresa al registro y el tercero se vuelve tercero registral.

Si bien el tema de hasta cuándo se debe mantener la buena fe es discutible, pues en nuestro sistema la transferencia de propiedad se produce con la celebración del contrato, el adquirente no será un tercero registral hasta que inscriba su derecho y, por tanto, no podrá hacer uso de la fe pública registral hasta ese momento. Así, consideramos necesario para que nazca la buena fe registral y la consecuente protección de la fe pública registral que la buena fe se mantenga al menos hasta que se solicite la inscripción del bien y se genera una anotación en el libro diario. Debido a que en nuestro sistema los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación.

IV. EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ALCANCES DEL ELEMENTO DE LA BUENA FE DEL PRINCIPIO FE PÚBLICA REGISTRAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Tal como lo anticipamos, la discusión en nuestro sistema respecto a la aplicación del principio de fe pública registral se ha centrado en la interpretación de los alcances del elemento de la buena fe. Dicho debate, que terminó generando en el año 2015 un cambio en la configuración normativa del artículo 2014 del Código Civil, se concentró en el alcance de la verificación que tenía que hacer el tercero adquirente de los registros públicos para quedar protegido por el principio. Específicamente si se tenía que verificar solo los asientos registrales o también los títulos archivados.

La disposición original del artículo 2014 señaló que las causas de invalidez del derecho del otorgante no debían constar en los registros públicos: "[…] aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que consten en los registros públicos" (1984). Entonces, el debate se centró en la interpretación de lo que debía entenderse por registros públicos, si solo se refería a los asientos registrales o también incluía a los títulos archivados.

Ello obedeció a que el sistema registral peruano es uno de calificación e inscripción. Por lo que, a diferencia de un sistema de transcripción del título –como el sistema francés–, publicita la información de los actos y negocios que llegan al registro mediante un extracto o resumen de estos (Delgado Scheelje, 2000, p. 70). Tales extractos son los asientos registrales. Los que, a su vez, están contenidos y ordenados en partidas registrales abiertas por cada bien o persona registrada, pues nuestro sistema sigue la técnica del folio real y el folio personal respectivamente. En fin, lo que tipifica a los asientos registrales es que recogen lo jurídicamente aplicable de los títulos archivados (Manzano Solano & Manzano Fernández, 2008, p. 261).

Por su parte, los títulos archivados son aquellos actos y negocios jurídicos recogidos en documentos que al ser calificados por los registradores públicos sirven de fundamento al asiento. Tales documentos, al haber dado mérito a la extensión de los diversos asientos registrales, también son clasificados y guardados en el archivo registral para su revisión por el público usuario.

En su origen, la buena fe del tercero registral se entendió referida a lo primero: el cumplimiento de la buena fe se agotaba solo con la verificación de los asientos registrales, es decir, la partida registral, no había más. Prueba de ello, es que ese era el modo según el cual la judicatura peruana comprendió y aplicó el principio de fe pública registral, como puede apreciarse en el siguiente extracto de una sentencia de aquella época de la Corte Suprema:

> Segundo.- Que, el fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen los terceros adquirientes y que se hayan producido confiados en el contenido del registro; para ello la ley reputa exacto y completo el contenido de los asientos registrales (Casación 1167-98-Lambayeque).

Sin embargo, a partir del comienzo del siglo XXI, el criterio descrito cambió. La buena fe dejó de entenderse referida únicamente a los asientos registrales y se extendió a los títulos archivados. De esta forma, las personas que buscaban ampararse en la fe pública registral debían cuidarse que no existieran causales de invalidez ya no solo en la partida registral del bien inmueble que buscaban comprar, sino también en los títulos archivados:

> Quinto.- Que, esto determina que forman parte de la publicidad de los Registros Públicos, los títulos archivados, lo que guarda concordancia con el Art. 160 del Reglamento antes citado, porque como el asiento registral es solamente un resumen, en el que consta el título que da origen al asiento, dicho título está a disposición de toda persona, porque forma parte del asiento y de la publicidad de los registros.
>
> Sexto.- Que, por ello y a fin de asegurar la buena fe registral no solo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar cono-

> cimiento del título archivado que le dio origen, más aún cuando el Art. 185 del Reglamento, dispone que para conseguir la manifestación de los libros y demás documentos, no se requiere tener interés directo o indirecto en la inscripción o documentos; ni expresar el motivo o causa por las cuales se solicitan (Casación 2580-01-Lima, 2001).

Debemos hacer mención que, en la exposición de motivos del artículo 2014 del Código Civil, su autor, Jack Bigio Chrem, se adhirió a la segunda postura expuesta. Argumentando que el público tenía acceso a los títulos archivados y que esa había sido la voluntad del legislador. Aunque no negó que era igualmente posible entenderla limitada a los asientos registrales:

> Limitar la aplicación del principio de fe pública registral al solo contenido del asiento, tendría lógica si el público y en particular el que pretende ser tercero, tuviera acceso solamente a los asientos […]. La intención del legislador del 84 es la de que el principio de fe pública registral y en general todas las garantías que el registro otorga, se extiendan al título que motivó la inscripción […]. El texto del artículo 2014 permite ambas interpretaciones; en consecuencia será una norma interpretativa la que deslinde el problema (1990, pp. 80-81).

Sin embargo, este segundo criterio del título archivado no fue aplicado pacíficamente. La misma Corte Suprema presentó decisiones sustentadas en uno y otro criterio arbitrariamente. Por lo que, en el año 2015, en respuesta a un escándalo por el destape de una red de corrupción que entre otras estratagemas abusó de la fe pública registral para apropiarse de bienes inmuebles, se modificó el artículo 2014 del Código Civil (El Comercio, 2014). Ahora se señaló que la fe pública registral alcanzaba específicamente tanto a los asientos registrales cuanto a los títulos archivados. Concretamente el cambio fue el siguiente:

Cuadro 1: Modificación del artículo 2014 del Código Civil peruano de 1984

Antes de la modificación	Después de la modificación
Artículo 2014.- 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.	Artículo 2014.-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

Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse de la comparación, la Ley 30313, publicada el 26 de marzo de 2015, añadió un supuesto más a las causas de invalidez del título del otorgante: la cancelación. Sin embargo, el cambio más significativo fue que dichas causas de invalidez se extendían a la verificación de los títulos archivados. Se cerraba así la cabida a una interpretación restringida.

De otra parte, como describimos *ut supra*, el reglamento del Decreto Legislativo 1373, de extinción de dominio (artículo 66) fijó un estándar especial de diligencia para que el tercerista acredite su buena fe, basándose en la teoría de la apariencia. De esta manera, para que el tercero quede amparado por el principio de fe pública registral, se le exige verificar la fiabilidad del derecho del transmitente, la legalidad del acto de transferencia y tener una clara convicción del derecho de su transmitente. Aunque tal análisis únicamente se debe circunscribir al ámbito de aplicación de la norma: el supuesto de la extinción de dominio.

No obstante, la historia no termina acá. Hoy por hoy la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional cambiaron el criterio. Ya no solo basta la verificación de los títulos archivados, sino que también es necesario que el que pretender ser tercero demuestre un grado de diligencia y verifique el bien inmueble esté siendo posesionado por el otorgante para poder obtener la buena fe y la consecuente protección del principio.

De una parte, una interesante casación[16] precisamente expone dicho criterio, donde le basta a la Corte Suprema que los demandados afirmen que conocían que el bien se encontraba en posesión de persona distinta para que automáticamente pierdan la buena fe y les sea inaplicable la protección de la fe pública registral:

[16] Véase las Casaciones 1010-2015-Lima Sur; 842-2015-Lima; 4002-2016-Cusco; y 416-2015-Madre de Dios, entre otras.

> Sexto.- […] Además no pasa desapercibido a este Tribunal Supremo, que […] el recurrente conocía de la posesión de la demandante, siendo que un comprador diligente no solo intenta conocer quién ocupa el inmueble que pretende adquirir, sino a título de qué lo ocupan (Casación 1589-2016-Lima Norte, 2017).

Por su parte el Tribunal Constitucional, en la sentencia del caso del tercero de buena fe, sostiene en su fundamento jurídico 67, luego de hacer un repaso de las casaciones que demandan el estándar de diligencia al tercero de verificar la posesión y ratificar el estándar expuesto por la normativa de extinción de dominio, concluye que se necesita una conducta diligente y prudente del tercero:

> […] [P]ara la configuración de la buena fe del tercero resulta indispensable que éste haya desplegado una conducta diligente y prudente, en todas las etapas, además del pleno cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313 (sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC).

Entonces, la evolución hasta el día de hoy de la interpretación del elemento de la buena fe del principio de fe pública registral puede ser resumido en la siguiente línea temporal:

Gráfico 1: Evolución de la interpretación del elemento de la buena fe del principio de fe pública registral

Fuente: Elaboración propia

V. FE PÚBLICA REGISTRAL VS. POSESIÓN

Nuestra opinión es que la postura de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional **no** es coherente con el principio de fe pública registral a partir de una interpretación histórico-comparatista, sistemática-funcional, teleológica y sociológica de dicho principio. Debido a los siguientes argumentos.

A. El principio de fe pública registral a la luz de la experiencia del sistema español

Tal como hemos visto a partir de la evolución histórica de nuestro sistema registral, nuestro sistema empezó regido por el propio sistema español durante la colonia. Más tarde, ya en le época republicana, se inspiró directamente en el sistema español. Por ello, la propia exposición de motivos del Libro IX (Registros Públicos) reconoce como fuente directa de inspiración la Ley Hipotecaria española de 1946.

El sistema español, al igual que el sistema peruano, es uno de tipo declarativo. El registro, por lo tanto, publicita situaciones jurídicas a través de la inscripción. A diferencia de un sistema constitutivo, como el alemán, donde la inscripción forma parte del negocio jurídico de transmisión de propiedad. Siendo la inscripción el modo de transferir propiedad. O, dicho de otra forma, la inscripción es parte del negocio dispositivo real, como lo han entendido José María Chico y Ortiz y Ángel Sanz Fernández, citados por Elena Vivar Morales (1998, pp. 60-61).

De lo cual resulta que, en el sistema alemán, una vez realizada la inscripción del derecho, en virtud del artículo 892 del Código Civil alemán (BGB)[17],

[17] Artículo §892.-

> En beneficio de aquél que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del registro vale como exacto, a no se que contra dicha exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida para el adquirente. Si el titular está limitado en la disposición de un derecho inscrito en el Registro en beneficio de una determinada persona, la limitación sólo es eficaz frente al adquirente, si resulta patente del Registro o si es conocida para dicho adquirente

la inscripción queda protegida por el principio de legitimación, según el cual se presume que las inscripciones reflejan siempre la situación jurídica real del bien inmueble, y por el principio de fe pública registral, según el cual se presume *iure et de iure* que el contenido del registro es exacto e íntegro para los terceros registrales que de buena fe y a título oneroso hayan adquirido según lo expuesto en el registro (Sánchez Hernández, 2001, p. 1555).

No obstante, de la diferencia señalada entre los sistemas español y alemán resulta que el sistema español no es puramente declarativo. Sino que, como lo reconocen Gerónimo Gonzales y José María Chico y Ortiz, citados por Elena Vivar Morales, el sistema español tiene casos de inscripción constitutiva, siendo uno de estos precisamente el reconocimiento del principio de fe pública registral (1998, pp. 53-54).

Ello mismo ha sido reconocido en sede nacional por Gonzales Loli, quien citando a Pardo Nuñez, señala que hemos copiado una peculiaridad del sistema español: pese a no ser un sistema constitutivo, sino declarativo, se otorga una protección y fuerza a la inscripción similar a la del sistema germánico a partir del principio de fe pública registral recogido en el artículo 2014. La información que brinda el asiento, aunque sea inexacto, protege al tercero adquirente de buena fe (2004, p. 330).

Por ello, guiándonos por la doctrina registral española, no podemos darle a la posesión una fuerza probatoria de propiedad que iguale a la del registro. Díez-Picazo y Gullón son claros en manifestar que la posesión no es un medio eficaz ni seguro para hacer conocer o publicitar la titularidad real de los bienes inmuebles en el tráfico inmobiliario:

> En materia de derechos reales, la apariencia se encuentra muy estrechamente ligada con los medios de publicidad. Todo medio de publicidad crea una apariencia y, viceversa, toda apariencia es ya en sí misma un cierto instrumento de publicidad. En el campo de los derechos reales hay dos grandes formas de publicidad y de apariencia que tratan de cumplir las funciones antes indicadas. La primera es la posesión, en la medida que otorga una especial forma de legitimación al poseedor. Los efectos de la posesión, en el orden de ideas en que ahora nos movemos, son, sin embargo, y sólo se ejercen con mayor vigor en materia de bienes muebles por la mayor apariencia posesoria que este tipo de bienes requiere.
>
> La ineficacia del fenómeno posesorio para cumplir las finalidades de publicidad y de protección de la apariencia, en materia de tráfico inmobiliario, de mayor envergadura y trascendencia en la economía general, ha llevado desde antiguo a crear una especial forma de publicidad (publicidad inmobiliaria), mediante la inscripción de las titularidades jurídicas reales en registros públicos especialmente creados para ello (1997, p. 270).

En efecto, siendo la posesión por si sola una prueba débil para acreditar la verdadera propiedad de un bien inmueble (no todo poseedor es propietario y la posesión puede deberse a muchas situaciones jurídicas), se colige que no puede tener la fuerza suficiente para derrotar la publicidad del registro. Por ello, se reconoce que, sobre la base del principio de fe pública registral, es perfectamente posible que, en un caso de doble venta, el segundo adquirente que tuvo la diligencia de inscribir su derecho gane frente al primero que no inscribió, por más que este último ejerza la posesión del inmueble:

> En efecto, en virtud del principio hipotecario de fe pública registral (art. 34 LH), puede producirse una adquisición a non domino que haga preferente a un comprador y que haga perder la propiedad al adquirente que recibió primero la tradición […]. Ahora bien, y quede esto claro, en nuestro Derecho, el adquirente inmobiliario sin inscripción registral es verdadero adquirente y efectivo propietario, y como tal podrá disfrutar y ejercitar erga omnes su derecho real. Si posteriormente ese tal derecho aparece enfrentado con otro adquirido de buena fe e inscrito, y en tal colisión perece, ello no implica que el primero no fuera verdadero derecho legalmente adquirido. Significa tan sólo que su compra quedó legalmente sometida a la eventualidad resolutoria de esa otra posterior considerada preferente por la ley, bien el artículo 1473, 2.º CC [similar al art. 1135 del Código Civil peruano], bien mediante el artículo 34 LH. (Vela Sánchez, 2007, p. 87).

Siendo la fe pública registral un supuesto de adquisición de tipo constitutiva heredada del sistema alemán, como se ha afirmado tantas veces en sede española (González Martínez, 2009, p. 384; Núñez Lagos, 1965, p. 79), no es posible que la sola posesión del bien inmueble por persona distinta haga perder la buena fe del tercero. Hacer lo contrario sería imponer una especial diligencia que

Si para la adquisición del derecho es necesaria la inscripción, es decisivo para el conocimiento el conocimiento del adquirente el momento de presentación de la solicitud de inscripción o, si el acuerdo necesario según el §873 sólo tiene lugar más tarde, el momento de dicho acuerdo (1900).

no resulta coherente con el funcionamiento de la institución registral, bastando solo la ignorancia de la inexactitud registral (Pau Pedrón, 1997, p. 66). En igual sentido se ha pronunciado más recientemente Jerez Delgado al señalar: "el funcionamiento de la institución registral, como moderna institución de seguridad jurídica, parece relegar de la exigencia de este tipo de obligaciones" (2005, p. 69). Comparte la misma postura Sanz Fernández cuando respecto a la diligencia de la buena fe señala tajantemente: "la diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca" (1947, p. 459).

Precisamente ese ha sido el criterio esgrimido por el Tribunal Supremo español para resolver importantes casos de doble venta. De esta forma, en la hartamente comentada Sentencia de 5 de marzo de 2007 se zanjó la discusión de si la fe pública registral ampara los supuestos de adquisición a *non domino* como lo sería un supuesto de doble venta (discusión que en sede local aún se mantiene como se observa en la casación bajo análisis) afirmando que **sí** es un caso de adquisición a *non domino* y que no se está frente a un supuesto de nulidad por objeto jurídicamente imposible (como se cree en el Perú):

> Sexto.- El panorama jurisprudencial que se acaba de describir aconseja que para resolver el presente recurso, fundado en infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones a non domino […].
>
> Séptimo.- […] este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala […].
>
> Octavo.- […] procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro (Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de marzo de 2007).

Idea que es reforzada y completada por la Sentencia de 7 septiembre de 2007, donde se señala para mayor seguridad que la cronología no importa en casos de doble venta, siendo irrelevante entonces la posesión del primer comprador que ha adquirido el bien frente a la compraventa del segundo adquirente (tercero registral):

> Segundo.- […] 7ª De lo antedicho se desprende que no hay ya una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable periodo de tiempo; dicho de otra forma procede fijar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de "una cierta coetaneidad cronológica" entre las dos o más ventas en conflicto. […] así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición […] Se comprende mejor, así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, "aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción", pues no se trataba de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que prevaleciera la seguridad jurídica fomentando la inscripción (Sentencia del Tribunal Supremo 928/2007, 7 de septiembre de 2007).

La posesión, finalmente, no impide una adquisición a *non domino* o doble venta (del cual este es una especie), siendo perfectamente posible que en un caso de doble venta se prefiera al segundo comprador que inscribe su derecho, aunque el primer comprador haya tomado posesión del bien inmueble. De lo cual resulta que la posesión no es óbice para que opere el principio de fe pública registral.

Entonces, sería una buena idea que en sede nacional aprendamos de la experiencia del sistema español, no solo porque nuestro sistema registral se ha inspirado (casi copiado) del mismo, sino porque en dicho sistema ya se ha discutido estos temas con mayor profundidad y se ha desarrollado con mayor precisión el problema que comentamos.

B. La fe pública registral a la luz del sistema registral articulado

Un error bastante común presente en nuestro sistema es el tratamiento aislado que se ha hecho y se continúa perpetrando sobre el principio de fe pública registral. Prueba de ello es que se le ha atribuido gran parte de la culpa de lo ocurrido en el caso Orellana, sin que se tome en cuenta otros problemas vinculados. Asimismo, la casación bajo comentario, que es solo una en su especie, demuestra la poca comprensión de la Corte Suprema de la razón de ser de la norma, pues da a entender que es un principio sin garantías y que la sola posesión derrumba la fe pública registral.

Debemos ser enfáticos en señalar que el principio de fe pública registral no aparece por arte de magia y no debe ser interpretado como un efecto aislado y mucho menos nocivo. Hemos repasado que históricamente el principio de fe pública registral nació vinculado a otros principios como los de publicidad y legitimidad; y se encuentra resguardado por la calificación y la titulación auténtica. El principio de fe pública registral tiene una finalidad clara en el sistema registral. Desarrollemos esto.

El principio de fe pública registral puede ser entendido tan sencillamente como la confianza en el registro (Díez-Picazo, 1995, p. 450). Pero, como advertimos, esa confianza no es gratuita, sino que emerge detrás de diversas garantías. Concretamente, los registros buscan otorgar publicidad a los actos. Lo que diferencia a los registros jurídicos de los registros administrativos, es que aquellos generan efectos a partir de la información que contienen.

El efecto principal de un registro jurídico es el principio de publicidad o presunción de exactitud del registro, según el cual los actos inscritos no solo se publicitan permitiendo que cualquier persona pueda conocerlos, sino que se presumen *iure et de iure* (sin prueba en contra) conocidos por todos (Código Civil, 1984, art. 2012[18]). Tal presunción es lo que la doctrina ha denominado manifestación material o sustantiva del principio de publicidad, según la cual "lo inscrito en el registro es exacto, por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro, porque la agota" (González Martínez, 2009, p. 384). Entonces, como el registro es exacto e íntegro, se presume conocido por todos.

A partir de dicho efecto, se infiere que el registro otorga una presunción de veracidad de la información que contiene. Entonces, las personas pueden guiarse de aquel para realizar negocios jurídicos, pues la información publicitada por el registro se presume verídica, mientras no se pruebe lo contrario. Ese efecto y garantía, es conocido como el principio de legitimación (Código Civil, 1984, art. 2013).

Pero los principios de publicidad y legitimación no bastan por sí solos para lograr la finalidad del registro jurídico: generar una confianza plena en el registro que permita a las personas contratar con seguridad sobre la base de este y facilitar el tráfico de los bienes.

Si el registro se presume conocido por todos y lo que refleja es legítimo *iuris tantum* (mientras no se pruebe lo contrario), ¿qué pasa en el supuesto de si una persona contrata según la información del registro y este resulta inexacto? Lógicamente esa confianza también tiene que quedar protegida. Ese efecto protector, es el principio de fe pública registral. De ahí su nombre, como lo enseña el profesor Ortiz Pasco: fe, creencia, pública, en lo que publica, registral, el registro (2020).

La fe pública registral actúa cuando la información del registro es inexacta. Si una persona adquiere un bien de alguien que en el registro figuraba con facultades para transmitirlo, es decir como su propietario, es lógico, sobre la base de la publicidad material y la legitimación del registro, que esa persona sea protegida en su adquisición (Código Civil, 1984, art. 2014).

De no existir el principio de fe pública registral no podríamos hablar realmente de que el registro publicita información veraz ni se podría confiar en él. Por ende, se reconoce en el principio de fe pública el efecto más importante del registro, como piedra angular para el logro de un sistema registral que funcione generando credibilidad, confianza y facilitando el tráfico jurídico (Gordillo Cañas, 2006, p. 511; Sanz Fernández, 1947, p. 370). Además de ser también, como ya mencionamos, una garantía y sustento del mayor principio de exactitud del registro.

En el ámbito nacional también se ha reconocido lo señalado, pues como bien lo ha afirmado el profesor Gonzales Barrón, el principio de fe pública registral es un supuesto de protección de la apariencia sustentada en el registro (2014, p. 93): la persona que contrata según la apariencia del registro debe quedar protegida.

[18] Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (1984).

Entonces, la fe pública registral es un principio concatenado y conjugado a los principios de publicidad y legitimación que permiten la confianza en el registro, facilitando a las personas contratar y tener seguridad en el tráfico inmobiliario.

Ahora bien, visto el principio de fe pública registral como un seguro frente a la inexactitud del registro, estaría equivocado el que piense que facilita el fraude inmobiliario. El que un acto ingrese al registro y, por lo tanto, que goce de los efectos descritos no es cosa fácil, o al menos, no debería serlo. Pues el ingreso al registro está limitado por garantías que a su vez son principios registrales dotando al principio de fe pública registral de tres niveles de filtro diferenciados para su aparición.

Como lo explica brillantemente el profesor Gonzales Loli, la intensidad de los efectos de un sistema registral es directamente proporcional a las barreras de su ingreso (2004, p. 331). Esas barreras en nuestro sistema son los principios de calificación y titulación auténtica. Entonces, para que se active el principio de fe pública registral, los actos que van al registro tienen que –en primer lugar– provenir de títulos públicos, los cuales son hechos por funcionarios públicos o por personas a quienes el Estado ha delegado dicha facultad (notarios) y esos documentos están imbuidos por una presunción de autenticidad (Código Civil, 1984, art. 2010[19]).

Esto significa que no cualquier documento ingresa al registro, sino que solo un número reducido de documentos puede ingresar al registro: los títulos públicos. Limitando de esta forma el universo de documentos que puede ingresar al registro. Este es un primer nivel de filtro.

En segundo lugar, los títulos públicos con vocación inscriptora (documentos públicos), tienen que ser calificados o contrastados con requisitos de índole jurídica y legal. Existe en consonancia un funcionario especializado en derecho (registrador) que verifica la legalidad, capacidad, validez, compatibilidad con el registro y requisitos propios de cada tipo de acto; para filtrar aquellos que cumplen los requisitos e inscribir únicamente ellos (Código Civil, 1984, art. 2011[20]). Este supone un segundo nivel de filtro.

Además de todas esas garantías, con todos los requisitos y elementos de cada una, la fe pública registral, como revisamos al inicio, tiene sus propios requisitos que deben ser cumplidos para desplegar su efecto protector. Como los hemos desarrollado con anterioridad en el presente trabajo, no los volveremos a desarrollar *in extenso*. Se trata en resumen de la existencia de un tercero registral, que haya adquirido un bien inmueble a título oneroso de su titular registral y haya tenido buena fe. Tercer nivel de filtro.

Al margen de lo señalado, debemos precisar que dicha buena fe emerge del registro mismo, porque la adquisición del tercero se hace sobre la confianza del registro, el tercero cree en lo que el registro refleja y dicho registro está reforzado por todas las garantías desarrolladas hasta este punto. En consecuencia, la buena fe se presume, como señala el propio artículo 2014 *in fine*.

Por último, si todas las garantías anteriores fallasen, surge la garantía de indemnización, pues si, a pesar de todos los filtros señalados hay un error en el registro, la Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos (Ley 26366) prevé en el literal d) del artículo 3: "la indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a la ley" (1994). Lo dicho hasta el momento puede graficarse del siguiente modo:

Gráfico 2

Fuente: Elaboración propia

Entonces, nuevamente reafirmamos que la mera posesión por persona distinta al titular registral no puede desvirtuar la fe pública registral, cuyo efec-

[19] Artículo 2010.- La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria (1984).

[20] Artículo 2011.-

> Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos (1984).

to protector se encuentra vinculado a otros principios registrales y asegurado por todas las garantías y filtros del sistema registral.

El mismo Código Civil reconoce que la posesión no puede oponerse al titular registral:

> Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. **Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito** (1984) [el énfasis es nuestro].

Por lo tanto, desde un aspecto sistemático, la posesión por sí sola no puede desvirtuar la presunción de buena fe del principio de fe pública registral. Lo contrario significaría no solo romper con todas las garantías del sistema registral, haciéndolo inútil, sino trasladar la carga de la prueba al tercero y dificultar el tráfico inmobiliario, como veremos a continuación.

C. La fe pública registral a la luz de la finalidad del registro

Acabamos de ver que el registro tiene el objeto de dar publicidad a los actos que en él se inscriben y que la fe pública registral coadyuva a la confianza en el registro, otorgando seguridad jurídica, y facilitando a su vez el tráfico inmobiliario.

No obstante, el sistema registral en general y el principio de fe pública registral en particular, como figuras jurídicas registrales, también se enmarcan en el sistema económico que gobierna nuestro país y sirven a los engranajes económicos del país.

En consecuencia, habiendo consagrado nuestra Constitución una economía social de mercado (1993, art. 58[21]), nuestro sistema económico tiene un especial interés en la protección del tráfico inmobiliario pues es uno de los vehículos generadores de riqueza y del correspondiente desarrollo económico del Perú.

Siendo ello así, debe conjugarse la facilidad y seguridad del registro con el tráfico inmobiliario. Desde un punto de vista económico, el registro otorga seguridad en el tráfico y publicidad para facilitar la negociación de los agentes económicos.

Los agentes económicos resultan beneficiados al ver reducir sus costos de transacción y negociación, con el correspondiente aumento de seguridad, para la adquisición de bienes inmuebles con el hecho de verificar la titularidad, así como las cargas y gravámenes en el registro. De no existir publicidad de esos hechos, los privados tendrían que gastar recursos (tiempo y dinero) en averiguar dichas situaciones jurídicas para finalmente contratar, lo cual redundaría en un aumento en los costos, riesgo y lentitud del tráfico.

El principio de fe pública registral y su efecto protector al tercero adquirente permite, no solo la importante confianza en el registro, sino que, desde un enfoque económico, la facilidad en el tráfico jurídico inmobiliario (dinamismo mercantil).

Desde este punto de vista, Mejorada señala con razón respecto a la preferencia del titular registral frente a un demandante no inscrito:

> Es evidente que preferir al que inscribe es lo más conveniente, atendiendo a la confianza que genera el Registro. Con ello, se atiende a los fines del régimen económico y se cumplen los objetivos de la propiedad como figura constitucional. Esa confianza es crucial. Si no se protege especialmente a los terceros, el mercado inmobiliario quedaría paralizado, o sería tan caro que no habría negocios atractivos. Sin negocios no hay recursos y sin ellos no hay rentas, así de simple (2015, p. 237).

Si aplicáramos el criterio de la Corte Suprema y del Tribunal Registral, el cual implica acreditar una diligencia especial por parte del tercerista que involucra verificar siempre la posesión del bien inmueble, únicamente no reduciríamos la confianza en el registro, dificultaríamos el tráfico inmobiliario encareciendo la negociación, lo que se traduciría en un aumento de precios y una menor rentabilidad al existir más inseguridad en el tráfico. Rebajando el dinamismo del mercado y reduciendo la generación de riqueza nacional.

Pero la relación de los registros con la economía no queda solo allí, en términos macros. Los registros, nuevamente desde un punto de vista económico, se relacionan con la economía en tanto sirven para reducir los costos de exclusión de la propiedad.

Los costos de exclusión son los gastos en que deben incurrir las personas para evitar que otros usen sus bienes. El registro de la propiedad inmueble ayuda a reducir los costos de exclusión en

[21] Artículo 58.-

> La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (1993).

tanto brinda información del inmueble en cuestión, sobre todo de su propietario. De esta forma, las personas no tendrían que andar protegiendo sus bienes, pues el registro les asegura la titularidad de estos, facilitando el tráfico y su incorporación al mercado.

Antiguamente, las personas tenían que proteger sus fincas rodeándolas de muros, poniéndoles avisos o finalmente estando al interior del bien inmueble para defenderlo de posibles invasores y evitar que otra persona se apropie del mismo. El registro surge entonces para facilitar dicha exclusión al brindar publicidad de la información respectiva del bien y así alivia la carga y los correspondientes costos de tener que posesionar un bien inmueble para su protección.

Como explica el profesor Bullard, los bienes inmuebles por su valor elevado y significancia dentro de la sociedad necesitan una protección especial que no es satisfecha con la mera posesión por ser esta insuficiente y no ser efectiva para los bienes inmuebles. Esta protección calificada la otorga el registro, cuyo coste es justificado por el valor de los bienes que protege y por el menor costo frente al que supondría la posesión:

> Así surge como otro mecanismo la existencia de un registro público, que si bien tiene un costo, éste es relativamente bajo en relación a la seguridad que puede brindar. Pero esto es operativo sólo en bienes de fácil identificación y de un valor significativo (como un inmueble por ejemplo). En otro tipo de bienes (como un lapicero o una camisa), pensar en un registro puede ser irracional. El costo de identificación del bien y su propio valor no justifican un sistema registral. En estos casos la posesión, que tiene una publicidad menos perfecta pero a la vez menos costosa, podría ser una solución adecuada (2006, p. 165).

Pero la sola reducción de los costos de exclusión no es la única ventaja económica del registro, ese costo de exclusión no se queda en el titular, sino que se puede transferir conjuntamente la transferencia de la propiedad a través de la correspondiente inscripción de titularidad del nuevo dueño. Lo cual redunda en mayor seguridad jurídica en el tráfico.

Esa mayor seguridad en el tráfico se traduce en términos económicos en un mayor valor del bien inmueble, pues el vendedor no solo puede vender el inmueble, sino que garantiza al comprador que no será privado arbitrariamente de su propiedad. Reducir la seguridad del registro, como lo hace la preferencia de la posesión frente a la inscripción, quita ese valor agregado:

> Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije va a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble sí registrado. La protección registral y la certeza que ésta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace la diferencia es que quien compra siente que el registro le garantiza una posibilidad de exclusión más perfecta y, por tanto, más valiosa (Bullard González, 2006, p. 166).

Finalmente, en términos económicos, tanto la posesión como el registro con relación a las fincas son signos de recognoscibilidad, pues permiten que los terceros se enteren de quién es propietario del bien inmueble. La diferencia está en que el registro es un signo perfeccionado que otorga mayor seguridad y certeza. Hacer prevalecer la posesión sobre el registro significaría entonces dar preferencia a un signo menos seguro y desprestigiar al registro, con los correspondientes aumentos de costos de transacción, incertidumbre y exclusión:

> Curiosamente, la posesión se convierte en nuestro sistema en un signo de cognoscibilidad oponible incluso a la inscripción registral, a pesar que resulta obvio que el último [el registro] es un signo mucho más perfecto y cierto […] Hace perder todo el mérito que tiene el sistema registral y pone el mundo de cabeza, pues, paradójicamente, un signo de cognoscibilidad más perfecto resulta desplazado por uno menos cierto, y, por tanto, introduce una mayor dosis de incertidumbre en el sistema (Bullard González, 2006, p. 178).

Más allá del enfoque económico, el cual puede generar suspicacias, el registro ha sido pensado, en términos coloquiales, 'para facilitarle la vida' a las personas. ¿Qué es el registro, sino un lugar donde el común de las personas puede informarse para efectivizar sus derechos?

Haciendo un *mea culpa*, sostengo que muchas veces las personas con conocimiento jurídico creemos que todos tienen el conocimiento suficiente para entender la información registral o que, en su defecto, todos poseen los medios suficientes para contratar los servicios de un abogado. Sin embargo, la realidad es totalmente distinta.

El registro no ha sido creado para el uso exclusivo de abogados, las personas que acuden al registro no son todos profesionales del derecho ni se les puede exigir serlo. Ahí también, y más allá del efecto de publicidad material, debe encontrase y entenderse la razón de que el principio registral de fe pública presuma la buena fe.

La diligencia exigida por el principio de fe pública registral no puede ser elevada, no puede ser un estándar de carácter profesional o técnico como el del ordenado comerciante (Ramos Herranz, 2006, p. 196), porque para el uso del registro no se exigen especiales conocimientos. Entonces, la diligencia exigida debe ser la correspondiente al estándar más general de todos, el del buen padre de familia o persona razonable. Este estándar pertenece al hombre medio que actúa en un ámbito general, fuera de todo ámbito profesional o especializado (Díez-Picazo, 1993, p. 589; Ramos Herranz, 2006, p. 198).

Dicha diligencia se cumple, reiteramos, con acudir al registro. No puede exigirse al común denominador de las personas que investigue arduamente errores jurídicos en el historial de transferencia de los bienes inmuebles, que es lo que supone finalmente la revisión de los títulos archivados (aunque dicha discusión esté zanjada por la modificación que padeció el artículo 2014), ni tampoco puede exigirse que se transforme en un investigador incansable, quien, cual amago de Sherlock Holmes, averigüe si el vendedor de un bien inmueble efectivamente posee el bien inmueble o si lo posee una persona distinta al titular registral sea porque lo ha alquilado o usufructuado o prestado o cualquier otra relación jurídica de dicha índole.

Por ello, la diligencia se debe entender cumplida con la revisión del registro, máxime si en nuestro sistema la revisión del registro ya supone un esfuerzo mayúsculo para el común de las personas (y hasta para algunos abogados) al tener que revisar todos los títulos archivados:

> Por otra parte, si acudiéramos al tipo normal de diligencia exigido en nuestro Derecho, la de un buen padre de familia, llegaríamos a la misma solución, ya que esta general diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca o derecho real (Sanz Fernández, 1947, p. 460).

Lo contrario a ello supondría que el registro es inservible para su finalidad, pues brindaría información insuficiente para que las personas puedan adquirir bienes en condiciones de plena seguridad:

> Desde luego, hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador […] que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan (García García, 1993, p. 202).

De igual parecer es Nuñez Lagos, quien no solo señala que la confianza de las personas en el registro se rompería, sino que da cuenta de la complejidad que supondría en la realidad la probanza de que una persona ha comprobado la posesión efectiva de un bien inmueble. Lo cual finalmente no es acorde al espíritu del sistema registral:

> La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en que sufren los efectos de los actos no inscritos porque se declare, más menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? ¿No es abrir la puerta a contenciones infinitas el admitir que el simple conocimiento de hecho suple el conocimiento legal resultante de la formalidad prescrita? Este conocimiento de hecho puede nacer de circunstancias de naturaleza variada. ¿A qué medios de prueba se habrá de recurrir? ¿Qué grado de conocimiento habrán de tener los terceros de la convención precedente? Nos metemos así en una muchedumbre de dificultades, se alimenta una fuente inagotable de procesos, se suspende sobre la propiedad las incertidumbres que la ley nueva, por su finalidad, tenía precisamente que disipar (1949, p. 239).

Para terminar este apartado, cabe afirmar que desde un punto de vista funcional tanto respecto a lo económico, cuanto a lo práctico no se puede sostener que la posesión pueda desvirtuar la protección que otorga la fe pública registral, lo contrario sería contraproducente económicamente y anularía la utilidad del registro. Entonces, ¿por qué se insiste en proteger lo que está fuera del registro?

D. El principio de fe pública registral a la luz de la realidad peruana

La *ratio* última para la defensa, en nuestro sistema, de aquello externo al registro se debe a la inmensa presencia de informalidad en el Perú. Informalidad como la del caso bajo comentario.

Fue esta informalidad, traducida para la materia registral como la poca cantidad de bienes inscritos y el poco uso del registro, la que frustró el anhelo de crear un sistema registral constitutivo tanto en el anteproyecto del Código Civil de 1936 como en el

de 1984. Como bien lo reconoce y narra Jack Bigio en la exposición de motivos correspondiente al Libro IX: Registros Públicos del Código Civil de 1984:

> En ese sentido cabe mencionar el Proyecto del Libro de Registros Públicos que fuera presentado a la Comisión Revisora por la Oficina Nacional de los Registros Públicos, en la que se proponía adoptar el sistema constitutivo de la inscripción y hacerlo en forma progresiva; es decir comenzar por algunas grandes ciudades para luego extender este sistema al resto del país.
>
> […] Por otro lado debemos señalar que cuando la Oficina Nacional de los Registros Públicos preparó su proyecto lo trabajó en base al texto del Proyecto de Código Civil de 1981, el mismo que en la parte correspondiente a la clasificación de bienes adoptó la de bienes registrados, no registrados, registrables y no registrables, frente a la cual correspondía proponer la inscripción constitutiva.
>
> Sin embargo, cuando se preparó la ponencia sobre Registros Públicos, la Comisión Revisora ya había adoptado la decisión de clasificar los bienes en muebles e inmuebles y el régimen de transmisión de propiedad de los mismos […].

Para esta decisión se ha tenido en cuenta, además, lo siguiente:

> La circunstancia de no poseer un catastro nacional verdaderamente eficiente hace actuales los temores que sintieron los codificadores del 36.
>
> […] La perfección de títulos que requiere el sistema constitutivo, la falta muchas veces de títulos auténticos, causa una necesaria y costosa subsanación […] lo que lleva muchas veces a las partes a ahorrarse o por lo menos postergar dichos gastos. Todo lo cual implica que las partes celebren actos jurídicos sólo mediante instrumentos privados o en el caso de instrumentos públicos se difiera la inscripción (1990, pp. 7-8).

Y lo lamentó también el profesor Jorge Avendaño, quien toda su vida propuso clasificar los bienes en inscritos y no inscritos para que así, en algún momento, llegáramos a un sistema constitutivo, ideal que lamentablemente no pudo ver cumplido en vida:

> Cuando se discutió el Código Civil de 1984, un tema polémico fue la inclusión de los bienes registrados y no registrados como la más importante clasificación de los bienes. No se pretendía suprimir o eliminar la antigua clasificación de bienes muebles e inmuebles, pero si relegarla a un segundo plano. El criterio fue aprobado por la Comisión Reformadora y luego descartada por la Comisión Revisora. Por esta razón el Código actual no contiene la nueva clasificación.
>
> […] En la actualidad perece ser que las condiciones son más favorables que hace 15 años para introducir en el Código esta enmienda trascendental.
>
> […] Dice el anteproyecto que los bienes también pueden ser registrados o no registrados, según estén incorporados o no a algún registro de carácter jurídico.
>
> […] ¿Qué consecuencias derivan de esta nueva clasificación? Son numerosas, pero por ahora solo cabe señalar las siguientes: La constitución, modificación o extinción de cualquier derecho real sobre un bien registrado, requerirá necesariamente de inscripción en el registro respectivo. Esta adquiere así el carácter de constitutiva (1997, pp. 36-37).

Entonces es esa informalidad la que mantuvo viva la primacía y protección de la realidad extrarregistral por sobre el registro y lo hace hasta hoy en día. Su base, como lo demuestran los comentarios de las personas que participaron de los anteproyectos del Código Civil, es que no hay una mayoría de bienes inscritos y es muy costoso formalizar la propiedad.

Sin embargo, no hay un estudio que acredite o rechace dicha posición, pues en el Perú no existe una estadística que demuestre con seriedad cuál es el porcentaje, ni siquiera aproximado, del universo de lotes que está inscrito y, en contraste, el que falta inscribir.

El Estado peruano ha hecho grandes esfuerzos incurriendo en enormes inversiones para formalizar la propiedad en el Perú y que esta pueda ingresar a los registros públicos. Desde antaño han existido proyectos y programas de esta índole, como lo fueron en su tiempo el Proyecto Especial Pichis Palcazú (PEPP), el Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural (PETT), Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) y, contemporáneamente, el Proyecto de Catastro, Titulación y Registro de Tierras Rurales en el Perú (PTRT3).

En concordancia con ello, del lado del sector privado, existe cada vez mayor interés en inscribir los predios porque ello redunda en un mayor valor, como explicamos, y un mayor atractivo para su comercio. Por ello, el nuevo boom inmobiliario en el país contribuye indirectamente hacia la formalización (inscripción) de la propiedad.

A pesar de ello, esa voluntad de formalización 'cae en saco roto' cuando la mayor judicatura emite decisiones como la criticada, pues debilitan la garantía del sistema registral, haciéndolo perder frente a la menos segura realidad extrarregistral.

¿Qué mensaje transmite el Tribunal Constitucional cuando dice que lo extrarregistral vence a la seguridad del sistema registral? Simple, no sirve inscribir. No sirve formalizar la propiedad, porque un poseedor que no está inscrito puede tener mejor derecho de propiedad que el titular inscrito. En última instancia, el Tribunal Constitucional indirectamente nos dice que el registro es inútil.

Si el anhelo del sistema jurídico desde hace casi un siglo fue lograr un sistema registral seguro y se ha invertido en ello, ¿por qué se sigue protegiendo lo extrarregistral?

Basta ya de la informalidad. Si de verdad queremos generar un cambio en el sistema registral en el Perú, la informalidad debe dejar de ser tolerada y protegida. Es esa informalidad y el poco respeto al orden lo que evita que progresemos y lo que ha causado que la pandemia generada por el virus Covid-19 haya sido tan devastadora en nuestro país, pese a haber sido uno de los que reaccionó primero.

Los profesionales del derecho generalmente piensan que el derecho va detrás de la realidad, que solo responde a ella. Nosotros creemos que no es así, el derecho es una herramienta poderosa y puede ser usada para el cambio social. En esa idea, debe protegerse la formalidad del registro para generar una cultura del registro, lo cual se traduce e implica que las personas que lo usen queden protegidas, porque de esa forma se contribuirá, en nuestra opinión, a la tan deseada, necesaria y urgente formalización del Perú.

¿Hasta cuándo vamos a seguir conviviendo con la informalidad? ¿Hasta cuándo el sistema registral sucumbirá a la informalidad? ¿Hasta cuándo el Perú será informal?

VI. EL CATEGÓRICO CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿QUÉ CAMBIÓ?

El 8 de julio de 2020 se publicó la sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC. Pronunciamiento que es de suma importancia para nuestro tema pues debido al petitorio en discusión el Tribunal Constitucional ha manifestado su postura respecto al principio de fe pública registral. De hecho, el proceso recibió el nombre de 'caso del tercero de buena fe'.

¿Qué pasó en este caso? Un grupo de ciudadanos[22] interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30313, señalando que es inconstitucional que los efectos de la cancelación de los asientos registrales no alcancen al tercero de buena fe. A partir de ello, el Tribunal desempolva la vieja discusión entre la seguridad del derecho de propiedad (seguridad estática) versus la seguridad del tráfico jurídico (seguridad dinámica). Que ahora se encarna en el enfrentamiento de dos principios: la propiedad de la víctima (que es como llama el Tribunal al titular registral despojado de su propiedad por una falsificación o suplantación) contra la seguridad jurídica del tercero adquirente.

Sin embargo, en el fundamento 45 el Tribunal solo se limita a señalar que la protección de la seguridad en el tráfico ha sido una opción del legislador, pero no analiza la razón de por qué la seguridad del tráfico debe prevalecer sobre la propiedad de la víctima.

Ahora bien, respecto al tema que interesa al presente informe: la diligencia del tercero de buena fe. El Tribunal hace un intento, sin lograrlo objetivamente, de fijar un criterio de diligencia siguiendo la postura tomada por la ley de extinción de dominio (Decreto Legislativo 1373). Por lo cual señala que la diligencia debe mantenerse hasta la inscripción (fundamento 52) cerrando aparentemente la discusión del momento de la buena fe.

Asimismo, copiando el artículo 66 de la mencionada ley, señala que la conducta del tercero de buena fe debe ser diligente y prudente. Siendo que la diligencia, a criterio del TC, implica verificar la posesión. Es decir, el TC recoge la postura de la Corte Suprema. Aunque sobre ello debemos resaltar que no forma parte de la *ratio decidendi*, por lo cual, formalmente no sería obligatorio.

Sin embargo, el yerro principal de la sentencia está en que se ha fijado un nuevo criterio de derrotabilidad del artículo 2014 del Código Civil. Para los casos de suplantación o falsificación en los cuales el titular originario puede no ser afectado por el principio de fe pública registral en atención a su especial vulnerabilidad. ¿Pero qué es esto? ¿Qué es especial vulnerabilidad? Estamos de nuevo donde empezamos, la oscuridad, la falta de objetividad y seguridad. El Tribunal Constitucional parece 'salir de Guatemala para ir a Guatepeor'.

[22] El artículo 203.5 de la Constitución Política del Perú habilita que una acción (proceso) de inconstitucionalidad contra una norma con rango de Ley sea promovido por cinco mil (5 000) ciudadanos.

Esto, para nosotros, es quitar un peso en un lugar, para aumentarlo en otro. Pues si se ha intentado –sin lograrlo– hacer más objetiva la diligencia exigida por la buena fe del principio de fe pública registral, se ha creado un nuevo problema al añadir la vulnerabilidad de la víctima. Vulnerabilidad que debe ser probada en el caso concreto. Esto, si el lector es conocedor de los problemas judiciales del país, traerá a todas luces graves problemas prácticos.

Más allá de ello, como bien han señalado Silva y Garazatúa, lo que realmente ha ocurrido en esta sentencia es que, a partir de la crítica a la protección del tercero registral, se ha puesto en tela de juicio al sistema registral entero (2020). Ello es evidente, pues como señalamos en el presente trabajo, la fe pública registral es piedra angular de nuestro modelo de sistema registral.

En nuestra opinión, lamentablemente el Tribunal Constitucional no ha estado a la altura de la gravedad de la discusión y ha perdido la dorada oportunidad de hacer una interpretación amplia de todo el sistema registral para demostrar su utilidad, pertinencia, necesidad y primacía por sobre otros derechos protegidos a través de un debido test de proporcionalidad y dejar zanjado su constitucionalidad. Los diversos cuestionamientos al sistema registral no hacen más que debilitarlo.

Además de ello, contraponemos los mismos argumentos vertidos contra el criterio de la Corte Suprema en la casación analizada.

Finalmente, desde un análisis general, suscribimos la crítica realizada por el profesor Marco Becerra, quien menciona que las decisiones como la expuesta por el Tribunal Constitucional hacen que el principio de fe pública registral pierda su utilidad y esencia, pues este principio refleja la opción del legislador de preferir la seguridad dinámica del tráfico inmobiliario; lo cual ya no se cumpliría si no se protege al tercero registral en su adquisición:

> Así las cosas y en razón a factores exógenos, el principio de fe pública registral no cumple su propósito de vida y por tanto la excepción establecida que lo caracteriza carece de sentido, en la medida –repetimos–, que no abona a favor de la seguridad del tráfico. Un sistema en pro de la seguridad del tráfico no puede dejar abierto "ningún" resquicio que afecte al tercero registral, y en este caso los hay y muchos (2020).

Si bien el Tribunal Constitucional matiza y realmente hace un análisis más profundo que la Corte Suprema, creemos que incide en el mismo error que la Corte Suprema: no llega a realizar un análisis suficientemente pormenorizado de las instituciones registrales ni individualmente ni en conjunto (como debería ser).

Pero no todo puede ser malo, pues finalmente, de lo señalado por el Tribunal se concluye válida y formalmente que el efecto del artículo 2014 es constitucional. Finalmente, el principio de fe pública registral ha sobrevivido al embate ejercido, aunque realmente muy mal herido. Esperamos que esto en el futuro pueda cambiar, desde la doctrina especializada o la jurisprudencia administrativa-registral.

VII. LA BUENA FE HOY

A. El criterio vertido en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2022

Los días 28 y 29 de abril de 2022 se celebró el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, donde participaron las Cortes Superiores del país y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), evento en el cual se incluyó como uno de los temas a debatirse la protección del tercero adquirente por la fe pública registral (Tema 2).

En este encuentro se expusieron dos ponencias contrapuestas, cuyo punto álgido giró en torno al requisito de la buena fe del principio de fe pública registral. Así, se discutió en torno a qué condiciones debían cumplirse o acreditarse para entender satisfecho tal requisito.

Como primera ponencia, en resumidas cuentas, se propone que la buena fe se acredita solo con la revisión de la información que obra en las partidas públicas, las cuales se presumen conocidas por todo por el principio de publicidad registral, tal cual se concibió originariamente este requisito en la redacción primera del artículo 2014 del Código Civil vigente.

Como fundamento del criterio de la primera ponencia se señala los siguientes puntos: (i) la buena fe contractual que se divide, que según esta ponencia se divide en la buena fe creencia y la buena fe lealtad; (ii) la seguridad jurídica que brinda al registro a los derechos de quienes se amparan en la fe del mismo, en reiteración a lo señalado por la Ley 26366 en su artículo 3.c. y (iii) la adquisición *ex lege* como efecto de la adquisición mediante la fe pública registral, sobre la base de la teoría de la apariencia y en detrimento del derecho del propietario real.

Por su parte, la segunda ponencia se ampara en la buena fe objetiva y señala que la buena fe a la que hace referencia como condición el artículo 2014 del Código Civil es la buena fe lealtad u objetiva.

En su desarrollo, la segunda ponencia sostiene que la buena fe debe interpretarse como una objetiva porque el conocimiento que enervaría esta, es decir, la consciencia de la inexactitud del registro debe ser uno que nazca de los propios actos del pretendiente a tercerista (diligencia) o que cuya ignorancia no es posible sustentar (deber de conocer). Razón por la cual, si se parte de esa premisa, para esta postura, no bastaría solo el desconocimiento, sino que haría falta que el tercerista, para serlo, acredite haber sido diligente y, por tanto, no solo haya acudido al registro, sino que haya ido *in situ* al inmueble para recabar información respecto de la propiedad y la posesión.

Cabe añadir que en la votación que se hizo respecto de ambas ponencias, por mayoría en la votación ganó la segunda ponencia, por lo tanto, se ratificó como acuerdo plenario que la buena fe, para las cortes superiores, requiere de una diligencia por parte del adquirente, la cual supone, principalmente, verificar en la ubicación del bien la posesión y la propiedad.

Respecto a este desarrollo y pronunciamiento del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, en primer lugar, debemos señalar que valoramos la preocupación de la judicatura superior y del órgano de control de la magistratura por el principio registral de fe pública; sin embargo, cabe la duda de qué tan necesario era un nuevo pronunciamiento sobre si la buena fe se limitaba a la verificación de las partidas o implicaba la diligencia de verificar en el predio, si ya la Corte Suprema venía resolviendo en ese sentido, según lo hemos expuesto y el propio Tribunal Constitucional ordena que para casos de suplantación y falsificación necesariamente debe acreditarse tal diligencia y sugiere que esta diligencia se amplíe a otros supuestos.

De otro lado, respecto a la primera postura, la cual consideramos que se adecua a la concepción originaria de la fe pública registral y coherente con el sistema registral, hay bastantes imprecisiones en cuanto a su fundamentación. En primer lugar, la buena fe del principio de fe pública registral no es la buena fe contractual, son instituciones diferentes, pues una obedece a un plano obligacional al interior del desenvolvimiento de un contrato y otra obedece a un plano registral, como requisito para la aplicación de un principio que nace y se aplica sobre la base del registro jurídico, aunque ambas parten de la buena fe como fundamento de su aplicación.

Asimismo, la buena fe contractual no es subjetiva y objetiva, es solamente objetiva. De otro lado, la seguridad jurídica de la Ley 26366 se refiere a la garantía que brinda el registro, no a la finalidad del principio de seguridad jurídica que se entiende como una previsión de las consecuencias del ordenamiento jurídico; es recién con la Ley 31309 que se establece explícitamente que una de las finalidades del registro es la seguridad jurídica de la contratación. Finalmente, aunque es correctísimo señalar que la adquisición vía fe pública registral es *ex lege*, no lo es por la teoría de la apariencia del derecho, sino por el propio registro.

Respecto a la segunda postura, además de interponer las mismas críticas que se desarrollan a lo largo de este artículo, debemos sostener que es contradictoria en su desarrollo, pues la misma postura reconoce que la buena fe debe presumirse, para luego señalar, en una clara contradicción, que la misma debe probarse y el adquirente debe demostrar y acreditar su diligencia. Entonces, nos preguntamos, ¿cómo puede presumirse la buena fe y a la vez debe probarse? Es un misterio.

Lo que sí resulta rescatable es que, en aras de la seguridad jurídica, queda también establecido que a nivel de las cortes superiores los jueces a fin de aplicar el principio de fe pública registral deben verificar el cumplimiento de una diligencia por parte del adquirente, la misma que implica que este demuestre su esmero en comprobar el derecho de su transferente, incluso más allá del registro.

B. La buena fe activa como elemento del surgimiento del nuevo tercero propuesto por el Tribunal Constitucional

El profesor Gunther Gonzales Barrón, junto a un grupo de destacados abogados especializados en materia registral de diferentes países, analizaron la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el tercero de buena fe brindando diversas apreciaciones.

En su artículo, él comienza por hacer un balance de la sentencia y diferencia entre puntos positivos y negativos de esta. De este modo, como puntos negativos expone las siguientes cuestiones: en primer lugar, el profesor critica que la sentencia del Tribunal responsabilice al *verus domini* por la pérdida de su derecho de propiedad (2022, pp. 291-343). Ello, porque el Tribunal impone un deber de diligencia al verdadero propietario, señalando que la sola inscripción no es suficiente para proteger al verdadero propietario.

Con tal argumento, el alto tribunal compele al verdadero propietario a usar herramientas que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) pone a disposición de los usuarios, como el sistema de alerta registral. Sin embargo, dicha obligación, para el autor, no solo no tendría sus-

tento normativo (no hay norma que lo ampare), sino que es paradójico que una herramienta accesoria que nace de un simple trámite administrativo sostenga toda la pérdida de dominio de la persona afectada con el principio de fe pública registral.

En esa línea, el profesor considera que la diligencia del propietario inscrito se justificaría si la entidad registral brindara acceso gratuito a las partidas registrales. No obstante, cabe señalar que hoy por hoy, con fecha 24 de abril de 2024 fue emitida la Resolución 064-2023-SUNARP/SN que ha implementado un sistema de consulta gratuita de partidas llamado 'Conoce aquí'. Instrumento que permite a toda persona, con los datos de su DNI, ingresar a la información de registros públicos. Por lo que cabe preguntarse si este requisito satisfaría, en criterio del profesor, imponer un deber de diligencia a todos los propietarios inscritos de proteger su derecho de propiedad.

A manera de contrapartida a ello, como balance positivo y en opinión del profesor, se tienen dos reglas interpretativas, la primera establece la diligencia del tercerista (buena fe activa) que se caracteriza por averiguar la titularidad del bien (diligencia) usando medios razonables (prudencia) y siendo que la apariencia del derecho sea tal que cualquier persona haya confiado en la misma (excusabilidad general).

La segunda, que, para los casos de falsificación y suplantación, se debe evaluar la vulnerabilidad del verdadero propietario (víctima en la terminología de la sentencia). La vulnerabilidad se refiere a situaciones de precariedad económica, educativa, cultural o de similar índole. En tales circunstancias se dispensaría la diligencia del *verus domini* por su particular situación y, por tanto, la buena fe del tercero no sería suficiente. Aunque, reconoce el profesor, de esta forma se está introduciendo una variable que aumente la complejidad del caso para ese tipo de situaciones. De igual forma, destaca la protección al derecho de vivienda que desarrolla el Tribunal siguiendo las pautas de las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y que se cierre la puerta a la aplicación de la fe pública registral para el caso de bienes de dominio público.

Como consecuencia de esto, para Gunther Gonzales, nace un nuevo tercero registral protegido que requiere de siete requisitos: (i) tercero; (ii) elemento de esencia, dígase título válido; (iii) elemento de tráfico, lo cual significa título oneroso; (iv) elemento de seguridad, es decir, confianza en el registro; (v) elemento subjetivo referido a la buena fe; (vi) elemento de no contradicción, lo cual implica que no debe constar en el registro las causales de nulidad o ineficacia; y (vii) elemento de cierre, esto es inscripción del propio título.

En cuanto a seis de los siete requisitos planteados, se tratan de los clásicos requisitos de la existencia de un tercero sustancial diferente a los que celebraron un acto nulo: que el título de este tercero sea válido; que la adquisición sea onerosa, es decir, que haya un sacrificio patrimonial; la confianza que brinda el hecho de que el derecho del transferente se haya inscrito en el registro; que las causales de nulidad, resolución, rescisión o cancelación no consten ni en los asientos ni en los títulos archivados; y que el tercero inscriba su derecho.

Mención aparte requiere el requisito del elemento subjetivo: buena fe del tercero. Es aquí donde el profesor expone que el tribunal constitucional ha amparado lo que él denomina buena fe activa (buena fe objetiva o diligente), la cual es preferible, en sus palabras, frente a la buena fe cognoscitiva porque la fe pública registral es un mecanismo de *ultima ratio*, pues sitúa al sistema en la controversia de preferir al verdadero propietario o al tercero de buena fe, lo cual debe implicar que el tercerista tenga 'manos limpias' (contenido ético).

Por ende, la buena fe, a juicio de Gunther Gonzales, implica necesariamente la verificación de la posesión del bien y conductas diligentes en averiguar quién es el verdadero propietario y *a contrario sensu* la deducción de la mala fe se hace indirectamente por indicios y máximas de la experiencia (posesión, estado tributario, construcciones, precio, compras sucesivas, entre otros).

De otra parte, desde el punto de vista del autor, la buena fe sería un concepto civil y no registral, pues la buena fe del artículo 2014 sería un estado subjetivo, una creencia en la verosimilitud de la persona que le transmite el derecho y, por tanto, que pueda presumirse y esté sujeta a prueba en contrario. En cambio, la buena fe registral, es decir, que nace del propio registro, jamás podría ser objeto de prueba pues el registro se presume conocido porque se identifica con el principio de publicidad registral y haría que la buena fe no pueda ser objeto de prueba.

Finalmente, desde la postura del profesor, la buena fe debe mantenerse hasta la inscripción, pues no solo así lo ha comentado la exposición de motivos del Código Civil, sino que dentro de la lógica del artículo es evidente que para satisfacer el requisito de cierre o la inscripción del tercerista adquirente necesita evidentemente inscribir su adquisición, entonces debe tener buena fe hasta ese momento, porque de lo contrario no cumpliría con los requisitos de la fe pública registral.

En nuestra opinión, nos parece bastante sesudo el comentario del maestro Gunther Gonzales, quien fue uno de los promotores de la demanda que produjo la sentencia del Tribunal Constitucional, y coincidimos en su crítica a que ahora se exija diligencia al propietario original. Dicha condición no está en la redacción de la norma y teóricamente jamás se ha exigido la misma, la fe pública registral gira en torno al comportamiento del tercerista y él es el protagonista y sujeto activo de tal regla.

Este nuevo requisito en realidad responde a una exigencia por calzar la fe pública registral dentro del instituto de protección de la apariencia, pues dentro de la lógica de tal figura se requiere de una causa justa, es decir, que para que el *verus domini* pierda su propiedad se requeriría de la excusa de su propia negligencia. Lo cual no tiene amparo normativo y en toda la evolución de tal principio jamás se ha exigido. Aunque debemos recordar que el propio profesor Gunther defiende la postura de ingresar a la fe pública registral dentro de los cauces de la protección de la apariencia, a pesar de que ahora reniegue de esta exigencia dada por el Tribunal justamente amparándose en la protección de la apariencia.

De igual forma, hacemos nuestra su crítica al aumento de la complejidad para la aplicación del principio de fe pública registral en los casos donde hay especial 'vulnerabilidad'. Pues en un país tan desigual como el nuestro resulta complicado entender cuándo estamos ante una especial vulnerabilidad y también se debe recordar que las personas que usan el registro no necesariamente son abogadas o tienen conocimiento jurídico, por ende, es sumamente difuso. Asimismo, no es que en estos casos se pierda la protección de la fe pública registral, sino que se requerirá de una fundamentación especial por parte del juzgador; aunque solo para los casos de suplantación y falsificación.

De otra parte, en su defensa de la buena fe activa, el profesor Gunther sostiene que los terceristas deben acreditar una mínima diligencia que implicaría la pérdida de la buena fe por sospechas más o menos serias, dudas razonables o discordancia entre la realidad material y la registral. Sin embargo, el propio maestro, señala que sería distinto en casos de meras sospechas o fabulaciones donde sí se mantendría la presunción de la buena fe (2022, p. 331). Entonces no queda claro cuándo nos encontramos, en criterio del profesor, ante una mera duda razonable y cuando ante una mera sospecha; nuevamente se incrementa el carácter difuso de la buena fe.

Frente al criterio de la verificación de la posesión efectiva para acreditar la buena fe, reiteramos los puntos expuestos en el presente artículo contra dicho criterio. En cambio, frente a que la buena fe es un concepto civil y no registral, respondemos señalando que el derecho registral es una rama independiente y especial del derecho que se enfrasca dentro del derecho civil, por lo tanto, tiene conceptos propios que surgen, por ejemplo, a partir de sus principios como la oponibilidad del registro, en contraste con la oponibilidad *erga omnes*, o la publicidad registral, en contraste con la publicidad legal.

Por lo cual, sí existe una buena fe registral, distinta de la buena fe contractual (amparada en el artículo 1362 del Código Civil[23]) que es sencillamente la que nace del registro y, por tanto, se presume. Evidentemente, como su nombre dicta, la fe pública registral es un principio del derecho registral que gira en torno al registro y, por tanto, juega bajo la lógica de los principios de legitimidad, exactitud y publicidad, por lo que si una persona (abogado o no) se ampara en la información del registro, debe presumirse su buena fe, porque justamente el registro se presume conocido por todos y exacto.

Aquí, existiría también una aparente contradicción, pues si por una parte se suscribe la buena fe activa (lealtad u objetiva) que implica acreditar una conducta diligente por parte del tercerista, como luego se señala que "[l]a buena fe prevista en el artículo 2014 CC siempre es un estado subjetivo, esto es, la creencia honesta del tercero respecto de una apariencia que verosímilmente sea concordante con la realidad" (Gonzales Barrón, 2022, p. 339). No nos queda muy claro cómo la buena fe activa deber ser un comportamiento diligente extrarregistral y –a su vez– un estado subjetivo de creencia que haga presumir la buena fe del tercero por la inscripción y que pueda desvirtuarse mediante prueba en contra.

Tampoco nos satisface la lógica de la buena fe activa en el sentido de que el tercerista deba acreditar su comportamiento diligente, pues el propio artículo señala que la buena fe debe presumirse, lo contrario significaría una inversión de la carga de la prueba o una prueba diabólica.

Por último, aunque la Ley 30313 haya dirimido este tema, nos llama la atención que el profesor defienda que la búsqueda de las causas patológicas del título antecedente implique ir a los títulos archivados, pues para él la inscripción solo sería un

[23] Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (1984).

mero resumen de los negocios jurídicos transmisores de derechos y, por tanto, la sola inscripción no podría variar o derogar el contenido de dichos negocios jurídicos.

Ante ello, debemos precisar y defender que la fe pública registral en su concepción original alcanzaba solamente a los asientos porque estos son el resultado de la conjugación de los principios registrales de publicidad registral, calificación y titulación pública y, por tanto, están previstos de una garantía indemnizatoria. Los títulos archivados, por el contrario, no tienen esta protección. Por lo que es ofensivo menoscabar al asiento como mero resumen del título archivado dejando de lado toda la articulación del sistema registral que está dotado de múltiples garantías y efectos jurídicos plenos.

C. El criterio de la 'diligencia mínima ordinaria' de la Corte Suprema

Luego de otorgada la sentencia del Tribunal Constitucional, finalmente queda contrastar con la realidad práctica jurídica, a través de las casaciones más recientes, el impacto de dicha medida. Por ello, se ha realizado una revisión de las casaciones más novedosas que han invocado el principio de fe pública registral en los términos que hemos esbozado a lo largo del presente trabajo.

Las casaciones revisadas son aquellas publicadas en el Diario Oficial El Peruano en el periodo transcurrido desde enero de 2022 hasta mayo de 2023. En este periodo se emitieron cerca de veinte mil sentencias de las cuales solo trece presentan una *ratio decidendi* que está vinculada al artículo 2014 del Código Civil.

En ese hilo, de estas trece sentencias[24] relacionadas con el principio de fe pública registral, se ha observado la exigencia de un mínimo de diligencia por parte del tercero. Así, por un lado, once de ellas requieren una exigencia que denominan el criterio de la diligencia mínima ordinaria que, en palabras de las propias sentencias, "impone al comprador la verificación del estado actual del bien que adquiere y de quién ostenta la posesión del mismo y en qué calidad" (Casación 3187-2013 Cajamarca, 2014).

Destaca entre las sentencias este primer grupo, por ejemplo, la Casación 10919-2020-Lima, cuya sumilla precisa que la buena fe se pierde por una posesión de público conocimiento:

> Para definir el mejor de derecho de propiedad en medio de una patología registral de duplicidad de partidas (titularidad simultánea de un mismo bien en dos partidas registrales) es necesario tener presente que la alusión a normas registrales por si solas se vuelven en insuficientes para solucionar el problema, requiriéndose la consideración de normas que definen el mejor derecho de propiedad como lo es el artículo 2014 del Código Civil. En ese sentido, cabe mencionar que un criterio válido es el de la buena fe seguido además en cierta jurisprudencia (Casación 3187-2013-Cajamarca). No existe buena fe por la situación de público conocimiento de la posesión que un comprador diligente no debe desconocer, más si ella es antigua (2022).

O, verbigracia, la Casación 4938-2018-La Libertad, en la cual la Corte Suprema revoca la decisión de la sala porque esta última no tomó en cuenta los pronunciamientos de aquella respecto de la verificación del estado actual del bien y la posesión del mismo:

> El Ad quem no ha tenido en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema, en torno a la buena fe registral [*sic.*], prevista en el artículo 2014 del Código Civil, que comprende la diligencia ordinaria mínima que impone al comprador la verificación del estado actual del bien que adquiere y de quien ostenta la posesión del mismo y en qué calidad. En tal sentido, corresponde que la Sala Superior emita nueva decisión.

De otra parte, hemos logrado identificar dos sentencias de casación que hacen referencia explícita al nuevo criterio sustentado por el Tribunal Constitucional en su sentencia denominada 'caso del tercero de buena fe'.

Por un lado, la Casación 2915-2020-Tumbes cita textualmente al TC en su considerando 9.2. al señalar lo siguiente:

> En ese contexto, debe tenerse presente la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0018-2015-PI/TC caso demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 y la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 30313, interpuesta con fecha quince de julio de dos mil quince, por más de cinco mil ciudadanos […] [S]e resalta un sentido interpretativo del artículo 2014 del Código Civil que debe extenderse, dada la leve variante de la modificación legal del ar-

[24] Véase las Casaciones 448-2019-Lima Este; 937-2021-Lima; 4938-2018-La Libertad; 5644-2019-Junin; 2458-2005-Lima; 417-2008-Arequipa; 2436-2021-Junín; 2626-2012-Junín; 26167-2021-Lima; 801-2018-Lima; 80-2020-Lima; 3492-2018-Lambayeque; 4844-2017-Cajamarca; 2915-2020-Tumbes; 13290-2019-Huaura; y 10919-2020-Lima.

> tículo 2014, incluso para hechos anteriores a la modificatoria de la Ley Nº 30230 que significa que en definitiva que para la configuración de la buena fe del tercero se debe haber desplegado una conducta diligente y prudente la cual comprende conocer al poseedor del inmueble que pretende adquirir así como el título de qué lo ocupa.

De otro lado, la Casación 26167-2021-Lima, hace referencia al fundamento jurídico 67 de la sentencia del Tribunal Constitucional, que precisamente señala la necesidad de que el tercero despliegue una conducta diligente y prudente:

> En lo que respecta a la seguridad jurídica y fe registral, el Tribunal Constitucional también ha señalado: […] 67. Por lo tanto, los extremos cuestionados del artículo 5 y de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30313 son constitucionales en tanto se considere que para la configuración de la buena fe del tercero resulta indispensable que éste haya desplegado una conducta diligente y prudente, en todas las etapas, además del pleno cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley Nº 30313.12. Dicha diligencia resulta inobservada por el codemandado Marcos Rocca Condori, quien solo se basa en su inscripción registral.

Con lo cual se puede afirmar, a ciencia cierta, que en la actualidad la Corte Suprema está exigiendo verificar que el tercero registral del principio de fe pública registral, para quedar protegido, debe demostrar haber desplegado un comportamiento diligente que supone, principalmente, verificar la posesión del bien inmueble objeto de transferencia.

Por todo lo cual, concluimos, de forma general, que la fe pública registral existe aún, pero irreconocible.

VIII. CONCLUSIONES

- El principio de fe pública registral ha presentado en nuestro sistema registral una problemática que ha llevado a diversas interpretaciones respecto al alcance de su elemento 'buena fe'.

- En el año 2015, luego de un escándalo de corrupción, se modificó el alcance de la diligencia de la buena a la revisión de los títulos archivados.

- Hoy por hoy, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional plantean que la diligencia alcance a la posesión efectiva del bien inmueble y hace extensivos los criterios de la normativa de extinción de dominio a cualquier situación de fe pública registral: para tener buena fe, se debe averiguar quién está poseyendo el bien inmueble y a qué título; y acreditar que estuvo bien confiar en la apariencia del derecho del transmitente.

- Nuestro sistema registral es heredero del sistema registral español, el cual recogió a la fe pública registral del sistema alemán, como un supuesto de protección similar al de la eficacia constitutiva.

- La fe pública registral es entendida en el sistema español como un supuesto de adquisición *ex lege* u *ope legis* de un *non domino*. La diligencia se reconoce cumplida con lo que señala el registro (eficacia constitutiva).

- La fe pública registral, como garantía del registro, es un factor importante dentro la economía. Reduce costos y da valor agregado a los bienes inmuebles.

- La diligencia de la fe pública registral debe ser entendida como la del hombre medio, no puede exigirse un nivel de profesionalidad. El registro está pensado para el uso del común. Debe bastar la revisión del registro para obtener la protección de la fe pública registral.

- La fe pública registral debe interpretarse en conjunto con todas las demás garantías y entenderse protegida por las barreras de ingreso al registro.

- Hacer prevalecer a un medio extrarregistral por sobre la seguridad que otorga el registro es contrario a la lógica del registro, al anhelo histórico del sistema, inutiliza el sistema registral, resta seguridad jurídica, aumenta costos, resta valor agregado y provoca que las personas no usen o dejen de usar el registro.

- El Tribunal Constitucional emitió una sentencia interpretativa en la cual aparentemente ha cerrado la discusión en cuanto al nivel de diligencia: se requiere la verificación real de la posesión, al menos de forma obligatoria para los de suplantación y falsificación (Ley 30313). Y para los casos en los que la 'víctima' (*verus domini*) sea una persona de especial vulnerabilidad (criterio difuso) se requiere que el juez emita una fundamentación cualificada para proteger al tercerista.

- El TC ha dejado la puerta abierta a que el criterio de la diligencia se aplique a los demás supuestos más allá de los casos de suplantación y falsificación, pues en el desarrollo de su sentencia no niega dicha posibilidad y más bien reconoce el criterio de la Corte Suprema y de la ley de pérdida de dominio.

- Es preocupante que el Tribunal Constitucional añada un nuevo supuesto de derrotabilidad al principio de fe pública registral cuando la víctima de suplantación sea una persona de especial vulnerabilidad. Esto debilita aún más el principio de fe pública registral, pues si de por sí se tenía problemas con determinar la buena fe del tercero, ahora se añade la variable de la vulnerabilidad de la víctima. Esta decisión contribuye a agravar los problemas prácticos de aplicación de la fe pública registral.

- La judicatura superior ha seguido el camino de exigir al adquirente tercerista que demuestre su diligencia al momento de adquirir un bien amparándose en la fe pública registral, lo que pone de manifiesto que hoy por hoy este sea el criterio reinante para la buena fe como requisito del principio del artículo 2014 del Código Civil.

- El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil no solo ha demostrado poco conocimiento de las instituciones registrales por plegarse al criterio de la buena fe diligencia, sino que su fundamentación manifiesta muy poco conocimiento de las instituciones registrales. Hace falta profundizar a nivel nacional en el conocimiento del derecho registral como rama independiente.

- La Corte Suprema demuestra hoy un criterio férreo y uniforme que exige siempre lo que la misma llama 'diligencia ordinaria mínima' que no es otra cosa que la verificación por parte del adquiriente (candidato a tercero) del estado actual bien y su posesión.

REFERENCIAS

Avendaño Valdez, J. (1997). La Clasificación de los Bienes en Función del Registro. *Revista Jurídica Del Perú*, (10), 36-37.

Becerra Sosaya, M. (31 de julio de 2020). ¿Por qué no debe aplicarse la fe pública registral cuando existen actos fraudulentos? A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional y el caso del tercero de buena fe. *La Ley*. https://laley.pe/art/9960/por-que-no-debe-aplicarse-la-fe-publica-registral-cuando-existen-actos-fraudulentos-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-y-el-caso-del-tercero-de-buena-fe

Bigio Chrem, J. (1990). *Exposición de Motivos Oficial Del Código Civil. Registros Públicos (Artículo 2008 a 2045 Del Código Civil).* https://www.scribd.com/document/521868431/16-EXPOSICION-DE-MOTIVOS-OFICIAL-DEL-CODIGO-CIVIL-REGISTROS-PUBLICOS-art-2008-al-2045-El-Peruano-19-NOV-1990-32-pags

Bullard González, A. (2006). *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales.* Palestra Editores.

Caicedo Escobar, E. (2001). *Derecho Inmobiliario Registral. Registro de La Propiedad y Seguridad Jurídica* (2da. ed). Editorial TEMIS.

Davelouis, L. (2014). ¿Cómo la hizo Orellana? (I). *La ley*. https://laley.pe/art/1876/como-la-hizo-orellana-i

Delgado Scheelje, Á. (2000). Hacia La Reforma Del Libro IX de Los Registros Públicos Del Código Civil Peruano de 1984. *Ius et Veritas*, *10*(21), 73-90.

De Reina Tartiére, G. (2009). *Principios Registrales: Estudio del derecho registral inmobiliario argentino*. Editorial Heliasta.

Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II: Las Relaciones Obligatorias* (6ta ed., Vol. II). Editorial Civitas.

(2009). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III: Las Relaciones Jurídico-Reales, el Registro de Propiedad y la Posesión* (4ta ed., Vol. III). Editorial Civitas.

Díez-Picazo, L., & Gullón, A. (1997). *Sistema de Derecho Civil* (6ta ed., Vol. III). Editorial Tecnos.

El Comercio. (13 de noviembre de 2014). ¿Quién es Rodolfo Orellana? Así funcionaba su red delictiva. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/politica/justicia/rodolfo-orellana-funcionaba-red-delictiva-381571-noticia/

García García, J. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* (tomo II). Editorial Civitas.

Gonzales Barrón, G. (2008). *Introducción al Derecho Registral y Notarial* (2da ed.). Jurista Editores.

(2009). Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral contribu-

ción que pone punto final a un debate innecesario. *Derecho y Cambio Social*, *6*(19).

(2014). La fe pública registral no protege las falsificaciones o suplantaciones, ni siquiera cuando se trata de tercero de buena fe. En G. Gonzales Barrón (ed.), *Los principios registrales en el conflicto judicial* (pp. 93-114). Gaceta Jurídica.

(2022). El nuevo "tercero de buena fe" que surge de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0018-2015-PI/TC. En G. Gonzales Barrón (ed.), *El tercero de buena fe examinado por tres continentes* (pp. 291-343).

Gonzales Loli, J. (2004). Artículo 2008. En Gaceta Jurídica, *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (tomo X, pp. 328-337). Gaceta Jurídica.

González y Martínez, J. (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil* (Vol. II). Editorial Civitas.

Gordillo Cañas, A. (2006). El principio de fe pública registral. *Anuario de Derecho Civil*, *59*(2), 509-656.

Jerez Delgado, C. (2005). *La buena fe registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Manzano Solano, A., & Manzano Fernández, M. D. M. (2008*). Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Mejorada Chauca, M. (2015). Propiedad constitucional, a propósito de la fe pública registral. *Thēmis-Revista de Derecho*, (65), 33-37.

Mendoza Del Maestro, G. (29 de julio de 2016). Registros Públicos: Un Repaso Histórico Necesario*. Enfoque Derecho*. https://www.enfoquederecho.com/2016/07/29/registros-publicos-un-repaso-historico-necesario/

Nuñez Lagos, R. (1949). El Registro de la Propiedad Español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (250), 221-256.

(1965). La Evolución del Principio de Publicidad. *Anales de La Academia Matritense Del Notariado*, (14), 53-113.

Ordaya Huamán, A. (2019). La importancia de proteger los títulos archivados en un escenario social de inscripciones "irregulares". *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (67), 313-325.

Ortiz Pasco, J. (22 de junio de 2020). *El principio de fe pública registral* [ponencia]. Curso de Teoría del Registro del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad del Perú, Lima, Perú.

Pau Pedrón, A. (1997). *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Ramos Herranz, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario. *Anuario de Derecho Civil*, *59*(1), 195-226.

Sánchez Hernández, C. (2001). Breves reflexiones sobre las adquisiciones "a non dominio" de inmuebles en el ordenamiento alemán. *Anuario de Derecho Civil, 54*(4), 1555-1597.

Sanz Fernández, Á. (1947a). *Instituciones de Derecho Hipotecario* (4ta ed., tomo I). Editorial Reus.

(1947b). I*nstituciones de Derecho Hipotecario* (4ta ed., tomo II). Editorial Reus.

Silva Díaz, M. & Garazatúa Nuñovero, J. (15 de julio de 2020). La protección constitucional del tercero registral. A propósito de la sentencia del TC. *LP Pasión por el derecho*. https://lpderecho.pe/conferencia-la-proteccion-constitucional-del-tercero-registral-a-proposito-de-la-sentencia-del-tc/

Soza Ried, M. (2003). La 'Insinuatio' y la 'Traditio' Inmobiliaria en el Derecho Romano Postclásico. *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, (25), 55-89.

Vela Sánchez, A. (2007). La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios. *Anuario de Derecho Civil*, *60*(1), 67-118.

Vivar Morales, Elena. (1998). *La inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú: Un análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial de la inscripción de predios urbanos y rurales* (tomo 1). Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (Cód. Civ.) (Alemania).

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de mayo de 2002, Casación 2580-2001-Lima (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de mayo del 2004, Casación 2186-2003-Junin (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, s.f., Casación 2605-2002-Arequipa (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, s.f., Casación 459-2003-Callao (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, s.f., Casación 4844-2017-Cajamarca (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, s.f., Casación 937-2021-Lima (Perú).

Decreto del 8 de febrero de 1946, 58/1946, Ley Hipotecaria (B.O.E., 1946, 2453) (Esp.).

Decreto Legislativo 1332, Decreto Legislativo que facilita la constitución de empresas a través de los Centros de Desarrollo Empresarial – CDE, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de enero de 2017 (Perú).

Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre la extinción de dominio, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de agosto de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 007-2019-JUS, Aprueban el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1373, Decreto Legislativo de Extinción de Dominio, Diario Oficial *El Peruano*, 01 de febrero de 2019 (Perú).

Ley 8305, Autorizando al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código preparado por la "Comisión Reformadora del Código Civil", Diario Oficial *El Peruano*, 17 de junio de 1936 (Perú).

Ley 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre de 1994 (Perú)

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).

Ley 30313, Ley de oposición al 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 4º y 55º y la quinta y sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del decreto legislativo 1049, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de marzo de 2015 (Perú).

Ley del 02 de enero de 1888, que establece el Registro de la Propiedad Inmueble (Perú).

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 28 y 29 de abril de 2022 (Perú).

Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 064-2023-SUNARP-SN, Aprueba el servicio gratuito "CONOCE AQUÍ", que permite acceder a la información contenida en las partidas registrales de los registros jurídicos a cargo de la SUNARP, 24 de abril de 2023 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos, 19 de mayo de 2012 (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, 19 de junio de 2003, Casación 227-2002-Arequipa (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de mayo de 2010, Casación 3549-2009-Junín (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 21 de marzo de 2013, Casación 2626-2012-Junín (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de setiembre de 2015, Casación 1010-2015-Lima Sur (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 de setiembre de 2018, Casación 4002-2016-Cusco (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 18 de marzo de 2021, Casación 801-2018-Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 25 de agosto de 2019, Casación 1005-2009-Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 26 de agosto de 2021, Casación 80-2020 Lima (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de octubre de 2021, Casación 448-2019-Lima Este (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de agosto de 2022, Casación 5644-2019-Junin (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 6 de octubre de 2022, Casación 4938-2018-La Libertad (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 16 de diciembre de 1998, Casación 1167-98-Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2 de mayo de 2002, Casación 2580-01-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de julio de 2006, Casación 2458-2005-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 22 de octubre de 2014, Casación 3187-2013-Cajamarca (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de enero de 2015, Casación 607-2014-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de mayo de 2017, Casación 1598-2016-Lima Norte (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de noviembre de 2017, Casación 842-2015-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de junio de 2018, Casación 416-2015-Madre de Dios (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de marzo de 2008, Casación 310-2008-Lima (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de agosto de 2008, Casación 417-2008-Arequipa (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 15 de octubre de 2020, Casación 3492-2018 Lambayeque (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de enero de 2022, Casación 2915-2020-Tumbes (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 31 de marzo de 2022, Casación 26167-2021-Lima (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 5 de abril de 2022, Casación 13290-2019-Huaura (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de junio de 2022, Casación 2436-2021-Junín (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de setiembre de 2022, Casación 10919-2020-Lima (Perú).

S.T.S., 5 de marzo de 2007 (Esp.).

S.T.S., 7 de septiembre de 2007 (No. 928/2007) (Esp.).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de julio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC (Perú).

10.18800/themis.202301.006

LA NUEVA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA DE ESPAÑA EN EL CONTEXTO EUROPEO: DEBILIDADES Y FORTALEZAS

THE NEW LAW FOR THE RIGHT TO HOUSING IN SPAIN IN THE EUROPEAN CONTEXT: STRENGTHS AND WEAKNESSES

Cristina Argelich Comelles*
Universidad Autónoma de Madrid

This document analyses the main developments introduced by the Law on the Right to Housing, approved in Spain. This concerns mainly tenancy rent control, as well as consumer, urban planning, and administrative measures.

This legal analysis is framed within the framework of measures of access to housing in European comparative law, to verify the existence of other viable remedies, some of them raised in the Spain 2050 Report and not regulated.

Keywords: Housing; consumer; rent control; urbanism; property; tenancy.

El presente trabajo analiza las principales novedades aportadas por la Ley por el derecho a la vivienda, aprobada en España. Estas versan sobre prestaciones arrendaticias, en particular, el control de rentas, así como medidas en materia de consumo, urbanísticas y administrativas.

El análisis de la cuestión se enmarca en las medidas de acceso a la vivienda existentes en el derecho comparado europeo, a los efectos de constatar la existencia de otras soluciones habitacionales viables, algunas de ellas planteadas en el Informe España 2050 y desatendidas en la norma.

Palabras clave: Vivienda; consumidor; control de rentas; urbanismo; propiedad; arrendamiento.

* Profesora Ayudante Doctor de Derecho civil, acreditada a Contratado Doctor. Universidad Autónoma de Madrid (UAM). (Madrid, España). Contacto: cristina.argelich@uam.es

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de noviembre de 2022, y aceptado por el mismo el 25 de febrero de 2023.

I. EL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA EN EL CONTEXTO EUROPEO

El contexto de acceso a la vivienda en España difiere de la media de la Unión Europea, y ello es una expresión más de lo que en estadística se conoce como 'valor atípico', esto es, cuando un valor difiere en exceso del resto e induce a pensar que se ha cometido un error, algo que parece que los diversos legisladores implicados no han observado o sabido solucionar. Veamos el estado objetivo de la cuestión, pues el primer paso frente a la existencia de un problema es su cuantificación. En España, existen 3.4 millones de viviendas vacías, según el último Censo de Población y Viviendas de 2011 (Instituto Nacional de Estadística [INE], 2011); debido a las incorrecciones en el método para su cálculo, el próximo censo, cuya publicación se espera en 2023, no dispondrá de datos respecto de las viviendas vacías. Desde el primer censo de población y de viviendas de 1950 hasta la actualidad (INE, 1950, pp. 19-21), el número total de viviendas se ha triplicado, mientras que las viviendas vacías se han octuplicado, pues el acceso a la vivienda en España no se ha solucionado ni en contextos de escasez ni de sobreoferta. Conforme a las estadísticas de Eurostat, España tiene una distribución de la población, en función del régimen de tenencia, de un 75.1% en propiedad, un 15.8% en arrendamiento de mercado libre, y un 9.6% en arrendamiento social, lo que sitúa el arrendamiento en un 25.4% del total (Eurostat, 2022); España es el segundo Estado de la Unión Europea con más porcentaje de vivienda en propiedad, después de Malta. La media de la Unión Europea al respecto corresponde a un 69.7% de régimen de tenencia en propiedad, un 21.1% en arrendamiento de mercado libre, y un 9.6% en arrendamiento social, siendo el arrendamiento un 30.7% del total.

En la actualidad, diversos retos habitacionales han sido indicados por expertos en la materia en dos recientes informes (Nasarre Aznar, 2021a; 2022), tanto a nivel europeo como a nivel estatal: en Europa, los retos más importantes se refieren a la asequibilidad, sostenibilidad e inclusión social de la vivienda; en relación con España, los retos se concretan en la falta de asequibilidad, el sinhogarismo, la gentrificación, la turistificación, así como el fenómeno conocido como la 'España vaciada' o la despoblación de las zonas rurales. En concreto, y en términos de estado del parque residencial de vivienda en España, la 'vivienda adecuada' se traduce en los siguientes datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) y del Ministerio de Fomento: más del 55% de viviendas fueron construidas antes de 1980, en concreto 13 759 266 viviendas de un total de 25 208 622, de las cuales un 21% tienen más de 50 años (Ministerio de Fomento, 2015). Ello justifica que, en España, los principales retos en materia de 'vivienda adecuada' sean la rehabilitación, la eficiencia energética y la accesibilidad, pues solamente el 0.6% de viviendas son accesibles para las personas con discapacidad.

En los informes, se señalan como buenas prácticas a nivel español las siguientes: la intermediación en materia de vivienda, dispuesta en Cataluña, y los derechos de adquisición preferente, de Cataluña y Andalucía; el derecho a la vivienda para personas o colectivos vulnerables, del País Vasco; la propiedad temporal y la propiedad compartida, de Cataluña; la aproximación a la 'vivienda asequible', mediante la práctica de la Fundación Hábitat; la vivienda para la inclusión social, en Cataluña; la suspensión de los lanzamientos, del legislador estatal, y la mediación hipotecaria, de los legisladores autonómicos de Cataluña, Madrid, Aragón, Navarra y el País Vasco; y, finalmente, la investigación avanzada en materia de vivienda. En este último punto, debemos destacar la actividad consolidada en esta materia, ordenada cronológicamente, de la cátedra Zaragoza vivienda, la cátedra de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) de vivienda de la Universidad Rovira y Virgili, el observatorio vasco de vivienda, así como los informes en materia de vivienda del observatorio metropolitano de la vivienda de Barcelona. Recientemente, se han constituido la cátedra de vivienda y derecho a la ciudad de la Universidad de Valencia, en 2021, y la cátedra Barcelona de estudios de vivienda, en 2022.

Finalmente, en los informes se refieren diversas lecciones aprendidas en materia de vivienda, cuyo contenido no se encuentra trasladado en la ley por el derecho a la vivienda objeto de este trabajo: no existen políticas de vivienda adecuadas, basadas en la investigación previa sobre la situación del acceso a la vivienda en España y sus causas; se requiere de un planteamiento *country-wide* o de todo el Estado para la formulación adecuada de los regímenes de tenencia de la vivienda; se necesitan medidas vinculadas al sector privado para el incremento de las viviendas sociales, a lo que pueden ayudar las cooperativas de vivienda; se produce una regulación multinivel incoherente, cuya principal manifestación es la falta de asequibilidad; deben abordarse los problemas relativos a las condiciones de habitabilidad, accesibilidad, eficiencia energética y rehabilitación; y, finalmente, se requiere una cohesión territorial para solucionar las consecuencias derivadas de la urbanización, que han desembocado en el fenómeno de la 'España vaciada' o la despoblación de las zonas rurales.

II. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA NUEVA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA DE ESPAÑA

Recientemente, el legislador español ha aprobado la Ley por el Derecho a la Vivienda. El Poder Ejecutivo manifestó, tras la aprobación del anteproyecto de la norma por parte del Consejo de Ministros, que se trata de 'la primera ley de vivienda de la democracia' (Parra, 2021). Corresponde a los académicos analizar jurídicamente por qué se trata de la primera ley de vivienda estatal tras la aprobación de la Constitución Española (en adelante CE) y su consagración en el artículo 47, adelantando que no es ningún mérito que lo sea, y que lo que se ha calificado de 'amalgama de medidas sin coherencia' no va a mejorar el acceso a la vivienda en España (Nasarre Aznar, 2021a). Por el contrario, se ha perdido una oportunidad armonizadora de la normativa autonómica de carácter conceptual, que habría justificado esta actividad legislativa estatal y cuya conveniencia, a la luz del articulado, resulta cuestionable.

En cuanto a los efectos ex ante de la norma en el mercado inmobiliario, tenemos que indicar que, con anterioridad a la aprobación del anteproyecto, se produjeron diversas filtraciones, que fueron calificadas de 'tormenta perfecta' (Nasarre Aznar, 2021b). Tras la difusión de su contenido, se apreció una reducción directa en la oferta de vivienda, tanto en su adquisición como en el arrendamiento residencial (Expansión, 2021a; Expansión, 2021b; Gamazo Chillón, 2021, pp. 25-44; Bermúdez Prieto, 2021, pp. 35-40; Grande Grandas, 2021, pp. 14-17). Asimismo, se ha detectado un aumento del arrendamiento de temporada y del arrendamiento para uso distinto de vivienda –arrendamientos cuyo plazo es inferior a doce meses y que podrían afectar hasta 32 000 viviendas (Torío, 2022)–, celebrados en fraude de ley, para evitar la protección del arrendatario de vivienda habitual y la inseguridad jurídica de la ley por el derecho a la vivienda (Barjola, 2022; Torres, 2022; Fuentes Lojo Rius, 2022). Por su parte, los datos de la Federación Nacional de Asociaciones Inmobiliarias –publicados en el mes de abril tras la tramitación de la norma como Proyecto de Ley– constatan una reducción del 15.5% de la oferta de vivienda (Sempere, 2022a; Arruñada, 2022a; 2022b), por su salida del mercado de arrendamiento o la derivación al arrendamiento turístico, así como el encarecimiento de la renta del arrendamiento de vivienda habitual que se encuentra en oferta. Asimismo, desde la perspectiva del ejercicio del derecho de propiedad respecto de la sociedad, y la vinculación a la función social que debe cumplir conforme al artículo 33 de la CE, la norma presenta diversas medidas que se corresponden con suspensiones administrativas de derechos y transferencias coactivos no expropiatorias que, por ende, limitan el ejercicio del derecho de propiedad sin compensación por parte de la Administración. En este sentido, es oportuno explicar que la competencia exclusiva en materia de vivienda y urbanismo corresponde a las Comunidades Autónomas, según el artículo 148.1.3 de la CE, reservándose al Estado en esta materia la regulación del suelo, la del derecho de propiedad, en concreto en materia de expropiación forzosa, así como la política de vivienda, instrumentada en los planes estatales de vivienda. Este régimen competencial explica que sea la primera ley de vivienda de la democracia.

En cuanto a los efectos *ex post* de la aprobación de la norma en el mercado inmobiliario, debemos advertir tres limitaciones prácticas que moderarán sus consecuencias (Hernández, 2022). Por una parte, la aplicación potestativa por parte de las Administraciones competentes, referida a las Comunidades Autónomas, en materia de vivienda, y a los Municipios, en materia urbanística y tributaria. Por otra parte, el articulado no establece el sistema de índices de precios de referencia, para limitar la subida de la renta del arrendamiento de vivienda habitual en zonas de mercado residencial tensionado; se prevé su aprobación 18 meses después de la entrada en vigor de la norma, lo que sitúa su aplicación tras la conclusión de la presente legislatura. Finalmente, el control de rentas que dispone la norma, y que previamente reguló el legislador catalán, ha sido declarado inconstitucional. En España, se ha estimado que este control de rentas afectaría a 150 000 viviendas (RTVE, 2021), cuando el total de viviendas arrendadas supera los 3.5 millones.

III. PRINCIPALES DESAJUSTES NORMATIVOS DE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

A pesar de los efectos en el mercado inmobiliario anteriores y posteriores a la aprobación de la Ley por el Derecho a la Vivienda, la necesidad de una norma estatal en esta materia, que le de contenido básico, es incuestionable, pues una gran parte de la situación actual viene ocasionada por diversas circunstancias. En primer lugar, la dispersión normativa que se ha producido por parte de la regulación autonómica, sin estudios previos que justifiquen la conveniencia de las medidas implementadas, lo que se ha calificado de "quince años sin solución para la vivienda" (García & Nasarre, 2022, p. 187). En segundo lugar, los deberes constitucionales en materia de vivienda, atribuidos al Estado, no deben trasladarse al ciudadano, como sucede en el artículo 9 de la CE y en las disposiciones finales de la Ley por el Derecho a la Vivienda. En este punto, precisamos que no encontramos

los llamados 'deberes constitucionales relacionados con la vivienda', dispuestos en la ley por el derecho a la vivienda, ni en el elenco normativo estatal ni en el autonómico.

Finalmente, el deber de destino al uso habitacional de la vivienda no forma parte del contenido esencial de este derecho, pues es un objetivo perseguido por el poder público según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues así se contiene en sus dos sentencias de 4 de octubre de 2018. Debemos recordar que el deber de mantener habitada una vivienda solo existe para las viviendas protegidas, que la competencia exclusiva en materia de vivienda es autonómica, ex artículo 148.1.3.a de la CE, y que el artículo 47 no configura el derecho a la vivienda ni como derecho fundamental, ni como derecho subjetivo frente a la Administración, cuya tutela pueda ejercerse ante los tribunales.

Tras estas precisiones, procedemos a indicar brevemente las principales medidas que contiene la Ley por el Derecho a la Vivienda. En primer lugar, establece un control de rentas del arrendamiento de viviendas sitas en zonas de mercado residencial tensionado en la disposición final (en adelante, DF) primera de la Ley: estricto, o con límite máximo del precio aplicable conforme al sistema de índices de precios de referencia, para los grandes tenedores; y moderado, para los pequeños propietarios, ya sean personas físicas o jurídicas, limitando el incremento a un máximo del 10%. Ello constituye un *legal transplant* de lo dispuesto en septiembre de 2018 en el §558 Bürgerliches Gesetzbuch, tras su aplicación en Berlín, así como en ciudades de otros Estados como Nueva York, San Francisco o Estocolmo, que ocasiona disminución de la oferta, aumento de la renta y deterioro de las viviendas por falta de mantenimiento (Nasarre Aznar, 2021c; Argelich Comelles, 2020, pp. 1-47; Fuentes Lojo Rius, 2021, pp. 1-8).

En segundo lugar, la consideración cuantitativa de gran tenedor, referida al propietario de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de 1 500 metros cuadrados de uso residencial excluyendo garajes y trasteros, como dispone el art. 3.1.k, necesita replantearse cualitativamente. La cantidad de viviendas no tiene que ir aparejada a su valor en el mercado, por tratarse ambos de parámetros variables y, por ende, no deben utilizarse para objetivar la asimetría negocial que las normas pretenden reequilibrar. Ello implica un tratamiento legal lineal e inadecuado para situaciones, a todas luces, desiguales, lo que entraña discriminación: el propietario de diez viviendas cuyo valor de mercado sea bajo; el propietario de menos de diez viviendas cuyo valor de mercado sea superior al del ejemplo anterior; y el gran tenedor que sea una persona jurídica y cuya actividad empresarial se refiera al sector inmobiliario. Las medidas relativas a los grandes tenedores deberían referirse al último supuesto, es decir, entidades financieras, filiales inmobiliarias y entidades de gestión de activos inmobiliarios, como se dispone en la legislación autonómica, y sin establecer el límite de diez viviendas, algo especialmente necesario en las zonas de mercado residencial tensionado. En suma, si el legislador apuesta por un tratamiento legal diferenciado de los grandes tenedores respecto de las personas físicas y jurídicas, su destinatario debería ser quien ostente en términos cualitativos una posición predominante en el mercado y cuya actividad empresarial sea la inmobiliaria, de manera análoga a la normativa imperativa de derecho del consumo respecto de las entidades financieras.

En tercer lugar, la DF tercera de la Ley por el Derecho a la Vivienda también dispone un recargo en el impuesto sobre bienes inmuebles (en adelante, IBI) del 50% para los propietarios de viviendas vacías durante más de dos años, ampliable al 100% cuando la desocupación supere los tres años, e incrementable en un 50% más en titulares de dos o más inmuebles desocupados en el mismo municipio (Carbonell Sanchis, 2019, pp. 40-47; Galapero Flores, 2019, pp. 129-147). Complementariamente, el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 dispone el actual plan de vivienda, necesario para la precisión de algunas disposiciones, y un bono de la renta del arrendamiento de 250 euros, destinado a los jóvenes de entre 18 a 35 años con rentas inferiores a 23 725 euros al año.

Hechas estas precisiones iniciales acerca del contenido de la norma, podemos señalar que la Ley por el Derecho a la Vivienda se basa en una declaración de fines encomiables, contenidos en una norma que dispone su obligatoriedad sin coercibilidad civil o administrativa frente a su incumplimiento, y que está aprobada por un legislador en el que concurren dos circunstancias inhabilitantes. En primer lugar, es un legislador incompetente en la materia, a pesar de que la DF sexta extraiga de los artículos 149.1.1.a y 13.a de la CE, la competencia estatal para la garantía de la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes constitucionales, junto con la coordinación de la planificación general de la actividad económica. Ello explica que la ejecutoriedad de la norma se encomiende, en todo el articulado, al Poder Ejecutivo autonómico, que en algunos casos ya ha adelantado su inaplicación por tratarse de legislación potestativa (García, 2021), algo que no sucedería en una materia de su competencia.

En segundo lugar, se trata de un legislador cuyas competencias conexas en materia de vivienda *ex* artículo 47 de la CE, relativas a la regulación del suelo y las medidas de fomento del acceso a la vivienda, ha desatendido manifiestamente.

Los principales desajustes que plantea la norma son de calado, por su carácter competencial y sustantivo. Como indicamos, en primer lugar, el legislador estatal no es el competente en la materia, lo es el autonómico en exclusiva conforme al artículo 148.1.3.a de la CE. Por tanto, abordar la regulación de un mandato constitucional inexistente no es un hito, y además ocasiona inseguridad jurídica al ciudadano (Nasarre Aznar, 2022). En segundo lugar, el derecho a la vivienda, dispuesto en el artículo 47 de la CE, no es un derecho fundamental, cuya garantía corresponda a los poderes públicos, ni un derecho subjetivo, sino que se trata de un principio rector de la política social y económica. En tercer lugar, el legislador estatal ha desatendido sus competencias conexas derivadas del derecho de propiedad, *ex* artículo 33 de la CE, y del derecho a la vivienda, *ex* artículo 47 de la CE –regulación del suelo y medidas de fomento del acceso a la vivienda–, motivando que los legisladores autonómicos regulen toda clase de incentivos negativos habitacionales. En cuarto lugar, su impulso por parte del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 resulta desconcertante por razón de la materia; en los Estados europeos de nuestro entorno, la iniciativa legislativa parte del ente competente en materia de vivienda, una materia que en España solamente se encuentra atribuida al primer ministerio referido.

En aras de la mejora de la técnica legislativa que presenta la norma, habría sido más adecuado su impulso legislativo conjunto entre el primer ministerio indicado y el Ministerio de Justicia, cuya Comisión General de Codificación, como órgano superior de asesoramiento, tiene un marcado perfil técnico. Una manifestación objetiva de lo expuesto es que, de las 866 enmiendas presentadas a la mesa de la Comisión de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, un total de 62 fueron presentadas por el grupo parlamentario confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común –vinculado a uno de los ministerios impulsores de la norma– mientras que el grupo parlamentario socialista no registró ninguna. Complementariamente, indicamos que, durante la tramitación parlamentaria de la norma, no se incorporaron los contenidos de una enmienda a la totalidad y una enmienda a la totalidad de texto alternativo, que fueron rechazadas el 10 de marzo de 2022 en la votación del pleno del Congreso de los Diputados.

Por si lo indicado no fuera suficiente, la técnica legislativa de la norma es altamente deficiente, pues regula cuestiones fundamentales y cruciales en sus disposiciones finales: el control de la renta del arrendamiento de vivienda sin compensación pública; incentivos fiscales aplicables en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a los arrendamientos de vivienda; el aumento del recargo en el IBI para los titulares de viviendas vacías; y la modificación de la reserva de suelo para vivienda protegida. A la deficiente técnica legislativa de la norma se añade su mala redacción, pues se observan erratas y expresiones incorrectas a lo largo del articulado, que esperemos que se corrijan tras su publicación oficial, así como errores ortográficos, gramaticales y de sintaxis. Igualmente, sería deseable un mayor refinamiento en términos de concisión y claridad, así como en cuanto a imprecisiones conceptuales.

Esta norma no es más que la manifestación civil y administrativa del populismo punitivo: el populismo habitacional (Adler, 2020, pp. 344-365). En Europa, surgió este término como respuesta al estado del mercado de la vivienda en un lugar concreto. En suma, una norma lampedusiana –que todo cambie para que nada cambie– o una expresión más de que el derecho sin coerción es moral, ante una distribución natural disfuncional de los regímenes de tenencia en España en relación con la Unión Europea. Una norma estatal en materia de vivienda debería proporcionar una coherencia entre las Administraciones competentes, delimitando bien su ámbito de actuación, a los efectos de que se presente como una norma cuya vigencia pueda ser extensa, a diferencia de la legislación motorizada aprobada en los últimos años.

Por otra parte, el binomio seguridad-asequibilidad no se ha abordado adecuadamente ni por los legisladores autonómicos ni por el legislador estatal, como se aprecia también en esta norma, un factor clave para el futuro de la vivienda en España. En suma, el legislador estatal ha desaprovechado la finalidad armonizadora que, en realidad, una norma de este cariz debería perseguir. Por todo ello, podemos afirmar con rotundidad que la Ley por el Derecho a la Vivienda no solucionará el grave problema de acceso a la vivienda existente en España.

Un baño de realidad suele ser conveniente en materia de soluciones milagrosas; las utopías no suelen prosperar cuando se implementan, y en la ensoñación suelen eludirse sus efectos negativos –cual producto milagroso– para favorecer su amplia extensión. En un par de ejemplos puede vislumbrarse la metáfora en la práctica, pues ha venido siendo tradición que la política española

de vivienda se implemente a costa del particular, sin una adecuada compensación, planificación ni financiación por parte de la Administración. Por una parte, el legislador estatal no se percató de los efectos negativos en el mercado del arrendamiento a largo plazo de acumular, a la prórroga forzosa del arrendamiento de vivienda, dos subrogaciones y la congelación de la renta sin compensación pública. Este error vuelve a repetirse con la congelación de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda habitual en 2022, para paliar los efectos económicos derivados de la inflación (Sempere, 2022b).

Por otra parte, los legisladores autonómicos parecen haber olvidado que su regulación en materia de vivienda debe armonizarse con la legislación estatal de arrendamientos urbanos, a la luz de sus incontables desajustes. En paralelo, el actual contexto ha paralizado la absorción por el mercado del excedente de viviendas (Aranda, 2021), ocasionado por la crisis hipotecaria de 2007 y agravado por el contexto actual y su respuesta legislativa (Nasarre Aznar, 2020, pp. 273-308), junto con la falta de inversión suficiente en vivienda protegida y su despatrimonialización. En definitiva y para concluir, si el acceso a la vivienda plantea los problemas aludidos es porque los diversos brindis al sol estatales y autonómicos no han solucionado los problemas de acceso, asequibilidad y seguridad en la tenencia, que quedan pendientes de una solución legal estable.

IV. AUSENCIA DE EFICACIA DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL ACCESO EN ESPAÑA COMO ORIGEN DEL POPULISMO HABITACIONAL

Tras el análisis de las diversas medidas en materia de acceso a la vivienda en España, es momento de analizar el papel del legislador estatal en esta materia, mediante las medidas de fomento del acceso a la vivienda y las disposiciones que prevé la Ley por el Derecho a la Vivienda. Los sucesivos planes estatales de vivienda (Iglesias González, 2013, p. 59), siendo el último vigente el de 2022-2025, comprenden diversos programas de ayudas a la vivienda, esto es, contienen medidas de fomento del acceso a la vivienda que, además, los legisladores autonómicos también prevén en sus respectivas leyes de vivienda. Los planes estatales de vivienda y, tangencialmente, la legislación en materia de suelo, han constituido la política pública de vivienda estatal, a la espera de los efectos de la aplicación, tras su aprobación, de la Ley por el Derecho a la Vivienda.

En el fracaso de las medidas de fomento estatales es donde se encuentra el origen el problema del acceso a la vivienda: para impulsar cualquier medida, es necesario que se hayan agotado las vías de fomento –dirigidas a los propietarios– para que se habiten las viviendas (Amenós Álamo, 2015; Ponce Solé, 2015; Díaz Romero, 2014, pp. 1107-1140), y que a pesar de su ofrecimiento no se hayan habitado. Su fundamento es el deber de destino al uso habitacional de las viviendas de mercado libre, a diferencia del deber de habitar las viviendas, predicable respecto de las viviendas protegidas. Este agotamiento de las medidas de fomento, que se contiene tanto en la normativa estatal como en la autonómica, es el supuesto de hecho habilitador de la intervención administrativa en materia de vivienda.

En el Plan Estatal de Vivienda 2022-2025, regulado en el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el bono alquiler joven y el plan estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, encontramos trece programas de ayudas a la vivienda, cuya falta de consecución sostiene la aplicación de los incentivos negativos. Estos programas se desarrollan en las leyes autonómicas de vivienda, mediante determinadas medidas concretas, que podemos agrupar en las siguientes. En primer lugar, el otorgamiento de garantías a los propietarios, dirigidas a asegurar el cobro de las rentas y la reparación de los desperfectos. En segundo lugar, el fomento de la rehabilitación de las viviendas en mal estado para ser arrendadas (Sibina Tomás, 2008, pp. 433-439; Amenós Álamo, 2015), mediante subvenciones directas a los propietarios y la oferta de subrogación de la Administración en la realización de las obras. En tercer lugar, se prevé la cesión a la Administración de viviendas vacías para su gestión en arrendamiento, a cambio de un pacto en el cobro y otras condiciones de cesión, dentro de programas específicamente destinados a esta finalidad en los planes de vivienda (Marín García, 2007, p. 8), así como respecto de las viviendas de inserción (Ponce Solé, 2008, p. 153). Finalmente, en cuarto lugar, la Administración puede adoptar medidas distintas, donde encuentran su encaje los instrumentos previstos en la Ley por el Derecho a la Vivienda.

V. EL POPULISMO HABITACIONAL Y SUS RIESGOS EN EL ACCESO A LA VIVIENDA

Habida cuenta de la intención del legislador con la aprobación de la Ley por el Derecho a la Vivienda, a la luz de la exposición de motivos de la norma, podemos afirmar que la mejora del acceso a la vivienda es un reto que los legisladores estatal y autonómico deben abordar con soluciones definitivas, sin acudir a los múltiples incentivos negativos dispuestos en los últimos años (Nasarre Aznar, 2020, pp. 463-476), ni a una norma de aplicación potestativa como la presente Ley.

Desde la crisis hipotecaria de 2007, momento en el que se evidenció el fracaso de las medidas de fomento estatales, los instrumentos reactivos para hacer frente a sus efectos han pasado por diversos incentivos negativos (Argelich Comelles, 2017, pp. 277-333). Los más intrusivos para los derechos de los ciudadanos, son la previsión e inaplicación de la expropiación temporal del uso de viviendas por parte de diversos legisladores autonómicos, los recargos tributarios en el IBI, que vuelven a regularse en esta norma, y mecanismos sancionadores.

Encontramos otros incentivos negativos de menor intensidad, relativos a la propuesta de arrendamiento social previa a la ejecución hipotecaria o el desahucio por impago de rentas –articulado en Cataluña, Murcia y la comunidad valenciana–, y la obligación de realojamiento de las personas en riesgo de exclusión residencial de Cataluña. Finalmente, los que presentan una menor afectación a los derechos de los ciudadanos son el derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración de las viviendas objeto de una ejecución hipotecaria, que se encuentren en zonas con alta demanda residencial –previsto en Cataluña, País Vasco y Extremadura–, y las mediaciones de consumo de Cataluña y Murcia.

Es momento de cuantificar la oportunidad de estas medidas, para poder anticipar los efectos que tendrá la aplicación de la Ley por el Derecho a la Vivienda, que contiene algunos de estos incentivos negativos. La expropiación temporal del uso de viviendas en España ha tenido la siguiente aplicación: en Andalucía se incoaron dos procedimientos administrativos que caducaron, y en Baleares se anunció la expropiación de 56 viviendas de grandes tenedores (Europa Press, 2021b), cuya aplicación final se ha reducido a 16 por las ventas de las viviendas sujetas a la medida expropiatoria (Colom, 2021). Lo mismo ha sucedido con sus antecedentes legislativos directos dispuestos en Francia y Bélgica, relativos a la expropiación y requisa de viviendas vacías, que solamente se han aplicado una vez en Valonia. Existen mecanismos menos costosos y más rápidos para aportar soluciones a las viviendas vacías; así, encontramos las *Empty Dwelling Management Orders* u órdenes de gestión de viviendas vacías del Reino Unido, y que presenta unas estadísticas de aplicación superiores y un efecto disuasorio constatable (Wilson, 2019, pp. 1-24).

Respecto de la aplicación del impuesto a las viviendas vacías, en Cataluña se ha pasado de recaudar casi 19 millones de euros en 2016 a menos de 12 millones en 2018, mientras que no disponemos de datos oficiales en cuanto a su aplicación en Navarra y el País Vasco; en esta última Comunidad Autónoma, se ha aprobado el Decreto 149/2021, de 8 de junio, de vivienda deshabitada y de medidas para el cumplimiento de la función social de la vivienda, en el que se establece un impuesto de 10 euros por metro cuadrado para aquellas viviendas que estén vacías durante más de dos años, cuantificadas en 15 134 en su registro de viviendas deshabitadas.

Respecto de las sanciones pecuniarias a los propietarios de viviendas vacías, previstas primigeniamente por diversos municipios y que se disponen en la Ley por el Derecho a la Vivienda, el resultado global en los diversos municipios donde se ha aplicado es una recaudación del 50% respecto a la prevista, a la que se suman diversos pleitos y un elevado coste de los procedimientos administrativos en cuestión (Millar-Powell, 2022; Queralt, 2016). Finalmente, el recargo en el IBI para las viviendas vacías se encuentra regulado en las ordenanzas fiscales de algunos municipios, en virtud de la normativa estatal relativa a las haciendas locales, que establece un porcentaje del 50% hasta el 150% tras la modificación de la DF tercera de la Ley por el Derecho a la Vivienda, cuya aplicación es potestativa por parte de los municipios.

Cabe indicar, a la vista de los datos y de las diversas administraciones intervinientes, que las culpas son compartidas en el tiempo y en el espacio, y buena prueba de ello es que en diversos contextos las soluciones no han sido las adecuadas. Solo eso explica el nefasto resultado de las infinitas medidas reguladas, copiadas e inaplicadas a partes iguales en el periodo 2013-2022: no superan la prueba de idoneidad ni el de proporcionalidad, pues la Administración está obligada a utilizar los medios menos lesivos para los ciudadanos en el ejercicio de sus potestades. En suma, presentan una escasa utilidad para resolver el problema que nos ocupa. Los legisladores han confundido el jarabe adecuado y la dosis necesaria, para solucionar el acceso a la vivienda, con un elixir compuesto de medidas efectistas y poco efectivas.

A los efectos de reequilibrar el acceso a la vivienda, sería conveniente plantear mecanismos que no dependan de situaciones coyunturales relativas a la falta o sobreoferta de viviendas, a la capacidad económica o a la coyuntura económica, para que pueda articularse un verdadero sistema de acceso a la vivienda, que sigue pendiente de una solución permanente o, al menos, estable. Lamentablemente, abordar este problema requiere de una acción conjunta entre los legisladores estatal y autonómico que trascienda sus intereses, para dotar de cierta unidad a la política española de vivienda. Esta acción conjunta no se observa en

la legislación autonómica, cuya aplicación puede cuantificarse y, probablemente, a la luz de sus disposiciones, la aplicación de la Ley por el Derecho a la Vivienda siga la misma suerte.

VI. HACIA SOLUCIONES HABITACIONALES VIABLES PARA EL FAVORECIMIENTO DEL ACCESO A LA VIVIENDA EN ESPAÑA MEDIANTE LA INTERMEDIACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Como ha venido siendo tradición en la legislación española, autonómica y estatal, suelen preverse soluciones cortoplacistas vinculadas a un contexto de acceso a la vivienda determinado, articuladas en forma de legislación motorizada y desasosegada, carente de la reflexión profunda que una solución a largo plazo para el acceso a la vivienda requiere. Ninguna norma de las aprobadas en los últimos 15 años ha contado con informes previos acerca de su idoneidad (Nasarre Aznar, 2020, pp. 299-482; Argelich Comelles, 2017, pp. 1-47), en atención a la técnica legislativa utilizada, ni ha resuelto el problema de acceso a la vivienda, porque se planteaban como soluciones reactivas frente a pronunciamientos judiciales o contextos de lanzamiento de vivienda. Por su parte, la Ley por el Derecho a la Vivienda dispone del informe preceptivo que alude su falta de oportunidad y justificación de las medidas allí previstas.

Los efectos de esta política de vivienda cortoplacista no han reducido su previsión legislativa, a pesar de su difícil implementación y escaso éxito en la mejora del acceso a la vivienda, ni han evitado anuncios prematuros con incidencia directa en el mercado: reducción de la oferta, incremento de los precios por falta de absorción de la demanda, tensión en el mercado inmobiliario, desincentivación de la inversión en vivienda, priorización de los arrendatarios más solventes frente a la escasez de vivienda (Arruñada, 2022c), y el intervencionismo habitacional sin compensación en forma de limitación administrativa de derechos o de transferencia coactiva no expropiatoria, como límites en interés público del dominio (Doménech Pascual, 2012, pp. 269-292; Argelich Comelles, 2017, pp. 277-303).

En este sentido, el Banco de España ha señalado en el informe "Mercados de la vivienda en el área del euro. Principales indicadores, factores comunes y medidas macroprudenciales" (Banco de España, 2022), publicado en abril de 2022, que se ha reducido la oferta de vivienda y se han incrementado los precios, especialmente en los Estados que ya fueron advertidos por la Junta Europea de Riesgo Sistémico. En sentido análogo, el Instituto de Estudios Económicos (en adelante, IEE) ha publicado en julio de 2022 el informe "La inflación y la incertidumbre frenan la recuperación de las empresas", donde se expresa lo siguiente:

> el anuncio y aprobación del proyecto de ley por el derecho a la vivienda, en vez de incorporar reformas estructurales que afianzan la propiedad privada en España, introduce el riesgo de un deterioro mayor de la misma, con propuestas como las de control de alquileres, moratorias de desahucios, permisividad con la ocupación, expropiaciones temporales de viviendas vacías o penalización de grandes tenedores de alquiler que aumentan la inseguridad jurídica y la incertidumbre con la consiguiente restricción de oferta de vivienda en alquiler (Instituto de Estudios Económicos [IEE], 2022).

Estas medidas se demuestran ineficaces a largo plazo por los efectos negativos no previstos, como veremos, así como por la repercusión al particular del coste de implementación de una determinada política pública de vivienda. En este sentido, el INE ha indicado en su estadística de ejecuciones hipotecarias que, en el año 2021, los procedimientos cuyo objeto es la vivienda de personas físicas aumentaron un 53.5%, lo que objetiva la magnitud de la falta de soluciones habitacionales en España y la inoperancia de los incentivos negativos (INE, 2022).

La existencia de viviendas vacías y el fomento del acceso a la vivienda no se solucionará expropiándolas, ni gravando o sancionando a sus propietarios. Este estadio en el que nos encontramos puede superarse con lo que podríamos denominar un *win-win* público-privado habitacional. El papel de la Administración debe evolucionar de los incentivos negativos y sus efectos a la intermediación, con la finalidad de conectar la sobreoferta de vivienda y la ingente demanda, e incluso estimulando que la demanda se redirija hacia la 'España vaciada'.

Esta intermediación que se propone permite que la Administración no intervenga como parte en las relaciones jurídico-privadas que se deriven, reservando su papel al control público de su eficacia sin incidencia directa en sus prestaciones. En otras palabras, la Administración se libera de las vicisitudes de la ejecución de cualquier medida para centrar su actividad en el favorecimiento efectivo del acceso a la vivienda. Solo mediante una adecuada planificación y ejecución de las medidas de fomento del acceso a la vivienda, como origen del ansia legislativa de incentivos negativos que persiste en la actualidad, se conseguirá que el acceso a la vivienda en España deje de ser un problema acuciante pendiente de una solución permanente.

VII. REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LAS LÍNEAS DE ACTUACIÓN FUTURAS EN EL ACCESO A LA VIVIENDA A LA LUZ DEL INFORME ESPAÑA 2050

En el informe España 2050, el Gobierno de España ha determinado unas líneas de actuación en materia de vivienda (Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España, 2021), a aplicar en los próximos decenios. En el apartado dedicado al desarrollo territorial, en cuanto al "presente del acceso a la vivienda", se indica que la distribución sobre el territorio es muy heterogénea. Ello se debe a la concentración poblacional en las grandes ciudades y la despoblación de la llamada 'España vaciada', a la dificultad para acceder a la vivienda en propiedad, así como al sobrecoste de la renta del arrendamiento de vivienda habitual en relación con los ingresos percibidos.

Por ello, los expertos del informe señalan diversos retos de futuro que se tendrán que regular, en atención al envejecimiento de la población, la asimetría de los entornos urbano y rural, la suburbanización en ciudades extensas, la densificación de las ciudades, la turistificación y la gentrificación. Está previsto que en 2035 el número de hogares haya aumentado 1.1 millones (INE, 2020), mientras que el tamaño medio de los hogares descenderá, quedando especialmente afectados los ciudadanos que tengan ingresos bajos y los jóvenes que residan en las grandes ciudades. Por estas razones, la demanda potencial de vivienda social en España se duplicará la próxima década.

Por ello, se propone en el informe la regulación de las tenencias intermedias, es decir, el acceso a la vivienda en propiedad mediante dos fórmulas que proceden del derecho anglosajón y que se incorporarían a nuestra legislación mediante un *legal transplant*: la propiedad temporal y la propiedad compartida. Como retos complementarios, señala el informe la mejora de la sostenibilidad y la salud urbana, la reducción de la pobreza, la desigualdad y la segregación social, así como la rehabilitación masiva del parque inmobiliario, en atención a la antigüedad media y en términos de eficiencia energética. En España, la tasa de rehabilitación es del 0.1%, el equivalente a 26 000 viviendas del parque inmobiliario total (Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, 2020), mientras que en Francia o Noruega es del 2%. Se estima que en España 1.2 millones de viviendas se tendrán que rehabilitar hasta 2030. Finalmente, señala como reto la dinamización de la España rural, mediante una futura ley de desarrollo rural sostenible.

Como acciones concretas, o "frentes en relación con la Agenda Urbana Española", se prevé un segundo frente denominado "Garantizar de forma efectiva el acceso a una vivienda digna y adecuada, reduciendo el esfuerzo económico y mejorando su adecuación" (Ministerio de Fomento, 2019). Se disponen diversas acciones para acometer esta garantía del acceso a la vivienda digna y adecuada.

En primer lugar, incrementar la disponibilidad de vivienda pública y social a través de la compra de viviendas en edificios y comunidades ya consolidadas, la rehabilitación, o la construcción de nuevas viviendas. En segundo lugar, fomentar el arrendamiento de las viviendas vacías ofreciendo garantías suficientes a los propietarios y ejerciendo un control sobre la calidad de la vivienda ofertada. En este sentido, se propone la creación o mejora, en su caso, de bolsas de intermediación pública de arrendamiento y marcos de colaboración público-privados que contribuyan a una mejor gestión, como modelo similar a las *housing associations*. Debemos precisar que la autoridad local de vivienda procede del derecho anglosajón, nuevamente, así como la intermediación de la Administración en la gestión de las viviendas vacías mediante las órdenes de gestión de viviendas vacías. En tercer lugar, la creación de un marco fiscal orientado a favorecer tanto el incremento de la oferta de vivienda en arrendamiento a precios asequibles, como el propio acceso de las unidades familiares de rentas más bajas. Prevé un especial énfasis en la demanda residencial y mercado tensionado, e insinúa el control de rentas, que encontramos en la DF primera de la Ley por el Derecho a la Vivienda, cuando expresa la importancia de tener en cuenta la relación entre el precio del alquiler y la renta del hogar. En cuarto lugar, el establecimiento de mecanismos de protección sobre el patrimonio público de vivienda, así como reservas de suelo para vivienda protegida en arrendamiento, para evitar su despatrimonialización, un objetivo acometido en la DF cuarta. En quinto lugar, incentivar las tenencias intermedias como alternativa a la propiedad, es decir, regular la propiedad temporal y la propiedad compartida.

Finalmente, apuesta por garantizar la correcta información que reciben las unidades familiares, tanto en la financiación como en la compra o arrendamiento de una vivienda, facilitando la movilidad residencial de las unidades familiares a medida que sus necesidades cambian. Ello se regula en los artículos 32 a 38 de la Ley por el Derecho a la Vivienda. Complementariamente, para adecuar el parque de vivienda a las necesidades de las nuevas unidades familiares, el informe propone implementar programas de ayudas, dirigidas a conseguir la accesibilidad universal en las viviendas y como soluciones habitacionales alternativas,

así como implementar una estrategia nacional de regeneración urbana integral.

La Ley por el Derecho a la Vivienda tenía la oportunidad de sentar las bases legislativas completas de lo que en el informe se contiene, pero, tras su análisis, observamos como no se atienden la totalidad de los problemas señalados en el informe: ni las consecuencias negativas derivadas de la urbanización; ni la despoblación de zonas rurales, donde habita la población más envejecida; ni se establecen medidas estructurales, pues siguen siendo coyunturales, como suele ser tradición en la legislación de acceso a la vivienda en España.

Faltan soluciones que formulen a medio y largo plazo el modelo de acceso a la vivienda, y consideramos que ello pasaría por las siguientes acciones: el planteamiento de políticas de vivienda para estructurar territorialmente la cohesión poblacional; plantear el modelo urbano de ciudad y la distribución poblacional; la creación de un ente gestor del acceso a la vivienda, en la línea de la local housing authority o LHA del Reino Unido, que es un ente local destinado a estos efectos, e incluso su existencia a nivel autonómico; y, finalmente, abordar los grandes retos de futuro, basados en la asequibilidad, la sostenibilidad, la distribución poblacional y su concentración en las ciudades, y las nuevas tecnologías.

REFERENCIAS

Adler, D., & Ansell, B. (2020). Housing and populism. *West European Politics*, *43*(2), 344-365. https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/01402382.2019.1615322

Amenós Álamo, J., & Nieto Moreno, J.E. (2 de agosto de 2015). Deu reflexions i alguns dubtes sobre les sancions als bancs que són titulars d'habitatges buits. *Revista Catalana de Dret Públic Blog*. https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/02/deu-reflexions-i-alguns-dubtes-sobre-les-sancions-als-bancs-que-son-titulars-dhabitatges-buits-joan-amenos-alamo-i-juan-emilio-nieto/

Aranda, J. (21 de junio de 2021). La pandemia paraliza la absorción del excedente de viviendas sin vender en pleno debate sobre cómo castigar las casas vacías. *El País*. https://elpais.com/economia/2021-06-22/la-pandemia-paraliza-la-absorcion-del-stock-de-viviendas-sin-vender-en-pleno-debate-sobre-como-castigar-las-casas-vacias.html

Argelich Comelles, C. (2017). La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación. *E-Legal History Review*, (25), 1-47.

(2018). *La expropiación temporal del uso de viviendas*. Marcial Pons.

(2020). Una reformulación comparada del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto-Ley 7/2019. *Actualidad civil*, (1), 1-49.

Arroyo, R. (2021, 7 de octubre). La ley de la vivienda pone en jaque la inversión en alquiler residencial. *Expansión*. *https://www.expansion.com/economia/2021/10/09/61609758e5fdeadc7e8b463a.html*

Arruñada, B. (2022a, 3 de abril). Usted alquile, que yo fijaré la renta. *The Objective*. https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-04-03/alquiler-fijar-renta/

(2022b, 17 de abril). El alquiler en manos de curanderos. *The Objective*. https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-04-17/alquiler-en-manos-curanderos/

(2022c). *Comentario a las nuevas regulaciones del alquiler* (Working Paper 12/2022). https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-12.pdf

Banco de España (2022). *Informe Mercados de la vivienda en el área del euro. Principales indicadores, factores comunes y medidas macroprudenciales adoptadas para la corrección de desequilibrios sistémicos*. https://www.bde.es/bde/es/

Barjola, J. M. (2022, 1 de abril). Alquiler por 11 meses, la pirueta legal para echar al inquilino y subir precios. *El País.* https://elpais.com/economia/negocios/2022-04-02/alquiler-por-11-meses-la-pirueta-legal-para-echar-al-inquilino-y-subir-precios.html

Bermúdez Prieto, J. (2021). Las necesidades del mercado, más allá de la nueva Ley de la Vivienda. *Inmueble, revista del sector inmobiliario*, (214), 35-40.

Benedito, I. (2022, 9 de octubre). Así afecta la nueva Ley de vivienda al mercado inmobiliario. *Expansión*. *https://www.expansion.com/economia/2021/10/09/61609758e5fdeadc7e8b463a.html*

Carbonell Sanchis, C. (2019). A vueltas con el recargo en el IBI para las viviendas desocupadas. *El Consultor de los Ayuntamientos*, (3), 40-47.

Colom, E. (2021, 9 de diciembre). El Govern balear ejecuta la expropiación de 16 pisos para destinarlos a vivienda social. *El Mundo*. https://www.elmundo.es/baleares/2021/12/09/61b1ff7bfdddffc73a8b45cd.html

Coyuntura Económica (2022). *La inflación y la incertidumbre frenan la recuperación de las empresas*. https://www.ieemadrid.es/wp-content/uploads/Coyuntura-Economica-N.o-76-Julio-2022.pdf

Díaz Romero, M. R. (2014). Fomento del arrendamiento urbano en tiempos de crisis económica propuesta de reforma de la ley de Arrendamientos Urbanos y Desarrollo de Planes de Vivienda Social. En L. Díez-Picazo, & J. Miquel González (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (pp. 1107-1140). Thomson Reuters Aranzadi.

Doménech Pascual, G. (2012). Prohibido regar: ¿Expropiación o delimitación de la propiedad no indemnizable? *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (39-40), 269-291.

Europapress (2 de marzo de 2021). El Gobierno balear inicia la expropiación de 56 casas de grandes tenedores, con un coste de 1,8 millones por siete años. *Europapress*, https://www.europapress.es/illes-balears/noticia-govern-inicia-expropiacion-56-viviendas-grandes-tenedores-coste-total-18-millones-siete-anos-20210302123352.html

Eurostat (2022). *Estadísticas sobre vivienda*. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Housing_statistics/es&oldid=498645

Fedea (2022). *El proyecto de Ley de Vivienda 2022.* https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2022/ap2022-11.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio

Fuentes Lojo, A. (3 de marzo de 2022). Los alquileres de media estancia: una bomba de relojería. *Expansión.* https://www.expansion.com/juridico/opinion/2022/03/03/6220980e468aebbe0f8b4633.html

Fuentes Lojo, A., Salas Carceller, A., Magro Servet, V., Molina Roig, E., & Llobet Aguado, J. (2021). ¿Es válida la Cláusula Berlín en un arrendamiento de vivienda? *Actualidad Civil*, (6), s.p.

Ftáčnik, M., Lambea-Llop, N., Rasnača, L., & Nasarre Aznar, S. (2021). *Concrete Actions for Social and Affordable Housing in the EU*. https://feps-europe.eu/wp-content/uploads/2021/01/Concrete-actions-for-social-and-affordable-housing-in-the-EU.pdf

Galapero Flores, R. (2019). El recargo en el IBI sobre las viviendas desocupadas. *Tributos locales*, (142), 129-147.

Gamazo Chillón, J. (2021). Análisis actual del mercado inmobiliario ante una nueva ley de vivienda. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia,* (24), 25-44.

García, E. (6 de octubre de 2021). Casi media España no aplicará la futura ley de vivienda. *El País*. https://elpais.com/espana/2021-10-06/casi-media-espana-no-aplicara-la-futura-ley-de-vivienda.html

García Teruel, R., & Nasarre Aznar, S. (2022). Quince años sin solución para la vivienda: La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* (98), 183-223.

Grande Grandas, C. (2021). La nueva Ley de Vivienda tendrá nefastas consecuencias. *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario,* (214), 14-17.

Hernández, M. (2 de febrero de 2022). La letra pequeña de la Ley de Vivienda que ha dividido al Gobierno: alcance limitado y sin límite a los precios antes de las próximas elecciones. *El Mundo.* https://www.elmundo.es/economia/vivienda/2022/02/02/61f9749afc6c8395608b45e4.html

Iglesias Gonzáles, F. (2013). Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal. En F. García, & F. González (coords.), *Reflexiones sobre la Vivienda en España* (pp. 15-62). Thomson Reuters.

Instituto Nacional de Estadística [INE]. (1950). *Censo de edificios y viviendas de 1950.* https://www.iberlibro.com/Censo-edificios-viviendas-1950-Tomo-Cifras/30295960080/bd

(2011). *Censos de Población y Viviendas 2021.* https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176992&menu=ultiDatos&idp=1254735572981

(2020). *Proyección de Hogares 2020 - 2035*. https://www.ine.es/prensa/ph_2020_2035.pdf

(2022). *Estadística de ejecuciones hipotecarias iniciadas en los registros de la propiedad*

trimestre 3/2022. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176993&menu=ultiDatos&idp=1254735576757

Marín García, I. & Milà Rafel, R. (2007). El alquiler forzoso de la vivienda desocupada. *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, (2), 1-33

Millar-Powell, B., Brys, B., O'Reilly, P., Rehm, Y., & Thomas, A. (2022). *Measuring effective taxation of housing: Building the foundations for policy reform.* (Working Paper 56). https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/measuring-effective-taxation-of-housing_0a7e36f2-en

Ministerio de Fomento (2015). *Plan de Infraestructuras, transporte y vivienda PITVI (2012-2024)*. https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/planes-estrategicos/2024/pitvi-2012/2024/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012/plan-de-infraestructuras-transporte-y-viviend-pitvi-2012-2024

(2019). *Agenda Urbana Española*. https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW061

Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Dirección General de Vivienda y Suelo (2020). *Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín especial Vivienda Social 2020*. https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072

Nasarre Aznar, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda: De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Tirant lo Blanch.

(2021a, 13 de octubre). La tormenta perfecta que precede a la Ley de Vivienda. *Hay Derecho*. https://www.hayderecho.com/2021/10/13/tormenta-perfecta-precede-ley-vivienda/

(2021b). Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia: *Derecho Privado y Constitución*, (37), s.p. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02

(2021c, 26 de octubre). *Las mañanas de RNE con Íñigo Alfonso* [Programa de Radio]. RTVE Play.

(2022, 1 de abril). Diez aspectos mejorables en la futura Ley de Vivienda que reducirían su inseguridad jurídica. *Confilega*l. https://confilegal.com/20220221-diez-aspectos-mejorables-en-la-futura-ley-de-vivivenda-que-reducirian-su-inseguridad-juridica/

Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (2021). *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo.* https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

Parra, E. (25 de octubre de 2021). El Gobierno aprueba este martes la primera Ley de Vivienda de la democracia. *Europapress*. https://www.europapress.es/economia/noticia-gobierno-aprueba-martes-primera-ley-vivienda-democracia-20211025164144.html

Ponce Solé, J. (2008). *El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda*. En J. Ponce Solé, & D. Sibina (coords.), *El Derecho de la Vivienda en el Siglo XXI* (pp. 65-176). Marcial Pons.

(2015). Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor). *Revista Catalana de Dret Públic Blog*. http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/

Quelart, R. (15 de octubre de 2016). ¿Qué hacen las Administraciones con los pisos vacíos? *La Vanguardia*. https://www.lavanguardia.com/vida/20161016/411001635131/pisos-vacios-catalunya.html

RTVE (6 de octubre de 2021). El Gobierno calcula que 150.000 pisos podrían ver regulado su alquiler con la Ley de Vivienda. *RTVE*. https://www.rtve.es/noticias/20211006/gobierno-calcula-150000-pisos-podrian-ver-regulado-su-alquiler-ley-vivienda/2181902.shtml

Sempere, P. (2022a,16 de marzo). El Gobierno estudia congelar temporalmente la actualización de los alquileres al IPC. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/15/economia/1647339687_588343.html?id_externo_rsoc=TW_CC

(2022b, 14 de abril). Fuga de casas en alquiler por la ley de vivienda y el límite a la actualización del IPC. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/04/12/economia/1649784058_808981.html

Sibina Tomás, D., & Ponce Solé, J. (2008). El derecho de la vivienda en el siglo XXI: Sus relaciones

con la ordenación del territorio y el urbanismo. *Marcial Pons*.

Torío, L. (1 de marzo de 2022). Fuga en el alquiler por la ley de vivienda: hasta 32.000 pisos podrían pasar a la media estancia. *El Economista*. https://www.eleconomista.es/vivienda/noticias/11631566/02/22/Fuga-en-el-alquiler-por-la-ley-de-vivienda-hasta-32000-pisos-podrian-pasar-a-la-media-estancia.html

Torres, L. (2 de marzo de 2022). Los promotores tachan la Ley de Vivienda de ideológica e ineficaz. *El Economista*. https://www.eleconomista.es/vivienda/noticias/11643017/03/22/Los-promotores-tachan-la-Ley-de-Vivienda-de-ideologica-e-ineficaz.html

Wilson, W. (5 de septiembre de 2019). *Empty Dwelling Management Orders* (Briefing Paper 04129). https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04129/SN04129.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Española [C.E.], B.O.E. n. 311, Dec. 29, 1978 (España).

Decreto Ley 149/2021. Regulación del programa de ayudas para la realización de actuaciones de eficiencia energética en explotaciones agropecuarias y acuerdo de la concesión directa de las ayudas de este programa a las comunidades autónomas (B.O.E., 2021, 59) (Esp).

Ley 18/2007, Derecho a la Vivienda (B.O.E., 2008, 50) (Esp.).

Real Decreto Ley 42/2022 Regulación del Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-25 (B.O.E., 2022, 16) (Esp.).

Sentencia del Tribunal Constitucional español, 23 de marzo de 2018 (B.O.E., No. 72) (Esp.)

Sentencia del Tribunal Constitucional español, 12 de abril de 2018 (B.O.E., No. 124) (Esp.)

10.18800/themis.202301.007

EL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA EN LIMA METROPOLITANA A PROPÓSITO DE LA LEY 31313, LEY DE DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE Y EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL

THE RIGHT OF ACCESS TO HOUSING IN METROPOLITAN LIMA REGARDING LAW NO. 31313, LAW OF SUSTAINABLE URBAN DEVELOPMENT AND THE DRAFT REGULATION ON SOCIAL HOUSING

Guadalupe Díaz Rodríguez*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Carla Navarro Fernández**
Universidad Femenina del Sagrado Corazón

This article aims to address the issue of access to land and housing deficit in Metropolitan Lima taking into account Law No. 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y la publicación del proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social*, approved by Ministerial Resolution 338-2022-VIVIENDA from November 29, 2022. Moreover, the article seeks to reflect on the social housing policies promoted in recent years to address the qualitative and quantitative housing deficit in Metropolitan Lima.*

To this end, we first refer briefly to the foundation, recognition and constitutional protection of the right to housing. Then, we address the social and legal context of the demographic increase and informal possession, as well as the background and legislative treatment of this problem in recent years. Finally, we analyse the main proposals and modifications contained in Law No. 31313, the draft Regulation of Social Interest Housing, and the latest developments on the subject, including jurisprudence of the Constitutional Court.

Keywords: Right to housing; informal possession; urbanism; VIS.

El artículo tiene como objetivo abordar la problemática del acceso al suelo y déficit de vivienda en Lima Metropolitana, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible y la publicación del proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social, aprobado mediante Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA de fecha 29 de noviembre de 2022. Específicamente, el artículo busca reflexionar sobre las políticas de vivienda social promovidas en los últimos años para atender el déficit cualitativo y cuantitativo de viviendas en Lima Metropolitana.

Para tales efectos, en primer lugar, nos referimos brevemente al fundamento, reconocimiento y protección constitucional del derecho a la vivienda. Luego, abordamos el contexto socio-jurídico sobre el incremento demográfico y posesión informal, así como los antecedentes y tratamiento legislativo de esta problemática durante los últimos años. Finalmente, analizamos las principales propuestas y modificaciones contenidas en la Ley 31313, el proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social, y las últimas novedades acontecidas sobre la materia, incluyendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Derecho a la vivienda; posesión informal; urbanismo; VIS.

* Abogada. Asociada del Área de Proyectos del Estudio Carrizales, Infraestructura y Servicios Públicos S.A.C. (Lima, Perú). Contacto: gudiaz@carrizales.pe

** Abogada. Especialización en Derecho de la Construcción por la Universidad del Pacífico y Desarrollo de Proyectos Inmobiliarios por ESAN. Actual candidata a maestra en Educación con mención en Docencia Superior y Gestión del Aprendizaje por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Se desempeñó como Asociada Senior en el Área de Real Estate del Estudio Echecopar y como Asociada Principal en el Área Inmobiliaria y de Saneamiento de Tierras de Rubio Leguía Normand y Asociados. Consultora independiente, columnista en el portal jurídico Dimensión Mercantil, colaboradora en el Diario La República edición digital y ponente en eventos académicos, donde aborda temas de su especialidad (Lima, Perú). Contacto: carla.navarro365@gmail.com

Las autoras agradecen la colaboración de Mariana Victoria Reyes Vásquez, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Directora de la Dirección de Gestión y Coordinación en Vivienda y Urbanismo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y actual candidata a maestra en Gestión y Planificación Urbana Regional por la Universidad Nacional de Ingeniería, quien realizó valiosos aportes en los temas relacionados a su sector.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 21 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 26 de junio de 2023.

I. FUNDAMENTO Y PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA

El derecho a una vivienda adecuada es reconocido como derecho humano en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1]; reconocimiento además desarrollado en otros instrumentos de carácter internacional, dentro de los cuales cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Observación General número 4 y la Observación General número 7[2].

A nivel internacional, el derecho a la vivienda garantiza el acceso de todas las personas a una vivienda que satisfaga las necesidades básicas de habitabilidad, privacidad, seguridad, salubridad y accesibilidad, sin discriminación alguna. Además, incluye la obligación de los Estados a tomar medidas positivas a efectos de afianzar la disponibilidad de vivienda digna para aquellos que no pueden acceder a ella por sus propios medios.

El primer párrafo del artículo 11 del PIDESC alude específicamente al derecho de toda persona a un nivel de vida y vivienda adecuado, lo que incluye un progreso constante sobre los términos de subsistencia. Este dispositivo es desarrollado en la Opinión General número 4, en la cual se hace referencia no solo a las garantías mínimas para el acceso a una vivienda digna, sino también a la estrecha relación de este derecho con la probabilidad de obtención de tierras y la protección legal de su poder de hecho. Con ello, se identifica el acceso a la tierra como un elemento del derecho a una vivienda adecuada y, en esa línea, se exhorta a los Estados Parte a acoger disposiciones para otorgar certidumbre sobre el suelo a los sectores poco beneficiados[3].

En similar sentido, la Opinión General número 7 vincula el derecho a la vivienda con el derecho de propiedad, y señala que los Estados Parte deben prestar especial atención a las afectaciones que se producen como consecuencia de la discriminación jurídica y otras manifestaciones de desigualdad relacionadas con el derecho de propiedad, entre ellas, el derecho de acceder a la propiedad, la vivienda; o a su titularidad. Y es que, sin la posibilidad de acceso a un terreno apropiado, o la seguridad jurídica de su tenencia, difícilmente se podrá cubrir las expectativas del derecho a la vivienda. Es por ello que el acceso a la tierra se transforma en un elemento crucial para formular las políticas de vivienda en la legislación nacional.

En Perú, los artículos 10 y 18 de la Constitución Política de 1979 reconocían expresamente el derecho a la vivienda[4], lo que no se regula en nuestra Constitución Política vigente (a pesar de las múltiples iniciativas legislativas que se han presentado para obtener su incorporación expresa)[5]. No obstante,

---

1 Artículo 25.1: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, […]" (1948).

2 Las observaciones generales son documentos que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elabora periódicamente, a fin de coadyuvar a una adecuada interpretación y aplicación de los derechos humanos reconocidos en el PIDESC.

3 Observación general número 4: El derecho a una vivienda adecuada

> […] e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. […] **Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política**. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho. (1991) [el énfasis es nuestro].

4 Los artículos 10 y 18 de la Constitución Política de 1979 indicaban expresamente:

> **Artículo 10**. Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.
>
> **Artículo 18**. El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien caimán y con la participación de la comunidad local. El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquilerventa. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo el interés

5 En el año 2021 la Comisión de Constitución del Congreso de la República presentó el Proyecto de Ley 05839/2020-CR, mediante el cual propuso incorporar el derecho fundamental a la vivienda digna en el numeral 25 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, del modo siguiente:

> Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
>
> […]
>
> 25. A tener acceso a una vivienda digna y adecuada, la cual debe contar con acceso a los servicios públicos básicos.

si bien la Constitución de 1993 no alude explícitamente a la vivienda como un derecho fundamental, ello no implica que este derecho se encuentre exento de protección constitucional.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretan a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hayan sido ratificadas por el Perú; como es el caso del derecho a la vivienda. Además, el artículo 3 de la Constitución Política garantiza la protección de aquellos derechos que, aunque no se encuentren expresamente reconocidos en nuestra Carta Magna, estén fundados en la dignidad humana o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho a la vivienda debe ser considerado en la 'cláusula de derechos innominados' del artículo 3 de la Constitución Política de 1993, pues está íntimamente conectado al principio de dignidad humana, dado que "la posibilidad de contar con un ambiente adecuado, saludable, seguro y apropiado a las necesidades de la persona resulta indispensable para que ésta pueda desarrollar con el mayor grado de libertad todos los atributos inherentes a su personalidad"[6].

Finalmente, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que el ámbito de protección del derecho a la vivienda comprende (i) el acceso sin discriminación y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada; y (ii) el no ser privado arbitraria e ilegalmente de la vivienda[7].

Lamentablemente, en nuestro país las posibilidades de acceso al suelo y/o a una vivienda adecuada aún se encuentran en tránsito hacia la idoneidad. El déficit cuantitativo y cualitativo de viviendas en el Perú no es un asunto reciente: se trata de una problemática que deriva de la conjunción de diversos factores y que afecta a gran parte de la sociedad, la misma que se ve obligada a residir en asentamientos humanos o posesiones informales.

II. CONTEXTO SOCIO JURÍDICO SOBRE EL ASENTAMIENTO INFORMAL Y DÉFICIT HABITACIONAL EN LIMA METROPOLITANA

A. Cuestión previa

De manera preliminar, debemos anotar que no existe una definición clara sobre lo que debe entenderse por asentamiento o posesión informal. Se usan muchos sinónimos para referirse a este fenómeno, entre ellos, asentamientos 'informales', 'ilegales', 'espontáneos', o 'marginales'. Calderón propone los términos 'ilegal' e 'informal' para referirse a los mercados de tierras; y define de 'ilegal' a la acción o actividad que va en contra expresa del ordenamiento jurídico vigente; mientras que considera 'informal' a la acción de agentes económicos que no se adhieren a las reglas institucionales existentes o a quienes se les niega protección (1999, p. 42).

La definición de ambos términos nos permite distinguir entre aquellas actividades que podrían calificar como un delito ('ilegales'), de aquellas vinculadas a actividades económicas que no tienen amparo jurídico ('informales'). Sin embargo, lo cierto es que ambos conceptos confluyen en una misma idea: el conflicto de la actividad con el ordenamiento jurídico, ya sea por transgresión u omisión.

En el presente artículo emplearemos el término 'informalidad' para englobar la posesión que se realiza al margen de las normas jurídicas y sin título alguno. En ese sentido, nos acogemos a la definición propuesta por el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU Hábitat), según la cual los asentamientos informales son aquellas áreas en las cuales: (i) el predio podría estar desprovisto de infraestructura urbana o servicios básicos, (ii) los habitantes no ostentan derecho de tenencia sobre las tierras o viviendas que poseen, y (iii) las viviendas podrían incumplir la normatividad de planificación urbana (2015).

B. Factores vinculados al asentamiento informal en Lima Metropolitana

Son múltiples los factores que propician la constitución y permanencia de los asentamientos infor-

El Estado promueve a través de políticas públicas que incentiven a los sectores públicos, privados o mixtos el acceso a dicho derecho fundamental, dándole especial atención a los grupos vulnerables.

El Estado tiene el deber de salvaguardar este derecho, por tanto, dispone todas las medidas que correspondan para hacer efectivo el mismo.

El proyecto de reforma fue aprobado en primera votación con 113 votos a favor; sin embargo, no obtuvo el número de votos requeridos para su aprobación en la segunda votación.

6 Fundamento 2 de la sentencia recaída en el Expediente 00011-2010-PI/TC.

7 Fundamento 128 de la sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC.

males en Lima Metropolitana. Sin embargo, para efectos del presente análisis convenimos en destacar los siguientes:

a) Migración masiva y densidad demográfica: El auge en la densidad demográfica de Lima Metropolitana se remonta a los años sesenta, setenta y parte de los años ochenta. Su origen responde, entre otros, al fenómeno migratorio interno de la época y a la búsqueda de mejores posibilidades económicas.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a partir de la década de los sesenta hubo 'explosión demográfica' con una tasa de crecimiento promedio anual del 2.8%, llegando a su cúspide en los años setenta (2022).

De este modo, para los primeros años del Siglo XXI el 72.3% de la población peruana se concentraba en el área urbana, en la costa se ubicaba el 52.2% de la población, en el departamento de Lima el 29.1% y en Lima Metropolitana y Callao el 28%[8].

Este incremento en la densidad demográfica conllevó a la necesidad urgente de la población para acceder a terrenos para vivienda, lo que derivó en la proliferación de invasiones de terreno que posteriormente se consolidaron en asentamientos informales.

b) Déficit de suelo urbanizable y de vivienda: Como consecuencia del incremento demográfico y, a su vez, de la demanda de vivienda; muchas familias se vieron forzadas a buscar terrenos disponibles en las áreas periféricas de Lima Metropolitana, los cuales en muchos casos resultaban totalmente inadecuados para la construcción de edificaciones.

Así, la mayoría de las áreas ocupadas durante los años sesenta y setenta no reunían las condiciones necesarias para la construcción. En muchos casos los grupos familiares se ubicaron en suelos desérticos o arenosos que dificultaron el proceso de urbanización, lo que se mantiene hasta la actualidad.

Es así como el déficit de suelo urbanizable y de vivienda en Lima Metropolitana se produjo no solo a nivel cuantitativo, sino también a nivel cualitativo[9].

De acuerdo con el Plan Nacional de Vivienda 2006-2015[10], en el año 2001 el déficit habitacional total ascendía a 1 233.000 viviendas, de las cuales 326,000 (26%) correspondían a un déficit cuantitativo; mientras que 907 000 (74%) correspondían a viviendas con inadecuadas características físicas y hacinamiento (déficit cualitativo). Asimismo, se precisó que el mayor nivel de déficit cuantitativo y cualitativo se concentraba en Lima con un 40.9%.

c) Costos elevados en los procesos de construcción de la vivienda formal: El déficit cualitativo habitacional en Lima Metropolitana viene asociado a la construcción informal de viviendas: edificaciones ejecutadas sin ningún tipo de asistencia técnica o supervisión.

La construcción de una vivienda formal implica una inversión que muchas familias no pueden asumir, sumado a la demanda de tiempo y esfuerzo en el trámite de permisos y autorizaciones administrativas para la ejecución de la construcción. Tales factores convierten a la autoconstrucción informal de vivienda en una opción mucho más atractiva y viable. Citando a Turner, Fernandez-Maldonado destaca lo siguiente:

> En un artículo titulado 'El Movimiento Barrial' (Mangin & Turner, 1968, p.155 citado en Fernandez-Maldonado 2015) aseguraban que "los ocupantes ilegales están interesados principalmente en la consolidación de su inversión en vivienda, en lograr que sus hijos vayan a la escuela, y en identificarse como propietarios respetables". Turner afirmaba que el problema de la vivienda definido en términos de estándares mínimos modernos, era prácticamente insoluble porque una gran proporción de los grupos de escasos y medianos recursos en países en desarrollo no pueden pagar las viviendas mínimas. Repetidamente, Turner abogó

[8] Las cifras corresponden al Plan Nacional de Desarrollo Urbano 2009-2015 denominado 'Perú: Territorio para Todos, Lineamientos de Política 2006 - 2015'; aprobado el 25 de julio de 2006 mediante Decreto Supremo 018-2006-VIVIENDA.

[9] El déficit cuantitativo corresponde a hogares que no poseen vivienda o no cumplen con la función de protección de los habitantes; mientras que el déficit cualitativo corresponde a viviendas con deficiencias en calidad con respecto a su material de construcción, hacinamiento y los principales servicios básicos como el agua potable, electricidad y desagüe (INEI, 2016).

[10] El Plan Nacional de Vivienda, denominado 'Vivienda para Todos 2006-2015' fue publicada el 15 de marzo de 2006 mediante Decreto Supremo 005-2006-VIVIENDA.

por el apoyo a los procesos espontáneos de construcción del hábitat, en lugar de su erradicación (Turner, 1967; 1968; 1969; 1972 citado en Fernandez-Maldonado 2015).

En este escenario, la consolidación de los asentamientos informales se caracteriza por la autoconstrucción de viviendas que, sin el debido diseño y asesoría técnica, devienen en edificaciones precarias y sin condiciones básicas de habitabilidad.

Respecto a la proliferación de viviendas informales, en "El otro sendero", De Soto advierte que, a junio de 1984, el valor total de los inmuebles ubicados en los asentamientos informales de Lima ascendía a 8 319.8 millones de dólares, mientras que la inversión estatal para la construcción de viviendas formales fue solo de 173.6 millones de dólares.

d) Falta de políticas públicas efectivas: La falta de políticas públicas efectivas y programas de vivienda asequibles durante el auge de densidad demográfica en Lima contribuyó a la expansión de la informalidad en la posesión de tierra y viviendas.

Como veremos más adelante, la política de vivienda en Lima durante los años setenta a los noventa vino marcado por el reconocimiento y legitimación del Estado sobre las posesiones informales, lo que propició el aumento de la ocupación ilegal de tierras.

Al respecto, Ramírez y Riofrío advierten que el Estado peruano aprovechó un escenario en el que las familias de menos recursos demandaban un espacio vital para iniciar allí su propio esfuerzo en edificar la vivienda. Así, destacan los autores que el gobierno no adoptó acciones sostenidas o a largo plazo que permitieran producir viviendas accesibles para las familias de muy bajos ingresos; de modo que la política de dotación de viviendas se convirtió en una simple política de dotación de terrenos, sin la necesidad de invertir en grandes esfuerzos económicos o políticos (2006, p. 14).

Lo anterior supuso que la estrategia para afrontar las necesidades de las mayorías urbanas con menos recursos obtenga mínimos o nulos resultados.

III. MARCO NORMATIVO

A. Sobre el saneamiento físico legal y la regularización de títulos de propiedad

El 14 de enero de 1961 se expidió la Ley 13517, Ley orgánica de barrios marginales y aumento de capital de la Corporación Nacional de la Vivienda; mediante la cual se declaró de utilidad pública e interés nacional la remodelación, saneamiento y legalización de los barrios marginales ubicados en áreas urbanas y suburbanas.

A través de la Ley 13517 el Estado buscó frenar la formación de nuevos barrios marginales[11] y, a su vez, delimitar y reconocer aquellos preexistentes, a fin de convertirlos en urbanizaciones populares de interés social. Así, el Estado peruano se convertiría en uno de los primeros gobiernos a nivel de América Latina en reconocer las ocupaciones informales para obtener su regularización y promover su mejoramiento.

Pese a los objetivos indicados en la Ley 13517, esta tuvo un efecto adverso. En lugar de reducir la formación de asentamientos informales, la norma "fue concebida en la percepción popular como una carta libre para futuras ocupaciones" (Calderón, 1998, p. 102). De esta manera, entre 1960 y 1968 se formaron hasta 111 nuevas barriadas, de las cuales 81 se asentaron sobre tierras de propiedad pública y 29 sobre tierras de propiedad privada (Calderón, 2009, p. 232)

Los esfuerzos de la Corporación Nacional de Vivienda y, luego, de los gobiernos locales, fueron insuficientes para atender el fenómeno de la posesión informal. En palabras de Calderón:

> Tras tres o cuatro experiencias, el gobierno 1963 - 1968 desistió de tal propósito y, más bien, empezó a tolerarlo o estimular la creación de nuevas barriadas (Collique, Canto Chico). En realidad, el gobierno estaba más interesado en promover modalidades formales de urbanización que en reconocer a barriadas […] (1998, p. 102).

En 1996, la competencia del saneamiento físico legal pasó a manos de la Comisión de Formaliza-

[11] En el artículo 2 de la Ley 13517 se dispuso expresamente lo siguiente:

> Prohíbase la formación de barrios marginales. Los que no obstante esta prohibición intentaran formarse o se formaren después de la promulgación de esta ley, o se hubiesen constituido con posterioridad al 20 de setiembre de 1960, quedan excluidos de los beneficios que esta ley concede solo para los barrios marginales preexistentes.

ción de la Propiedad Informal (en adelante, COFOPRI), órgano a cargo del programa especial de formalización de la propiedad creado por Decreto Legislativo 803 de fecha 22 de marzo de 1996. En el marco de dicha regulación, COFOPRI asumió la labor de identificar y calificar las posesiones informales en el ámbito nacional, adjudicar los predios del Estado, realizar el saneamiento físico legal de la propiedad informal y promover su acceso al registro.

Desde su creación, COFOPRI inició una campaña masiva de titulación. Clichevsky señala que, solo entre 1996 y 2004, se entregaron en todo Perú 1 425.688 títulos en 13 localidades; de los cuales 1 188.094 correspondían a propietarios de viviendas en barriadas, 43,272 a propietarios en asociaciones y cooperativas de vivienda, y 194.322 a población de programas de vivienda del Estado; mientras que el resto estuvo distribuido en organizaciones de base y entidades titulares de lotes comunales, lotes comerciales y lotes de mercado (2009, p. 75).

No obstante lo anterior, la regularización masiva en los títulos de propiedad no fue suficiente para abordar los problemas estructurales de informalidad y pobreza en las áreas urbanas, que requerían enfoques integrales y sostenibles a largo plazo. Sumado a ello, otro problema fue la concentración de los esfuerzos de COFOPRI en la capital, lo que dejó fuera otras áreas urbanas y rurales que también sufrían de informalidad. Y es que, de los 1 425.688 títulos, 635.851 fueron otorgados solo en Lima (Clichevsky, 2009, p. 75).

En general, la experiencia peruana de formalización durante esta época presentó una doble fragmentación: por un lado, se disoció la formalización de una adecuada política de vivienda –como veremos más adelante– y, de otro, se separó la formalización jurídica de la regularización o mejoramiento urbanístico (Calderón, 2009, p. 49).

Como consecuencia de lo anterior, Calderón señala que, después de la masiva distribución de títulos de propiedad a finales de los años noventa, se estableció una nueva secuencia de formalización, caracterizada por la 'invasión' como primer paso, seguido de la obtención del título de propiedad, y, finalmente, la habilitación de servicios para vivienda (2009, p. 51).

Desafortunadamente, esta secuencia de expansión urbana informal ha sido promovida y legitimada desde la propia autoridad. Lejos de desarrollar una política integral de promoción de acceso a la tierra, las políticas de Estado se han orientado a reconocer y legitimar posesiones informales de manera indefinida, mediante sucesivas prórrogas y procesos de regularización.

Así, por ejemplo, en el año 2006 se expidió la Ley 28687, Ley de desarrollo y complementaria de formalización de la propiedad informal, acceso al suelo y dotación de servicios básicos, en mérito a la cual se reguló el saneamiento de las posesiones informales constituidas hasta el 31 de diciembre de 2004. No obstante, el ámbito de aplicación de la norma fue ampliado por la Ley 31560 hacia aquellas posesiones informales que se hubiesen constituido hasta el 31 de diciembre de 2015.

Bajo el mismo enfoque, a través de la Ley 28923 de fecha 8 de diciembre de 2006 se aprobó un régimen temporal, excepcional y progresivo para la formalización y titulación de predios de naturaleza urbana por COFOPRI. En dicho cuerpo normativo se precisó que el régimen –denominado 'temporal' y 'extraordinario'– tendría una vigencia de tres años; sin embargo, la Ley 31560 prorrogó dicho plazo hasta el 31 de diciembre de 2026.

De este modo, observamos que la cultura de la informalidad se viabiliza desde el propio aparato estatal, el cual fomenta un crecimiento desordenado de la ciudad a través de políticas que toleran y legitiman la ocupación informal de terrenos. Tal como señala Calderón:

> En la búsqueda de legitimidad social el Estado expide leyes y dispositivos que al intentar responder a las demandas de la sociedad lo llevan a contradecir sus propias propuestas de política pública (el desencuentro entre los propósitos de la titulación y la política de vivienda a partir del 2002 es una muestra) o, inclusive, "legalizar la informalidad", es decir, adoptar dispositivos que en lugar de establecer a los parámetros urbanísticos modernos y legales de la propiedad como parteaguas de definición, empiezan a tornar legales prácticas y demandas desde abajo que, usualmente, han sido observadas como informales (2019, p. 62).

En ese mismo sentido, Villegas indica:

> Los ciudadanos adquieren lotes sin habilitación urbana, sin título y en muchos casos en zonas de riesgo, en el entendido de que, el Estado a través de la inversión estatal los dotará de servicios públicos y a través de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) de títulos de propiedad. Es así como el Estado aparece como el mayor promotor de la informalidad […] (2021).

Una lógica similar se observa respecto de adquisición, construcción y mejoramiento de viviendas.

Investigaciones recientes señalan que de las 71 mil viviendas que se construyen en Lima anualmente, 50.000 de ellas (70.4%) son informales, generadas mediante la autoconstrucción (Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios, 2019).

B. Sobre la promoción de viviendas de interés social y facilidades de acceso al crédito.

Los antecedentes de política de promoción de acceso a la vivienda se remontan al gobierno de Oscar R. Benavides y la atención hacia la vivienda obrera. Las iniciativas llevadas a cabo por programas de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, la Junta Pro Desocupados[12] y en particular la Junta Departamental de Lima Pro Desocupados[13], dieron luz verde a los denominados 'Barrios Obreros', antecedentes más resaltantes sobre soluciones de vivienda masiva.

Posteriormente, y bajo el régimen de Jose Luis Bustamante y Rivero, se creó la Corporación Nacional de Vivienda[14] con el fin de mejorar las condiciones de habitación a nivel nacional, en relación con la higiene y temas de carácter técnico, económico y social. Con ello, y mediante estrategias estatales y privadas en términos de donaciones, financiamientos y construcción de proyectos, se atendió la demanda de soluciones habitacionales mediante las llamadas 'Unidades Vecinales'.

Lo anterior ejemplifica esfuerzos de ejecución de proyectos inmobiliarios con participación exclusiva o prioritaria estatal en la obtención de los terrenos y planificación. Sin embargo, ello va cambiando con, entre otros, la creación del Fondo Hipotecario de Promoción a la Vivienda (en adelante, Fondo MIVIVIENDA). Este órgano fue creado a través de la Ley 26912 del 16 de enero de 1998 con los recursos del entonces Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), con el propósito de complementar el financiamiento del sistema económico del país para la adquisición de Viviendas de Interés Social (VIS)[15].

Con la expedición de la Ley 26912 el rol del Estado se orientó a la promoción de acceso al crédito y financiamiento para las familias de menos recursos, mientras que la ejecución total de proyectos de vivienda social se encomendó al sector privado. Como señala Meza, durante esta época el papel del Estado estaría vinculado únicamente a dar facilidades de financiamiento, mas no a construir proyectos, labor derivada a entidades privadas (2016, p. 57).

Como parte de la política de apoyo a los sectores de menos recursos, mediante Resolución Ministerial 054-2002-VIVIENDA de fecha 15 de septiembre de 2002 se creó el programa 'Techo Propio' a fin de promover, facilitar y establecer mecanismos que permitan el acceso de los sectores populares a una vivienda digna.

En esa línea, a través de la Ley 27829, publicada el 20 de setiembre de 2002, se aprobó la creación del Bono Familiar Habitacional (en adelante, BFH). Actualmente, la Ley 27829 establece que el BFH es un subsidio directo complemento de ahorro único, sin cargo de restitución, a favor de las familias que carecen de recursos suficientes para obtener o mejorar una única solución habitacional.

Según la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley 27829, aprobado por Decreto Supremo 013-2007-VIVIENDA, el BFH comprende tres modalidades de participación, dependiendo de las necesidades de los grupos familiares, a saber:

a) Adquisición de Vivienda Nueva: Dirigida a las familias que no tienen vivienda ni terreno para que adquieran una VIS o VIS Priorizada. Las familias escogen una unidad de vivienda dentro del catálogo de proyectos con código de registro Techo Propio y suscriben un contrato de compraventa con el promotor inmobiliario. El bono resulta una ayuda económica que se suma al ahorro con el que ya cuenta la familia (que funge como cuota inicial), y, finalmente, la diferencia puede ser pagada con un crédito complementario o de manera directa por la familia.

b) Construcción en Sitio Propio: Destinado a la construcción de vivienda para aquellas familias que tienen un terreno propio o aires independizados sin cargas ni gravámenes. Las familias suscriben un contrato de ejecución

[12] Creada mediante Decreto Ley 7103, promulgado el 10 de abril de 1931.

[13] Reformada mediante la Ley 8499, Ley sobre el Control y Aplicación de los fondos Pro Desocupados y disponiendo que ninguna otra se inicie sin la autorización del Gobierno, promulgada el 01 de febrero de 1937.

[14] Mediante la Ley 10722 promulgada el 16 de noviembre de 1946, Ratificando y dando fuerza de Ley al Estatuto de la Corporación Nacional de la Vivienda, aprobado por Resolución Suprema del 05 de octubre de 1946.

[15] El 1 de enero del 2006 el Fondo MIVIVIENDA se convierte en Sociedad Anónima, en virtud de la Ley 28579 y el Decreto Supremo 024-2005-VIVIENDA.

de obra con una empresa de construcción denominada Entidad Técnica, previamente autorizada por el Fondo MIVIVIENDA.

c) Mejoramiento de Vivienda: Esta modalidad comprende la ejecución de obras de mejoramiento para viviendas inscritas sin cargas ni gravámenes. Al igual que la modalidad de Construcción en Sitio Propio, las familias suscriben un contrato de ejecución de obra con una empresa de construcción denominada Entidad Técnica, previamente autorizada por el Fondo MIVIVIENDA.

Es preciso considerar que, si bien actualmente se cuenta con dos productos habitacionales para la promoción de la vivienda, la naturaleza y funcionamiento de cada uno difiere.

Techo Propio es un programa habitacional a cargo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, MVCS), cuyo principal beneficio es el otorgamiento del subsidio Bono Familiar Habitacional bajo conducción, administración, control y monitoreo a cargo del Fondo MIVIVIENDA. El Fondo MIVIVIENDA evalúa la elegibilidad de las familias y desembolsa finalmente los BFH a las empresas, de acuerdo con cada modalidad.

En cambio, el Nuevo Crédito MIVIVIENDA es un crédito hipotecario, el cual es colocado a los ciudadanos a través de instituciones financieras, bancos y cajas –como cualquier crédito hipotecario regular del mercado– con características y beneficios específicos a efectos de reducir el déficit habitacional, como el otorgamiento del 'Bono del Buen Pagador'.

Desde el 2003 hasta febrero 2023, el Fondo MIVIVIENDA desembolsó en Lima un total de 46.523 BFH. El detalle del desembolso de BFH según modalidad se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Desembolso del Bono Familiar Habitacional

Departamento	Adquisición de Vivienda Nueva	Construcción en Sitio Propio	Mejoramiento de Vivienda	TOTAL
Número de bonos desembolsados				
TOTAL	**98 761**	**392 958**	**10 199**	**501 918**
LIMA	11 404	29 979	5 140	46 523

Departamento	Adquisición de Vivienda Nueva	Construcción en Sitio Propio	Mejoramiento de Vivienda	TOTAL
Número de bonos desembolsados				
TOTAL	**2 805 641**	**8 389 647**	**82 814**	**11 278 101**
LIMA	298 603	592 778	39 889	931 270

Fuente: elaboración propia a partir de Fondo MIVIVIENDA (2023)

Como se podrá observar, la mayoría de BFH otorgados en Lima se concentran en la modalidad de Construcción en Sitio Propio, cuyo valor actual asciende a S/ 592 778; mientras que el otorgamiento de bonos para la Adquisición de Vivienda Nueva (S/ 298.603) y Mejoramiento de Vivienda (S/ 39.889) es notablemente inferior.

No obstante la creación de estos programas, el respaldo del Estado en la legalización de la informalidad se ha promovido no solo respecto de las ocupaciones informales, sino también en la regularización de edificaciones ejecutadas sin licencia.

Recuérdese que, en el artículo 3 de la Ley 27157, publicada el 20 de julio de 1999, el gobierno autorizó la regularización de aquellas edificaciones construidas sin licencia de obra. Además, a través del artículo 30 de la Ley 29090, publicada el 25 de septiembre de 2007, autorizó la regularización de las edificaciones construidas sin licencia de edificación después del 20 de julio de 1999 y hasta el 31 de diciembre de 2008.

Posteriormente, el régimen de regularización de la Ley 27157 fue extendido a aquellas edificaciones ejecutadas sin licencia de construcción hasta el 31 de diciembre de 2016; mientras que la Ley 29090 recogió los supuestos de habilitaciones urbanas ejecutadas hasta el 17 de septiembre de 2018, y edificaciones construidas desde el 1 de enero de 2017 hasta el 17 de septiembre de 2018.

Así las cosas, las políticas de vivienda evidencian que el Estado ha optado por mantener la regularización de la informalidad, no solo en lo que respecta al acceso de terrenos, sino también en la ejecución de viviendas sin autorización. Si de un lado se promueven modalidades de adquisición de vivienda formal –como Construcción en Sitio Propio, Adquisición de Vivienda Nueva y Mejoramiento de Vivienda– resulta contradictorio que se mantengan políticas de regularización de edificaciones ejecutadas al margen de la ley.

Sobre este punto, en la Exposición de Motivos de la Ley 31313 se concluye que el régimen de

vivienda actual tiene una consecuencia no deseada: la generación de la expectativa de que un lote adquirido mediante ocupaciones informales o tráfico de terrenos pueda titularse y habilitarse, para –finalmente– edificar una vivienda sobre él (que pueda regularizarse en un tiempo aproximado de 14 años).

En la misma línea, el Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE) afirma que existe un régimen paralelo que no solo tolera la ocupación informal de terrenos y la construcción informal de vivienda, sino que ofrece canales para facilitar su formalidad: provisión gratuita de infraestructura de agua y saneamiento, pistas y parques, y eventualmente, un título de propiedad (2020, p. 12).

Este escenario mantiene un círculo vicioso en el que se promueve un sistema de incentivos perversos para el tráfico ilegal de terrenos y la informalidad, debido a las deficiencias de las políticas urbanas y de vivienda existentes.

IV. SITUACIÓN DEL DÉFICIT HABITACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA POR LA COVID-19 Y ABORDAJE DE POLÍTICAS PÚBLICAS RECIENTES

La realidad señalada en los párrafos anteriores nos muestra que la política de vivienda adoptada en los últimos años no ha logrado cubrir la demanda cuantitativa y cualitativa de vivienda de los sectores populares del país.

A lo anterior se suman los estragos producidos durante la etapa de pandemia por la COVID-19. Cifras internacionales (Naciones Unidas, 2021) demuestran que los indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) del año 2020 disminuyeron respecto del año 2019, lo que no había ocurrido antes; y, además, la pandemia empeoró la situación de los habitantes de los barrios marginales.

El Perú no ha sido la excepción. Conforme a las cifras de pobreza monetaria[16] del año 2020 publicadas por el INEI (2021, p. 18) se tiene lo siguiente:

> Para el año 2020, el 30.1% de la población del país, que equivale en cifras absolutas a 9 millones 820 mil personas, se encontraban en situación de pobreza, es decir, tenían un nivel de gasto inferior al costo de la canasta básica de consumo compuesto por alimentos y no alimentos. Al comparar estos resultados con el nivel obtenido en el año 2019, se observa que los niveles de pobreza han sufrido un fuerte incremento de 9,9 puntos porcentuales, que equivale a 3 millones 330 mil personas pobres, más que en el año 2019.

Tomando en cuenta que la cifra registrada en el año 2010 era de 30.8%, se concluye que la pandemia de la COVID-19 tuvo como efecto un retroceso de diez años en términos de lucha contra la pobreza. Del mismo modo, y en relación con la presente investigación, tenemos los siguientes indicadores de déficit habitacional en hogares urbanos y rurales:

Gráfico 2: Déficit habitacional en hogares urbanos y rurales

6. BONO FAMILIAR HABITACIONAL / 7. APOYO AL HABITAT RURAL													
NOMBRE DEL INDICADOR	**Medida**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**
PERÚ: PORCENTAJE DE HOGARES QUE TIENEN DÉFICIT HABITACIONAL, 2013-2017	%				14,6	13,6	12,9	11,7	11,2				
PERÚ: PORCENTAJE DE HOGARES QUE TIENEN DÉFICIT HABITACIONAL, 2018-2021	%									10,4	10,2	10,8	11,2
PERÚ: PORCENTAJE DE HOGARES CON DÉFICIT CUANTITATIVO DE VIVIENDA, 2013-2017	%				2,1	2,1	1,9	1,8	1,9	1,8	1,9	2,1	2,3
PERÚ: PORCENTAJE DE HOGARES CON DÉFICIT CUALITATIVO DE VIVIENDA, 2013-2017	%				12,5	11,5	11,0	9,9	9,3				
PERÚ: PORCENTAJE DE HOGARES CON DÉFICIT CUALITATIVO DE VIVIENDA, 2018-2021	%									8,6	8,3	8,7	8,9

Fuente: elaboración propia en base a INEI (2021)

[16] Según el enfoque monetario (conforme al cual se utiliza el gasto como indicador de bienestar), si las personas residen en hogares cuyos gastos per cápita: (i) son insuficientes para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos, son consideradas como pobres; y, (ii) están por debajo del costo de la canasta básica de alimentos, son consideradas como pobres extremos.

Como se aprecia, el porcentaje de hogares con déficit habitacional entre los años del 2013 al 2019 venía decreciendo del 14.6% al 10.2%, respectivamente. No obstante, en la pandemia los indicadores subieron, hasta llegar a 11.2% al año 2021.

Lo mismo ha sucedido respecto de los déficits cuantitativo y cualitativo de vivienda. En ambos casos, los porcentajes venían decreciendo de 2.1% y 12.5% respectivamente (año 2013) hasta 1.9% y 8.3%, respectivamente (año 2019). Sin embargo, para el año 2021, las cifras aumentaron hasta llegar a 2.3% y 8.9% de hogares con déficits cuantitativos y cualitativos de vivienda, respectivamente.

Esta situación, entre otras desarrolladas previamente, ha motivado la necesidad de adoptar políticas públicas que busquen alinearse al Objetivo de Desarrollo Sostenible 11 de la Agenda 2023 para el Desarrollo Sostenible: lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles; y además adoptar las orientaciones brindadas por la Nueva Agenda Urbana Ilustrada del año 2021.

Es así que el 25 de julio de 2021 se publicaron: (i) la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo al año 2030, aprobada mediante Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA (en adelante, PNVU), cuyo principal objetivo es proveer a la población en general de condiciones de habitabilidad dignas y adecuadas; y, (ii) la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, con el objeto de establecer principios, lineamientos, instrumentos y normas en materia de acondicionamiento territorial, planificación urbana, y uso y gestión del suelo urbano (en adelante, Ley DUS).

De este modo, se han establecido hasta cinco reglamentaciones para la implementación de la Ley DUS, a saber: (i) Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana, aprobado mediante Decreto Supremo 012-2022-VIVIENDA de fecha 04 de octubre de 2022; (ii) Reglamento de Vivienda de Interés Social, actualmente en prepublicación; (iii) Reglamento de Operador Público del Suelo, actualmente en elaboración; (iv) Reglamento de Instrumentos de Gestión del Suelo, actualmente en elaboración; y, (v) Reglamento de Fiscalización y Sanciones, actualmente en elaboración.

V. LA 'VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL' REGULADA EN LA LEY 31313, LEY DE DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE Y SU REGLAMENTO.

La Ley DUS introduce interesantes cambios normativos e innovaciones en materia edificatoria y urbanística, los cuales han merecido la opinión y comentarios de diversos especialistas. Sin embargo, en esta oportunidad nos referimos especialmente a aquellas disposiciones vinculadas a la promoción y regulación de la VIS.

El 29 de noviembre de 2022 se publicó el Proyecto de Reglamento de la VIS, a través de la Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA (en adelante, Proyecto de Reglamento VIS). El entonces director general de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo del MVCS, señaló que "la propuesta normativa está orientada a reducir la informalidad en la construcción de unidades habitacionales a través de incentivos para que los promotores inmobiliarios tengan herramientas para la construcción de viviendas de interés social" (Guardia Quispe, 04 de diciembre de 2022).

Luego de seis meses, el Viceministro de dicha cartera ha señalado que en los próximos días se publicará el Reglamento de la VIS, adelantando algunas novedades que aquel trae como resultado de las mesas técnicas realizadas entre su despacho, algunos municipios citadinos, los gremios y colegios profesionales del sector (Reyes Leyva, 08 de junio de 2023).

Dentro de las principales regulaciones del Proyecto de Reglamento VIS, y las novedades advertidas por el Viceministro, interesa destacar las siguientes: (i) el ámbito de aplicación preferente y el otorgamiento de incentivos para la implementación de programas de VIS; y (ii) la creación de Zonas Especiales de Interés Social y la denominada Zonificación Inclusiva, cuyos alcances y apreciaciones son desarrollados en las siguientes líneas.

A. Ámbito de aplicación preferente y otorgamiento de incentivos para la implementación de los programas de VIS

El artículo 12 del Proyecto de Reglamento VIS señala que el ámbito de ubicación preferente para la implementación de programas VIS comprende a las áreas clasificadas como 'suelo urbano consolidado'[17] en los Instrumentos de Planificación Urbana o Instrumentos de Planificación Urbana

[17] El suelo urbano consolidado es definido por el artículo 33.1.a de la Ley DUS como "áreas urbanas que predominantemente poseen adecuada dotación de servicios, equipamientos, infraestructuras y espacio público, necesarios para un nivel de vida de calidad y sobre las que se requieren acciones de mantenimiento y gestión" (2021).

Complementarios. Además, el artículo 49 inciso 3 de la Ley DUS señala que los proyectos de VIS y VIS Prioritaria[18] considerarán incentivos en los parámetros urbanísticos y edificatorios, los cuales deberán fijarse en el Reglamento respectivo.

En esa línea, el artículo 20 del Proyecto de Reglamento VIS establece los incentivos de edificación aplicables para la promoción de VIS, sobre la base de las condiciones y zonificación del predio, y según el tipo de construcción que se pretenda ejecutar.

Así, por ejemplo, en áreas con zonificación de densidad alta (ZDA) se permite la ejecución de viviendas multifamiliares con una altura de hasta 60 ml (27 pisos aproximadamente) con una densidad de hasta 6.000 habitantes, sobre lotes de 600 m2; y, en áreas con zonificación de densidad media (ZDM), conjuntos residenciales con una altura máxima de 37.50 ml (17 pisos aproximadamente), sobre lotes de 2.500 m2 y con una densidad de hasta 3.500 habitantes.

Ahora bien, como parte de las novedades del Proyecto de Reglamento VIS, se señaló que (i) las mayores alturas de los edificios siempre se realizarán en las áreas con ZDA y ZDM (y no en las áreas con zonas de densificación baja, mejor conocidas como 'ZDB'); (ii) los municipios deberán destinar un mínimo del 10% de su territorio para el desarrollo de VIS; y, (iii) los promotores deberán realizar pagos a las municipalidades provinciales y distritales en partes iguales, para sus proyectos con altura adicional para VIS.

Estos cambios no son menores; más aún si se toma en cuenta que algunos gobiernos locales ya establecieron disposiciones para limitar el desarrollo de proyectos inmobiliarios de VIS en sus jurisdicciones. Tal es el caso de la Municipalidad de Lima, que a través de la Ordenanza 2361 –publicada el 20 de junio de 2021– limitó la ejecución de proyectos VIS en el Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana; es decir, en los distritos de La Molina, Santiago de Surco, San Borja, San Isidro, Miraflores, Magdalena y Surquillo.

De hecho, con ocasión al espacio otorgado por el MVCS para el recojo de aportes de la ciudadanía, se han reiterado los cuestionamientos de ciertos sectores de Lima Metropolitana hacia la aprobación de los proyectos VIS. Específicamente, los municipios han criticado la incompatibilidad de los proyectos VIS en espacios de 'residencialidad consolidada' y la no garantía de provisión de equipamiento y estructura de servicios adecuados; lo que justificaría el rechazo de proyectos con espacios menores a 60 m2 para vivienda (Equipo Editorial de RPP, 13 de febrero de 2023). Además, bajo la misma línea argumentativa se han formulado opiniones vecinales contrarias al Proyecto de Reglamento VIS, precisando que debe mantenerse un "distrito limpio, ordenado y seguro, con áreas verdes, cuidando su residencialidad"; como si incorporar VIS supusiera lo contrario.

A partir de la declaración del Viceministro del MVCS, algunos municipios han cuestionado la cesión del 10% de su territorio para el desarrollo de VIS, declarando que no acatarán la medida por afectar la residencialidad del distrito y el flujo vehicular.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, si bien en materia de organización del espacio físico y uso del suelo los gobiernos locales tienen competencia para normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias de construcción; dichas funciones se deben realizar con sujeción a la regulación provincial y nacional dictada para tales efectos. Siendo ello así, cualquier limitación o restricción vinculada a la ejecución de proyectos de VIS debe ser debidamente justificada por la autoridad local, y debe sustentarse en aspectos verificables.

Y es que, ciertamente, la demanda de VIS requiere que el Estado promueva la ejecución de proyectos inmobiliarios acequibles a la población de menos recursos económicos, a efectos de aumentar la oferta de vivienda formal y, con ello, reducir el déficit habitacional en su esfera cuantitativa. Esto exige, además, que los proyectos sean desarrollados en áreas céntricas y estratégicas de la capital, facilitando la reducción de tráfico, costos de transporte y contaminación del medioambiente, y abordando el déficit habitacional en su esfera cualitativa.

En cualquier caso, lo que debe evitarse son narrativas con componentes expresa o tácitamente discriminatorios y, menos aún, normativas que aumenten la segregación y/o exclusión de los sectores menos favorecidos.

Balakrishnan Rajagopal, actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a una vivien-

[18] Conforme al artículo 81.2 de la Ley DUS, la VIS Prioritaria se dirige a la población agrupada en los sectores I, II y III conforme a quintiles de ingreso y, principalmente, aquellos asentados en zonas de vulnerabilidad social o de riesgo no mitigable.

da adecuada[19], menciona que las jurisdicciones locales son potenciales decisores en la lucha contra la discriminación y en la promoción de la equidad en el acceso a la vivienda, al desempeñar una función principal en la regulación del uso de la tierra y el alquiler de viviendas; por lo que recomienda examinar la legislación vigente en materia de vivienda para prevenir y prohibir discriminaciones en el derecho a una vivienda apropiada, sumado a realizar seguimientos periódicos con miras a detectar discriminaciones sistémicas en relación con la vivienda y adoptar medidas para eliminarlas (Naciones Unidas, 2021, pp. 24-25).

B. Zonas Especiales de Interés Social (ZEIS) y Zonificación Inclusiva

Otro de los ámbitos de ubicación para la implementación y ejecución de programas VIS son las Zonas Especiales de Interés Social (ZEIS), las cuales pueden ser reguladas en los Planes de Desarrollo Urbano (PDU), conforme lo establece el artículo 48 de la Ley DUS[20].

La norma no señala qué debe entenderse por una ZEIS y tampoco encontramos una definición de este concepto en el Proyecto de Reglamento VIS[21]. No obstante, el referido artículo precisa que las ZEIS serán objeto de urbanización, renovación o regeneración urbana, conceptos definidos en la Ley DUS[22] para el fomento y promoción de VIS. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley DUS señala:

> El segundo rubro (capítulo III) incluye mecanismos que utilizan la regulación urbana para incrementar la oferta de suelo disponible (principalmente, para la promoción de la Vivienda de Interés Social), así como para reducir la especulación inmobiliaria. En este rubro se incluye:
>
> a) La declaración de Zonas Especiales de Interés Social: La cual permite establecer zonas en áreas de suelo consolidado o no consolidado, pero integrados a la red urbana a efectos de impulsar y/o incrementar la provisión de Vivienda de Interés Social. […] Se recoge, de esta manera, la experiencia de las *Zona Especial de Interesse Social* empleada en Brasil, en las localidades de Recife, Diadema o Rio de Janeiro […] (Rolnik y Santoro, 2013).

Se destaca esta figura en escenarios de desastres naturales como huaicos, deslizamientos y derrumbes, los cuales no son poco frecuentes en nuestro país y afectan primordialmente las viviendas informales[23], con lo cual se brinda una alternativa de reubicación de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad social o asentadas en zonas de riesgo no mitigable.

Ahora, si bien se busca reservar áreas específicas para la ejecución de proyectos de VIS en zonas estratégicas de la ciudad, las cuales deberán ser reguladas en Planes Específicos, estimamos necesario que la declaración de ZEIS sea acompañada de incentivos suficientes para que el empresario o desarrollador inmobiliario considere económicamente viable apostar por desarrollar proyectos inmobiliarios en áreas urbanas declaradas como ZEIS.

Pese a ello, la propuesta como parte de las novedades del Reglamento VIS es un pago a cargo de los desarrolladores inmobiliarios por la utilidad generada de cada piso adicional que reciba el proyecto VIS, a favor de los municipios, equivalente al 2.5% del valor total de la obra, cancelado un 50% al momento de su ejecución y el 50% al momento de su entrega.

Los gremios inmobiliarios han mostrado su apoyo a esta medida[24], teniendo en cuenta que el pago adicional será un incentivo para la aprobación de

---

19 Los Relatores Especiales son nombrados por el Consejo de Derechos Humanos a efectos de ocuparse temporal y gratuitamente de un tema particular en calidad de expertos independientes.

20 Artículo 48. Declaración de Zonas Especiales de Interés Social

> 48.1. Los Planes de Desarrollo Urbano pueden establecer Zonas Especiales de Interés Social a ser reguladas mediante Planes Específicos. Estas zonas serán objeto de urbanización, renovación o regeneración urbana, y serán destinadas al fomento y promoción de proyectos de Vivienda de Interés Social o para la reubicación de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad social o asentadas en zonas de riesgo no mitigable (2021).

21 Probablemente el Reglamento de Instrumentos de Gestión del Suelo (en elaboración) sí la contenga.

22 Artículo 70. Renovación o regeneración urbana

> 70.1 Es el proceso permanente y coordinado de acciones preventivas y correctivas, de mejoramiento urbano, en términos de transformación de usos, seguridad física, Gestión del Riesgo de Desastres y compatibilidad ambiental, destinadas a contrarrestar la obsolescencia de usos, el deterioro físico de las edificaciones e infraestructura, la degradación en áreas urbanas identificadas en una determinada localidad, favoreciendo la recomposición del tejido económico y mejoramiento de las condiciones sociales para sus residentes; actuando dentro del marco general de Planes de Desarrollo Urbano o Planes de Desarrollo Metropolitano, según corresponda (2021).

23 Véase a Ybáñez (17 de mayo de 2023).

24 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (14 de junio del 2023).

proyectos VIS y, seguramente, reducirá la oposición de los municipios ante la propuesta normativa. Sin embargo, lo cierto es que –muy probablemente– el costo adicional por los proyectos VIS sea trasladado al beneficiario real: aquellos grupos familiares de menores recursos económicos.

Esto pone en evidencia la contradicción de la medida: si, por un lado, se busca la promoción del acceso a vivienda para los sectores de menor solvencia, por otro, se encarecería el costo de VIS en base a la mayor altura de construcción de los proyectos.

Si bien se ha señalado que este ingreso adicional coadyuvará a la mejora de la infraestructura urbana y servicios públicos del área destinada a VIS, conviene destacar que el incremento de proyectos VIS ya generará mayores ingresos a favor de las municipalidades, como consecuencia del aumento en el pago de la tributación municipal (esencialmente, impuesto predial y arbitrios).

Con ello, vemos necesario repensar y reevaluar la idoneidad de este pago adicional y, con mayor prioridad, determinar cuál es el impacto real de la medida en la promoción de la VIS.

Finalmente, respecto de la Zonificación Inclusiva, esta se encuentra regulada en el artículo 49 de la Ley DUS[25], y supone la exigencia a toda habilitación urbana residencial ubicada en áreas con zonificación de densidad media o alta, de un porcentaje mínimo del 10% del área total habilitada para VIS o VIS Prioritaria.

Se trata de un instrumento de regulación urbana destinado a coadyuvar al acceso de vivienda social. Citando a Brown y Minton, Bosch Meda destaca lo siguiente:

> Muy probablemente, esta expansión del *inclusionary zoning* se debe a sus dos grandes ventajas: su bajo coste como mecanismo de producción de vivienda social, y su potencial capacidad de mejora de la cohesión social. El único gasto público que genera la promoción de dichas viviendas son las ayudas públicas disponibles para la construcción de vivienda social a que puedan acogerse. Esto es posible gracias a que no se trata de operaciones puntuales aisladas, sino de actuaciones integradas en ámbitos de desarrollo urbanístico en los cuales los costes quedan compensados con creces por los beneficios generados, es decir, por la generación de plusvalías. Por otro lado, la posibilidad de planificar conjuntamente las políticas de vivienda con las urbanísticas permite llevar a cabo un repartimiento más homogéneo de las viviendas asequibles y, por tanto, de los hogares con bajos ingresos, evitando de este modo la segregación urbana y la concentración de pobreza (Brown, 2001; Minton, 2002, citado en Bosch 2015, pp. 90-91).

Cabe aquí recordar las Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada, siendo una de ellas la Directriz número 8: "Erradicar la discriminación y velar por la igualdad", en virtud de la cual se establece que los programas sociales en materia de vivienda no tengan efectos discriminatorios y sean adecuados para aliviar los efectos de la discriminación contra grupos marginados; de modo que se aborden las circunstancias particulares de estos, y se garantice la igualdad formal y sustantiva a través de medidas positivas que corrijan las desventajas en el ámbito de vivienda (Naciones Unidas, 2019, pp. 12-13).[26]

El mecanismo para la implementación de esta forma de producción de VIS, en definitiva, recaerá en los incentivos que se otorguen para la ejecución de proyectos inmobiliarios. Lamentablemente, lejos de establecer estímulos para ello, las declaraciones de algunos gobiernos locales, así como la falta de claridad en las medidas aplicables a este tipo de proyectos, han generado mayor incertidumbre en los actores involucrados.

VI. PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Al debate generado durante los últimos meses sobre el Reglamento VIS se suma el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, materializado en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2023, recaída en los Expedientes acumulados 00001-2021-PCC/TC y 00004- 2021-PCC/TC.

[25] Artículo 49. Zonificación Inclusiva

> 49.1. La zonificación inclusiva consiste en la exigencia a toda habilitación urbana residencial ubicada en áreas con zonificación de densidad media o alta, que se ejecuten a lo largo del territorio nacional, de prever, necesariamente, un porcentaje mínimo de Vivienda de Interés Social o Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria. Dicho porcentaje mínimo será establecido en el Plan de Desarrollo Urbano correspondiente y considerará un mínimo del 10% (diez por ciento) del área total que se habilite, atendiendo a las necesidades de viviendas de interés social y a las características del territorio de la jurisdicción correspondiente (2021).

[26] En concordancia con la Observación General número 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Recomendación General número 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

En la sentencia se reconoce que el MVCS es el ente rector encargado de la emisión de políticas públicas en materia de vivienda y urbanismo, así como en desarrollo urbano y en VIS. Sin embargo, se precisa que tal competencia no se extiende a la regulación de zonificación, planeamiento urbano y determinación de altura máxima de edificaciones, tareas que corresponden exclusivamente a los gobiernos locales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional deja en claro que las áreas donde se desarrollarán VIS, así como las alturas que serán aplicables a estos proyectos, deberán ser determinadas por los gobiernos locales; de modo que el MVCS no puede determinar qué tipos de zonificación deberán comprender a los proyectos de VIS.

Ahora bien, ¿ello supone que los gobiernos locales podrán negarse al desarrollo de proyectos VIS en su jurisdicción? Consideramos que no. Tal como se indica en la sentencia, "en aplicación del principio de cooperación y lealtad […] al ejercer la competencia exclusiva de determinar la zonificación, es obligación de los municipios realizar su máximo esfuerzo técnico para facilitar la ejecución de los aludidos proyectos"[27] (Tribunal Constitucional, 2023).

De este modo, dada la relevancia que tienen los proyectos VIS en la concretización del derecho fundamental de acceso a una vivienda digna, el Tribunal Constitucional hace un llamado a las municipalidades a sumar esfuerzos coordinados para facilitar los proyectos VIS.

Sobre este asunto es preciso recordar que la competencia exclusiva sobre la regulación de la zonificación corresponde, en estricto, a las municipalidades provinciales; pese a lo cual algunos alcaldes de Lima Metropolitana ya han adelantado qué zonas de su jurisdicción son las que se destinarán a proyectos VIS[28].

Otro punto a destacar de la sentencia es la ratificación de las competencias del MVCS sobre las condiciones mínimas que debe tener la estructura de la edificación habitacional aplicable a las VIS. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que corresponde al MVCS determinar el porcentaje de área techada vendible o neta de vivienda vendida para VIS, el número mínimo de estacionamientos, el área de las azoteas que pueden ser techadas, el área libre mínima y los parámetros relacionados con las áreas libres de conjuntos residenciales y cálculo del aporte de recreación pública.

Lo anterior ciertamente supondrá una revisión de las medidas propuestas por el Viceministro con miras a la próxima publicación del Reglamento de la VIS[29]. Y es que, atendiendo al fallo de la sentencia en materia de zonificación, lo que se ha publicitado como noticia es que ciertos municipios distritales no acatarán la exigencia de disponer un mínimo del 10% de su territorio para el desarrollo de proyectos VIS.

En este contexto, consideramos que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional abre una oportunidad para zanjar potenciales conflictos entre el MVCS y las municipalidades respecto de lo que el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación mantiene vigente en materia de VIS, por ser de competencia del MVCS (planeamiento urbano que no comprende zonificación ni altura máxima en edificaciones), y que actualmente es realizado a nivel municipal por vía de zonificación.

Con ello, el otorgamiento de incentivos para la implementación de los programas de VIS no debe perder de vista una debida evaluación técnica que considere la capacidad y soporte del suelo, el reforzamiento de servicios de agua y desagüe, las dimensiones y distribución de espacios, entre otros; a efectos de evitar externalidades que, entendemos, no es lo que se pretende como política de vivienda.

VII. REFLEXIONES FINALES

El tránsito hacia la formalidad requiere de un régimen de saneamiento de la propiedad y de las edificaciones. Sin embargo, ello debe ir acompañado de políticas que velen por el ordenamiento territorial y un desarrollo urbano sostenible, lo que implica una evaluación de soluciones integrales a mediano y largo plazo, adecuadas a cada contexto sociodemográfico. Pero además y, sobre todo, la informalidad demanda cambios de paradigmas para la atención de esta problemática, enraizados en todos los niveles de participación y decisión.

La evaluación respecto a si instrumentos como la VIS y su reglamentación, coadyuvan o no al ejer-

[27] Fundamento 119 de la sentencia recaída en los Expedientes acumulados 00001-2021-PCC/TC y 00004- 2021-PCC/TC.

[28] Véase a Equipo Editorial de la Revista Construir (13 de junio de 2023); Equipo Editorial del Diario Digital Construyendo (19 de junio de 2023) (09 de junio de 2023).

[29] El MVCS prometió su publicación para junio del presente año 2023. No obstante, la publicación de la Sentencia generaría su retraso.

cicio del derecho a la vivienda en su componente de acceso y formalización para ciertos sectores de la población –sin desatender las necesidades del resto de operadores en el mercado inmobiliario– aún está por verse, sobre todo frente a contextos postpandemia y de fenómenos naturales que evidencian el alto costo de la precariedad habitacional.

La esperada publicación del Reglamento de la VIS ha generado numerosas intervenciones de actores del quehacer inmobiliario y urbanístico, entre ellos ciertos municipios de la ciudad, el Estado a través del MVCS y el TC, los gremios inmobiliarios y de construcción y diversos especialistas quienes aportan al debate. Sin embargo, no se debe perder de vista que todo lo anterior supone un medio y mecanismo, y que el verdadero fin es permitir hacer efectivo el derecho a la ciudad y el derecho a la vivienda de la población objetivo de la VIS, usuario final y verdadero interesado en que las políticas urbanas planteadas en la Ley DUS sobre VIS se vean reflejadas en su beneficio, entre ellas, reducir la brecha del déficit habitacional cualitativo y cuantitativo, y reducir la informalidad en la construcción de viviendas.

REFERENCIAS

Asociación de Desarrolladores Inmobiliarios. (23 de mayo de 2019). Se construyen unas 50 mil viviendas informales en Lima todos los años. *ADI Perú* https://adiperu.pe/noticias/adi-se-construyen-unas-50-mil-viviendas-informales-en-lima-todos-los-anos/

Bosch, J. (2015). La zonificación inclusiva en América Latina. *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, (183), 89-106.

Calderón, J. (1998). Regularización de la Tierra y Derecho: Perú y más allá. *Derecho, Espacio Urbano y Medio Ambiente,* 95-114.

(1999). Los mercados ilegales e informales de tierra urbana en América Latina. "Estado de la cuestión". *Debates En Sociología,* (23-24), 39-54.

(2009a). Títulos de propiedad, mercados y políticas urbanas. *Centro-h*, (3), 47-62.

(2009b). Políticas urbanas y expansión de las barriadas, 1961-2000. En P., Vega (ed), *Lima, diversidad y fragmentación de una metrópoli emergente* (1 ed., Vol. 3). Olacchi

(2019). El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD, 3*(3), 45-64.

Clichevsky, N. (2009). Algunas reflexiones sobre informalidad y regularización del suelo urbano. *Bitácora Urbano Territorial*, *14*(1), 63-88.

De Soto, H. (1989). *El otro sendero*. Instituto Libertad y Democracia.

Equipo Editorial del diario El Comercio. (14 de junio de 2023). A poco de publicarse el nuevo Reglamento de vivienda social ¿qué dicen los gremios?. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/economia/a-poco-de-publicarse-el-nuevo-reglamento-de-vivienda-social-que-dicen-los-gremios-sobre-el-proyecto-inmobiliarios-capeco-asei-adi-vivienda-y-urbanismo-en-peru-noticia/

Equipo Editorial de RPP. (13 de febrero de 2023). San Isidro considera "no viables" viviendas sociales porque "romperían residencialidad consolidada" del distrito. *Radioprogramas del Perú.* https://rpp.pe/lima/actualidad/san-isidro-considera-no-viables-viviendas-sociales-porque-romperian-residencialidad-consolidada-del-distrito-noticia-1466219

Equipo Editorial de la Revista Construir. (13 de junio de 2023). Alcalde de Miraflores: "No me pueden obligar (a tener un 10% del distrito para vivienda social)". *Revista Construir.* https://construir.com.pe/alcalde-de-miraflores-no-me-pueden-obligar-a-tener-un-10-del-distrito-para-vivienda-social/

Equipo Editorial del Diario Digital Construyendo. (19 de junio de 2023). Túnel La Molina-Miraflores se hará vía APP con peaje, afirma alcalde Uceda. *Diario Digital Construyendo.* https://www.construyendo.pe/noticias/construccion/tunel-la-molina-miraflores-se-hara-via-app-con-peaje-afirma-alcalde-uceda/

Equipo Editorial del Diario Digital Construyendo. (09 de junio de 2023). Surco pondrá condiciones para dar conformidad de obra a edificios de vivienda social. *Diario Digital Construyendo.* https://www.construyendo.pe/noticias/construccion/surco-pondra-condiciones-para-dar-conformidad-de-obra-a-edificios-de-vivienda-social

Fernandez-Maldonado, A. (2015). Las barriadas de Lima como estímulo a la reflexión urbana sobre la vivienda. Revisitando a Turner y de Soto. *Revista de Estudios sobre Vivienda (WASI), 2*(3), 7-24.

Fondo Mivivienda (s.f.). *ESTADÍSTICAS.* https://www.mivivienda.com.pe/portalweb/inversionistas/pagina.aspx?idpage=139

Guardia Quispe, K. (04 de diciembre de 2022). Más altura: lo que alista el Ministerio de Vivienda para la construcción de unidades inmobiliarias. *Diario Gestión.* https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/ministerio-de-vivienda-edificios-departamentos-viviendas-de-interes-sociales-parametros-urbanisticos-peru-altura-lima-top-lima-moderna-noticia/

Grupo de Análisis para el Desarrollo (2020). *Hacia una nueva Política de Vivienda en el Perú: Problemas y posibilidades.* https://adiperu.pe/wp-content/uploads/Documento-Base-Hacia-una-nueva-Politica-de-Vivienda-en-el-Peru-Problemas-y-posibilidades.pdf

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022a). *Indicadores de Resultados de los Programas Presupuestales 2021.* http://proyecto.inei.gob.pe/enapres/wp-content/uploads/2022/05/ENAPRES-Indicadores-de-Programas-Presupuestales-2021.pdf

(2022b). *Perú: 50 años de cambios, desafíos y oportunidades poblacionales.* https://www.fo.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1852/libro.pdf

Instituto Peruano de Economía (2021). *Pobreza 2020: El Perú retrocede 10 años.* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/pobreza2020/Pobreza2020.pdf

Meza, S. (2016). *La vivienda social en el Perú. Evaluación de las políticas y programas sobre vivienda de interés social. Caso de estudio: Programa "Techo Propio"*. (Tesis para optar por el grado de magister) Universidad Politécnica de Catalunya, Cataluña, España.

Naciones Unidas (2019). *Informe A/HRC/43/43 de Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. Directrices para la Aplicación del Derecho a una Vivienda Adecuada.* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/353/93/PDF/G1935393.pdf?OpenElement

(2021). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2021* https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021_Spanish.pdf

(2021). *Informe A/76/408 de Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. Discriminación en el contexto de la vivienda.* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/289/78/PDF/N2128978.pdf?OpenElement

Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (2015). *Documento Temático sobre Asentamientos Informales.* https://habitat3.org/wp-content/uploads/Issue-Paper-22_ASENTAMIENTOS-INFORMALES-SP.pdf

Ramírez, D. & Riofrío, G. (2006). *Formalización de la propiedad y mejoramiento de barrios: bien legal, bien marginal*. Desco.

Reyes Leyva, J.C. (08 de junio de 2023). Inmobiliarias deberán pagar a municipios para desarrollar viviendas de interés social. *Diario Gestión.* https://gestion.pe/economia/empresas/gobierno-inmobiliarias-deberan-pagar-a-municipios-para-desarrollar-viviendas-de-interes-social-propone-el-ministerio-de-vivienda-precio-de-viviendas-noticia/

United Nations (2021) *Sustainable Development Report 2021. The Decade of Action for the Sustainable Development Goals.* https://s3.amazonaws.com/sustainabledevelopment.report/2021/2021-sustainable-development-report.pdf

UN-Hábitat (2021). *La Nueva Agenda Urbana Ilustrada.* https://publicacionesonuhabitat.org/onuhabitatmexico/Nueva-Agenda-Urbana-Ilustrada.pdf

Villegas, M. (27 de agosto de 2021). La problemática del acceso a la vivienda en el Perú. *Foco económico.* https://dev.focoeconomico.org/2021/08/27/la-problematica-del-acceso-a-la-vivienda-en-el-peru/

Ybáñez, I. (17 de marzo de 2023). El 95% de las habilitaciones urbanas son informales en Perú y pone en riesgo a miles de familias ante desastres naturales. *Infobae.* https://www.infobae.com/peru/2023/03/17/ciclon-yaku-el-95-de-las-habilitaciones-urbanas-son-informales-en-peru-y-pone-en-riesgo-a-miles-de-familias-ante-desastres-naturales/

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23 (13 de diciembre de 1991).

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 7 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23 (1997).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Constitución Política del Perú [Const.] (1979) [Derogada].

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36.

Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, de 28 de febrero de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, con horizonte temporal al 2030, Diario Oficial *El Peruano*, de 15 de julio de 2021 (Perú).

Decreto Supremo 013-2007-VIVIENDA, Reglamento del Bono Familiar Habitacional, Diario Oficial *El Peruano*, de 20 de abril de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 018-2006-VIVIENDA, Aprueban Plan Nacional de Desarrollo Urbano, "PERÚ: Territorio para Todos", Lineamientos de Política 2006 - 2015, Diario Oficial *El Peruano*, de 25 de julio de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 005-2006-VIVIENDA, Aprueban "Plan Nacional de Vivienda - Vivienda para Todos: Lineamientos de Política 2006 - 2015", Diario Oficial *El Peruano*, de 15 de marzo de 2006 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

Ley 27829, Bono Familiar Habitacional (BFH), Diario Oficial *El Peruano*, 20 de septiembre de 2002 (Perú).

Ley 26912, Ley de Promocion del Acceso de la Poblacion a la Propiedad Privada de Vivienda y Fomento del Ahorro, Mediante Mecanismos de Financiamiento con Participacion del Sector Privado, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de enero de 1998 (Perú).

Ley 28687, Ley de Desarrollo y Complementaria de Formalización de la Propiedad Informal, Acceso al Suelo y Dotación de Servicios Básicos, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de marzo de 2006 (Perú).

Ley 13517, Ley Orgánica de Barrios Marginales y Aumento del Capital de la Corporación Nacional de la Vivienda, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de febrero de 1961 (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 de Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 1999 (Perú).

Ley 29090, Ley de Regulación de Habitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2007 (Perú).

Ordenanza Municipal 2361-2021-MML, Ordenanza que regula la ejecución de proyectos de habilitación urbana y edificación para vivienda de interés social en la provincia de Lima, Diario Oficial *El Peruano,* 17 de junio de 2021 (Perú).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dic. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA, Proyecto de Reglamento de la VIS, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 2022 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de junio de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00011-2010-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de julio de 2020, sentencia recaída en el Expediente 00018-2015-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de mayo de 2023, sentencia recaída en los Expedientes acumulados 00001-2021-PCC/TC y 00004- 2021-PCC/TC (Perú).

Enertika

INGENIERIA DE PROYECTOS EN OBRAS CIVILES Y MECANICAS

GAS NATURAL

INGENIERÍA OBRAS CIVILES

SEÑALIZACIONES

POZOS A TIERRA OBRAS MECÁNICAS

CANALIZACIONES

Calle Arica 420 Dpto. 305 Urb. Residencial América – Miraflores

(01) 480 - 4326
941 - 300 - 989

atencioncliente1@enertika.pe

10.18800/themis.202301.008

EL IMPACTO DE LAS POTESTADES URBANÍSTICAS DEL ESTADO EN EL SECTOR INMOBILIARIO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE IMPACT OF THE STATE´S URBAN PLANNING POWERS IN THE REAL ESTATE SECTOR AND ITS REPERCUSSIONS ON FUNDAMENTAL RIGHT

José Antonio Cerrón Valdivia*
Universidad San Martín de Porres

In this article, the author studies the delay or slowness of the procedures for the granting of urban and building licenses, which is mainly due to the lack of knowledge of the applicable regulations and/or the arbitrary or deficient exercise of municipal officials, which in turn results in the demand for greater requirements than those contemplated in the national regulatory framework, the creation of new administrative procedures, among others.

The delay of such procedures not only affects real estate projects, but also has an impact on the complementary activities and services necessary for their execution, such as the design, preparation and execution of the projects, the supervision of the works, the hiring and beginning of work by contractors, suppliers of inputs and services, administrators and workers, purchasers of real estate units, among other services and activities that contribute to the country's economy; as well as affecting property freedoms and recognized fundamental rights.

Keywords: Real estate sector; urban planning; urban qualifications; buildings; fundamental rights; urban inspector.

En el presente artículo, el autor realiza un estudio sobre la demora o lentitud de los procedimientos para el otorgamiento de licencias de habilitaciones urbanas y edificaciones, que se debe, principalmente, al desconocimiento de la normativa aplicable y/o al ejercicio arbitrario o deficiente de los funcionarios de las municipalidades, que a su vez se traduce en la exigencia de mayores requisitos de los contemplados en el marco normativo nacional, creación de nuevos procedimientos administrativos, entre otros.

La demora de dichos procedimientos no solo afecta a los proyectos inmobiliarios, sino también impacta en las actividades y servicios complementarios necesarios para su ejecución, tales como el diseño, elaboración y ejecución de los proyectos, la supervisión de las obras, la contratación y el inicio de labores de los contratistas, los proveedores de insumos y servicios, los administradores y trabajadores, los adquirentes de unidades inmobiliarias, entre otros servicios y actividades que contribuyen a la economía del país; así como la afectación a libertades patrimoniales y derechos fundamentales reconocidos.

Palabras clave: Sector inmobiliario; planificación urbana; habilitaciones urbanas; edificaciones; derechos fundamentales; revisor urbano.

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico (UP). Director General de la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Contacto: ja.cerronv@alum.up.edu.pe

El autor agradece a Gilber Yoel Lóbato Gálvez por el apoyo en la investigación.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 31 de marzo del 2023, y aceptado por el mismo el 27 de junio del 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Existe una relación muy estrecha entre el sector inmobiliario y el problema público diagnosticado en la recientemente aprobada Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, cuyo horizonte temporal está considerado hasta el año 2030, siendo este, "las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población, tanto interna como externa"; ello por cuanto dos de las causas directas del referido problema público son, por un lado, "la producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo" y, además, "el acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas" (Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento [MVCS], 2021, p. 9). Es, por tanto, que el crecimiento urbano en nuestro país se ha caracterizado por realizarse de manera informal, a expensas de procesos institucionalizados, lo que supone que la alta demanda de vivienda no ha sido satisfecha por el mercado formal.

Dicha relación se explica, además, por el concepto de habitabilidad, a partir del cual se construyó el mencionado problema público, dado que es posible definirla desde dos perspectivas: la habitabilidad de índole tanto interna como externa, en el que la primera hace referencia a las condiciones que presenta la vivienda, mientras que la segunda está supeditada al entorno urbano colindante o inmediato a la vivienda cuya composición contiene a la infraestructura y el equipamiento urbano. Así, para mejorar las condiciones de habitabilidad es necesario realizar actividades administrativas de fomento en favor del sector inmobiliario, pero sin comprometer la inobservancia de las normas sobre habilitaciones urbanas y edificaciones, cuya razón de ser radica en que las acciones de transformación del espacio físico no deben colisionar con fines de interés público.

En tal sentido, el objetivo de este trabajo es dar cuenta del impacto que ha generado en el sector inmobiliario el marco normativo sobre habilitaciones urbanas y edificaciones y cómo es que el uso equivocado, perverso o formalista de la regulación administrativa puede repercutir negativamente en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, a los diferentes actores que participan, y los derechos fundamentales, lo que resulta ser un contrasentido ya que la administración pública del Estado constitucional se justifica en brindar servicios públicos elementales con criterios de eficiencia.

Con ese afán, hemos decidido estructurar la presente exposición en cuatro apartados. En el primero desarrollaré la función que el ordenamiento jurídico le ha encomendado al Estado en materia de desarrollo urbano, así como su relación con el sector inmobiliario a través del ejercicio de sus competencias urbanísticas de planeamiento y ejecución urbana, este último concretizado a través de las licencias o autorizaciones emitidas por las municipalidades de nuestro país para autorizar la ejecución de las obras de habilitación urbana y las de construcción o edificación. El segundo apartado está reservado para describir el problema público relacionado a la ineficiencia o incapacidad para desarrollar procedimientos administrativos orientados a la emisión de actos administrativos que autoricen concretizar proyectos inmobiliarios tanto de habilitaciones urbanas y edificatorios, que tiene entre sus causas el desconocimiento de la normativa aplicable y el ejercicio arbitrario y/o deficiente de las competencias y funciones que la Ley 29792, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM), establece en materia de organización del espacio físico y uso del suelo. El tercero será la consecuencia de lo anterior, por cuanto sostendré que esta problemática viene vulnerando sistemáticamente derechos fundamentales de naturaleza socioeconómica. Por último, propondré una alternativa de solución que tiene como protagonista al revisor urbano, dada su calidad de actor de los procesos de habilitación urbana y edificación y cuya razón de ser es participar para simplificar administrativamente la función de ejecución urbana.

II. MARCO NORMATIVO SOBRE LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS ESTATALES EN EL SECTOR CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO

En el Perú, como señala Ludeña Urquizo, la producción urbanística del Estado en sus inicios tuvo como expresión la conformación de barrios identificados generalmente bajo distintas denominaciones: barrio obrero, conjunto habitacional, unidad vecinal, urbanización popular de interés social, entre otras. Ante esta diversidad de situaciones, el urbanismo privado se estructura casi exclusivamente con un solo tipo de barrio denominado urbanización. En el caso de la tradición urbanístico barrial, es la barriada, también reconocida como pueblo joven o asentamiento humano (2004, p. 58). Es claro que, la producción urbanística es una de las manifestaciones de las civilizaciones o desarrollo cultural y grados de planificación de las ciudades; por ejemplo, en la época incaica, las ciudades tenías un trazado regular; sus calles pavimentadas, las casas eran construidas con piedras perfectamente asentadas, techos de paja (Ricardo Bustamante, 1929), etc.; cuyas manifestaciones también se encuentran vinculadas a diversos factores, tales como factores geográficos, sociales, económicos, políticos, estratégico, entre otros.

Es así como, en América Latina el proceso de crecimiento urbano se ha visto fuertemente influen-

ciado por las migraciones desde las zonas rurales hacia las zonas urbanas (dadas desde las primeras décadas del siglo XX hasta inicios de la década de los noventa en muchos casos), lo que ha generado altas concentraciones urbanas en las ciudades más importantes de cada país o región. En el Perú, no ajeno a los cambios o crecimiento demográfico global, el crecimiento desordenado de las ciudades, las normas urbanísticas nacen de los acontecimientos que ocurren en la ciudad de Lima[1], la generación de nuevos barrios desprovistos de obras de saneamiento y apertura de vías.

En dicho contexto, con fecha 30 de marzo de 1928 se promulga la Ley 6159, sobre urbanización en la República, la cual constituye un hito muy importante en la historia urbanística del Perú, toda vez que, en su artículo primero, establece que nadie podrá (ningún particular), en el territorio nacional, habilitar zonas o áreas urbanas sin cumplir con los requisitos sobre obras sanitarias, de higiene y ornato público y las relativas a las factibilidades del tráfico. Esta norma tuvo sus antecedentes en otras normas de menor jerarquía, ya que desde octubre de 1922 se expidió una norma que contenía reglas para llevar a cabo las urbanizaciones y se prohibía la ejecución de urbanizaciones sin previo informe de la Dirección de Salubridad, lo que posteriormente origina la creación de la Inspección Técnica de Urbanizaciones y Construcciones, mediante Resolución Suprema de 2 de febrero de 1924, la misma que es recogida en el Reglamento de Urbanizaciones de 1924, aprobada a través de Resolución Suprema de 22 de agosto de 1924.

Luego, a través de la Resolución Suprema de fecha 20 de enero de 1941, se aprobó el Reglamento de Urbanizaciones, el mismo al que se le dio fuerza de ley mediante la Ley 9807[2], promulgada el 19 de febrero de 1943, sobre la ejecución de obras de saneamiento por las compañías y empresas urbanizadores de las provincias de Lima y Callao, estableciendo el procedimiento al que se sujetarán los compradores de lotes de terrenos, cuya Inspección Técnica de Urbanizaciones estuvo a cargo del Ministerio de Fomento y Obras Públicas (que ahora vendría a ser el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento).

A. El urbanismo como función pública

La premisa que señala que el urbanismo es ejercido como una función pública es una idea muy desarrollada y asentada en la cultura jurídica de otras latitudes, algo que debe ser reforzado en nuestro medio. Por ejemplo, en España, cuyo derecho administrativo ha desplegado una notable influencia al momento de configurar el derecho administrativo peruano, se tiene establecido que "la actividad urbanística es una función pública que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la trasformación de éste mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias para el entorno" (Facua, 2019).

Por su parte, el autor colombiano Jorge Ramírez afirma que,

> […] el urbanismo contemporáneo se ha convertido en un asunto de mayor y marcada relevancia social, que rebasa, por su importancia, las dinámicas estrictamente privadas y se convierte en un asunto de todos. Esto implica la necesaria incidencia-participación del Estado en la configuración de sus postulados, contenidos y ejecutorias, mediante la formulación de sus principios rectores que en todo caso se fundamentan en la prevalencia necesaria del interés general sobre el particular (2019, p. 31).

Aunado a ello, la justificación empírica de que el urbanismo está reservada al Estado la encontramos en una interesante reflexión que el maestro español García de Enterría hace a partir de una observación acuciosa de la realidad social de su país, señalando que la localización de una ciudad, su configuración concreta, su magnitud mayor o menor, su disposición, su funcionamiento y su orden no son, en absoluto, ni pueden ser, en nuestra compleja civilización, hechos privados, en el sentido que pertenezcan al exclusivo círculo de interés de los propietarios de suelo; son más bien hechos colectivos primarios, **que interesan a la colectividad entera en cuanto tal, puesto que condicionan su misma vida comunitaria y personal de manera directa y a la vez postulan consecuencias inmediatas respecto a la existencia, extensión y disposición de una serie de servicios públicos** (1978, p. 304) [el énfasis es nuestro], necesarios para el

[1] Por ser la capital del Perú, y dado la importancia que han tendido (y siguen teniendo) las ciudades capitales tanto a nivel de Latinoamérica y en las ciudades capitales del viejo continente, de acuerdo con la historia que se conoce.

[2] Ley 9807:

> **Artículo 1**.- Las compañías, empresas y particulares, urbanizadores de las provincias de Lima y Callao, procederán a la ejecución de las obras de saneamiento de sus respectivas urbanizaciones, que debieron haber realizado cuando celebraron los contratos de compraventa, o promesa de venta, de conformidad con las leyes, reglamentos y disposiciones vigentes en la época de su celebración.

desarrollo y sostenimiento de la ciudad, que pueden ser vías de acceso público, espacios públicos, sistema de transporte público, alcantarillado, servicios de dotación de agua, luz, internet, telefonía, servicios de educación, servicios de salud, centros de recreación, programas sociales, entre otros de necesidad y utilidad colectiva.

Ahora bien, esta visión del urbanismo como una función pública también puede fundamentarse en el principio de soberanía territorial, no obstante ser un tema de estudio del derecho constitucional, del derecho internacional público y de la ciencia política. Esto es así porque el territorio es un elemento constitutivo de los Estados modernos; es decir, es el ámbito espacial y tridimensional (suelo, subsuelo y espacio aéreo) dentro del cual los órganos estatales ejercen el poder público que les ha conferido la ciudadanía. El territorio es, por tanto, el elemento espacial indispensable para la constitución del Estado: sin territorio no existe dicha entelequia. Lo afirmado se desprende de la propia Constitución Política de 1993:

> **Artículo 54.-** El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.
>
> **Artículo 66.**- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.
>
> **Artículo 67.**- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de los recursos naturales.
>
> **Artículo 195.**- Los gobiernos locales tienen competencia para:
> [...] 6. Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial [el énfasis es nuestro].

Considerando lo antes señalado, el Estado tiene competencias y atribuciones para ejecutar una serie de actos que permiten alcanzar sus políticas y objetivos, entre las cuales se encuentra la función de organizar el suelo de su territorio. Una de las formas en que se expresa esta soberanía es el ordenamiento territorial, que tiene entre sus componentes al acondicionamiento territorial y la planificación urbana, las cuales son materias distribuidas verticalmente en el marco del proceso de descentralización y que comprenden la organización del espacio físico, la gestión del uso del suelo y la potestad interventora sobre los derechos reales que los privados tienen sobre este importante recurso no renovable[3]. Como bien lo apunta Arata Solís, del marco normativo se desprende que la planificación urbanística es la primera fase del urbanismo (2020, pp. 124-127).

En efecto, la LOM, que forma parte del marco legal de constitucionalidad sobre la descentralización como política de Estado, otorga a las municipalidades provinciales competencias para regular en materia de planeamiento urbano; así, en su artículo 73, señala que el rol de estos entes territoriales consiste en (i) Planificar el desarrollo local de manera integral y el ordenamiento territorial en el ámbito de la provincia; (ii) Promover la coordinación estratégica de los planes integrales de las municipalidades distritales, para que estas deban sujetarse a los planes y normas municipales provinciales sobre la materia; y (iii) La emisión de normativa técnica general en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, así como la conservación y protección del ambiente.

En cuanto al contenido del último punto, referido a la organización del espacio físico y uso del suelo, asumida por las municipalidades provinciales y municipalidades distritales de manera compartida o exclusiva, las cuales son componentes de la planificación urbana, el mismo artículo 73 de la LOM señala que abarca las sub materias de zonificación, catastro urbano y rural, habilitación urbana, saneamiento físico legal de las posesiones informales, acondicionamiento territorial, renovación urbana, infraestructura urbana o rural básica, viabilidad, patrimonio histórico, cultural y paisajístico.

Luego, el artículo 79 de la referida Ley Orgánica dispone que las Municipalidades Provinciales ejercen, entre otras, funciones específicas exclusivas sobre la aprobación del Plan de Acondicionamiento Territorial (en adelante, PAT) de la provincia, en el cual se identifica las áreas urbanas, áreas de

[3] Algo que suele pasar desapercibido en la academia del derecho urbanístico es la naturaleza de recurso no renovable que tiene el suelo. La Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, en su artículo 3, señala que son recursos naturales "el suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección", lo que podría llevar a afirmar que el Estado es soberano en el aprovechamiento del suelo urbano, conserva su dominio sobre este, y, por ende, su explotación por los particulares solo podría realizarse mediante la técnica de la concesión. Sin embargo, ello no es así, pues los particulares pueden aprovechar el suelo urbano (término que incluye las subcategorías definidas en el artículo 33 de la LDUS) mediante las licencias de habilitación urbana y edificación, que responden a una lógica diferente al ser autorizaciones administrativas. Esto lo veremos más adelante.

expansión urbana, áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, áreas de conservación ambiental y áreas agrícolas; y la aprobación del Plan de Desarrollo Urbano (en adelante, PDU), el Plan de Desarrollo Rural (PDR), el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el PAT. En esa misma línea de regulación, el citado artículo 79 establece que las municipalidades distritales tienen, entre otras, funciones específicas exclusivas que consisten en aprobar los planes distritales (urbano o rural), en concordancia con los planes y normas municipales provinciales sobre la materia; disponer de la nomenclatura y la numeración predial; reconocer los asentamientos humanos y promover su formalización; normar y otorgar licencias, autorizaciones y derechos, así como fiscalizar las obras de habilitaciones urbanas, construcción, remodelación o demolición de inmuebles y declaratoria de edificación (fábrica), entre otras actividades.

En ese sentido, dentro de la estructura del urbanismo propuesta por Arata Solís, las tres últimas funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales, antes señaladas, se enmarcan entre la segunda (ejecución urbanística) y tercera fase (edificación y control de uso) (2020, pp. 127-130); con lo cual, queda plenamente determinado que el urbanismo en nuestro ordenamiento jurídico es una función reservada al Estado en razón de su trascendencia al interés público, debido a que es la base para el desarrollo y sostenimiento de las ciudades.

B. Alcances sobre el sector construcción e inmobiliario

Previo al desarrollo de las competencias estatales que repercuten en la dinámica inmobiliaria, y por ende en los derechos fundamentales, resulta necesario establecer los alcances e importancia del sector construcción e inmobiliario en la economía del país, a partir de su clasificación dentro de los sectores productivos, cuyo ámbito de actuación involucra o abarca desde el sector público hasta el privado, quienes participan de manera directa e indirecta en las diversas actividades del sector construcción e inmobiliario; asimismo, se debe tener claro la identificación de los actores o agentes económicos intervinientes. La importancia de este desarrollo previo radica en que este ámbito de la economía constituye el objeto de la regulación urbanística.

Es así como, resulta menester hacer una distinción entre el sector construcción y el sector o actividad inmobiliaria, aunque resulte estrechamente vinculado al momento su desarrollo. El sector de la construcción consiste en una actividad productiva, en la que intervienen personas jurídicas, naturales y el propio Estado, que se encuentra orientado al desarrollo de infraestructura; es decir, a la ejecución de obras civiles y de urbanismo, tales como edificios (destinado a hoteles, vivienda, comercio, industria, etc.), aeropuertos, puentes, carreteras, obras de ingeniería, entre otras. Por su parte, el sector inmobiliario se encarga de realizar diversas operaciones comerciales (llámese compraventa, arrendamiento, administración y/o explotación) sobre inmuebles de naturaleza o usos diversos; en el que interactúan clientes, las constructoras, entidades financieras y/o propietarios; asimismo, comprende el desarrollo de proyectos inmobiliarios.

En el estudio de la economía podemos encontrar distintos sectores productivos, a su vez, estos se encuentran clasificados o divididos en diferentes actividades económicas, las cuales están estrechamente relacionadas con el tipo de producción o proceso de producción que desarrollan. Así, se estableció la tradicional clasificación de sectores productivos en primario, secundario y terciario. El sector primario está conformado por actividades económicas relacionadas con la extracción y transformación de recursos naturales en productos primarios. Por su parte, el sector secundario se dedica a realizar actividades de transformación de las materias primas extraídas o producidas por el sector primario; actividades como la artesanía, la industria manufacturera o la **construcción** pertenecen a este sector. Por último, el sector terciario es la división de la economía dedicada básicamente a la prestación de servicios a los consumidores (Instituto Peruano de Economía, 2013). Sin perjuicio de ello, en el sector construcción e inmobiliario, para obtener el producto final, que sería la edificación como tal, se desarrollan diversas actividades tales como el diseño, la planificación, la gestión de las licencias o permisos, transporte, materiales de construcción, mano de obra, ejecución de la edificación, administración de los proyectos, etc.

Este último sector se divide a su vez en dos subsectores: la obra pública y la obra privada, cuya diferencia es la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el desarrollador inmobiliario y el comitente. Así, mientras en la primera categoría se enmarcan todas las prestaciones de construcción contratadas por entidades del Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, en la segunda, tales prestaciones están dirigidas esencialmente a la producción o ejecución de edificaciones para uso comercial, industrial vivienda u otros, donde el comitente tiene la condición de persona natural o jurídica de derecho privado, y se rige bajo los principios y reglas de la autonomía de la voluntad

y la libertad contractual que las partes determinen según sus intereses.

Ahora bien, en cuanto a los agentes intervinientes en el sector construcción e inmobiliario, que actúan de manera directa o indirectamente en los procedimientos de habilitaciones urbanas y de edificaciones, se debe tener en cuenta la Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones (en adelante, Ley 29090), específicamente en su artículo 4 establece que los agentes que participan en dichos procedimientos son, el habilitador urbano o promotor inmobiliario, el propietario (o quien tenga derecho a edificar), los profesionales responsables del proyecto, el responsable de la habilitación urbana y/o edificación, la Comisión Técnica, los revisores urbanos, los delegados *Ad hoc* cuando corresponda, los delegados de servicios públicos, los Gobiernos Locales (municipalidades), el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Registrador Público, así como los Colegios Profesionales de Arquitectos del Perú y el de Ingenieros del Perú.

Además de los actores reconocidos por la Ley 29090, que participan en los procesos de habilitaciones urbanas y edificaciones, también es importante tener un enfoque corporativo en el proceso de edificación, en el cual se puede identificar los agentes que intervienen en el sector inmobiliario o construcción, tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

Fuente: Hernán de Soliminihac (2018)

Si bien lo graficado por el autor se basa en la realidad económica chilena, es perfectamente válido replicarlo al caso peruano dadas las similitudes entre los sistemas económicos de ambos países. Así, de la figura se desprende que el sector inmobiliario no se circunscribe a las empresas inmobiliarias, sino que estas solo son parte del subconjunto denominado industria de la construcción. Por tanto, este sector también está conformado por otros agentes económicos que, aunque participan indirectamente en los procesos constructivos, son indispensables para su desarrollo, ya que constituyen, por ejemplo, la mano de obra o la fuente de financiamiento de esta actividad enmarcada en el sector secundario.

De lo antes señalado, queda claro que el sector construcción e inmobiliario es muy importante en la economía del país, incluso el Fondo Monetario Internacional ha señalado que el sector construcción e inmobiliario es muy importante para la economía y es considerado como un componente de la inversión, ya que cumple una de sus funciones mediante la satisfacción de las necesidades de la vivienda, es decir, ejecuta la construcción de edificaciones destinadas a la vivienda, toda vez que en diversos países la vivienda representa el mayor componente de la riqueza, tal es el caso de Estados Unidos, en donde las propiedades inmuebles representan aproximadamente la mitad de los activos totales en poder del sector privado no financiero. Por ello, la mayoría de los hogares tienden a mantener su riqueza en su vivienda más que en activos financieros (Fondo Monetario Internacional [FMI], 2014); en general, el sector de la construcción y la actividad inmobiliaria tiene un gran impacto en la estabilidad financiera y macroeconómica del país.

Es así que, el sector de la construcción e inmobiliario, específicamente en las dos últimas décadas, ha mostrado un comportamiento muy dinámico en el país, lo cual se ve reflejado en el incremento del ingreso per cápita, reducción de las tasas de interés, el incremento de los niveles de precios y un mayor acceso a créditos hipotecarios; los cuales tienen como efecto la amplia capacidad para generar empleo, el bienestar económico nacional; así como la contribución con la bonanza económica y la recuperación de la misma en los últimos años. Para ponerlo en términos más concretos, el sector de la construcción representa alrededor del 6% del Producto Bruto Interno (PBI) nacional y genera más de un millón de empleos al año (Maurate de la Torre, 2021); del mismo modo, para agosto de 2022, el empleo formal total a nivel nacional aumentó 6% respecto al mismo periodo del año anterior (2021), que se debió principalmente al mayor empleo en el sector privado (BCRP, 2022).

1. La planificación urbana sostenible como instrumento orientador de la inversión inmobiliaria

Desde el marco normativo vigente, es decir, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Reglamento

de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Urbano Sostenible, aprobado por Decreto Supremo 012-2022-VIVIENDA[4], que desarrolla y/o implementa disposiciones de la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (en adelante, LDUS), en su artículo 19, establece que los PAT y PDU y promueven las inversiones públicas y privadas, impulsando el desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados, generando, de esta manera, seguridad jurídica para las mismas. Además, señala que los referidos instrumentos urbanísticos priorizan aquellas inversiones que le permitan alcanzar la visión trazada al horizonte de planeamiento y consideran en su elaboración los proyectos sectoriales de infraestructura. Ahora, ¿cómo es que estos instrumentos técnico-normativos cumplen esta función orientadora? La respuesta se encuentra en el contenido de cada una de ellas también reglamentado.

Es importante señalar que el referido reglamento ha sido elaborado en concordancia con la distribución de competencias efectuada por la LOM en materia de planificación urbana. La tipología de planes empleada por este reglamento no difiere mucho de su antecesor, ya que también están organizados a manera de "cascada" y en consonancia a la demarcación territorial y a las unidades espaciales multiescalar que estructuran el Sistema de Ciudades y Centros Poblados (en adelante, SICCEP). Así, en su artículo 20, dispone que el PAT es aplicable en aquellos ámbitos urbanos y rurales de las provincias, cuencas o espacios litorales; el Plan de Desarrollo Metropolitano (en adelante, PDM) es aplicable en las áreas metropolitanas; el PDU es aplicable en las ciudades identificadas en el SICCEP y para las áreas dentro de las Metrópolis; el Esquema de Acondicionamiento Urbano (EU): Aplicable para Villas, Pueblos y Caseríos identificados en el SICCEP; así como los Instrumentos de Planificación Urbana Complementarios, referidos al Plan Específico (PE) y el Planeamiento Integral (PI); y otros planes maestros o temáticos, que complementan el PAT, PDM y/o PDU.

Si bien es cierto que los instrumentos de acondicionamiento territorial detallan los programas de inversiones que deben ejecutarse dentro del ámbito territorial de intervención durante su periodo de vigencia, son los instrumentos de planificación urbana los que efectivamente tienen una incidencia directa en la dinámica del sector inmobiliario, puesto que estos instrumentos determinan la clasificación del suelo y la zonificación, dos componentes que establecen el régimen jurídico del suelo urbano; es decir, el conjunto de derechos y deberes que compone el derecho de propiedad sobre este recurso. De esta manera, las potencialidades de uso y disfrute del suelo que deben ejercer los promotores inmobiliarios y habilitadores urbanos a través de la ejecución de sus proyectos, vienen dadas por la legislación urbanística y, de manera técnica, por los instrumentos de planificación urbana, los cuales tienen carácter vinculante al ser aprobados mediante ordenanza municipal, de los cuales se deriva su naturaleza de norma jurídica.

Al respecto, la LDUS es muy clara, en su artículo 32 define al suelo como el espacio físico en donde se producen las actividades urbanísticas que la ciudadanía lleva a cabo y su aprovechamiento se determina de acuerdo con su clasificación y en términos del uso, ocupación y edificabilidad que se le pueda otorgar. Mientras que el artículo 33 atribuye a las Municipalidades Provinciales la competencia de establecer la clasificación del suelo en el PDU o, en los casos de metrópolis nacionales o regionales, en el PDM, conforme a las siguientes categorías:

Suelo urbano	Suelo de protección	Suelo rural
• Suelo urbano consolidado. • Suelo urbano de transformación. • Suelo urbano en consolidación. • Suelo periurbano. • Suelo urbanizable .	• Suelo de conservación. • Suelo de riesgo.	• No contiene una subclasificación.

Fuente: Elaboración propia

Por tanto, el diseño de los proyectos inmobiliarios se realiza en función del tipo de suelo donde tienen prevista su ejecución. Así, por ejemplo, en áreas clasificadas como suelo urbano consolidado se permiten e incluso se fomentan proyectos inmobiliarios para uso de vivienda de densidad alta o muy alta, ya que la densificación en estos espacios del territorio es recomendable debido a que tienen una óptima dotación de servicios de saneamiento, equipamiento urbano, infraestructura de soporte y espacios públicos, entre otros aspectos necesarios para un nivel de vida adecuado y de calidad. Lo contrario sucede en áreas urbanas clasificadas como suelo en consolidación en donde, debido a las carencias de los elementos antes descritos, no se permiten proyectos que aumenten considerablemente la densidad debido a la falta de capacidad de los servicios de saneamiento con los que contamos.

[4] Es el primer reglamento de la Ley DUS, y que ha derogado casi por completo el Decreto Supremo 022-20116-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible (antiguo reglamento).

Otro ejemplo lo constituyen las zonas urbanas monumentales, clasificadas como suelo de transformación, en las cuales se requieren preponderantemente proyectos de regeneración urbana dada la necesidad de enfrentar el deterioro físico en el que se encuentran, como resultado, por ejemplo, tenemos el fenómeno de migración interna de los años 60 del siglo pasado, entre otros factores. O, por ejemplo, el caso del suelo urbanizable, que son las áreas de expansión de la influencia de una ciudad o centro poblado y, por ende, se constituyen áreas con potencial para recibir obras de habilitación urbana.

El otro componente de la planificación urbana que orienta la inversión inmobiliaria es la zonificación, ya que, de acuerdo con el artículo 36 de la LDUS, la zonificación contiene el conjunto de normas y parámetros urbanísticos y edificatorios para la regulación del uso y ocupación del suelo en el ámbito de actuación o intervención del plan respectivo. Mediante la zonificación se busca regular y ordenar la localización de actividades sociales, económica, industriales e incluso ambientales para luego hacer posible la construcción de edificaciones destinadas a vivienda, recreación, actividades culturales, equipamiento, producción industrial, comercio, transporte, comunicaciones, entre otros; y, su objeto, es regular el ejercicio del derecho de propiedad predial privada respecto del uso, gestión y ocupación que se le puede dar al suelo.

Es así que, mediante la configuración de los parámetros urbanísticos y edificatorios se pone límites (mejor dicho, se delimita) al derecho de propiedad, cuyo fundamento radica en el bien común, así como la tutela del ejercicio de otros derechos igualmente reconocidos; es decir, el derecho de propiedad no es absoluto, sino, se debe ejercer en cumplimiento de fines colectivos o tener una función social; en consecuencia, los parámetros urbanísticos y edificatorios contienen la información, alcances y requisitos para el desarrollo de los proyectos de habilitación urbana y edificación. Por ello, los parámetros urbanísticos y edificatorios del inmueble contienen información técnica obligatoria, que se debe cumplir en el desarrollo de un proyecto de edificación, tales como la zonificación, el área de tratamiento normativo, porcentaje mínimo de área libre, área mínima de lote, el área de retiro municipal, el número mínimo de estacionamientos, coeficientes mínimos y máximos de edificación (potencial edificatorio), la volumetría, la densidad, los usos del suelo permisibles y compatibles, entre otra información relevante.

Ahora, una novedad del reglamento mencionado de la LDUS es que se ha eliminado el criterio de la "residencialidad" para configurar la tipología de zonificación, en base a la densidad y, por ende, a la suficiencia y accesibilidad de la infraestructura urbana existente; así, en el artículo 117 se encuentran los siguientes tipos de densidades, tales como la Zona Urbana de Densidad Muy Alta (ZDMA), Zona Urbana de Densidad Alta (ZDA), Zona Urbana de Densidad Media (ZDM), Zona Urbana de Densidad Baja (ZDB), Zona Urbana de Densidad Muy Baja (ZDMB), Zona Industrial (ZI), Zona de Servicios Públicos Complementarios (ZSPC), Zona de Reglamentación Especial (ZRE), Zona de Recreación Pública (ZRP), Zona Agraria (ZA) y Zona de Usos Extractivos (ZUE).

Otro aspecto importante que orienta las inversiones inmobiliarias es la supresión de los cambios específicos de zonificación en la LDUS, los cuales fueron usados como medios de especulación urbana, afectando la visión integral de la ciudad, es decir, como un todo orgánico, no fragmentado. Ahora la referida ley ha establecido hasta tres (03) mecanismos de cambios de zonificación:

– **Mecanismo general.** Se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 37, el cual establece que la zonificación no puede modificarse, salvo en el marco de la actualización de los PDU conforme a la periodicidad y procedimientos que se establecen en el reglamento de la referida LDUS.

– **Mecanismo excepcional.** De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 37, las Municipalidades Provinciales están facultadas para aprobar, de manera excepcional, cambios de zonificación específicos o asignar zonificación con el objetivo de promover el desarrollo concreto y formal de proyectos de interés social y comunitario en el ámbito de su jurisdicción; siempre y cuando se cumpla con el criterio de análisis integral.

– **Mecanismo temporal.** Asimismo, en la Única Disposición Complementaria Transitoria, faculta a los gobiernos locales (municipalidades provinciales y distritales) iniciar procedimientos de cambio específicos de zonificación en caso la municipalidad provincial, durante los primeros dos (2) años de vigencia de la LDUS, no cuente con PDU, este se encuentre desactualizado o en proceso de actualización.

Como se puede observar, cuando hablamos de la planificación urbana sostenible como instrumento orientador de la inversión inmobiliaria, debemos tener un marco normativo que brinde seguridad jurídica a los agentes intervinientes, y los gobiernos locales deben ejercer efectivamente sus com-

petencias en la planificación urbana, ya que el suelo es el espacio físico en donde se producen las diversas actividades urbanísticas y su aprovechamiento se determina de acuerdo a su clasificación y en términos del uso, ocupación y edificabilidad que se le pueda otorgar a los administrados.

2. El control de las actividades urbanísticas mediante la técnica de autorización administrativa

La técnica de autorización administrativa constituye una intervención del Estado o de la administración pública en el otorgamiento de permisos, autorizaciones o licencias para el legítimo disfrute y ejercicio de determinados derechos subjetivos, sin afectar bienes protegidos o intereses generales, por la cual se establecen reglas de carácter restrictivas, limitativas y obligatorias para los administrados en general. Es decir, para el desarrollo y control de las actividades urbanísticas, la administración pública las autoriza mediante el otorgamiento de las licencias de habilitación y/o edificación, las que, conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la LDUS se constituyen en instrumentos de ejecución del desarrollo urbano al ser los instrumentos con los cuales se construyen físicamente las ciudades.

En la concepción del profesor de la Universidad Externado de Colombia, Jaime Orlando Santofimio, "con la licencia urbanística se garantiza principalmente el disfrute por igual de los bienes protegidos, frente a contingencias que los pongan en peligro, que los hagan inviables o los afecten en sus propósitos fundamentales" (2009, p. 37); es decir, la licencia urbanística es un instrumento mediante el cual la administración pública permite el desarrollo de determinadas actividades humanas, persiguiendo un equilibrio en el ejercicio de derechos y deberes de los administrados o particulares frente a la colectividad e intereses generales, respecto a los usos del suelo, a la urbanización, construcciones, ordenamiento territorial, entre otros asuntos de interés público.

Dicho autor, también señala que, la licencia urbanística garantiza

> la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las reglas jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, son asuntos que involucran derechos e intereses de la colectividad y su protección debe ser garantizada para el común mediante el cumplimiento estricto de las reglas que les sirven de fundamento jurídico a las licencias urbanísticas (2009, p. 37).

con lo cual podemos afirmar que la licencia urbanística, desde una perspectiva propiamente urbanística y del ordenamiento del territorio, no involucra únicamente aspectos individuales del administrado o interesado que solicita el otorgamiento de una autorización, sino, tiene un alcance general y colectivo en las actividades sociales y económicas de los integrantes de las ciudades y de la sociedad en la que se desarrolla.

Por su parte, los profesores españoles García de Enterría y Fernández, sostienen que,

> […] la autorización es, en sí misma, un acto favorable, o ampliatorio del patrimonio jurídico del autorizado, pero resulta indudable que la técnica autorizadora solo tiene sentido observando que la regulación previa que somete a autorización […] el ejercicio de determinada actividad privada es en sí misma una técnica de limitación de derechos, precisamente, de tal modo que el estudio de la autorización únicamente cobra sentido desde esta perspectiva (2009, p. 131).

Con lo cual queda claro que la autorización o licencia es una potestad de la administración pública, en la forma como se pueda concebir, ya sea una restricción, prohibición o limitación de derechos, a fin de enmarcar o delimitar las actividades o derechos de los particulares interesados.

En el caso peruano, la Ley 29090 tiene por objeto establecer la regulación jurídica sobre los procedimientos administrativos para que las municipalidades, en adición a sus competencias, emitan licencias de habilitación urbana y de edificación, así como, fiscalicen la ejecución de las obras que autoricen y, consecuentemente, emitan los certificados correspondientes que acrediten la recepción de obras de habilitación urbana y la conformidad de obra y declaratoria de edificación, instrumentos legales que acreditan la correcta ejecución de la habilitación urbana y la edificación respectivamente. Como se puede observar, la referida norma regula los diversos procedimientos administrativos para desarrollar las habilitaciones urbanas y de edificación. Además, a los procedimientos administrativos de habilitación urbana y de edificación se aplicará las reglas y principios contenidos en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), cuyo ámbito de aplicación alcanza a la actuación de los procedimientos administrativos desarrollados por todas las entidades de la Administración Pública, incluyendo procedimientos especiales.

La Ley 29090 también define los alcances de las licencias de habilitación y de edificación, finalmente

son licencias urbanísticas, señalando que aquellas constituyen actos administrativos mediante los cuales las municipalidades otorgan permisos o autorizaciones para desarrollar obras de habilitación urbanas o de edificación; es así que, la consecuencia lógica del otorgamiento de una licencia consiste en adquirir los derechos de construcción sobre el predio, ya sea habilitando o edificando según las condiciones establecidas en la licencia. También, es importante precisar que, la solicitud de las licencias es obligatoria para cualquier persona natural, persona jurídica, de derecho público o privado, que puede ser propietario, superficiario, cocesionario, usufructuario o que cuenten con el derecho a habilitar y/o edificar.

Asimismo, la Ley 29090, específicamente en su numeral 9 del artículo 4, señala que:

> Las municipalidades distritales, en el ámbito de su jurisdicción, las municipalidades provinciales y la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito del Cercado, tienen competencia para la aprobación de proyectos de habilitación urbana y de edificación, de conformidad con lo dispuesto en la LOM: **Corresponde a las citadas municipalidades, conforme su jurisdicción, competencias y atribuciones, el seguimiento, supervisión y fiscalización en la ejecución de los proyectos contemplados en las diversas modalidades establecidas en la presente Ley** [el énfasis es nuestro].

Cabe precisar que, la Ley 29090 regula figuras como la Comisión Técnica[5], constituido como un órgano colegido, ajeno a la estructura orgánica de las municipalidades, que tiene por función emitir dictámenes vinculantes para la aprobación o no de una licencia, y, por otro lado, también regula a los revisores urbanos[6], quienes son profesionales arquitectos o ingenieros que se encargan de verificar que los proyectos de habilitación urbana, los anteproyectos en consulta o los proyectos de edificación se acojan a la Ley 29090 y a las normas técnicas correspondientes; sin embargo, en el marco de la LOM, las municipalidades tienen la competencia exclusiva de emitir las respectivas licencias para viabilizar proyectos de habilitación urbana y de edificación, así como de realizar el seguimiento, supervisión y fiscalización para la correcta ejecución de los proyectos en todas sus modalidades; es decir, de las municipalidades depende la aprobación de las licencias y, en consecuencia, depende la posible agilidad o retraso de los tramites de solicitudes de aprobación.

En dicho contexto, desde la promulgación de la referida Ley 29090[7] ésta ha sido objeto de diversas modificaciones[8], las cuales tuvieron como propósito la simplificación de los procedimientos y requisitos para la gestión de licencias de habilitación urbana y/o de edificación, así como reducir plazos de tramitación, la simplificación de los procedimientos de conformidad de obra y declaratoria de edificación, así como de la recepción de obras, entre otras mejoras, cuyo objetivo consistía en optimizar las inversiones en el país, entre otros aspectos. No obstante, se ha verificado que muchas municipalidades exigen requisitos adicionales a lo previsto por referida Ley y su Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y licencias de edificación, de

[5] Según el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 29090, la Comisión Técnica es el órgano colegiado regulado por la LPAG, cuya función es emitir dictámenes de carácter vinculante para el otorgamiento o no de una autorización o licencia de habilitación urbana y edificación en las modalidades C y D. Los integrantes de las Comisiones Técnicas deberán ser profesionales especialistas, colegiados y habilitados.

[6] Según el numeral 6 del artículo 4 de la Ley 29090, el revisor urbano es el profesional arquitecto o ingeniero certificado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento-MVCS para verificar que los proyectos de habilitación urbana y/o anteproyectos y proyectos de edificación de los interesados que se acojan a las Modalidades B, C o D, para el otorgamiento de las licencias que establece la presente Ley, cumplan con las disposiciones urbanísticas y/o edificatorias que regulan el predio materia de trámite, de conformidad con las normas de acondicionamiento territorial y/o de desarrollo urbano, el Reglamento Nacional de Edificaciones y otras normas que sean de competencia para el proyecto.

[7] Cuya vigencia data de fecha 28 de septiembre de 2008.

[8] Cuyas modificaciones fueron realizadas mediante las siguientes normas: la Ley 29300, que modifica el plazo del procedimiento de regularización de habilitaciones urbanas y edificaciones; la Ley 29476, que realiza una modificación integral a la Ley 29090 con la finalidad de cumplir con la seguridad y el medio ambiente; la Ley N° 29566, que modifica diversas disposiciones con rango de ley a fin de mejorar la inversión, entre las cuales elimina los requisitos para solicitar licencias de edificación y de funcionamiento, la habilitación de profesionales, y el intercambio gratuito de información entre entidades del Estado; la Ley 29898, que establece el aporte para salud en las habilitaciones urbanas y modifica el procedimiento de habilitación urbana de oficio; la Ley 30056, modifica aspectos relacionados con los actores e incorpora la habilitación en las modalidades A; la Ley 30230, que modifica los requisitos para las modalidades de edificación; la Ley 1225, que modifica aspectos sobre el revisor urbano y se establece la necesidad que el Ministerio de Cultura emita opinión para la aprobación de proyecto de edificación en bienes inmuebles integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación; la Ley 30494, que modifica el objeto de la Ley 29090, los principios, se regula nuevas facultades al MVCS, entre otros; la Ley 1287, que adecua los procedimientos de simplificación administrativa, eliminando requisitos en las diferentes modalidades de edificaciones; la Ley 1426, que modifica diversos artículos; el Decreto Legislativo 1469, que establece medidas que permitan reactivar y promover la economía nacional que se ha visto afectada por el COVID-19; y el Decreto Legislativo 1520, que modifica aspectos relativos a las tasas como derecho de tramitación, entre otras disposiciones.

esa maneta se han incurrido en la configuración de barreras burocráticas ilegales e incluso en delitos como el abuso de autoridad.

III. LA DEMORA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE HABILITACIONES URBANAS Y/O DE EDIFICACIONES

Para iniciar la ejecución de obras de habilitación urbanas y/o de edificación es necesario solicitar y/u obtener la licencia correspondiente, además de cumplir con informar a la municipalidad correspondiente la fecha y el cronograma de la ejecución de obras, ello en el marco de un procedimiento administrativo ante la municipalidad competente. El procedimiento administrativo debe entenderse como el conjunto de actos y trámites en que se concreta la actuación de la administración pública (las municipalidades, etc.), ya sea por la presentación de peticiones, impugnación de actos administrativos, inicio de trámites, o la solicitud de permisos o licencias; en el cual [el procedimiento administrativo] los administrados gozan de derechos y garantías ante la administración pública, y ésta debe evitar actuaciones dilatorias o decisiones arbitrarias que puedan afectar la esfera jurídica de los ciudadanos, y la seguridad jurídica para generar certeza en los trámites, requisitos, plazos, etc. En dichos términos, la LPAG establece expresamente que el procedimiento administrativo tiene como finalidad enmarcar o delimitar la actividad de la administración pública y sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Por ello, el procedimiento administrativo en el marco de los trámites sobre solicitudes de licencias de habilitación urbana y/o de edificación implica el cumplimiento de una serie de requisitos, principios, derechos y garantías, a fin de que los actos y decisiones de la administración pública, aunque en su mayoría se concentran en las municipalidades, se deben emitir respetando un debido procedimiento administrativo y, por ende, atendido dentro del plazo legal establecido; sin embargo, en el Perú, los trámites sobre las licencias de habilitación urbana y/o de edificación han tenido serias restricciones en términos de tiempo, requisitos y costos; excediendo así los plazos legales previstos en el marco normativo que la regula; y generando inseguridad o falta de certeza en los agentes intervinientes.

A partir de los estudios realizados por Hernando de Soto (1986), se aborda cuestiones sobre las trabas regulatorias y el problema de la informalidad en el Perú; se ha identificado, también, que, en aquellos años, el tiempo promedio de duración del procedimiento para la habilitación urbana de un terreno era de veintiocho (28) meses; es decir, demoraba cerca de dos años y medio; luego, en el caso de edificaciones, dicho autor señala que, una vez habilitado el terreno, el tiempo promedio para obtener una licencia de construcción (edificación) tomaba doce (12) meses. Como se puede observar, entre los trámites para la aprobación de la habilitación urbana de un terreno y el otorgamiento de la licencia de edificación transcurría un periodo promedio de tres años y medio aproximadamente (pp. 201-204); esta situación efectivamente ha traído consigo efectos negativos en el crecimiento de las ciudades, sobre todo en los últimos años, permitiendo autoconstrucciones y/o construcciones informales, obras que no cuentan con la licencia correspondiente; por ello, consideramos que dichas trabas dilatorias se han convertido en incentivos o estímulos perversos para que las personas prefieran mantenerse al margen de la formalidad para desarrollar sus edificaciones, específicamente de las normas urbanísticas y edificatorias.

En la actualidad, de acuerdo a la Ley 29090 y su reglamento, normativa vigente sobre los procedimientos administrativos sobre habilitaciones urbanas y de edificaciones, para la obtención de las licencias de habilitación urbana o licencia de edificación, existe cuatro modalidades, las cuales son A, B, C y D; que deben seguir determinados procedimientos administrativos, cumpliendo formalidades y requisitos distintos, pudiendo consistir desde una aprobación automática, evaluación por la municipalidad, por las comisiones técnicas y/o revisores urbanos; y por ende, se establece plazos legales según sea la modalidad.

En ese sentido, según la norma vigente, por señalar algunos aspectos puntuales, la obtención de la licencia puede ser de manera automática (modalidad A), es decir, el cargo de la presentación de la documentación; y hasta cuarenta y cinco (45) días para la licencia de habilitación urbana (modalidad C y D). En el caso de la obtención de las licencias de edificación (modalidades C y D), la norma establece plazos máximos para su emisión, otorgando cinco (05) días hábiles para la revisión de documentos, veinte (20) días hábiles para el pronunciamiento sobre el cumplimiento de las normas correspondientes; tres (03) días hábiles para emitir la licencia de edificación; y en caso de observaciones, se otorga al administrado un plazo de quince (15) días hábiles para subsanar. Sin bien es cierto que la norma establece distintos plazos, ya sea de acuerdo con la modalidad requerida o según la emisión de cada acto administrativo; sin embargo, constituyen plazos legales relativamente cortos.

Los plazos legales establecidos en el marco normativo vigente antes señalado, en la realidad no se

cumple por las municipalidades. De acuerdo con una investigación realizada por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) se ha podido advertir que, una de las principales trabas en el sector inmobiliario en nuestro país, consiste en la

> lentitud del trámite para la obtención de licencias de edificación, que se debe principalmente a que las municipalidades exigen más requisitos que los contemplados en la Ley 29090 (…) y sus reglamentos, que precisamente establecieron procedimientos únicos a nivel nacional con el objetivo de simplificar los procesos de otorgamiento de licencias de habilitación urbana y edificación (2022, pp. 35-36).

A modo de ejemplo, en la referida investigación, sobre el periodo de tiempo que implica la tramitación u obtención de una licencia de edificación en Lima Metropolitana, se ha encontrado que, para el caso de la modalidad C, donde se requiere la evaluación previa por parte de una Comisión Técnica, en el distrito de La Molina el procedimiento dura en promedio doscientos cincuenta y nueve (259) días, mientras que en el distrito de Los Olivos dura un periodo de ciento cincuenta y seis (156) días. Asimismo, aún en las modalidades A y B, modalidades de aprobación automática y evaluación previa, los tiempos promedio agregados son sesentaicinco (65) días y ciento diecisiete (117) días, respectivamente (p. 36). Dichos plazos o periodos de tiempo que se demora en la realidad representan tiempos excesivos respecto a los plazos que se encuentran establecidos en el marco normativo vigente.

En el mismo sentido, el Banco Mundial, mediante el Informe Doing Business (2020), difunde información que mide las regulaciones que favorecen o restringen el desarrollo de las actividades empresariales en diversos países, entre los cuales incluye al Perú. Precisamente, en el Informe Doing Business en el Perú señala que, los plazos de respuesta y el tiempo que tardan las municipalidades en el Perú para realizar los mismos procedimientos o trámites para la solicitud de una licencia de edificación son disimiles (2020, p. 8). En dicho informe se ha identificado cuantitativamente que, entre las doce (12) ciudades peruanas evaluadas[9], en algunas ciudades los trámites de una licencia de edificación requieren de ciento treinta y tres (133) días, mientras que en otras ciudades tarda diez (10) semanas más; esto además de la variación de los costos que implica el trámite de dicha licencia.

También, es importante hacer una comparación con otros países sobre los trámites o procedimientos que implica la obtención de una licencia (permiso) de construcción (edificación), lo cual sigue siendo una demora o retraso considerable, tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

Manejo de Permisos de Construcción

Países	Posición en ranking	Nº de procedimientos	Tiempo (días)
Hong Kong	1	5	66
Nueva Zelandia	13	10	93
Qatar	23	15	58
EE.UU.	41	16	79
Ecuador	59	15	114
Colombia	61	10	73
Chile	62	13	152
Perú	87	14	174
México	108	11	88
Argentina	181	21	341

Fuente: Banco Mundial a partir del Ranking de la publicación DOING BUSINESS del 2015 entre 189 países

Teniendo en cuenta lo antes señalado, la demora de los procedimientos para la gestión de licencias no solo afecta al desarrollo de los proyectos inmobiliarios, sino también impacta, de una u otra manera, en las actividades y servicios complementarios necesarios para su ejecución, tales como el diseño, elaboración y ejecución de los proyectos, la supervisión de las obras por parte de empresas privadas, la contratación y el inicio de labores de los contratistas, los proveedores de insumos y servicios, los administradores y trabajadores, los propios adquirentes de unidades inmobiliarias, entre otros servicios y actividades necesarios para el desarrollo de proyectos inmobiliarios que conlle-

[9] Referido a las siguientes ciudades: Lima, Callao, Arequipa, Trujillo, Tarapoto, Chiclayo, Ica, Piura, Cusco, Chachapoyas, Huancayo y Huaraz.

van diferentes tipos de cambios que impactan en la economía del país; es decir, repercute en toda la actividad del sector, incidiendo en un rubro importante de la economía de país, como es el sector construcción e inmobiliario, la cual en el primer trimestre del 2022 disminuyó en un -0.5%, lo cual representa a uno de los sectores más dinámicos e importante del país (INEI, 2022).

Además, la referida demora de la gestión de las licencias es una situación atribuible a la gestión que desarrollan las municipalidades, quienes son competentes y responsables para emitirlas dentro de los plazos establecidos; pero dichos retrasos representan un problema importante para la actividad inmobiliaria, especialmente para el sector de la construcción, además del desarrollo de las actividades conexas o relacionadas a dicho sector, y en general para la economía del país; lo cual se debe principalmente al desconocimiento de la normativa aplicable y/o al ejercicio deficiente por parte de los funcionarios de las municipalidades; lo cual representa una omisión de las funciones de las autoridades municipales, debido a que no brindan una respuesta a los administrados dentro del plazo legal establecido, conllevando así a la afectación o vulneración de diversos derechos fundamentales, reconocidos expresamente en nuestra Constitución Política.

Cabe precisar que, el desconocimiento del marco normativo aplicable y/o el ejercicio deficiente por parte de los funcionarios de las municipalidades responde, en gran medida, a aspectos relacionados con la capacidad institucional de fiscalización de los procedimientos administrativos de habilitación urbana y/o de edificación; lo cual se traduce en la debilidad institucional de las municipalidades, insuficiente de personal técnico designado, carencia de mecanismos adecuados para la fiscalización y control de las obras de habilitación y/o edificación, que a su vez genera procedimientos administrativos engorrosos, regulación de requisitos adicionales a los previstos y el cobro de costos excesivos a los administrados, ocasionando así la ejecución de edificaciones informales, y el incumplimiento de las normas.

Por tanto, ante la identificación de una situación problemática que consiste en la demora de la gestión de las licencias de habilitación urbana y de edificación, atribuido a las municipalidades, que afecta el desarrollo de los proyectos inmobiliarios, y a las actividades y servicios complementarios al sector construcción; también corresponde identificar las libertades patrimoniales y derechos fundamentales afectados, así como la presentación de una propuesta de solución al problema.

IV. LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE LA DEMORA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE HABILITACIÓN URBANA Y/O DE EDIFICACIÓN

Los derechos fundamentales como tales se desprenden como atributos esenciales de la dignidad humana de las personas[10], reconocidos universalmente por los tratados internacionales, y ratificados o incorporados al derecho interno por los Estados parte. Al respecto, García Toma, señala que, los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular (2014, p. 852); a partir de lo cual, debemos entender que la protección que brinda el Estado a los derechos fundamentales genera como contrapartida un poder o facultad a favor de los titulares para exigir el respeto y cumplimiento de cualquier derecho fundamental que se encuentre siendo afectado o vulnerado por cualquier tercero, incluso por el propio Estado.

Nuestro Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la Constitución Política, ha desarrollado importante jurisprudencia sobre los derechos fundamentales (STC 0976- 2001-AA, 3330-2004-AA, 1470-2016-PHC, entre otras), señalando que estos derechos fundamentales tienen una doble dimensión, en el sentido de poseer una dimensión subjetiva o referidas a los sujetos titulares de estos, así como una dimensión objetiva o referida a los bienes o institutos jurídicos constitucionales que constituyen su contenido con independencia de sujetos titulares. Con ello, los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, garantías subjetivas y garantías institucionales. Los derechos fundamentales, como garantías subjetivas, protegen posiciones jurídicas de derecho subjetivo, es decir, protegen al titular de determinadas situaciones jurídicas reconocidas por la constitución. Los derechos fundamentales, como garantías instituciones, protegen determinados bienes jurídicos reconocidos en la Constitución o leyes de nuestro ordenamiento jurídico, los que constituyen elementos básicos del modelo de Estado de Derecho, excluyéndolos del ámbito de disposición del legislador y de otros poderes públicos.

[10] Como bien afirma el jurista español Antonio Truyoli Serra: "Existen derechos […], que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que son inherentes […]" (1977). Y estos derechos son efectivamente los derechos fundamentales.

Asimismo, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del Expediente 01272-2015-PA/TC, establece que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro lado, en imponer, sobre todos los organismos públicos, un 'deber especial de protección' de dichos derechos. Esta vinculación de los derechos fundamentales en los organismos públicos no significa que tales derechos solo se puedan oponer a ellos; sino, la vinculación también está dirigido a los terceros, que pueden ser personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Por otro lado, se sostiene que los derechos fundamentales exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que irradia sobre el conjunto del sistema jurídico, ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos (Prieto Sanchis, 2004); es decir, hoy por hoy gran parte de los problemas jurídicos buscan una respuesta (y se solucionan) a partir de las normas y principios expresados en nuestra Constitución Política, y se sustentan en las garantías y/o protección que ofrecen los derechos fundamentales de la persona, como fin supremo de la sociedad y el Estado Constitucional Democrático de Derecho.

También, es importante hacer una correlación entre los derechos fundamentales y el régimen económico establecido en nuestra Constitución Política, que de acuerdo con su artículo 58[11], este se ejerce en una economía social de mercado, entendido como un modelo económico que persigue los valores constitucionales de la liberad y la justicia, en concordancia con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de Derecho. Es así como, el Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales[12] como anteriores y superiores al Estado.

Partiendo de los alcances conceptuales antes mencionados, en el caso de la demora en los procedimientos administrativos para el otorgamiento de licencias de habilitaciones urbanas y de edificación (en algún momento la legislación los denominó licencias de obra o de construcción), se estaría afectando derechos fundamentales, desde una dimensión objetiva y como garantías instituciones, configurándose así vulneraciones o afectaciones por parte de la administración pública, a través de las municipalidades, toda vez que limita, restringe o posterga el ejercicio de derechos fundamentales sociales y económicos de los agentes que intervienen en el desarrollo en la actividad inmobiliaria, específicamente del sector construcción, entre otras actividades que se encuentran conexas al sector. Al respecto, los derechos fundamentales que se estaría vulnerando o afectando son los siguientes:

A. Principio y derecho a la libre iniciativa privada

Se encuentra establecido en el artículo 58 de la Constitución Política como un principio que enfoca a la totalidad del modelo económico, que además debe tener una lectura concordante con lo dispuesto en el inciso 17 del artículo 2 de la misma norma suprema, que establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica, social y cultural de la Nación.

El Tribunal Constitucional entiende que la libre iniciativa privada consiste en el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material[13]; es por ello que, ante la demora en los tramites y/o procedimientos administrativos para el otorgamiento de las licencias de habilitaciones urbanas y de edificación se estaría vulnerando o afectando el derecho fundamental de la libre iniciativa privada de los interesados que solicitan una licencia, que puede recaer en el propietario, el constructor, el promotor inmobiliario o el habilitador urbano.

---

[11] Artículo 58.-

> La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional 008-2003-AI/TC, fundamento 10.

[13] Según Sentencia 008-2003-AI/TC, fundamento 17.

B. Libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (STC 008-2003-AI/TC, fundamento 26) ha señalado que, el modelo económico consignado en la Constitución peruana exige el reconocimiento y defensa de una pluralidad de libertades de carácter patrimonial, cuya configuración binaria y simultánea es la de derechos subjetivos y garantías institucionales; los cuales se tratan del derecho a la propiedad[14], el derecho a la libre contratación[15], la libertad de trabajo[16], la libertad de empresa, la libertad de comercio, la libertad de industria[17]; por lo que, la demora en los tramites y/o procedimientos administrativos para el otorgamiento de las licencias de habilitaciones urbanas y de edificación no solo afecta a los solicitantes o administrados, sino también a diversos actores que intervienen prestando servicios y actividades que se encuentran relacionadas como se señaló anteriormente, tales como el diseño, elaboración y ejecución de proyectos, la supervisión de obras por empresas privadas, los contratistas, los proveedores de insumos y servicios, administradoras, trabajadores, adquirentes de unidades inmobiliarias, entre otras actividades y servicios necesarios para el desarrollo de proyectos inmobiliarios.

C. Derechos sociales fundamentales

Sabemos que los derechos sociales fundamentales son posiciones jurídicas subjetivas de derecho fundamental que confieren a su titular la capacidad de exigir al Estado una prestación positiva (fáctica o jurídica) en su favor (STC 01470-2016-PHC/TC); es decir, la naturaleza de estos derechos gira en torno a cómo deben ser cumplidos por el Estado. Los derechos sociales fundamentales pueden o no estar explícitamente catalogados por la Constitución, pero, también, pueden estar reconocido por tratados o pactos internacionales.

En el caso de un proyecto de edificación para uso residencial, la demora en los procedimientos administrativos para la dación de las licencias de edificación constituye la vulneración o afectación al derecho fundamental denominado derecho a una vivienda adecuada[18], toda vez que en el Perú existe un déficit habitacional importante, que alcanza una cifra alrededor de 1.5 millones de viviendas y afecta principalmente a la población de ingresos moderados y bajos (MVCS, 2021, p. 5-6), quienes tienen derecho a exigir una prestación positiva fáctica al Estado para acceder a una vivienda y para lo cual el Estado tiene el deber de generar suelo e incentivar la generación de vivienda en el mercado, mediante instituciones que permitan atender los requerimientos de la sociedad, así como la implementación procedimientos para hacer efectivos dichos requerimientos. Es decir, con la demora en la aprobación o el otorgamiento de las licencias de edificación, se afecta al sector de la población que urge acceder a una vivienda, teniendo en cuenta que en el país existe déficit de vivienda.

En ese sentido, en la tramitación o procedimientos administrativos para el otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de edificación, la administración pública, representada en estricto para estos efectos por las municipalidades, tienen el "deber especial de protección" de los derechos fundamentales relacionados a la libre iniciativa privada, derecho a la propiedad, derecho a la libre contratación, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, libertad de comercio, la libertad de industria, así como el derecho a la vivienda, y ante

[14] Como derecho fundamental se establece en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 70 de la referida carta magna.

[15] Según el inciso 14) del artículo 2 de la Constitución Política, que la concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial.

[16] Dispuesto en el inciso 15) del artículo 2 y artículo 59 de la Constitución, que se entiende como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.

[17] De conformidad con el artículo 59 de la Constitución Política, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, comercio e industria constituyen derechos fundamentales que garantizan la creación de la riqueza del Estado.

[18] Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha ocupado sobre los alcances del derecho a la vivienda, precisamente en el pleno jurisdiccional sustentado en la sentencia 207/2020 recaído en el expediente No. 0018-2015-PI/TC, considerando que:

> el derecho a la vivienda adecuada es un derecho fundamental de toda persona que se encuentra íntimamente ligado al principio-derecho de dignidad humana, a la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho (según artículos 3 y 43 de la Constitución), al principio de igualdad material y al derecho al libre desarrollo y bienestar (según inciso 1 del artículo 2 de la Constitución).

Cabe precisar, si bien es cierto que el derecho a la vivienda adecuada como derecho fundamental no se encuentra expresamente en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra constitución, ello no excluye a los demás derechos que la misma constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona humana.

una posible vulneración o afectación a los mismos, los administrados o interesados pueden exigir que las leyes y sus actos de aplicación se realicen conforme a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o reconocidos por los tratados, pactos o acuerdos internacionales, que constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados partes.

D. Derecho de petición

Otro derecho que se estaría afectando o vulnerando ante la demora de los procedimientos administrativos o trámites para el otorgamiento de licencias de habilitación urbana y de edificación es el derecho fundamental de petición que tiene toda persona. Desde nuestra Constitución, en la sección sobre derechos fundamentales de la persona, específicamente en su artículo 2, inciso 20; se establece que, toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Como se puede advertir, el contenido constitucional protegido del derecho de petición se configura por dos componentes, el primero se refiere al reconocimiento de la libertad que tiene la persona para formular o solicitar pedidos por escritos a la entidad competente; y, el segundo, vinculado necesariamente a lo anterior, alude a la obligación que tiene la entidad correspondiente para brindar una respuesta a la persona peticionante, quién actúa en ejercicio de su libertad de formular pedidos.

Por su parte, el artículo 106 de la LPAG, cuyo sustento se deriva del marco de nuestra Carta Magna, señala que cualquier administrado, ya sea de manera individual o colectiva, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante cualquiera (o todas) de las entidades (autoridad o entidad competente que corresponda), ejerciendo su derecho de petición. Dicha disposición también precisa que, el derecho de petición comprende las facultades de presentar solicitudes de interés particular, de interés general de la colectividad, contradecir actos administrativos, pedir información, entre otras atribuciones; y a su vez, deben ser contestadas o respondidas dentro del plazo legal correspondiente.

Del marco normativo antes citado, además del contenido esencial del derecho fundamental de petición, es necesario resaltar un aspecto muy importante, precisamente nos referimos al plazo legal establecido para que la entidad competente (administración pública), de manera obligatoria, responda la solicitud presentada por el peticionante (administrado), bajo responsabilidad; embargo, en la realidad esta disposición imperativa queda únicamente en el papel y poco se pone en práctica por las entidades de la administración pública, con lo cual estaríamos frente a una situación de ineficacia de la norma; ya que de nada sirve tener la libertad de solicitar pedidos ante la entidad competente si esta no brindará la atención a la solicitud dentro del plazo establecido; además, no se sanciona por la responsabilidad incurrida.

Por ello, está claro que el derecho de petición, entendido como un derecho fundamental prescrito expresamente desde nuestra Constitución puede verse vulnerado o afectado en caso de presentarse demoras o retraso del procedimiento administrativo ante la municipalidad competente, en el cual se solicita emisión de una licencia de habilitación urbana y/o de edificación en el marco de un procedimiento administrativo ante la municipalidad competente; toda vez que constituye un exceso en términos de tiempo o plazo previsto en la norma, presentándose así una omisión de un deber jurídico por parte de las municipalidades expresamente estipulado e inexcusable cumplimiento.

V. PROPUESTA DE SOLUCIÓN SOBRE EL PROBLEMA PRESENTADO

Frente a la problemática presentada resulta necesario proponer acciones que contribuyan con la solución o mejoras de la situación que existe en el país, específicamente nos referimos a las demoras en los procedimientos o trámites para la obtención de las licencias de edificaciones, a pesar que el marco normativo sobre la regulación de los procedimientos de habilitaciones urbanas y de edificaciones ha tenido diversas modificaciones relacionadas a la simplificación administrativa y la disminución de plazos sobre dichos procedimientos, pero el problema aún persiste. Ante ello, la propuesta para que los referidos procedimientos sean agiles y eficientes consiste en la mejora y fortalecimiento del marco normativo que regula el revisor urbano.

En principio, la Ley 29090, según lo dispuesto en su artículo 4 numeral 6, crea la institución del revisor urbano[19], el cual forma parte de los diversos actores que participan en los procedimientos administrativos para la emisión de las licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones. El revisor urbano tiene como función verificar que los anteproyectos en consulta y los proyectos de habi-

[19] Que es el profesional arquitecto o ingeniero certificado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

litación urbana o los proyectos de edificación, que se acojan a las modalidades B, C o D, para el otorgamiento de las licencias, efectivamente cumplan con las disposiciones urbanísticas y/o edificatorias establecidas en las normas de acondicionamiento territorial y/o de desarrollo urbano, en el Reglamento Nacional de Edificaciones y en otras normas que sean de aplicables al proyecto.

De acuerdo a la Exposición de Motivos del Reglamento de los revisores urbanos, el cual fue aprobado por Decreto Supremo 006-2020-VIVIENDA, el revisor urbano fue creado como un mecanismo alternativo a las Comisiones Técnicas que califican los anteproyectos en consulta o proyectos de habilitaciones urbanas y de edificaciones, con la finalidad de otorgarle a los promotores inmobiliarios la opción o posibilidad que un colegiado privado revise expedientes técnicos y determinen su conformidad o no, reservando la expedición de la licencia correspondiente a los gobiernos locales, conforme a lo dispuesto en la LOM, de acuerdo a la función asignadas, esto es principalmente para organizar el espacio físico y uso del suelo, otorgamiento de las licencias, entre otras funciones.

Asimismo, la referida Exposición de Motivos señala que con la participación de los revisores urbanos en nuestro ordenamiento jurídico se busca reducir el problema de demoras que se genera en los procedimientos administrativos tramitados ante las municipalidades para autorizar la habilitación del suelo urbano o edificación de lotes, haciendo más eficaz y célere la emisión de las licencias correspondientes; sin embargo, a la fecha no se ha logrado los objetivos previstos, debido a que su función (del revisor urbano) se limita a verificar que los anteproyectos en consulta y los proyectos de habilitación urbana y/o de edificación cumplan con las disposiciones urbanísticas y/o edificatorias establecidas en las normas de acondicionamiento territorial y/o de desarrollo urbano; ya que las municipalidades son las que efectivamente emiten las licencias correspondientes.

Por su parte, citando ejemplos de la legislación comparada sobre instituciones similares al revisor urbano, en Colombia podemos encontrar la regulación del curador urbano, que se consagró por primera vez en el Decreto 2150 de 1995[20], que lo define como "un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir las licencias de urbanismo o de construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción"; y que también otorga amplias atribuciones en el ejercicio de la administración pública, que consistía en la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y construcción.

Sobre el particular, es importante poner en contexto el propósito de la regulación entre el revisor urbano en el Perú y el curador urbano en Colombia, los cuales tienen una particularidad coincidente; ya que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley 388 de 1997[21], se entiende que el principal objetivo que se perseguía lograr con la regulación e implementación del curador urbano consistía en agilizar los trámites y el mejoramiento de la planeación en Colombia mediante la especialización de las oficinas municipales competentes de esta actividad. El curador urbano, como un nuevo ente privado, debe contar con equipos técnicos especializados y con experiencia, para poder superar en el corto tiempo los lentos y engorrosos procesos sobre la gestión de las licencias urbanísticas, que llevaban los funcionarios públicos de "planeación" y se encargaría de verificar y dar la conformidad o el rechazo a los proyectos urbanísticos y de construcción; en concordancia y de conformidad con la normatividad y planes municipales correspondientes (Ángel, 2001, p. 63), del territorio colombiano.

Y en la actualidad, en la doctrina colombiana se concibe (y así sucede en la práctica) que la creación de los curadores urbanos contribuyó a materializar la figura de la descentralización por colaboración en el ordenamiento jurídico colombiano, a la par que fomentó la celeridad y eficiencia en el ejercicio de los cometidos estatales (Londoño Hurtado, 2015, p. 19); es decir, el papel que juega el curador urbano en Colombia es muy interesante en términos de agilizar los procesos de otorgamiento de las licencias urbanas, y por ende, su impacto positivo en el desarrollo e inversión inmobiliaria.

En ese sentido, en el Perú resulta importante contar con un marco normativo ágil y simple sobre el procedimiento administrativo para la solicitud

[20] Mediante el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública de Colombia.

[21] Que tiene como objetivos armonizar y actualizar las disposiciones contenidas en la Ley 9 de 1989 con las nuevas normas establecidas en la Constitución Política, la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, la Ley Orgánica de Áreas Metropolitanas, garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, entre otros objetivos.

y tramitación de las licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones[22], no en el sentido de abreviar los plazos, sino en delegar competencias y atribuciones a institucionales y/o actores eficientes que contribuyan con los procedimientos administrativos de otorgamiento de licencias, dentro del plazo correspondiente, sin que ello signifique descuidar la seguridad, habitabilidad y la funcionalidad que toda habitación urbana o edificación deba considerar; por ello, se propone reforzar el marco normativo de los revisores urbanos, que estos no se limiten únicamente a realizar actos de verificación de los anteproyectos en consulta presentados y los proyectos de habilitación urbana y de edificación, sino que se encuentren facultados para emitir licencias y así permitan solucionar la problemática sobre las deficiencias y/o limitaciones que tienen las municipalidades, sujetándose a la fiscalización y supervisión de un órgano colegiado cuya conformación comprenda, entre otros, al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, los Colegios Profesionales de Arquitectos e Ingenieros, las municipalidades.

VI. CONCLUSIONES

a) En el Perú, la planificación urbana y territorial se realiza en sus tres niveles de gobierno, esto es, a nivel nacional (Gobierno Nacional), regional (departamentos) y local (provincias y distritos). A nivel local, específicamente en las provincias, los instrumentos de planificación urbana tienen incidencia directa en la dinámica del sector construcción, puesto que en estos instrumentos se determina la zonificación y la clasificación del suelo, como componentes que establece el régimen jurídico del suelo urbano, es decir, el conjunto de derechos y deberes que pueden ejercer los habilitadores urbanos y promotores inmobiliarios para la ejecución de sus proyectos de habilitación urbana y/o edificación.

b) La administración pública (el Estado), en el marco de sus competencias sobre la planificación urbana y territorial a través de las municipalidades, interviene en el otorgamiento de permisos, autorizaciones o licencias para el legítimo disfrute y ejercicio del derecho a edificar, con la finalidad de no afectar bienes protegidos o intereses generales, por la cual se establecen reglas de carácter restrictiva, limitativa y obligatoria para el desarrollo y control de las actividades urbanísticas.

c) En ese sentido, las licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones (conocida también como licencia urbanística) son instrumentos legales mediante los cuales la administración pública permite el desarrollo de determinadas actividades humanas, persiguiendo un equilibrio en el ejercicio de derechos y deberes de los administrados frente a la sociedad y protegiendo intereses generales que se encuentran relacionados al ordenamiento territorial, los usos del suelo, la urbanización, las edificaciones, entre otras actividades urbanísticas.

d) Se ha identificado que, una de las principales trabas en el sector construcción e inmobiliario consiste en la demora o lentitud de los trámites para la obtención de licencias de habilitaciones urbanas y edificaciones, que se debe, principalmente, al desconocimiento de la normativa aplicable y/o al ejercicio arbitrario o deficiente de los funcionarios de las municipalidades, lo cual se traduce en la exigencia de mayores requisitos de los contemplados en la Ley 29090 y sus reglamentos (marco normativo de cumplimiento a nivel nacional), creación de nuevos procedimientos administrativos, entre otros. Dicha problemática se presenta debido a cuestiones eminentemente atribuidas a las municipalidades, quienes no son eficientes competentes para cumplir y hacer cumplir la normativa vigente.

e) En el desarrollo de las economías de los países existen diversos sectores productivos que la conforman las divisiones de cada actividad económica, las cuales siempre se encuentran vinculadas según el tipo de proceso de producción. Por ello, sobre el sector o actividad inmobiliaria, la demora de los trámites para la obtención de licencias de edificación no solo afecta la ejecución de los proyectos de edificación, sino también a otros servicios y actividades relacionadas al diseño, elaboración y ejecución de proyectos, a los contratistas, la supervisión de obras por empresas privadas, los proveedores de insumos y servicios, administradoras, trabajado-

[22] Esto en virtud de las obligaciones que tiene el Estado, esto es el deber de poner a disposición de los titulares de derechos fundamentales una organización que permita atender sus requerimientos de acción estatal (fáctica o jurídica), así como un procedimiento para hacer efectivos dichos requerimientos. El titular del deber correlativo a este derecho es el legislador, quien deberá estructurar organizaciones a efectos de brindar realizar la obligación de dar o hacer del Estado, así como el procedimiento que los titulares del derecho deben cumplir para acceder a dichas prestaciones (STC 01470-2016-PHC/TC).

res, adquirentes de unidades inmobiliarias, entre otras actividades y servicios necesarios para el desarrollo de proyectos inmobiliarios que conllevan diferentes tipos de cambios que impactan en la economía del país.

f) En los procedimientos o tramitación para el otorgamiento de las licencias de habilitaciones urbanas y de edificaciones, la administración pública, representada por las municipalidades, deben actuar o resolver dentro del marco legal vigente, específicamente cumpliendo los plazos establecidos, que a su vez tienen el deber especial de protección de los derechos fundamentales de los administrados o agentes que intervienen en la actividad inmobiliaria y ante una posible vulneración o afectación a los mismos deberán exigir que las disposiciones normativas o sus actos de aplicación concreta se realicen en concordancia y a favor de sus derechos reconocidos expresamente por la Constitución.

g) Frente a la problemática sobre la demora o trabas en la tramitación de las licencias de habilitación urbana y de edificación es necesario reforzar o implementar mejoras en el marco normativo que regula de la actividad de los revisores urbanos, que no se limiten únicamente a verificar los anteproyectos en consulta y los proyectos de habilitación urbana y de edificación, sino, que se encuentren facultados para emitir licencias y así permitan solucionar la problemática sobre las deficiencias y/o limitaciones que tienen las municipalidades, estableciendo condiciones para su autonomía, responsabilidades a las que se sujeta, entre otros aspectos.

REFERENCIAS

Ángel Bernal, M. (2001). *El Curador Urbano*. Pontificia Universidad Javeriana.

Arata Solís, M. (2020). *La regulación de los procesos de habilitación urbana como reflejo del estado actual del urbanismo en el Perú*. Themis.

Banco Central de Reserva del Perú (2022). *Actividad Económica agosto 2022: Notas de estudios del BCR.* https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Notas-Estudios/2022/nota-de-estudios-74-2022.pdf

Banco Mundial (2020). *Doing Business en el Perú 2020: Comparando las regulaciones empresariales para las empresas locales en 12 ciudades peruanas con otras 189 economías.* Grupo del Banco Mundial.

Bustamante Cisneros, R. (1929). El urbanismo en el Perú. *Letras*, *1*(1), 85-97.

De Soto, H. (1986). *El Otro Sendero*. El Barranco.

FACUA (2019). *El urbanismo como función pública*. FACUA-Consumidores en Acción.

Equipo Editorial del Fondo Monetario Internacional (12 de junio 2014). Los mercados inmobiliarios, la estabilidad financiera y la economía. *Fondo Monetario Internacional*. https://www.imf.org/es/News/Articles/2015/09/28/04/53/sp060514

García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional (4ta ed.)*. Editorial Adrus.

García de Enterría, E. (1978). Los principios de la organización del urbanismo*. Revista de Administración Pública*, (87), 301-336.

Ibérico, J., & Orrego, F. (2015). Trabas en el Sector Construcción Residencial. *Revista Moneda*, (34), 35-36.

Instituto Peruano de Economía [IPE] (2013). *Sectores productivos*. Instituto Peruano de Economía.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2022). *Informe Técnico No. 2 de Producción Nacional*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4123042/Informe%20T%C3%A9cnico%20-%20Producci%C3%B3n%20Nacional%20-%20N%C2%B0%202%20-%20Febrero%202023.pdf?v=1676473651

Londoño Hurtado, M. (2015). *Los curadores urbanos en Colombia: Un balance a propósito del proyecto de Ley C 111 de 2014* (tesis para optar el título de abogado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Ludeña Urquizo, W. (2004). *Lima: Historia y urbanismo en cifras 1821 – 1970*. Editorial Perú SEGRAF.

Maurate de la Torre, O. (2021). *Sector Construcción e Inmobiliario*. Pacific Credit Rating.

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento-MVCS. (2021). *Informe de Evaluación de Resultados: Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con horizonte al 2030*. https://ww3.vivienda.gob.pe/transparencia/documentos/Informe-Anual-Seguimiento-PNVU-2021.pdf

Prieto Sanchis, L. (2004). El constitucionalismo de los derechos*. Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(71), 47-72.

Ramírez Hernández, J. (2019). La función pública del urbanismo: elementos para su comprensión en el contexto colombiano. En G. Henao, C. Acosta & J. Hofman (eds.), *Manual de Derecho Urbano*, pp. 31-55. Editorial Universidad del Rosario.

Santofimio Gamboa, J. (2009). Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de licencia urbanística. *Revista Digital de Derechos Administrativo*, (2), 3-82.

Solminihac de, H. (25 de octubre de 2018). Sector de la Construcción: ¡Es mucho más que las empresas constructoras! *La Clase Ejecutiva.* https://www.claseejecutiva.com.pe/blog/articulos/sector-de-la-construccion-es-mucho-mas-que-las-empresas-constructoras/

Truyol y Serra, A. (1977). *Los derechos humanos.* Editorial Tecnos.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Decreto Supremo 006-2022-VIVIENDA, Decreto Supremo que modifica la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo 014-2021-VIVIENDA, que aprueba el Código Técnico de Construcción Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2022 (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).

L. 388, julio 18 de 1997, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.).

Ley 6159, Ley sobre las Municipalidades en la República, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de marzo de 1928 (Perú).

Ley 9807, Ley sobre la Ejecución de Obras de Saneamiento por las compañías y empresas urbanizadoras, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 1943 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2001 (Perú).

Ley 29792, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2003 (Perú).

Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de setiembre de 2007 (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de julio de 2021 (Perú).

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2150 (diciembre 5, 1995).

Tribunal Constitucional [T.C.], 13 de marzo de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0976-2001-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 13 de marzo de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0976-2001-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 008-2003-AI/TC. (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 3330-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de mayo de 2015, sentencia recaída en el Expediente 01272-2015-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 12 de febrero de 2019, sentencia recaída en el Expediente 01470-2016-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC. (Perú).

10.18800/themis.202301.009

LOS PARÁMETROS URBANÍSTICOS Y EDIFICATORIOS DE LA VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL EN LIMA METROPOLITANA: ZONIFICACIÓN EXCLUSIONARIA Y VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

ZONING CODE OF SOCIAL HOUSING IN METROPOLITAN LIMA: EXCLUSIONARY ZONING AND INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO HOUSING

Andres Devoto Ykeho*
Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social

Fiorella Pairazamán Sotelo**
Estudio Vargas Pareja Abogados & Consultores

Ximena Vilchez Vargas***
Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social

Domingo Alejandro Torero Gamero****
Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social

The objective of this article is to analyze the role of urban planning and building parameters in guaranteeing the right to adequate housing in Metropolitan Lima, with emphasis on social housing (SIV). To this end, we develop a state of the art on the urban regulation of SIV until December 2022, which shows that there is no consensus among the different levels of government regarding the mechanisms to promote the production of SIV and guarantee the right to housing. Then, we analyze the impact of urban and building parameters on the right to housing and other legal rights and goods.

El artículo tiene como objetivo analizar el rol que cumplen los parámetros urbanísticos y edificatorios para garantizar el derecho a una vivienda adecuada en Lima Metropolitana, con énfasis en la vivienda de interés social (VIS). Para ello, desarrollamos un estado de la cuestión sobre la regulación urbanística de la VIS hasta diciembre de 2022, lo cual demuestra que no hay consenso entre los distintos niveles de gobierno respecto a los mecanismos para fomentar la producción de VIS y garantizar el derecho a la vivienda. Luego, analizamos el impacto que tienen los parámetros urbanísticos y edificatorios en el derecho a la vivienda y en otros derechos y bienes jurídicos.

* Abogado. Investigador asociado del Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social (CONURB-PUCP). Fue Consultor Legal del Instituto Metropolitano de Planificación en la Reglamentación de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios de los PDU de las Áreas Interdistritales Metropolitanas. Actualmente Asociado del Área de Regulación Municipal y Autorización del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados (Lima, Perú). Contacto: adevotoy@pucp.pe

** Abogada. Estudios de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Área de Propiedad y Proyectos del Estudio en Estudio Vargas Pareja Abogados & Consultores (Lima, Perú). Contacto: fpairazaman@pucp.edu.pe

*** Abogada. Adjunta de docencia del curso Derecho y Gestión de Riesgos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador asociado del Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social (CONURB) (Lima, Perú). Contacto: xvilchez@pucp.pe

**** Arquitecto. Magíster en Construcción, Diseño Urbano y Desarrollo por la University College London. Fue funcionario y consultor de entidades como el Ministerio de Educación, el Banco Mundial y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Es docente de urbanismo y diseño en la Facultad de Arquitectura de la Pontificia Universidad Católica del Perú e investigador asociado del Grupo de Investigación en Urbanismo, Gobernanza y Vivienda Social (CONURB-PUCP) (Lima, Perú). Contacto: atorero@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 27 de marzo del 2023, y aceptado por el mismo el 23 de junio del 2023.

Based on this analysis, we present two arguments. First, we argue that the urban and building parameters approved by the municipalities of Metropolitan Lima represent a case of exclusionary zoning, as they limit or prohibit the production of SIV in areas with greater access to services and facilities. The second argument is that the incentives of the Special Regulation –i.e., the table of SIV parameters– do not guarantee the right to housing because they do not ensure adequate access to services and facilities for SIV beneficiaries.

Keywords: Urban and building parameters; social housing; urban law; right to housing; exclusionary zoning.

A partir de este análisis, presentamos dos argumentos. Primero, sostenemos que los parámetros urbanísticos y edificatorios aprobados por las municipalidades de Lima Metropolitana representan un caso de zonificación exclusionaria, pues limitan o prohíben la producción de VIS en las áreas con mayor acceso a servicios y equipamientos. El segundo argumento es que los incentivos del Reglamento Especial –es decir, el cuadro de parámetros de la VIS– no garantizan el derecho a la vivienda pues no aseguran un acceso adecuado a servicios y equipamientos para los beneficiarios VIS.

Palabras clave: Parámetros urbanísticos y edificatorios; vivienda de interés social; derecho urbanístico; derecho a la vivienda; zonificación exclusionaria.

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda ha sido y es uno de los principales problemas de Lima Metropolitana. Algunas de las causas que dificultan el acceso a una vivienda adecuada son: la ausencia de mecanismos de acceso ordenado al suelo (Calderón, 2019); el alto valor del suelo debido a las especificaciones y parámetros urbanísticos y de diseño que regulan la ejecución de proyectos de vivienda; los altos costos burocráticos derivados de la legislación vigente; y las políticas de vivienda inadecuadas, basadas en parámetros urbanísticos discrecionales que no priorizan el derecho a la vivienda de las personas (Goytia & Pasquini, 2016; Zhang, 2015; Sitaraman *et al*., 2021). Esta situación fomenta la aparición de viviendas en situación de hacinamiento, las cuales carecen de servicios básicos (como los de agua y saneamiento) y tienen un acceso limitado a los espacios públicos y servicios de transporte urbano, debido a que están construidas al margen de los parámetros urbanos y edificatorios vigentes (Pineda, 2022). Esto constituye un claro ejemplo de la vulneración del derecho a la vivienda adecuada en nuestra ciudad. Por todo ello, la vivienda adecuada es percibida más como un lujo que como un derecho, lo cual contribuye a la segregación espacial y la discriminación[1].

Ahora bien, existe una amplia discusión que se enfoca en los efectos de la zonificación en el derecho a la vivienda. Tal como refieren muchos especialistas (Pineda, 2022; Schleicher, 2021; Goytia, 2020 y 2020a; Bertaud, 2018; Fischel, 2015; Pasquel, 2005; Siegan, 1995), la controversia vinculada a la zonificación no solo compete a las municipalidades y a los propietarios, sino también a las aspiraciones en conflicto entre las personas que viven en un lugar y las que desean vivir allí, las cuales, a su vez, se ven limitadas por las exigencias reglamentarias, que son en gran parte arbitrarias. Enfocando este debate al caso de Lima Metropolitana, podemos señalar que, tal como ha estudiado Vega Centeno (2019), el crecimiento inmobiliario que se consolidó bajo un modelo 'monofuncional' en el que predomina la homogeneidad de usos residenciales de baja densidad, ha contribuido en la predominancia de viviendas de baja altura, incluso en las zonas de mayor densidad poblacional. Esto ha resultado beneficioso para un sector minoritario de la población y ha promovido el uso ineficiente del suelo, lo cual dificulta la construcción de viviendas sociales en zonas de alta demanda, contribuyendo con la desigualdad económica y la segregación socioespacial.

Esta configuración urbana da lugar a una afectación al derecho a la vivienda. Si bien este derecho no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, este encuentra tutela y base normativa en los diversos instrumentos internacionales de los cuales el Perú es un Estado Parte[2]. Por ello, ante la amplia necesidad de viviendas de calidad, el Estado peruano ha establecido mecanismos para fomentar la producción de lo denominado Vivienda de Interés Social (en adelante, VIS), tales como subsidios, créditos y bonificaciones edificatorias. Sin embargo, la política de la VIS no ha contribuido sustantivamente en la reducción del déficit habitacional. Cabe señalar que estas dificultades generan una grave alteración a la seguridad jurídica, afectación al derecho a la vivienda, y vulneración al derecho igualdad y no discriminación. A lo largo de este artículo, trataremos de abarcar estas problemáticas tanto a nivel jurídico[3] como teórico, buscando contribuir a un vacío en la investigación sobre la legislación técnico-legal en materia de VIS.

En ese sentido, el presente artículo tiene como objetivo analizar el rol que cumplen los parámetros urbanísticos y edificatorios en garantizar el derecho a una vivienda adecuada en Lima Metropolitana, con énfasis en la VIS. Para realizar este análisis, el artículo desarrolla primero un estado de la cuestión sobre la regulación urbanística de la

1 Según la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU), en el Perú se producen aproximadamente 128 000 viviendas al año, un número que no es suficiente para satisfacer la gran demanda de vivienda. Solo para Lima Metropolitana, esta demanda insatisfecha de viviendas dentro del mercado formal contribuyó a que, en los últimos 20 años, el 50% del crecimiento urbano se haya dado a raíz de expansiones ilegales y el 40% derive de lotizaciones informales (GRADE, 2020).

2 Si bien la discusión de este artículo no se centra en el debate constitucional sobre el derecho a la vivienda, sino en el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación y sus efectos en la realidad peruana, es necesario referirnos a nuestra Carta Magna, dado que es la norma fundamental en el Perú.

3 En el orden jurisprudencial respecto a la edificación de VIS, resulta imprescindible mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 00003-2020-PCC/TC, sobre la demanda competencial interpuesta por la Municipalidad Distrital de San Isidro contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, respecto al supuesto menoscabo de competencias municipales para determinar los parámetros urbanísticos y edificatorios de VIS en cada circunscripción distrital. Por otro lado, el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, aprobado mediante el Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA y sus modificatorias (Decretos Supremos 012-2019-VIVIENDA y 02-2020-VIVIENDA), ha sido cuestionado en el fuero constitucional por suponer un menoscabo de las competencias municipales, dado que en este se establecen las características especiales que debe tener la VIS a nivel nacional.

VIS hasta diciembre de 2022, con especial énfasis en los parámetros urbanísticos y edificatorios, luego de lo cual analiza el impacto que tienen dichos parámetros en el derecho a la vivienda y en otros derechos y bienes jurídicos.

Tal como examinamos en el presente artículo, el estado de la cuestión de la normativa de los parámetros urbanísticos tanto a nivel municipal como nacional demuestra que no hay consenso entre los distintos niveles de gobierno respecto a los mecanismos para fomentar la producción de VIS y garantizar el derecho a la vivienda.

A partir del análisis desarrollado, presentamos dos argumentos: el primero es que los parámetros urbanísticos y edificatorios aprobados por las municipalidades distritales de los distritos de alta renta de Lima Metropolitana representan un caso de zonificación exclusionaria, pues limitan o prohíben la producción de VIS en las áreas con mayor acceso a servicios y equipamientos. El segundo argumento es que los incentivos del Reglamento Especial –es decir, el cuadro de parámetros de la VIS– no garantizan el derecho a la vivienda pues no aseguran un acceso adecuado a servicios y equipamientos para los beneficiarios de VIS.

II. MARCO TEÓRICO

Para comprender mejor la regulación de los parámetros urbanísticos y edificatorios aplicables a la VIS, es necesario realizar un breve repaso de las variables a utilizar a lo largo de este artículo: el derecho a la vivienda, la VIS, la zonificación, y los parámetros urbanísticos y edificatorios.

A. Derecho a la vivienda

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, CESCR), el derecho a la vivienda implica que toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada. Asimismo, este Comité define las dimensiones de la vivienda adecuada, las cuales son: (i) la seguridad jurídica de la tenencia; (ii) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; (iii) la asequibilidad; (iv) la habitabilidad; (v) la adecuación cultural (ACNUDH & ONU Habitat, 2010); (vi) la accesibilidad; y (vii) la ubicación (CESCR, 1991). Debido a su gran importancia, diversos instrumentos nacionales e internacionales han ido incorporando este derecho de manera progresiva dentro de sus regulaciones. Sin embargo, en el caso del Perú, la falta de un reconocimiento expreso de este derecho en nuestra Constitución Política y los intereses políticos de cada gobierno han llevado a que este sea interpretado de manera parcial o según el nivel económico de sus habitantes. Esto último se advierte, como veremos a detalle más adelante, en las ordenanzas municipales (metropolitanas y distritales) que discriminan y fomentan la segregación urbana en la ciudad.

Respecto a esto, cabe resaltar que la definición de una vivienda adecuada según la CESCR tiene como elementos esenciales la asequibilidad, la accesibilidad y la ubicación. Estos hacen referencia a la importancia de garantizar que los gastos de las viviendas sean proporcionales al nivel de ingresos de sus habitantes, de manera que no se comprometan otras necesidades básicas. De la misma manera, hacen referencia a garantizar la posibilidad de que todas las personas tengan acceso a una vivienda. He aquí la importancia de la implementación de políticas públicas de financiamiento que brinden soporte a aquellas personas de bajo recursos que no pueden costear una vivienda en el mercado formal; asimismo, se deberá garantizar que estas viviendas puedan ubicarse dentro del tejido urbano y contar con acceso a los servicios que brindan las ciudades.

Constitucionalmente, nuestra Carta Magna no recoge de manera expresa el derecho a la vivienda[4]. No obstante, esto no es obstáculo para entender y comprender la protección que se le otorga a este derecho. Tal como señala Marcial Rubio (2020), los derechos humanos no se encuentran regulados de manera taxativa ni la Constitución es una norma exhaustiva. En relación a esto, cabe señalar que pueden existir otros derechos que no se encuentran recogidos de manera expresa en la Constitución, pero sí en tratados internacionales de los cuales el Perú forma parte, tal como ocurre con el derecho a la vivienda. Por ello, el Estado peruano tiene la obligación de lograr gradualmente el pleno ejercicio del derecho a una vivienda adecuada bajo criterios de no discriminación (ACNUDH & ONU-HABITAT, 2010, p. 32).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia del Pleno del 26 de octubre de 2012 (Expediente 0007-2012-PI/TC),

[4] Diversas constituciones reconocen el derecho a la vivienda digna como un derecho de todas las personas; así como establecen el deber del estado de promover su acceso y fomentar planes, directrices para viviendas y viviendas de interés social. Tal es el caso de las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

ha considerado el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. Asimismo, diversos proyectos de ley han buscado incorporar expresamente el derecho a la vivienda en nuestra Constitución: desde el 2000 hasta la fecha, es posible identificar once proyectos de ley que propusieron modificar artículos constitucionales a fin de incorporar el acceso a la vivienda digna y adecuada como un derecho fundamental.

Ahora bien, es posible encontrar dentro de la normativa infra constitucional leyes y reglamentos que de cierto modo han reconocido el derecho a la vivienda. Este es el caso de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; la Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (en adelante, Ley DUS); y el Reglamento Nacional de Edificaciones (en adelante, el RNE). Este último establece criterios técnicos mínimos de cumplimiento obligatorio en la ejecución de habilitaciones urbanas y edificaciones. Por otro lado, las ordenanzas municipales, en la mayoría de casos, han desarrollado este derecho 'a su modo', fomentando mayor segregación y discriminación en las ciudades, principalmente a través del concepto de 'áreas de densificación regulada'. Respecto a esto, la ONU-HABITAT (2018) ha señalado que

> Hoy en día, la vivienda se ha convertido en un factor de especulación motivado fundamentalmente por sectores inmobiliarios privados quienes han trabajado solamente bajo la lógica del rendimiento económico […] generando que un tercio de la población mundial viva en asentamientos informales.

Entre las causas de esta problemática, podemos señalar el alto precio del suelo, la falta de políticas públicas urbanas y las diversas formas de discriminación, todo lo cual le dificulta el acceso a una vivienda de calidad a todas las personas. Para estos casos, el Estado debe implementar políticas públicas o programas sociales para la construcción y acceso a viviendas de bajo costo, a fin de cubrir la demanda de viviendas no atendida por el mercado. En el caso peruano, estas viviendas son denominadas VIS.

B. Vivienda de Interés Social (VIS)

El Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación (en adelante, Reglamento Especial) define a la VIS en su artículo 2.1[5] (inciso introducido por el Decreto Supremo 002-2020-VIVIENDA) como una solución habitacional subsidiada por el Estado, la cual tiene la finalidad de reducir el déficit habitacional. Asimismo, señala que las características de estas viviendas se enmarcan en los programas Techo Propio, Crédito MiVivienda, y cualquier otro promovido por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, MVCS).

Ahora bien, para definir la VIS desde una perspectiva más actualizada y entender mejor su regulación e implicancia, debemos atender principalmente a lo expuesto en la Ley de Regularizaciones Urbanas y de Edificaciones y su modificatoria, al Reglamento Especial, a la más reciente Ley DUS (2021) y a la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (2021, p. 220).

En específico, la Ley DUS precisa:

a) Que la VIS tiene como objetivo la reducción del déficit habitacional en un sentido cualitativo y cuantitativo.

b) La VIS puede ser de tipo Prioritaria cuando se encuentra dirigida a favor de las personas ubicadas en los sectores I, II y III de la población agrupada según quintiles de ingreso y en especial a favor de aquellas que se encuentran asentadas en zonas de riesgo no mitigable o en situación de vulnerabilidad social.

c) Los precios de las viviendas de interés social consideran la capacidad económica de su grupo de interés.

d) Esto tiene como finalidad i) llegar a aquellos sectores que no tienen la suficiente capacidad económica para adquirir una vivienda dentro del mercado, ii) corregir el déficit que deja el sector privado, y iii) asegurar el acceso a una vivienda digna en condiciones de equidad y no discriminación, esto sin perder de vista los elementos básicos de una vivienda adecuada.

En la actualidad, los reglamentos operativos vigentes señalan que los valores y requisitos de la VIS se

[5] 2.1 Vivienda de Interés Social - VIS

La Vivienda de Interés Social - VIS es aquella solución habitacional subsidiada por el estado y destinada a reducir el déficit habitacional, cuyo valor máximo y sus requisitos, se encuentran establecidos en el marco de los Programas Techo Propio, Crédito Mivivienda, así como cualquier otro producto promovido por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2020).

establecen en los programas Techo Propio, Crédito Mivivienda y otros promovidos por el MVCS; sin embargo, resulta una tarea pendiente actualizar estas normativas de conformidad con lo señalado en la Ley DUS.

C. Zonificación

La zonificación es un elemento fundamental para el planeamiento urbano. Podemos definir la zonificación como "la adopción de reglas generales, prescriptivas y predefinidas que indican qué actividades pueden ocurrir en una zona determinada, incluidos tanto los estándares sustantivos aplicables como los procedimientos" (Salazar Ferro, 2010, p. 5). Según The Center for Urban Pedagogy (2013), la zonificación "no determina cómo debe lucir un edificio, pero sí establece normas acerca de cuál puede ser su altura, cómo se ubica en el lote, y cuán grande puede ser su tamaño total, dependiendo del lugar en el que esté ubicado" (p. 43). Es decir, "establece los usos del suelo urbano y regula el ejercicio del derecho de propiedad predial urbana, concretizando los objetivos y estrategias de desarrollo sostenible en el territorio" (Ortiz, 2019, p. 320).

Asimismo, la Ley DUS define la zonificación de la siguiente manera:

> Artículo 36. Zonificación
> 36.1. La zonificación es un componente de los procesos de planificación urbana que contiene el conjunto de normas y parámetros urbanísticos y edificatorios para la regulación del uso y ocupación del suelo en el ámbito de actuación o intervención del instrumento de planificación urbana de la jurisdicción. Estos se elaboran en función a los objetivos de desarrollo, de la capacidad de soporte del suelo y las normas establecidas en el propio plan. Ordena y regula la localización de actividades con fines sociales y económicos, como vivienda, recreación, actividades culturales, protección y equipamiento; así como, la producción industrial, comercio, transportes y comunicaciones […] (2021).

En ese sentido, la zonificación tiene como objetivo regular el uso y la ocupación que se le puede dar al suelo. Esta se concreta en los planos de zonificación u otros medios de representación gráfica, en los parámetros urbanísticos y edificatorios para cada sector y en el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas (artículo 36.2[6]).

D. Parámetros urbanísticos y edificatorios

La más reciente definición de los parámetros urbanísticos y edificatorios, otorgada por el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Urbano Sostenible, los señala como[7]:

> Disposiciones técnicas y legales de la zonificación, componente de los Instrumentos de Planificación Urbana y/o Instrumentos de Planificación Urbana Complementarios, que regulan el diseño y las condiciones técnicas de los proyectos de habilitaciones urbanas y/o las edificaciones (2022).

Asimismo, estos parámetros son aprobados por la municipalidad provincial a través de los instrumentos de planificación urbana y entregados de manera formal por la municipalidad distrital a través del Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, el cual indica claramente las condiciones técnicas de diseño para el predio, de conformidad con lo señalado en la normativa urbanística y edificatoria provincial/metropolitana vigente al momento de su expedición, la misma que regirá durante el proceso de edificación[8].

---

6 Artículo 36. Zonificación

[…]

36.2. Tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de propiedad predial respecto del uso y ocupación que se le puede dar al suelo. Se concreta en planos de zonificación u otros medios de representación gráfica, en los parámetros urbanísticos y edificatorios para cada sector y en el Índice de Usos para la Ubicación de Actividades Urbanas (2021).

7 Véase al artículo 4 del Decreto Supremo 012-2022-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Urbano Sostenible (2022).

8 Artículo 5 de la Ley 29090, Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, cuyo texto es el siguiente.

Artículo 5.- Carácter de las responsabilidades

Las responsabilidades, según corresponda, podrán ser de carácter administrativo y/o civil, y/o penal, y se sujetarán a la normatividad correspondiente.

El incumplimiento de la presente Ley, sus reglamentos, normas técnicas o cualquier otra disposición aplicable configura infracción sujeta a sanción administrativa, sin perjuicio de la sanción penal y la responsabilidad civil que corresponda.

La regulación de la inspección o verificación administrativa, garantías, tipificación de las infracciones y determinación de las correspondientes sanciones; y la aplicación de medidas correctivas y de restablecimiento de la legalidad infringida, serán establecidas por el reglamento de esta Ley, aprobado mediante decreto supremo (2017).

III. LA REGULACIÓN DE LOS PARÁMETROS URBANÍSTICOS Y EDIFICATORIOS DE LA VIS A NIVEL NACIONAL

Luego de haber definido las variables a utilizar a lo largo de este artículo, analizaremos cómo se han definido los parámetros urbanísticos y edificatorios en relación a la VIS. Respecto a estos parámetros, el Estado peruano se ha encargado de emitir diversas normas especiales las cuales consideramos pertinente revisar y resumiremos a continuación:

A. Los antecedentes del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación

El Reglamento Especial tiene antecedentes normativos y fácticos importantes, los cuales le han otorgado sus actuales características y alcances. En ese sentido, podemos resumirlos de la siguiente manera:

Figura 1: Línea de tiempo de los antecedentes del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación

Fuente: Pairazamán (2022)

En 1998 se aprueba por Decreto Supremo 053-98-PCM el primer Reglamento de Habilitación y Construcción Urbana Especial, el cual establece por primera vez disposiciones técnicas para la edificación y habilitación de los proyectos de VIS, en el marco del Programa del Fondo MIVIVIENDA[9].

Más adelante, en el 2002, la disolución del entonces Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción dio pie a la creación del MVCS, el mismo que asume la función de regular y ejecutar políticas de su competencia[10]. En ese mismo año se crea el Bono Familiar Habitacional (BFH) como parte de la política sectorial del MVCS, dirigido a todas aquellas personas con insuficientes recursos para adquirir o mejorar una vivienda[11] .

[9] Artículo 1 del Decreto Supremo 053-98-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Habilitación y Construcción Urbana Especial cuyo texto es el siguiente.

Artículo 1.- Objeto

El presente Reglamento establece las disposiciones básicas para diseñar y, con posterioridad a la expedición de la respectiva licencia municipal, ejecutar proyectos de habilitación urbana y/o de edificación para viviendas de interés social, sujetas a las disposiciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2017-VIVIENDA y sus Reglamentos.

En aquellos aspectos no tratados en el presente Reglamento, rigen las normas del Reglamento nacional de Edificaciones – RNE (2018).

[10] Artículo 30 de la Ley 27779, Ley Orgánica que modifica la Organización y Funciones de los Ministerios cuyo texto es el siguiente. Artículo 30.- Denominación y funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento regula y ejecuta las políticas en materia de vivienda, urbanismo, construcción y saneamiento (2002).

[11] Artículos 1 y 3 de la Ley 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional (BFH) cuyo texto es el siguiente.

Artículo 1.- Creación del Bono Familiar Habitacional (BFH) Créase el Bono Familiar Habitacional (BFH) como parte de la política sectorial del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, que se otorga por una sola vez a los beneficiarios, con criterio de utilidad pública, sin cargo de restitución por parte de éstos, y que constituye un incentivo y complemento de su ahorro, y de su esfuerzo constructor.

El Bono Familiar Habitacional se destinará exclusivamente a la adquisición, construcción en sitio propio o mejoramiento de una vivienda de interés social.

El Bono Familiar Habitacional (BFH) es inembargable. El Reglamento establece limitaciones temporales hasta por cinco (5) años al uso enajenatorio de las viviendas financiadas con el BFH y las consecuencias respecto a dicho uso, incluyendo, de ser el caso, la restitución al Estado (2002).

Años más tarde, en el 2013, se expide el Decreto Supremo 053-2013-VIVIENDA, el cual deroga al primer Reglamento Especial aprobado por Decreto Supremo 053-98-PCM. Para ese entonces, sus disposiciones se sujetaban a la Ley 29090. Ahora bien, dicha norma –en concordancia con el Decreto Legislativo 1037– tenía el objetivo de generar un uso del suelo adecuado, racional y seguro, así como también regular la ejecución de los proyectos del Fondo MIVIVIENDA S.A. y otros promovidos por el MVCS con similares características[12].

Tal como hemos podido revisar hasta el momento, podemos afirmar que el Estado peruano sí ha procurado desarrollar normativas en materia de edificación de proyectos de VIS. En ese sentido, el actual Reglamento Especial es producto de las modificaciones y perfeccionamiento de sus dos antecesores. Sin perjuicio de ello y de manera paralela a la publicación del Reglamento Especial, se han expedido normas relacionadas a la materia que resultan de mucha importancia evaluar cuando analizamos los procesos de establecimiento de los parámetros urbanísticos para los proyectos de edificación de VIS, las cuales analizaremos a continuación.

B. El Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación vigente[13]

Hasta diciembre del 2022, las edificaciones de VIS se encuentran reguladas principalmente por el Reglamento Especial, aprobado por Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA, publicado el 11 de julio del 2018, y por sus modificatorias, aprobadas por Decreto Supremo 012-2019-VIVIENDA, publicado el 19 de marzo de 2019, y por Decreto Supremo 002-2020-VIVIENDA, publicado el 22 de enero de 2020. De acuerdo con estas normas, podemos resumir los objetivos y justificación de dichas disposiciones de la siguiente manera:

Cuadro 1: Disposiciones normativas que regulan de las edificaciones de VIS

Norma	Justificación	Objetivo
Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA	Existe una alta demanda de suelo urbanizable para la construcción de proyectos de VIS.	• Establecer preceptos normativos para el diseño de proyectos de habilitación urbana y/o de edificación para VIS. • Proporcionar lineamientos para la edificación de viviendas accesibles. • Incentivar la inversión privada en proyectos de construcción de VIS; mejorar la competitividad económica de las ciudades; y dinamizar la ejecución de habilitaciones urbanas y edificaciones destinadas a VIS.
Decreto Supremo 012-2019-VIVIENDA	Se requiere incorporar disposiciones para edificar viviendas dignas.	• Perfeccionar la regulación de densidades y alturas máximas de edificación correspondientes a viviendas multifamiliares y conjuntos residenciales. • Regular los porcentajes de área libre mínima para multifamiliares y conjuntos residenciales en lotes ubicados en esquinas o que presentan dos o más frentes.
Decreto Supremo 002-2020-VIVIENDA	No se han adecuado las disposiciones municipales a la normativa nacional señalada en el presente Reglamento. Se busca promover la actividad edificadora y urbanizadora en el Perú.	• Unificar la normativa técnica en materia de edificación de VIS. • Plantear el desarrollo de programas de VIS. • Ejecutar proyectos de edificación de VIS en el marco del presente Reglamento y que estos mantengan la concordancia con la normativa nacional. • Autorizar al Fondo MIVIVIENDA S.A. y municipalidades la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas para el diseño de una VIS, habilitando la denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) cuando se advierta que el proyecto no cumple con dichas condiciones.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede apreciar, las normas que regulan los parámetros urbanísticos y edificatorios para la VIS siempre han sido aprobadas por el Ejecutivo, y tienen las siguientes características: son de carácter nacional, reglamentario, técnico y *ad hoc*. Ninguna se desprende de los instrumentos de planificación sino más bien se crearon de manera especial para ejecutar las políticas y programas sectoriales, ante la poca adecuación de las normas municipales.

Artículo 3.- Beneficiarios Son beneficiarios exclusivos del Bono Familiar Habitacional las familias, en los ámbitos urbano y rural, que carecen de recursos suficientes para obtener o mejorar una única solución habitacional (2002).

12 Véase a los considerandos y artículo 1 del Decreto Supremo 053-2013-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación.

13 Durante el proceso de elaboración y publicación del presente artículo, las instituciones involucradas continúan emitiendo fallos y normativas que cambian la aplicación los parámetros urbanísticos en Lima Metropolitana. Asimismo, el MVCS se encuentra elaborando la normativa correspondiente al Reglamento de Vivienda de Interés Social de la Ley DUS, la cual reemplazaría al Reglamento Especial. Sin embargo, tal como mencionamos en la introducción, el artículo abordará esta problemática tal como se desarrolló hasta diciembre del 2022.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS PARÁMETROS URBANÍSTICOS Y EDIFICATORIOS EN LIMA METROPOLITANA: BARRERAS MUNICIPALES A LA PRODUCCIÓN DE VIS

En contraste con la normativa nacional que hemos detallado, a nivel metropolitano contamos con un conjunto extenso de normas, opiniones y jurisprudencia relevante que complejizan la debida aplicación de las normas urbanísticas para el desarrollo de la vivienda, ya sea el caso de la VIS o no. Para analizar este complejo panorama, necesitamos abordar el proceso de delegación de facultades en temas de zonificación que se le dieron a ciertos municipios distritales; las normas metropolitanas que regulan los proyectos VIS; la demanda competencial sobre los parámetros VIS; y la última opinión vinculante del MVCS sobre la prevalencia normativa del Reglamento Especial.

A. La zonificación exclusionaria en Lima Metropolitana: el caso de la ATN III

Lima es una ciudad que presenta una segregación residencial moderada. Existen áreas segregadas de riqueza (en las zonas del sur y del este), áreas segregadas de pobreza (en las periferias de la ciudad) y también zonas heterogéneas (en el área central) (Pereyra, 2006 y 2018; Fernández de Córdova *et al*., 2016). Adicionalmente a ello, en diversos distritos centrales de alta renta predomina una densidad muy baja, por lo que muchos residentes y vecinos de la capital son excluidos de los beneficios de la proximidad al centro (Vega Centeno *et al*., 2020). En estos distritos, los parámetros de densidad no se han actualizado en los últimos diez años (Vilela, 2022; Chehade, 2023), aunque cuentan con una amplia provisión de infraestructura, servicios, espacios públicos y transporte. Tal como proponemos en esta sección, es posible argumentar que la segregación socioespacial en Lima Metropolitana está vinculada a las decisiones legislativas que se han tomado en materia urbanística en los distritos de alta renta. Específicamente, consideramos que las regulaciones sobre las 'áreas de densificación regulada' y las ordenanzas aprobadas por las municipalidades distritales en este ámbito pueden clasificarse como un tipo de 'zonificación exclusionaria', conocida como *exclusionary zoning* en inglés (King, 1978), lo cual desarrollaremos a continuación.

No se puede entender el concepto de áreas de densificación regulada que se tiene en la metrópoli sin antes desarrollar el concepto de Áreas de Tratamiento Normativo (en adelante, ATN) adoptado en nuestra regulación urbanística metropolitana. En la ciudad de Lima existen tres niveles de regulación urbanística (Mendoza, 2020; Ortiz *et al*., 2020), los cuales podemos resumir de la siguiente manera:

Cuadro 2: Niveles de Regulación Urbanística en Lima

Niveles de Regulación Urbanística Metropolitano	Instrumento de Planificación	Tipologías
Clasificación del suelo[1] (Decreto de Alcaldía 127-1992, Ordenanza 228, 1056)	Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM)	**PLANMET 1990-2010** (i) Urbano, (ii) Urbanizable y (iii) No urbanizable **Ordenanzas posteriores** (i) Áreas urbanas, (ii) Expansión urbana ii.a. Crecimiento urbano ii.b. Protección por función ambiental y recreativa ii.c. Amortiguamiento, seguridad y paisaje natural
Estructuración urbana (Áreas de Tratamiento Normativo)		ATN I, ATN II, **ATN III** y ATN IV
Calificación del suelo (Zonificación)	Reajustes Integrales de Zonificación (RIZ)	Zonificaciones: residencial, comercial, industrial, protección y tratamiento paisajístico, entre otros.

Fuente: Elaboración propia.

En el caso de Lima Metropolitana, el Plan de Desarrollo Metropolitano (en adelante, PDM) es el instrumento técnico normativo que orienta estas áreas conformadas por jurisdicciones distritales que presentan una continuidad física, social y económica. En contraste con los PDU, el PDM no contiene una propuesta de calificación del suelo (zonificación); por el contrario, este plan contiene componentes más generales como (i) el modelo de desarrollo urbano; (ii) los lineamientos generales de política, estrategias, objetivos y metas; y (iii) la estructuración urbana (Devoto, 2021). Para el objeto del presente artículo, nos centraremos en este último componente.

Respecto a la estructuración urbana, lo primero que debemos señalar es que las grandes aglomeraciones urbanas tienen una regulación urbanística particular por el hecho de presentar una realidad conurbada por varios núcleos urbanos que acaban formando una sola unidad funcional: la metrópoli. Lima y Callao[14] son un ejemplo paradigmático de conurbación, ya que fueron dos centros poblados independientes que al crecer pasaron a formar una unidad física, manteniendo su independencia administrativa.

De conformidad con la regulación nacional vigente a la fecha de aprobación de los RIZ[15], la estructuración urbana es la escala intermedia de regulación entre la clasificación del suelo y la zonificación; para Lima Metropolitana consiste en la identificación de áreas homogéneas, lo cual sirve para orientar las actuaciones e intervenciones urbanísticas. Frente al problema de la fragmentación de Lima Metropolitana (Cruces y Devoto, 2020), la estructuración urbana busca superar la escala distrital para la aplicación de instrumentos de gestión del suelo. Si bien pueden tener distintas nomenclaturas[16] (Unidades de Gestión Territorial, entre otros), el término más utilizado es 'ATN'.

Asimismo, es importante mencionar que el concepto de ATN (como nomenclatura de estructuración urbana) no se encuentra en el Plan de Desarrollo Metropolitano Lima-Callao 1990-2010. Esto nos lleva a preguntarnos en qué instrumentos se aprobaron las ATN señaladas en las normas sobre zonificación o en los certificados de parámetros urbanísticos y edificatorios que se utilizan a diario en la práctica inmobiliaria.

De manera más general, es posible observar que las ATN no han sido conceptualizadas; es decir, no han sido definidas en una norma o un instrumento técnico normativo, ni se ha regulado qué características o componentes determinan o diferencian las ATN I, ATN II, ATN III y ATN IV. En nuestra revisión de las más de ochenta ordenanzas que componen la regulación urbanística metropolitana, tampoco hemos encontrado algún anexo que apruebe un plano oficial de estas áreas. No obstante, a partir de los parámetros urbanísticos y edificatorios diferenciados para cada área (Mendoza, 2020), establecidos en las ordenanzas 912, 1015, 1076 y 1146, se puede inferir lo siguiente:

Cuadro 3: Regulación Urbanística Metropolitana

Área de Tratamiento Normativo	Lógica no explícita
ATN I	Áreas de la ciudad con menor nivel de consolidación, en proceso de desarrollo y que se encuentran en las zonas de la periferia de la ciudad.
ATN II	Áreas de la ciudad que se encuentran consolidadas y concentran la localización de zonas comerciales y de servicios importantes para la ciudad.
ATN III (densificación regulada)	**Áreas de la ciudad con el mayor nivel de consolidación y una gran concentración de áreas comerciales y servicios metropolitanos, así como el mayor valor de suelo urbano. Sin embargo, sus parámetros urbanísticos limitan la altura y densidad, por lo que el índice de usos es limitado.**
ATN IV	Áreas no comprendidas en las ATN I, II y III, de dos grandes tipos: el centro histórico y las áreas de ocupación semirural, valles y balnearios.

Fuente: Elaboración propia.

Basándonos en las zonificaciones aprobadas por las ordenanzas metropolitanas, las ATN antes descritas contienen los siguientes distritos (o parte de ellos):

[14] El Área Metropolitana está conformada por Lima y Callao, no obstante, cada una de estas ciudades elaboró su propio PDM ya que la disposición legal que las obliga a elaborar y aprobar un PDM en conjunto se aprobó posteriormente en la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

[15] Numeral 5 del artículo 27 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible cuyo texto es el siguiente. El PDM contiene lo siguiente: […] 5. La Estructuración Urbana del Área Metropolitana: Compuesta por la identificación de áreas homogéneas y por la clasificación de suelo, para orientar las áreas para actuaciones e intervenciones urbanísticas (2016).

[16] Literal e. del artículo 9 de la Ordenanza 1862, Ordenanza que Regula el Proceso de Planificación del Desarrollo Territorial-Urbano del Área Metropolitana de Lima cuyo texto es el siguiente. Artículo 9.- Contenido del Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano. El Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano contendrá lo siguiente: […] e. Estructuración Urbana Metropolitana conformada por áreas de tratamiento (2014).

Cuadro 4: Regulación Urbanística Metropolitana por Distrito o parte de Distrito

Área de Tratamiento Normativo	Distritos o parte de distritos
ATN I	Carabayllo, Puente Piedra, Comas, Los Olivos, Independencia, San Martín de Porres, Rímac (una parte), Cercado de Lima (una parte), El Agustino, San Juan de Lurigancho, Ate (una parte), Santa Anita, San Juan de Miraflores, Villa María del Triunfo, Villa El Salvador (una parte)
ATN II	San Miguel, Pueblo Libre, Magdalena (una parte), Breña, Lince, Jesús María, La Victoria, San Luis, Cercado de Lima (una parte), Barranco, Chorrillos (una parte), Surquillo (una parte), Rímac (una parte), San Borja (una parte), Santiago de Surco (una parte).
ATN III (densificación regulada)	**La Molina, Santiago de Surco (una parte), San Borja (una parte), San Isidro, Miraflores, Magdalena, Surquillo (una parte)**
ATN IV	Cercado de Lima (una parte), Rímac (una parte), Chorrillos (una parte), Carabayllo, Puente Piedra, Lurigancho (una parte), Chaclacayo (/una parte), Lurín (una parte), Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, Santa María, Pucusana, Pachacamac, Cieneguilla, Ancón (una parte), Santa Rosa (una parte).

Fuente: Elaboración propia.

En síntesis, el ATN III (de densificación regulada) es aquel espacio de la ciudad que contiene a los distritos (o parte de ellos) con un mayor grado de consolidación, accesibilidad a servicios y transporte, y altos valores del suelo. Sin embargo, a pesar de todas estas características, su zonificación limita la densidad, altura y usos. Esto claramente va contra cualquier noción contemporánea de uso sostenible y eficiente del suelo urbano[17]. Claramente, la intención que había guiado el establecimiento de estas áreas de tratamiento era la de restringir el acceso a la vivienda a los posibles nuevos residentes. A continuación, veremos en detalle esta problemática.

No solo existe controversia sobre las ATN de la capital, sino que la regulación de zonificación que se ha establecido en virtud de estas ha perpetuado una lógica de exclusión[18]. Debido a estas áreas, la asignación de zonificación se dio de una manera fragmentada y, en algunos casos, la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, MML) otorgó incluso competencias a ciertos distritos para que legislen sobre parámetros urbanísticos específicos. Justamente, coincide que los distritos de Miraflores, La Molina, Santiago de Surco, San Isidro, San Borja y Magdalena del Mar, a los que se les permitió regular sus parámetros, son también parte de la cuestionable área de densificación regulada.

Cuadro 5: Parámetros Distritales por Área de Densificación Regulada

Delegaciones para parámetros distritales	Área de densificación regulada (ATN III)				
Parámetros	**Surco (Ordenanza 912)**	**Miraflores (Ordenanza 920)**	**San Isidro y sector de Magdalena (Ordenanza 950)**	**San Borja (Ordenanza 1063)**	**La Molina (Ordenanza 1144)**
Estacionamientos	x	x	x	x	x
Retiros	x	x	x	x	x
Tamaños mínimos de departamento	x	x	x	x	x
Área libre				x	
Densidades netas			x		
Otros (no es taxativo)		x	x		

Fuente: Elaboración propia.

[17] Por ello, la Municipalidad Metropolitana de Lima propuso una nueva configuración de las ATN a través del PLAM 2035. El mérito del PLAM 2035 fue proponer nuevas áreas que buscaban (i) controlar la conformación de espacios segregados con distribución equitativa y equilibrada de los sistemas y redes urbanísticas funcionales; y (ii) promover la desconcentración residencial y la armonía de ocupación respecto a las áreas naturales.

[18] En Lima Metropolitana la zonificación no se asignó mediante un PDU que responda a la visión metropolitana de un PDM. En la gestión de exalcalde Luis Castañeda no solo se relegó la formulación de un PDM, sino que también se permitió que los distritos propongan los llamados Reajustes de Zonificación para partes de la ciudad. Por ello, se desaprovechó la escala metropolitana y se reguló la ocupación y uso del suelo por pedacitos, sin una visión integral o sistémica (Devoto, 2020).

En consecuencia, las normas emitidas por decretos de alcaldía y otras normas municipales a nivel distrital son actualmente parte de la extensa regulación de parámetros urbanísticos y edificatorios en Lima, lo cual influye en la producción de VIS. Las normas que dieron origen a los parámetros distritales son las siguientes:

Cuadro 6: Parámetros Urbanísticos y Edificatorios a nivel distrital

Distritos del área de densificación regulada (ATN III)	Parámetros urbanísticos y edificatorios (Reglamento de Zonificación) a nivel distrital.
Surco	**Ordenanza 599-MSS** (26 de septiembre de 2019), Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un sector del distrito de Santiago de Surco conformante del ATN III de Lima Metropolitana. Derogó Decretos de Alcaldía 20-2008-MSS y 020-2011-MSS y sus modificatorias. Actualmente, el **Decreto de Alcaldía 611-MMS** es la norma vigente para la parte de Santiago de Surco parte del ATN III.
Miraflores	**Ordenanza 342-MM** (9 de febrero de 2011), Ordenanza que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores.
San Isidro	**Ordenanza 523-MSI** (12 de julio de 2020), Reglamento Integrado Normativo (RIN). Derogó el RIN aprobado por la Ordenanza 474-MSI.
Magdalena	**Ordenanza 031-MDMM** (26 de abril de 2014), Normas técnicas de carácter edificatorio aplicable en el distrito. Derogó la Ordenanza 298-MDMM (15 de diciembre de 2016).
San Borja	**Ordenanza 491-MSB** (8 de diciembre de 2012), Reglamento de Edificaciones y Normas Complementarias de la Zonificación del distrito de San Borja Derogó la Ordenanza 285-MSB, Decreto de Alcaldía 002-2008-MSB.
La Molina	**Decreto de Alcaldía 010-2016** (18 de julio de 2016), Texto Único Ordenando del Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, Normas Complementarias sobre Estándares de Calidad y Niveles Operacionales para las actividades urbanas en el distrito de La Molina. No deroga, sino ratifica las disposiciones del Decreto de Alcaldía 005-2012 y modificatorias.

Fuente: Elaboración propia.

Todos estos parámetros que aplican a los distritos de media y alta renta tienen un conjunto de características que pueden catalogarse como zonificación exclusionaria (King, 1978). Estos tipos de parámetros son restrictivos en cuanto al acceso a la vivienda, ya que controlan las densidades permitidas por medio de normas referidas a la construcción de unidades inmobiliarias.

Los requerimientos de estacionamiento[19], densidades, retiros o tamaños mínimos de departamento, entre otras características, dan como resultado que en estas zonas solo se puedan generar proyectos inmobiliarios para familias de alta renta. A nivel internacional, es bien conocido que estas regulaciones exacerban la segregación, reducen la asequibilidad y hacen que las ciudades sean menos sostenibles (Banco Mundial, 2020), lo cual incluso fomenta el mercado de vivienda informal (Goytia, Heikkila y Pasquini, 2023). Como se observa en la siguiente figura, los distritos de alta renta que han desarrollado zonificación exclusionaria son los distritos que se encuentran en la ATN III. Ver figura 2.

Posteriormente, la Ordenanza 1862-MML derogó toda disposición municipal que disponga la delegación de competencias metropolitanas a las municipalidades distritales en materia de organización del espacio físico, uso del suelo, planificación y desarrollo urbano. Ello quiere decir que las regulaciones distritales de zonificación estarán vigentes hasta que la MML no apruebe otros parámetros urbanísticos mediante una ordenanza. Es por ello que las normas distritales siguen vigentes y todavía están sujetas a modificaciones por las municipalidades distritales. No obstante, en el caso en que haya una aprobación por parte de la MML de nuevos planes urbanos con sus respectivos parámetros, las municipalidades distritales ya no podrían regular estos parámetros y los suyos se entenderán derogados.

[19] Devoto (2021) desarrolla esta problemática con relación a los parámetros de estacionamiento.

Figura 2: Correlación espacial entre las zonas de alta renta y la ATN III

Fuente: Elaboración propia a partir de Fernández de Córdova et al. (2016)[20].

Por otro lado, tenemos el caso de los parámetros de municipios que nunca tuvieron delegación de facultades. Respecto a esto, cabe señalar que los parámetros edificatorios y urbanísticos que hayan dado municipalidades distritales sin la delegación o aprobación de la MML, debido a la falta de competencias, van en contra del principio de legalidad. Este es el caso de la Ordenanza 355/MLV de La Victoria y la Ordenanza 516-2019-MDB de Barranco y la Ordenanza 391-MDS de Surquillo, que aprueban parámetros urbanísticos específicos sin una delegación de competencias previa. El caso de Pueblo Libre es similar, debido a su Ordenanza 485-MPL; no obstante, la municipalidad la derogó posteriormente por contravenir el ordenamiento normativo urbano establecido por la MML.

B. La Ordenanza 2361-MML y la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

En junio del 2021 se publicó la Ordenanza 2361-MML, la cual tiene como objetivo regular la ejecución de proyectos de habilitación urbana y edificación para VIS en la provincia de Lima. De acuerdo con ello, dicha ordenanza se habría expedido con sujeción a lo señalado en la normativa nacional; sin embargo, esta precisa que se aplicará en toda la provincia de Lima, con excepción del ATN III.

Actualmente, es complicado para las personas de estratos medios poder vivir en estas áreas debido a los parámetros existentes, por lo cual consideramos que el hecho que se prohíba explícitamente que las personas aún menos favorecidas puedan vivir aquí refuerza aún más la segregación socioespacial en la ciudad.

Respecto a esto, cabe señalar que el Plan de Desarrollo Metropolitano vigente a la fecha (PLANMET 2040) busca el desarrollo de una metrópoli inclusiva y con equidad social. No obstante, la aprobación de la ordenanza mencionada por parte de los regidores del Concejo Metropolitano Lima va en contra de estas metas.

En su exposición de motivos, la MML justifica esta exclusión por ser la **zona de la ciudad de mayor demanda y más alto valor del suelo**; por ello, su aplicación en estos distritos, según la ordenanza, se deberá hacer posteriormente en coordinación con las municipalidades. El exalcalde Jorge Muñoz alegó que no hay discriminación en esta regula-

[20] Se representó la segregación socioespacial por categoría de ocupación para identificar las áreas de alta renta, a partir de la metodología aplicada por el autor citado.

ción, sino que lo que se busca es evitar que las constructoras logren obtener autorizaciones para construir VIS que se vendan con precios inadecuados (Canal N, 2021).

Al respecto, como hemos desarrollado antes, afirmamos que la lógica de discriminación está presente en la regulación urbanística desde antes de su gestión municipal. Con la publicación de esta ordenanza, lo único que se ha logrado es sincerar un patrón de segregación promovido por la misma administración edil a lo largo de los años. Asimismo, si bien es importante fiscalizar que las unidades de VIS sean comercializadas en los precios establecidos, una opción menos gravosa hubiera sido identificar los casos en conflicto, en lugar de prohibir VIS en el área de la ciudad con mayor provisión de servicios y equipamientos.

Así, podemos observar que la ordenanza en cuestión privilegia la 'residencialidad' de unos pocos frente a la necesidad de cerrar las brechas de vivienda existentes (Devoto, 2021). Para lograr este objetivo, la ATN III debió ser identificada, más bien, como ese espacio donde se proporcione vivienda asequible. Por el contrario, esta regulación urbanística sirvió como otro instrumento de segregación socioespacial.

Un mes después de publicada la Ordenanza 2361-MML, se promulgó la primera normativa con rango de ley que tiene por objetivo regular el desarrollo urbano en territorio peruano: la Ley DUS. Esta nueva legislación nos interesa por cuatro de sus reglas referidas a la vivienda y la zonificación. Estas son: (i) la restricción para delegar facultades de planificación urbana y zonificación; (ii) la prohibición de zonificación excluyente en áreas residenciales; (iii) la prohibición de municipalidades distritales de excluir VIS en sus jurisdicciones; (iv) la obligatoriedad de que los instrumentos de planificación urbana cuenten con estrategias que atiendan la VIS; y (v) el fomento de la densificación urbana por los gobiernos locales.

Frente a las delegaciones antes descritas, la Ley DUS ha establecido nuevos requisitos para delegar a las municipalidades distritales funciones de planificación urbana y zonificación. El numeral 2 del artículo 27[21] estipula que la opinión del MVCS es un requisito previo a la delegación que puedan hacer las municipalidades provinciales a favor de las distritales. Gracias a esta modificación, el legislador procura que la tarea de establecer la regulación de los usos del suelo mantenga y aproveche su escala provincial/metropolitana.

En contraste a la prohibición expresa de construcción de VIS en el ATN III de la Ordenanza 2361-MML, la Ley DUS propone un criterio totalmente opuesto: su artículo 83 ordena que todas las municipalidades distritales se abstengan de excluir directa o indirectamente la ejecución de programas o proyectos de VIS en sus jurisdicciones. Frente a la zonificación exclusionaria de los distritos del ATN III, la Ley DUS prohíbe que, por medio de parámetros urbanísticos y edificatorios, se restrinja el acceso a la vivienda en áreas residenciales (numeral 2 del artículo 40[22]).

Uno de los casos que habría motivado dicho precepto normativo es la regulación de las áreas mínimas de los departamentos en Lima Metropolitana. Estas tienen estándares muy altos que aumentan sus precios y terminan excluyendo a gran parte de la población[23], dado que no pueden comprar o alquilar las unidades inmobiliarias con las siguientes características:

---

[21] Artículo 27.- Concordancia

[…]

27.2 Se requiere la opinión previa del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para la delegación de facultades de las Municipalidades Provinciales a favor de las Municipalidades Distritales, para la aprobación de Planes para el Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, en cualquier forma o modalidad (2021).

[22] Artículo 40.- Parámetros Urbanísticos y Edificatorios

[…]

40.2. En el caso de áreas residenciales, los Planes de Desarrollo Urbano no podrán definir parámetros que restringen el desarrollo de proyectos de Vivienda de Interés Social, incluyendo Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria, a partir de áreas mínimas por departamento, alturas, coeficientes de edificación, densidades u otros requisitos (2021).

[23] Si bien las entidades tienen competencias para legislar, fiscalizar, interpretar y dictaminar sobre la construcción de VIS, esta práctica se ha politizado en los distritos de renta media y alta, más aún en épocas de elecciones municipales 2022. En este contexto, es usual que los políticos locales reciban presión de grupos de interés y tomen decisiones que maximicen sus posibilidades de ser elegidos (Pasquel, 2005, 152). Este podría ser un caso en el que muchos vecinos presionen a sus candidatos para que no permitan la construcción de más edificios, perpetuando zonificaciones de baja densidad (Pineda, 2022).

Cuadro 7: Área mínima por Unidad de Vivienda

	Surco (Ordenanza 599-MSS)	Miraflores (Ordenanza 582-MM)	San Isidro (Ordenanza 523-MSI)	San Borja (Ordenanza 491-MSB)	La Molina (Ordenanza 1144-MML)
Área mínima por unidad de vivienda (1 dormitorio)	45m² a 100m²	80m²	70m²	80m²	100m²

Fuente: Elaboración propia.

C. Demandas competenciales a propósito de los parámetros VIS: los casos de la Municipalidad de San Isidro y la Municipalidad Metropolitana de Lima

Luego de la aprobación de la Ordenanza 2361-MML, la Municipalidad de San Isidro (en adelante, MSI), representada por su alcalde Augusto Federico Cáceres Viñas, interpuso una demanda competencial contra el MVCS el 2 de octubre del 2020, en relación al supuesto menoscabo de competencias municipales en materia de parámetros urbanísticos y edificatorios para la edificación de proyectos VIS.

La demanda expone que lo regulado en los artículos 9.2, 10.3, 10.4 y 10.6 del Reglamento Especial[24] afecta directamente las competencias conferidas a la MML, en tanto que esta tiene la competencia exclusiva para regular sobre los parámetros urbanísticos y edificatorios en su jurisdicción, a los cuales se sujeta la MSI. De acuerdo con ello, el debate constitucional fue de la siguiente manera:

Cuadro 8: Demandas Competenciales a Propósito de los Parámetros VIS

Fundamentos expuestos por la MSI	Contestación de la demanda por el MVCS
1. La Constitución sostiene que las municipalidades provinciales y distritales tienen autonomía política. 2. Los gobiernos locales, en específico la MML, tienen la competencia para planificar el desarrollo urbano y rural de sus jurisdicciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial. 3. De acuerdo con ello, la MML determina los parámetros urbanísticos y edificatorios para su circunscripción, de los cuales se sujeta San Isidro. 4. Las disposiciones cuestionadas perjudican a los habitantes del distrito de San Isidro, debido a que traerán tres consecuencias, principalmente: - Desvirtuarán el desarrollo planificado del distrito. - Desnaturalizarán el tema de vivienda por un criterio comercial distorsionado. - Desvalorizarán las viviendas tipo departamento por la diferencia de valores comerciales, afectando la competitividad de las ciudades. Debido a ello, se estaría favoreciendo a ciertos desarrolladores inmobiliarios con la posibilidad de edificar con mayor altura.	1. La MSI debió interponer un proceso de acción popular, pues se cuestionan normas reglamentarias. 2. Las normas cuestionadas por la MSI han sido emitidas dentro del ámbito de su competencia, la misma que contempla promover la construcción de VIS en el marco de la política pública de vivienda. 3. Las VIS tienen una normativa especial, la misma que se orienta a promover la inversión y acceso a las mismas en el marco de la política pública en materia de VIS. 4. El MVCS tiene la rectoría y la competencia exclusiva para expedir normas sobre la construcción de este tipo de viviendas, prevista en su Ley de Organización y Funciones. 5. La política pública orientada a la construcción de VIS es de alcance nacional.

Fuente: Elaboración propia.

La demanda competencial fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 111 y 112[25] del Nuevo Código Procesal Constitucional[26], dado que no se obtuvo los

[24] Los referidos artículos regulan el mínimo de estacionamientos por unidades de vivienda y estacionamientos de bicicletas (9.2), área libre mínima de lote (10.3), la altura máxima de edificación (10.4) y la sumatoria de áreas libres del conjunto residencial (10.6).

[25] El artículo 112 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en cuanto a la calificación de la demanda, establece que en los procesos competenciales la sentencia se obtiene únicamente con el voto conforme de cinco magistrados.

[26] **Artículo 111.-** Calificación de la demanda

Si el Tribunal Constitucional estima que existe materia de conflicto cuya resolución sea de su competencia, declara admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes. Se requiere del voto conforme de cinco (5) magistrados para declarar su inadmisibilidad.

El procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad.

cinco votos conformes para dictar la sentencia. Los magistrados Ferrero, Sardón y Blume votaron por declarar fundada la demanda en todos sus extremos, señalando que el marco legal que respalda al MVCS no puede desconocer los parámetros urbanísticos y edificatorios municipales en el marco de su ejercicio de su competencia exclusiva de zonificación.

Por su parte, los magistrados Ledesma y Miranda (en votos separados) precisaron que no existe un menoscabo en las normas municipales por parte del MVCS, debido a que este ha emitido normas técnicas en función de sus competencias exclusivas, las cuales han sido adaptadas y flexibilizadas para hacerlas compatibles con la naturaleza de la VIS. Asimismo, el magistrado Espinosa-Saldaña reconoció las competencias municipales sobre la zonificación en su circunscripción y precisó que estas deben desarrollarse en el marco del rol rector del MVCS y su competencia para aprobar normas técnicas para la edificación de VIS. Por lo que finalmente, no existiría un conflicto de competencias, sino una discrepancia con el criterio establecido por el Poder Ejecutivo sobre la promoción de VIS.

De acuerdo con ello, podemos señalar que algunos magistrados se han remitido estrictamente a la norma para determinar las competencias respecto a la edificación de la VIS. Si bien han resaltado que la VIS tiene características especiales que se orientan a cerrar una brecha habitacional y atender a la política nacional de vivienda, han evitado profundizar que existe un estado de segregación socioespacial en la ciudad de Lima dentro de los espacios donde se van a construir este tipo de viviendas.

Por otro lado, mientras se resolvía el conflicto competencial iniciado por la MSI, la MML se pronunció sobre las disposiciones cuestionadas. Así, la MML interpuso una demanda competencial contra el MVCS el 29 de marzo del 2021, siendo aceptada por el Tribunal Constitucional el 6 de abril del mismo año[27].

En esta, la MML señala que mediante el Reglamento Especial y sus modificatorias, el MVCS habría menoscabado sus competencias exclusivas para regular la zonificación y los usos del suelo, así como los parámetros urbanísticos y edificatorios de sus circunscripciones previstas en el artículo 195, incisos 6, 10, y artículo 198 de la Constitución, y en los artículos 38, 40 y 161, inciso 1, numeral 1.2, de la Ley Orgánica de Municipalidades (Tribunal Constitucional, 2021). En ese sentido, la MML señala que mediante la modificación de los artículos 2, 9 y 10 del Reglamento Especial, por Decreto 002-2020-VIVIENDA, y el artículo 2 del Decreto Legislativo, que modifica la Ley 29090, el MVCS estaría afectando dicha competencia exclusiva. Cabe mencionar que, a la fecha de elaboración de este artículo, esta demanda no ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional.

D. La Opinión vinculante del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento sobre la prevalencia del Reglamento Especial

Posteriormente a las demandas competenciales, la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo del MVCS emitió la "Opinión vinculante sobre la prevalencia normativa del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación sobre la Ordenanza 2361-2021-MML, en materia de Vivienda de Interés Social" en virtud de una consulta realizada por el Colegio de Arquitectos del Perú[28].

El MVCS, con base en el Informe Técnico Legal 034-2022-VIVIENDA-VMVU-DGRPVU-DV-EMJ-JL-FH, determinó que la normativa metropolitana establecida en la Ordenanza 2361-MML es inaplicable en la capital; por el contrario, determina que el Reglamento Especial es el cuerpo normativo que aplica. Los argumentos principales son los siguientes:

El Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe resolver dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda (2021).

Artículo 112.- La sentencia en los procesos competenciales y sus efectos

En los procesos competenciales, la sentencia se obtiene con el voto conforme de cinco (5) magistrados. La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo, resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas (2021).

[27] Asimismo, a este proceso se añadió la demanda competencial iniciada por la Municipalidad de Barranco el 4 de marzo del mismo año.

[28] Ello en base a las competencias reconocidas por la Ley 29090 y reglamento para precisar, aclarar o interpretar normas técnicas y/o legales en materia de habilitación urbana y edificaciones.

- El literal c) artículo 36 de la Ley 29090 dispone que el Reglamento Especial es de cumplimiento obligatorio a nivel nacional. En caso exista una norma técnica de carácter regional, provincial o distrital, esta debe guardar concordancia con la normativa nacional.

- En cuanto a la normativa nacional, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento Especial establece que sus parámetros se mantienen vigentes hasta que sean regulados y aprobados por las municipalidades. Esta habilitación normativa debe seguir el proceso regular para aprobar y/o modificar parámetros urbanísticos y edificatorios.

- De acuerdo con la mencionada Opinión, de conformidad con los artículos 36 y 38 del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, los parámetros urbanísticos y edificatorios deben ser aprobados en el Plan de Desarrollo Urbano. Debido a que la Ordenanza 2361-MML se emitió sin observar los alcances de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento Especial, esta colisiona con la normativa de alcance nacional y, por ende, resulta inaplicable.

Esta opinión sectorial abre el debate en tres puntos importantes. Primero, reconoce que los parámetros urbanísticos y edificatorios nacionales para VIS aplican en el caso en que la municipalidad correspondiente no haya aprobado aún sus propios parámetros VIS. Dicho de otra manera, reconoce la existencia de una regla de supletoriedad de la normativa VIS nacional frente a la inexistencia de una norma provincial/metropolitana.

Segundo, el debate precisa cómo se deben aprobar los parámetros urbanísticos y edificatorios en general. La opinión sustenta la prevalencia de la normativa nacional sobre la provincial/metropolitana por el hecho de que esta última no fue aprobada mediante un PDU. En otras palabras, establece el criterio de que son contrarios a ley todos aquellos parámetros que no hayan sido aprobados en el marco de una ordenanza que apruebe un instrumento de planificación urbana, tal como el PDU. De cierta manera, esto obliga a que los planificadores urbanos de las municipalidades incorporen estos parámetros como productos de un diagnóstico y como parte de propuestas urbanas establecidas en los planes, no de manera aislada. Esto lo veremos a detalle más adelante.

El tercer punto, el cual consideramos cuestionable, es el hecho que una dirección del Poder Ejecutivo pueda inaplicar (en la práctica) una norma municipal con rango de ley. Si bien la Dirección General de Políticas y Regulación en Vivienda y Urbanismo (DGPRVU) tiene competencias para precisar, aclarar o interpretar normas técnicas y/o legales, en este caso lo que termina haciendo es un cuasi control difuso de normas ('cuasi', porque el control difuso lo hace un juez en aras de preservar la supremacía de la Constitución) o, tal vez, algo parecido a un control difuso administrativo.

V. LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY DUS: VINCULACIÓN ENTRE PARÁMETROS URBANÍSTICOS, CAPACIDAD DE SOPORTE DEL SUELO Y EL DERECHO A LA VIVIENDA

A partir de las problemáticas de zonificación exclusionaria y el conflicto competencial desarrollados en las secciones anteriores, en esta sección profundizaremos en los mecanismos técnicos existentes para el establecimiento de parámetros urbanísticos y edificatorios, así como su relación con el ejercicio del derecho a la vivienda. Específicamente, analizaremos la relación entre los parámetros urbanísticos de la VIS y su posibilidad de garantizar el derecho a la vivienda. Para ello, nos centraremos tanto en el Reglamento Especial como en el proceso de regulación de la Ley DUS.

En primer lugar, debemos señalar que en octubre de 2022 fue aprobado el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Urbano Sostenible de la Ley DUS (Decreto Supremo 012-2022-VIVIENDA; en adelante, Reglamento de Planificación Urbana). Asimismo, el MVCS publicó el Proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social de la Ley DUS (Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA; en adelante, Reglamento VIS), para su difusión y recepción de comentarios y observaciones.

Respecto a la definición de parámetros urbanísticos y edificatorios, el Reglamento de Planificación Urbana realiza los siguientes puntos relevantes:

- Modifica la tipología de zonificación, pasando de un paradigma basado en la segregación de usos (residencial, comercial, otros usos) a una tipología basada en la capacidad de soporte del suelo (densidad muy alta, alta, media, baja y muy baja) que promueve los usos mixtos (artículo 117.3).

- Vincula la zonificación a la capacidad de soporte (artículo 114). Por lo tanto, la asignación de una tipología de zonificación debe asegurar "que la infraestructura urbana sea accesible y suficiente; y, se cuente con la dotación necesaria de equipamientos urbanos de educación, salud y recreación co-

rrespondiente al tipo de zona establecida" (artículo 117.2).

– Establece los parámetros urbanísticos y edificatorios mínimos que debe contener el Reglamento de Zonificación; entre ellos, el coeficiente de edificabilidad.

– Indica que el Reglamento de Zonificación debe incluir los parámetros urbanísticos y edificatorios necesarios para la aplicación de los Instrumentos de Gestión de Suelo (incluyendo la Zonificación Inclusiva) (artículo 121.7).

– Regula los procedimientos para realizar cambios de zonificación, y, por lo tanto, de parámetros urbanísticos y edificatorios. Según establecido en la Ley DUS, estos pueden realizarse únicamente en el marco de la actualización de los Instrumentos de Planificación Urbana (PDM, PDU o Esquema de Acondicionamiento Urbano).

– Indica que los cambios de zonificación, al ser parte de la actualización de un Instrumento de Planificación Urbana, deben pasar por un proceso de participación ciudadana. Esto brinda mayor predictibilidad a dichos cambios, así como permite el debate público al respecto.

– Indica que los Instrumentos de Planificación Urbana deben establecer las estrategias de generación y densificación del suelo urbano y acceso a la vivienda. En este punto los Instrumentos de Gestión de Suelo (como la Zonificación Inclusiva) cumplen un rol importante.

A. Criterios para definir parámetros urbanísticos y edificatorios que garanticen el derecho a la vivienda

Respecto a estas nuevas regulaciones de la Ley DUS, destacamos que el vínculo entre la zonificación y la capacidad de soporte del suelo es fundamental en el contexto de los parámetros urbanísticos y edificatorios, especialmente para la promoción de VIS. Este vínculo busca asegurar que la capacidad edificatoria de un predio esté explícitamente relacionado a la capacidad del suelo urbano, de manera que se garantice el adecuado funcionamiento de las actividades humanas que albergará[29]. Por ejemplo, un edificio de viviendas requiere de una adecuada provisión de agua y saneamiento, así como de un adecuado acceso a servicios de salud y educación para sus habitantes. Como fue mencionado anteriormente, el acceso a una vivienda adecuada no sólo implica la posibilidad de habitar un inmueble en buenas condiciones materiales, sino también que sus habitantes puedan acceder a servicios básicos, equipamientos, transporte y empleo (ONU-HABITAT, 2010). En ese sentido, construir viviendas en espacios urbanos que no cuenten con una provisión suficiente de dichos servicios y equipamientos significa atentar contra el derecho a la vivienda, pues condena a los habitantes a una calidad de vida precaria. Por ello, para garantizar las condiciones adecuadas de habitabilidad y el derecho a la vivienda, los parámetros urbanísticos y edificatorios (como la altura, la densidad y el coeficiente de edificación) deben estar adecuadamente sustentados en la capacidad de soporte del suelo.

Este argumento ha cobrado relevancia en el debate público a partir de la publicación del Reglamento VIS por parte del MVCS. Dicha publicación propone lo siguiente:

– El establecimiento de un cuadro de parámetros (incentivos) para VIS, similar al Reglamento Especial, pero con alturas y densidades mucho mayores (artículo 20[30]).

– Un cambio respecto a los incentivos en parámetros urbanísticos y edificatorios para VIS: si bien antes se establecían mediante el Reglamento Especial, ahora se darán en el marco del instrumento de gestión de suelo denominado 'Zonificación Inclusiva', en concordancia con la Ley DUS[31].

---

29 Por ejemplo, la Exposición de Motivos del Reglamento de Planificación Urbana indica que:

> La ZDMA se aplicaría para áreas que cuentan con una importante dotación de servicios e infraestructuras como transporte público masivo mediante sistemas de metro y buses de alta capacidad, así como una importante dotación de equipamientos y espacios públicos (p. 41).

30 Artículo 20.- Incentivos para proyectos de edificación de VIS. Los proyectos de edificación para VIS tienen los siguientes incentivos en parámetros urbanísticos y edificatorios: […] (2022).

31 La exposición de motivos de la Ley DUS detalla que:

> Zonificación Inclusiva: Consistente en el instrumento que permite el fomento de la creación de Vivienda de Interés Social a través de dos mecanismos.
>
> i. La obligatoriedad de incluir como mínimo un diez por ciento del área habilitada para fines de Vivienda de Interés Social en todo proyecto nuevo de habilitación urbana residencial

La publicación del Reglamento VIS ha suscitado numerosas reacciones y cuestionamientos. El principal cuestionamiento se relaciona al cuadro de parámetros VIS. Como han advertido algunos especialistas (Facho Dede, 2023; Glave, 2023) y autoridades ediles (Municipalidad de Magdalena, 2023), los parámetros urbanísticos y edificatorios propuestos en el Reglamento VIS exceden ampliamente las alturas, densidades y capacidades edificatorias permitidas por la zonificación vigente en Lima Metropolitana.

En la exposición de motivos del Reglamento VIS no se encuentra un sustento suficiente que permita esclarecer las motivaciones y fundamentos del cuadro de parámetros propuesto. Por el contrario, en la misma Exposición de Motivos del Reglamento se indica que los incentivos del Reglamento Especial vigente, en algunos casos, duplican la capacidad edificatoria de los predios, en comparación a los parámetros existentes (MVCS, 2022b, p.19).

Asimismo, la Exposición de Motivos del Reglamento VIS también contiene una incongruencia en su argumentación. Primero, reconoce que el mecanismo de incentivos utilizado en el Reglamento Especial carece de proporcionalidad al señalar lo siguiente:

> […] se requiere ser más coherente al otorgar porcentajes de bonificación de edificabilidad en concordancia con cargas para el desarrollo de VIS de acuerdo a la capacidad de soporte del suelo y la zonificación establecida en el instrumento de planificación urbana, así como la posibilidad que las municipalidades también puedan, adicionalmente, implementar otros instrumentos de gestión del suelo que desarrolla la Ley 31313 […] (2022b, p.19).

Por otro lado, el mismo documento indica que los parámetros propuestos se encuentran un 20% a 30% por encima de los parámetros de las ciudades del país (p. 20). No obstante, como fue mencionado anteriormente, los parámetros propuestos exceden largamente las alturas, densidades y capacidades edificatorias reguladas actualmente para la Lima Metropolitana. Por ejemplo, se propone multiplicar por 3.5 la densidad máxima regulada (Facho Dede, 2023). Asimismo, para distritos como Barranco, el coeficiente de edificación para proyectos VIS sería más del doble de lo aprobado por los parámetros existentes[32]. Esto indica claramente que no existe una adecuada proporcionalidad entre los parámetros existentes y los incentivos para VIS.

En ese sentido, la propuesta cuantitativa del cuadro de incentivos no cuenta con un sustento técnico adecuado en la exposición de motivos, pues no hay transparencia en las consideraciones técnicas que se aplicaron para llegar a esos números específicos. Esto claramente trasgrede el debido proceso sustantivo, pues la autoridad no ha mostrado tener suficiente justificación para la acción del gobierno (Cruces y Devoto 2020b, p.126).

Para que esta decisión sea adecuadamente sustentada, dentro del marco normativo vigente, es necesario considerar la capacidad de soporte del suelo en la formulación de parámetros urbanísticos y edificatorios, especialmente si se busca garantizar el derecho a la vivienda: quienes accedan a una VIS deberían vivir en lugares que cuentan con una adecuada provisión de servicios y equipamientos. Además, es necesario que estos principios se traduzcan en una metodología clara y transparente para la determinación de los parámetros[33]. Mientras tanto, el Reglamento VIS, al establecer parámetros urbanísticos y edificatorios sin realizar un análisis detallado, podría promover proyectos de vivienda que no cuenten con un adecuado acceso a servicios básicos, transporte y equipamientos, menoscabando el derecho a la vivienda para los beneficiarios.

B. El cuadro de parámetros VIS como mecanismo de regulación urbanística

No obstante, conforme a lo analizado previamente, argumentamos que el origen de la problemá-

ii. La obligatoriedad de que los Gobiernos Locales establezcan incentivos en parámetros para todos aquellos proyectos de habilitación urbana y edificatorios multifamiliares que se ejecuten y que incluyan Vivienda de Interés Social.

Este instrumento busca que, a través del impulso al desarrollo privado, se generen proyectos de Vivienda de Interés Social a lo largo de todo el territorio de la jurisdicción correspondiente, rompiendo la segregación espacial en las ciudades.

Sobre esto, el Reglamento VIS propone regular el mecanismo ii (2022).

32 Para los conjuntos residenciales, se proponer pasar de un coeficiente de edificabilidad estimado de 7.5 (15 pisos y 50% de área libre) a un coeficiente de edificabilidad de 15.6.

33 El Reglamento de Planificación Urbana establece que el MVCS aprobará instrumentos técnicos para la formulación de la Zonificación (Séptima Disposición Complementaria Final). Se espera que este documento técnico contenga lineamientos para el cálculo de los parámetros urbanísticos y edificatorios. Asimismo, en el Foro Urbano Nacional, el MVCS presentó una propuesta metodológica para la determinación de la zonificación que consideraba la capacidad de soporte del suelo (MVCS, 2022). Una metodología similar denominada PTAL (Public Transport Accesibility Levels) se aplica en Londres para vincular la capacidad del transporte público con la zonificación (TFL, 2014).

tica del Reglamento VIS, las polémicas que ha desatado y los conflictos competenciales que ha originado no se encuentran tanto en el aspecto cuantitativo de los parámetros que propone, sino en el mecanismo de regulación urbana que utiliza para incentivar la producción de VIS: el cuadro de parámetros. Dicho cuadro fue el mecanismo de 'incentivos' en parámetros urbanísticos y edificatorios aprobado por el Reglamento Especial y que se mantiene en la propuesta del Reglamento VIS.

Consideramos que este cuadro no cumple con los objetivos de 'flexibilizar' (competencia del MVCS según lo indicado por el Tribunal Constitucional) o establecer 'incentivos' (competencia del MVCS según el mandato de la Ley DUS) para la VIS. Si se tratara de una flexibilización o bonificación, el mecanismo de regulación debería tomar como referencia, de alguna manera, los parámetros urbanísticos y edificatorios establecidos en la zonificación aprobada por la municipalidad provincial correspondiente. Por el contrario, el cuadro permite reemplazar los parámetros del instrumento de planificación urbana al solicitar una licencia para un proyecto VIS. En la práctica, el reglamento VIS brinda un juego alternativo de parámetros urbanísticos y edificatorios al que el administrado puede acceder para solicitar una licencia, siempre que el proyecto contenga un porcentaje mínimo de VIS. En ese sentido, los parámetros locales y los parámetros VIS van, literalmente, por cuerdas separadas. No hay un mecanismo en la regulación que los vincule. En ese sentido, no está flexibilizando lo existente –pues no lo toma en cuenta– sino que está generando una norma urbanística paralela a la planificación urbana.

En ese sentido, consideramos que un mecanismo regulatorio más apropiado sería similar a las bonificaciones por construcción sostenible o por uso público del retiro frontal.[34] El mecanismo que se aplica en esos casos es el de una bonificación de: altura máxima de la edificación, incremento del área edificable, flexibilización de las áreas mínimas por departamento o reducción del número mínimo de estacionamientos. Estas bonificaciones operan sobre la base de los parámetros aprobados en la zonificación. De esta manera, este mecanismo facilita que los incentivos o bonificaciones tengan un criterio de proporcionalidad en su aplicación. Respecto a esto, las experiencias de construcción sostenible y la primera propuesta del Reglamento de Zonificación de los Planes Urbanos Interdistritales publicados en 2022[35] son un antecedente importante. Las bonificaciones propuestas en estas normativas oscilan en un 20% a 30% de altura, edificabilidad o densidad adicional, sobre la base de la zonificación. De esta manera, se fomentan ciertas prácticas de construcción mediante incentivos que cobran la forma de bonificaciones o flexibilización, tomando como base la planificación urbana.[36]

VI. CONCLUSIONES

– Respecto a la situación actual de la regulación urbanística de la VIS, podemos señalar que el caso de los parámetros urbanísticos y edificatorios en Lima Metropolitana evidencia una falta de seguridad jurídica y predictibilidad frente a los actores que componen el mercado inmobiliario capitalino. Hemos podido corroborar un conjunto extenso de normas nacionales, metropolitanas y distritales, así como de sentencias e interpretaciones que cambian radicalmente la interpretación de las normas aplicables a los parámetros urbanísticos y edificatorios para la VIS.

– Sobre esto, las acciones de las instituciones gubernamentales se han caracterizado por tener un carácter reactivo frente a la regulación propuesta por otros niveles de gobierno. Por un lado, las municipalidades distritales han creado normas de zonificación exclusionaria que evita la producción de VIS en sus jurisdicciones. Por otro lado, el MVCS ha regulado y emitido opiniones para demarcar o defender sus competencias en la regulación de VIS. En ese sentido, podemos concluir que no hay consenso entre los distintos niveles de gobierno respecto a los mecanismos para fomentar la producción de VIS y garantizar el derecho a la vivienda.

– Asimismo, de acuerdo con el fallo de la demanda competencial entre la MSI y el MVCS, el Tribunal Constitucional ha determinado por un criterio formalista que no existe una vulneración de competencias entre la MSI y el MVCS. Por lo tanto, en términos prácticos, el Reglamento Especial sigue vigente y es aplicable, toda vez que no haya una Orde-

[34] Véase a la Ordenanza 539/MM (2020).

[35] Dicho Reglamento de Zonificación fue publicado en la página web del Instituto Metropolitano de Planificación para recepción de aportes y comentarios. Fueron eliminados durante ese proceso.

[36] Un ejemplo reciente es el caso de los edificios que se han acogido a la Ordenanza 539/MM: han cedido el retiro para áreas de uso público a cambio de una bonificación en edificabilidad.

nanza VIS en la región[37]. Asimismo, el MVCS puede seguir regulando sobre parámetros urbanísticos y edificatorios VIS.

– Por ello, concluimos que la regulación de los parámetros VIS en Lima Metropolitana es una manifestación de zonificación que excluye directa e indirectamente. Por un lado, directamente, porque no permite la ejecución de determinados proyectos a través de restricciones de ubicación (Ordenanza 2361-MML). Por otro lado, indirectamente, dado que establece requisitos que aumentan los costos, limitando la cantidad de compradores (excluyendo a las familias de clase media y baja). Esta regulación de zonificación exclusionaria que ha sido estudiada en muchas partes del mundo se repite en Lima Metropolitana. Específicamente, en nuestro caso se configura mediante la permanencia de bajas densidades, áreas mínimas por departamento y obligación de construcción de estacionamientos, entre otros.

– Por otro lado, a partir del análisis realizado, concluimos también que el mecanismo de regulación urbanística propuesto por el MVCS (el cuadro de parámetros urbanísticos y edificatorios) no es el mecanismo regulatorio adecuado para incentivar la construcción de VIS. En primer lugar, debido a que son parámetros que se producen al margen de los procesos de planificación urbana, los cuales no respetan un debido proceso sustantivo. Asimismo, este mecanismo no corresponde al mandato competencial del MVCS, pues no consiste en una flexibilización de los parámetros urbanísticos y edificatorios, sino en la generación de un nuevo conjunto de parámetros aplicables para las edificaciones VIS, sin considerar la regulación local. Por último, esto tampoco es coherente con el mandato de la Ley DUS, pues entra en conflicto con sus principios e instrumentos de gestión de suelo.

– En ese sentido, consideramos que un mecanismo regulatorio más apropiado sería una bonificación en altura, metros cuadrados edificables o densidad adicional que tomen como base la zonificación establecida por las municipalidades provinciales en sus PDU. Ya existen ejemplos de este tipo de normativa urbanística, la cual ha sido aplicada para el caso de construcciones sostenibles. Asimismo, estas bonificaciones deberán respetar el vínculo establecido en el Reglamento de Planificación Urbana entre la zonificación y la capacidad de soporte del suelo, a fin de asegurar el derecho a una vivienda adecuada en las VIS que se produzcan con esta regulación. Para ello, es pertinente que se desarrollen y publiquen metodologías para la definición de los parámetros urbanísticos y edificatorios a partir de la provisión de servicios y equipamientos con las que cuenta un área de la ciudad. Esto facilitará que las bonificaciones o incentivos para VIS cuenten con un sustento técnico robusto que pueda ser sometido al escrutinio público – por ejemplo, en el marco de la participación ciudadana efectiva en los procesos de planificación urbana. Asimismo, esto evitará que se puedan tomar decisiones arbitrarias en materia de zonificación y VIS.

– Finalmente, se han identificado cinco aristas sobre la VIS que merecen ser objeto de investigaciones rigurosas en materia de derecho, economía y planificación urbana. En primer lugar, el presente artículo ha analizado la regulación de parámetros VIS en Lima Metropolitana. No obstante, es pertinente realizar un análisis del impacto y pertinencia de los parámetros VIS en distintas ciudades del Perú, considerando la heterogeneidad territorial y las diversas formas de ocupación del territorio a nivel nacional. Segundo, existen múltiples opiniones y denuncias que indican que la VIS no se estaría comercializando a precios asequibles (Guardia Quispe, 2023a y 2023b). De ser así, la normativa que busca impulsar la VIS tendría un reto aún mayor para asegurar el derecho a la vivienda. Por lo tanto, es pertinente que se genere información empírica respecto a la asequibilidad de la VIS, tanto aquella producida en el marco del Reglamento Especial, como de otras modalidades de fomento del Estado. El tercer punto está relacionado al impacto de los incentivos VIS en el mercado y precio del suelo urbano. Algunos expertos sugieren que estos impactos podrían ser contraproducentes para las mismas políticas de vivienda asequible (ver Facho Dede, 2023; García, 2023). Cuarto, consideramos pertinente el análisis de las ideas que motivan la aprobación de regulaciones de segregación exclusionaria, profundizando en la dimensión cultural de la discriminación y el ejercicio del poder de las élites en Lima. Como quinto y último punto,

[37] A diciembre de 2022, queda pendiente la sentencia de la demanda competencial interpuesta por la MML ante el Tribunal Constitucional, la cual podría cambiar nuevamente la aplicación de las normas.

sugerimos que debe analizarse si el derecho a la vivienda se encuentra en un 'estado de las cosas inconstitucional', tal como ocurrió con la educación rural y la educación superior. Un pronunciamiento en este sentido podría permitir que este derecho fundamental tenga mayor tutela del Estado y prioridad en los asuntos públicos, así como en la política municipal. Consideramos, como lo hemos desarrollado a lo largo de este artículo, que es fundamental discutir y analizar los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la vivienda en nuestro país.

REFERENCIAS

Banco Mundial (2020). *Urban Land and Housing Market Assessment: Al Toolkit*. https://documents1.worldbank.org/curated/en/922921600345178886/pdf/Urban-Land-and-Housing-Market-Assessment-A-Toolkit.pdf

Bertaud, A. (2020). *Order without Design*. The MIT Press.

Bustamante, M. (2022). *Los subsidios a la vivienda deben ser entendidos como una inversión social y no como un gasto.* https://estudioestradaabogados.com.pe/capeco-subsidios-a-la-vivienda/

Calderón, J. (2015). Políticas de vivienda social y mercados de suelo urbano en el Perú. *Revista EURE*, *44(*122), 27-47.

(2019). El Estado y la informalidad urbana. Perú en el siglo XXI. *Pluriversidad*, (3), 45-64. https://doi.org/10.31381/pluriversidad.v3i3.2234

(2023). Densificación en altura y mercado inmobiliario en la ciudad de Lima (Perú) 2007-2017. *Revista de Sociología*, (35).

Chehade, R. (2023) *Segregando más la ciudad*. http://urbanistas.lat/segregando-mas-la-ciudad/

Combina, C. (6 de junio de 2022) *¡Pronunciamiento San Isidro se defiende*! [Comunicado de prensa].

Cruces, A. & Devoto, A. (2020). El debido proceso y el derecho a la propiedad en el cambio de zonificación. Un análisis del deber de motivación en los actos normativos y la expropiación indirecta. *Gaceta Constitucional,* (147), 119-130.

(2021) How much local autonomy is good for a City? An Analysis of the Peruvian Constitutional Design for Cities and its effects in the Case of the Lima Metropolitan Area. En E. Hirsch, M. Stremler & M. De Visser (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2020* (pp. 77-99). Springer.

Devoto, A. (2020). Integrando las políticas las políticas de transporte y desarrollo urbano: a propósito de los requerimientos de estacionamientos para edificaciones de uso residencial en Lima Metropolitana. En G. Puertas, I. Ortiz & J. Ortiz (coords.), *Propiedad Enfoque Urbanistico y Registral* (pp. 329-353). Editorial Jurídica THEMIS.

(30 de junio de 2021) Las normas urbanas (anti) ciudad: A propósito de la Ordenanza N° 2361-MML. *Enfoque Derecho*. https://www.enfoquederecho.com/2021/06/30/las-normas-urbanas-anti-ciudad-a-proposito-de-la-ordenanza-n-2361-mml/

(2022) *Delegación de Parámetros y Áreas Mínimas de Departamento en Lima Metropolitana* [ponencia]. Semana del Urbanismo 2022, Lima, Perú.

Duneier, M. (2017). *Ghetto: The invention of a Place, The History of an Idea*. Capitan Swing Libros.

Equipo Editorial de Canal N. (18 de junio de 2021). Jorge Muñoz defiende limitación impuesta para construcción de viviendas sociales. *Canal N*. https://canaln.pe/actualidad/jorge-munoz-defiende-limitacion-construccion-viviendas-sociales-n436594/

Equipo Editorial de LP Derecho (2 de junio de 2021). ¿Cuáles son las bases constitucionales del derecho urbanístico? *LP Pasión por el Derecho.* https://lpderecho.pe/bases-constitucionales-derecho-urbanistico

Equipo editorial del diario El Comercio (31 de enero de 2023). Surco: derogan ordenanzas que permitían construcción de edificios con más pisos de los permitidos por zonificación. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/lima/obras/surco-derogan-ordenanza-que-otorgaba-mayor-altura-a-edificaciones-municipalidad-de-surco-noticia/

Espinoza, A., & Fort, R. (2020). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú.* https://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/EspinozaFort_GRADEADI_expansionurbana.pdf

Exposición de Motivos del Decreto Supremo 002-2020-VIVIENDA, Decreto Supremo que

aprueba la modificación del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, 10 de febrero de 2020 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, 30 de julio de 2018 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Supremo 012-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la modificación del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2018-VIVIENDA, 8 de abril de 2019 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Supremo 013-2013-VIVIENDA, Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, 10 de marzo de 2014 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, 24 diciembre de 2016 (Perú).

Facho Dede, A. (6 de febrero de 2023). Crítica al Reglamento de Vivienda Social. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/urbanismo-mvcs-critica-al-reglamento-de-vivienda-social-por-aldo-facho-dede-noticia/

Fernández de Córdova, G., Fernández-Maldonado, A., & del Pozo, J.M. (2016). Recent changes in the patterns of socio-spatial segregation in Metropolitan Lima. *Habitat International*, (54), 28-39.

Fernández, J.C. (2020). Las áreas de tratamiento normativo de Lima y el Cientificismo de la planificación urbana. *Enfoque Derecho.* https://www.enfoquederecho.com/2020/05/04/las-areas-de-tratamiento-normativo-de-lima-y-el-cientificismo-de-la-planificacion-urbana/

(2020, 27 de abril). *Derecho Urbanístico. Legislación Urbana* [ponencia]. Derecho Urbanístico, Lima, Perú

Fischell, W. (2015). *Zoning Rules! The economics of land use regulation*. Lincoln Insitute of Land Policy.

García, A. (26 de febrero de 2023). ¿Vivienda? ¿Y si hablamos primero del suelo?. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/cara-y-sello-es-positivo-el-reglamento-de-vivienda-social-formulado-por-el-gobierno-anderson-garcia-cristobal-enrique-bonilla-ditolla-noticia/

Glave, M. (1 de junio de 2023). Insostenibles. *La República*. https://larepublica.pe/opinion/2023/01/06/insostenibles

Goytia C. & Heikkila, E. (2022). *A Global Perspective on Land Use Regulation and Housing Outcomes* (working paper WP22CG1). https://www.lincolninst.edu/es/publications/working-papers/global-perspective-land-use-regulations-housing-outcomes

Goytia, C. & Pasquini, R. (2016). *Housing Affordability: The Land Use Regulation link to informal Tenure*. https://www.oicrf.org/-/housing-affordability-the-land-use-regulation-link-to-informal-tenure-in-developing-countries

Goytia, C., Heikkila, E. & Pasquini, R. (2023). Do land use regulations help give rise to informal settlements? Evidence from Buenos Aires. *Land Use Policy*, (125).

Goytia, C., Mendoza, C. & Pasquini, R. (2010). *Regulación del suelo en aglomerados urbanos de Argentina y su relación con la condición de tenencia residencial de los hogares* (working paper WP10CG1). https://www.researchgate.net/publication/312945834_Regulacion_del_suelo_en_aglomerados_urbanos_de_Argentina_y_su_relacion_con_la_condicion_de_tenencia_residencial_de_los_hogares

Guardia Quispe, K. (22 de febrero de 2023a). Alcaldes destinarán las zonas para viviendas sociales en sus distritos, adelanta Vivienda. *Gestión.* https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/vivienda-de-interes-social-distritos-de-lima-vivienda-departamentos-inmueble-casa-mvcs-alcaldes-destinaran-las-zonas-para-viviendas-sociales-en-sus-distritos-adelanta-vivienda-noticia/

(3 de febrero de 2023b). Surco pone en evaluación 15 licencias de construcción, las razones detrás. *Gestión.* https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/carlos-bruce-inmobiliaria-vivienda-social-desarrollo-inmobiliario-departamentos-chacarilla-surco-pone-en-evaluacion-15-licencias-de-construccion-las-razones-detras-noticia/

Huapaya, R. (20 de mayo de 2020). *Las opiniones vinculantes del MVCS, con fuente del procedimiento administrativo* [ponencia]. VIVIENDA Live, Lima, Perú.

King, P.E. (1978). Exclusionary Zoning and Open Housing: A Brief Judicial History. *Geographical Review*. (68), 459-469.

Mendoza, A. (12 de enero de 2020) La regulación urbanísticas de la provincial de Lima. *Urbanismo y Economía*. https://urbanismoyeconomia.com/2020/01/12/la-regulacion-urbanistica-de-la-provincia-de-lima/

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021). *Informe Técnico Legal No 046-2021-VIVIENDA/VMVU-DGPRVU-DV-JHA-KCG.* https://limacap.org/wp-content/uploads/2021/10/ITL_046-2021_VALOR_VIS_OFICIO_373_27.07.2021.pdf

(2021). *Resumen de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo y Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.* https://www.gob.pe/institucion/vivienda/informes-publicaciones/2027198-resumen-de-la-politica-nacional-de-vivienda-y-urbanismo

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos & ONU-HABITAT. (2010). *El derecho a la vivienda adecuada (21).* https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

ONU HABITAT (2010). *El derecho a la vivienda adecuada (21).* https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf

(2016). *La Nueva Agenda Urbana en español*. https://onuhabitat.org.mx/index.php/la-nueva-agenda-urbana-en-espanol

(2018). *Vivienda: inviable para la mayoría.* https://onuhabitat.org.mx/index.php/vivienda-inviable-para-la-mayoria

(10 de junio de 2019). *ONU-Habitat - El Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos.* ONU-Habitat. https://onuhabitat.org.mx/index.php/nosotros

Pairazamán, F. (2022*). Informe jurídico sobre la sentencia del Tribunal Constitucional N° 868-2021, recaída en el expediente N° 00003-2020-PCC/TC* (informe jurídico para optar por el grado de Bachiller en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Pasquel, E. (2005). Lima la Horrible: Propiedad, Zonificación y el mito del planeamiento urbano. *Revista de Economía y Derecho,* (67), 67-82.

Pereyra, G. (15 de febrero de 2023). Nuevo reglamento de viviendas sociales genera controversia. *El Comercio*. https://www.pressreader.com/peru/diario-el-comercio/20230215/282192245158232

Pereyra, O. (2006). "Forma urbana y segregación residencial en Lima". *Debates en sociología*, (31), 69-106.

(2018). "Competencia asistida" por el lugar y la consolidación de la segragación residencial a gran escala: Lima, 1993-2007". *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, *5*(9), 35-58.

Pineda, J (22 de julio 2022). ¿Es la zonificación un instrumento de planificación útil para la gestión de las ciudades peruanas?. *Noticias ser.pe*. https://www.noticiasser.pe/es-la-zonificacion-un-instrumento-de-planificacion-util-para-la-gestion-de

Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible.* Icaria-Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Rothstein, R. (2017). *The Color of Law - A forgotten history of how our goverment segregated america*. Economic Policy Institute.

Rubio, M. (2020). *El Sistema Jurídico: Introducción al derecho*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sánchez, I. (2017). *Introducción al derecho urbanístico.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170659/23%20Introducci%c3%b3n%20al%20derecho%20urban%c3%adstico%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAl

Sánchez, I., Fernandez, J. & Devoto, A. (2020) Derecho y Planificación Urbana - Problemas actuales de la planificación de Lima Metropolitana. *Ius et Veritas,* (61), 246-262.

Schleicher, D. (2021). Exclusionary Zoning´s Confused Defenders. *Wisconsin Law Review.*

Sitaraman, G., Ricks, M. & Serkin, C. (2021). Regulation and the Geography of Ineguality. *Dule law journal¸* (70), 1763-1836.

Transport for London [TFL] (2014). *Assessing transport connectivity in London*. https://data.

london.gov.uk/dataset/public-transport-accessibility-levels

Vega Centeno P., Dammert, M., Moschella, P., Vilela, M., Bensús, V., Fernandez, G. & Pereyra, O. (2019). *Las Centralidades de Lima Metropolitana en el Siglo XXI - Una aproximación empírica*. Fondo Editorial PUCP.

Vértiz, F. (2019). Judicialización de los conflictos urbanos: Gorina, del asentamiento histórico al desalojo violento. *Derecho Y Ciencias Sociales*, (20), 48–71. https://doi.org/10.24215/18522971e048

Vilela, M. (27 de Octubre 2022) *Ponencia Magistral 3: ¿Del espacio desbordado al espacio fragmentado? Ciudad, territorio y vivienda* [ponencia]. Seminario Internacional Ciudades Postdesborde, Lima, Perú.

Zhang, L. (2015). *Managing the City Economy - Challenges and Strategies in Developing Countries*. Routledge.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 4 El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23 (13 de diciembre de 1991).

Decreto de Alcaldía 010-2016, Texto Único Ordenado del Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, Normas Complementarias sobre Estándares de Calidad y Niveles Operacionales para las Actividades Urbanas en el Distrito de La Molina, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 002-2020-VIVIENDA, Decreto Supremo por el cual se aprueba la modificación del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2018-VIVIENDA modificado por Decreto Supremo N° 012-2019-VIVIENDA, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de enero de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 004-2022-VIVIENDA, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 016-2017-VIVIENDA, que actualiza el valor máximo de la Vivienda de Interés Social, contenido en el artículo 2 de la Ley N° 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional y actualiza los valores máximos de la Vivienda de Interés Social en la modalidad de aplicación de Adquisición de Vivienda Nueva, Diario Oficial *El Peruano*, 06 de junio de 2022 (Perú).

Decreto Supremo 010-2018-VIVIENDA, Decreto Supremo por el cual se aprueba el Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de abril de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 012-2019-VIVIENDA, Decreto Supremo por el cual se aprueba la modificación del Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2018-VIVIENDA, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de marzo de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 013-2013-VIVIENDA, Decreto Supremo por el cual aprueban Reglamento Especial de Habilitación Urbana y Edificación, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de octubre de 2013 (Perú).

Decreto Supremo 022-2016-VIVIENDA, Decreto Supremo por el cual se aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, de 24 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Supremo 053-98-PCM, Decreto Supremo por el cual el Reglamento de Habilitación y Construcción Urbana Especial, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de diciembre de 2018 (Perú).

Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2003 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

Ordenanza Municipal 391-MDS, Ordenanza de consolidación de zonas, áreas mínimas de unidad de vivienda, estacionamientos y uso de azoteas en el distrito de Surquillo, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de septiembre de 2017 (Perú).

Ordenanza Municipal 491-MSB, Ordenanza 491-MSB, Aprueban Reglamento de Edificaciones y Normas Complementarias de la Zonificación del distrito de San Borja, Diario Oficial *El Peruano*, 08 de diciembre de 2012 (Perú).

Ordenanza Municipal 523-MSI, Ordenanza 703-MSB, Ordenanza que aprueba el Reglamento Integrado Normativo - RIN del distrito de San Isidro, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de julio de 2020 (Perú).

Ordenanza Municipal 539-MM, Ordenanza que modifica la Ordenanza Nº 510 que establece, regula y promueve condiciones para edificaciones sostenibles en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de abril de 2020 (Perú).

Ordenanza Municipal 582-MM, Ordenanza que modifica la Ordenanza 0342/MM, que aprueba los parámetros urbanísticos y edificatorios y las condiciones generales de edificación en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 2021 (Perú).

Ordenanza Municipal 599-MSS, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del distrito de Santiago de Surco conformante del Área de Tratamiento Normativo III de Lima Metropolitana, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo de 2019 (Perú).

Ordenanza Municipal 607-MM, Ordenanza que establece Zonas Especiales de Interés Social – ZEIS para el desarrollo de expedientes de licencia de edificación en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 09 de junio de 2023 (Perú).

Ordenanza Municipal 609-MM, Ordenanza que establece como únicas Zonas Especiales de Interés Social – ZEIS para el desarrollo de expedientes de licencia de edificación en el distrito de Miraflores, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2023 (Perú).

Ordenanza Municipal 672-MSS, Ordenanza que deroga la Ordenanza N 595-MSS, Ordenanza de Promoción de la Construcción de Edificios Sostenibles y Creación de Espacios Públicos en Áreas Privadas en el distrito de Santiago de Surco y la Ordenanza N 599-MSS, Ordenanza que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para un Sector del Distrito de Santiago de Surco (Perú).

Ordenanza Municipal 703-MSB, Ordenanza 703-MSB, Ordenanza que regula la tramitación de los proyectos y anteproyectos de vivienda de interés social en el distrito de San Borja, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2023 (Perú).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dic. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

Proyecto de Ley 994/2021-CR. Proyecto de Ley que incorpora el derecho a una vivienda digna en la Constitución Política del Perú, presentado el 20 de mayo de 2022 (Perú).

Proyecto de Ley Ley 1471/2021-CR. Proyecto de Ley de reforma constitucional del artículo 2, que incorpora el acceso a una vivienda digna como derecho fundamental y promueve su formalización, presentado el 14 de marzo de 2022 (Perú).

Proyecto de Ley Ley 2087/2021-CR. Proyecto de Ley de reforma constitucional que incorpora el derecho a la vivienda digna y adecuada, presentado el 24 de mayo de 2022 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 09 de mayo de 2023, pleno sentencia 302/2023 recaída en los expedientes acumulados 00001-2021-PCC/TC y 00004-2021- PCC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de abril de 2018, sentencia recaída en el Expediente 000889–2017-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de agosto de 2021, auto de acumulación por el cual se acumulan los expedientes 00001-2021-PCC/TC y 00004-2021- PCC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de octubre de 2012, sentencia recaída en el Expediente 0007–2012-PI/TC (Perú).

10.18800/themis.202301.010

TUTELA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN CASOS DE DOBLE INMATRICULACIÓN

GUARDIANSHIP OF REAL PROPERTY IN CASES OF DOUBLE REGISTRATION

Carlos Alberto Sánchez Coronado*
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

When an immovable property has been registered twice in the name of different people, they end up taking the case to a civil judge who requests that the property right that each one alleges corresponds to them be protected by the best property right or claim.

This article criticizes the fact that these cases are resolved with registration principles, such as preference, opposability, and public faith in registration, which collapse by pulverizing the registration itself at the beginning of the real folio. In these circumstances, first of all, it must be verified if any of the contenders has consummated the acquisitive prescription. In the absence of this, it is necessary to certify the titles from which the disputed rights derive to apply the prior tempore potior iure *principle in order to protect the contender who has the oldest title or who is included in the oldest chain of owners, therefore, opposable for having been the first to acquire the right, but not for having been the first to register their title.*

Keywords: Real property; double registration; better property right; claim.

Cuando un bien inmueble ha sido inmatriculado dos veces a nombre de distintas personas, estas terminan llevando el caso a un juez civil a quien solicitan que el derecho de propiedad, que cada una alega le corresponde, sea tutelado mediante el mejor derecho de propiedad o la reivindicación.

En el presente artículo se critica que estos casos se resuelvan con los principios registrales, como preferencia, oponibilidad y fe pública registral, los cuales colapsan al pulverizar el propio registro al principio del folio real. En estas circunstancias, antes que nada, debe verificarse si alguno de los contendores ha consumado la prescripción adquisitiva. En ausencia de esta, corresponde compulsar los títulos de los cuales dimanan los derechos confrontados para aplicar el principio prior tempore potior iure *a fin de tutelar al contendor que tiene el título más antiguo o que se incardina en la cadena de propietarios más antigua o la más fuerte, por tanto, oponible en virtud de haber sido quien adquirió primero el derecho, mas no por haber sido quien inmatriculó primero su título.*

Palabras clave: Propiedad inmueble; doble inmatriculación; mejor derecho de propiedad; reivindicación.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (UNPRG). Docente de la Escuela de Posgrado en la Universidad Nacional de Trujillo (UNT), de la Facultad de Derecho de la UNPRG y de la Universidad Tecnológica del Perú (UTP). Director del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional (SIDEPRIVC UNPRG). Contacto: csanchezcor@unprg.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 13 de mayo de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre hemos creído que la forma más eficiente de estudiar derecho civil es hacerlo con los ojos puestos en la práctica, así evitamos divagar en el cielo de las abstracciones, para andar por el campo fecundo de los casos concretos porque si las teorizaciones no han de servir para contribuir a la solución de problemas reales, entonces no vale la pena teorizar.

Una dimensión bastante propicia para teorizar con los pies bien plantados en la casuística dentro del derecho civil es el área donde confluyen el derecho de propiedad inmueble y la doble inmatriculación, campo donde es tan frecuente que broten sensibles conflictos que reclaman una solución cierta y definitiva.

La doble inmatriculación identificada en nuestra legislación registral con la denominación de duplicidad de partidas engendra un estado de incertidumbre insufrible para los sujetos que quedan envueltos en este remolino. En estas circunstancias toca encoger los hombros y preguntar, ¿quién merece ser protegido como el propietario del bien doblemente inmatriculado si el registro les hace creer a los contendientes que todos son los dueños porque cada uno tiene su propia partida?

Casi por inercia, es decir, sin la necesaria ponderación que exige esta cuestión, se insinúa una respuesta que toma en consideración el solo dato de la antigüedad de la inmatriculación para elegir quién debe ser tutelado como propietario. Esta básica idea de que el que llega primero al registro es el que vence en los conflictos de propiedad inmobiliaria cunde con tal magnitud que se descuida analizar si en esta concreta y patológica situación creada por el mismo registro, deban seguir siendo este y sus principios los que decidan el caso.

Esta desprevenida perspectiva no brinda una solución idónea al problema de la tutela de la propiedad en casos de doble inmatriculación porque no guarda coherencia con la realidad de los derechos confrontados. En ese sentido, el presente trabajo tiene una relevancia sobre todo práctica, pues sobre la base de un marco teórico mínimo y la revisión de jurisprudencia desarrollaremos algunas ideas que puedan coadyuvar a una respuesta idónea a la cuestión planteada.

Las ideas y criterios que esbozaremos podrían ser útiles a los abogados a la hora de diagnosticar un conflicto de propiedad en medio de una doble inmatriculación, así como a los jueces o árbitros que tengan que resolver el caso concreto. Asimismo, abrigamos la expectativa de una utilidad teórica para quienes emprendan nuevos estudios que contradigan, profundicen o muy seguramente superen nuestras conclusiones que solo pretenden tributar al establecimiento de una tutela predecible de la propiedad inmueble en casos de doble inmatriculación.

II. PROPIEDAD, INMATRICULACIÓN Y DOBLE INMATRICULACIÓN

La propiedad es uno de los derechos que todo régimen jurídico debe reconocer y garantizar al sujeto para permitirle de forma exclusiva y segura que obtenga el máximo provecho de los recursos escasos que le son indispensables no solo para su supervivencia, sino para permitirle el pleno desarrollo de su potencialidad personal y económica. La tutela de la propiedad tributa a la eficiencia del uso de los recursos escasos, alienta la productividad, el progreso y bienestar no solo del individuo, sino también de la sociedad y del Estado.

En todo sistema jurídico la tutela de la propiedad juega un rol trascendental y dentro de él la publicidad registral es un criterio definitorio crucial, mas no el único que ha de tomarse en cuenta para solucionar los conflictos en torno a ella, dado que, particularmente en sistemas como el nuestro, la publicidad registral no determina el nacimiento del derecho de propiedad, en cambio, la inscripción registral sí importa para determinar su oponibilidad, siempre que en el plano material exista un derecho que merezca ser tutelado, pues ¿qué oponibilidad debería prodigarle la publicidad registral a un derecho que realmente no existe?

Nótese que la inmatriculación, como acto administrativo de acceso del bien al universo de la publicidad registral, no es prueba irrebatible de la titularidad del derecho de propiedad inscrito, puesto que se trata solamente de una situación de apariencia a fin de dar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, debemos ser conscientes de que no existe una garantía de plena coincidencia ni de verdad respecto de lo que aparece inscrito en el registro.

En efecto, con toda naturalidad hemos de esperar que la inmatriculación pueda no reflejar la realidad del bien ni del derecho de propiedad que recae sobre el bien, sobre todo en sistemas inmobiliarios como el nuestro, donde se han inscrito predios sin planos y carecemos de un sistema catastral total y actualizado. Es decir, es perfectamente posible –y de hecho así pasa con frecuencia– que se inmatricule a quien no es el dueño del bien, porque quizá existe otro sujeto inmatriculado con anticipación, pero cuya existencia el sistema catastral registral no es capaz de detectar e informarse a sí mismo y mucho menos al segundo inmatriculante.

Dada la tangible posibilidad de discrepancia entre lo inmatriculado y lo real es razonable distinguir el acto de inmatriculación que publicita una situación de propiedad del derecho de propiedad en sí mismo considerado y que lo uno no necesariamente prueba lo otro, por lo que en cuanto a la prueba de la propiedad de los bienes inscritos *a priori* no se debe renunciar a lograrla válidamente por medio de criterios extra registrales, serán estos los que determinarán la atribución final del derecho de propiedad ante la dilución de los principios registrales provocada por la doble inmatriculación.

En el Registro de Propiedad Inmueble por cada bien debería abrirse una sola partida autónoma, a través de la inmatriculación, de modo que la exclusividad que caracteriza la médula del derecho de propiedad debería extenderse también a la publicidad del derecho en el registro y si el registro atenta contra la exclusividad del derecho de propiedad, la publicidad registral no tendrá la aptitud para darnos un escape a este problema con el solo dato de quién inscribió primero su derecho.

Los conflictos de propiedad suelen surgir en torno a un título inscrito y otro no inscrito y también cuando colisionan dos títulos inscritos en diferentes partidas a nombre de distintos sujetos respecto del mismo bien. Es decir, y no en pocas ocasiones, la incompatibilidad de titularidades la engendra la misma función registral, pulverizando un principio registral neurálgico, el folio real, según el cual debe generarse solo una partida registral por cada bien inmueble.

No obstante, y con cierto halo de resignación del cual deberíamos sacudirnos, sin pretexto del congénito, antiguo, infinito e insuperable desfase entre el catastro y el registro, la doble inmatriculación con el *nomen iuris* de duplicidad de partidas ha sido incorporada en nuestro ordenamiento como parte del paisaje registral. Al respecto, la ley ha creado un procedimiento administrativo destinado a eliminarla, conocido como el cierre de partidas (se cierra la menos antigua), sin tocar el derecho de propiedad cuyo destino lo decidirá al juez civil. Así, el Estado impunemente pervierte la publicidad registral en un mecanismo de engaño público, cuando inmatricula doblemente un bien inscribiendo el derecho de distintos propietarios en las partidas duplicadas.

III. COLAPSO DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES Y (NECESARIAS) SOLUCIONES EXTRAREGISTRALES PARA PROTEGER LA PROPIEDAD

La atenta doctrina que se ha ocupado de esta materia ha subrayado la gravedad del problema, considerando que el mismo debería ser resuelto prescindiendo de los principios registrales, en su lugar lo que corresponde es evaluar quién tiene el derecho oponible, determinar si la usucapión ha sido consumada a favor de alguno de los contendores inscritos, o a falta de esta, compulsar la antigüedad o solidez de las cadenas de propietarios (Gonzáles Barrón, 2009, p. 48).

Otro sector de la doctrina directamente apunta a que, en este contexto de duplicidad de partidas, es la posesión *ad usucapionem* la decisiva para individualizar al real propietario entre aquellos sumergidos en la mencionada patología registral, aunque el usucapiente no esté inscrito en la partida más antigua (Mejorada Chauca, 2014).

Arata Solís, a los inscritos en partidas duplicadas incompatibles les llama "víctimas internas del sistema", indica que ordinariamente quien inmatriculó antes que el otro es quien es protegido en calidad de propietario, siendo irrelevante la posesión; pero menciona un caso en que el de la titulación más antigua, que estaba en posesión, ha perdido por falta de certeza en la descripción de su predio (Casación 296-2016-La Libertad, 2017; Solís, 2020, p. 101).

Ciertamente, la doble inmatriculación constituye la mayor irracionalidad de la publicidad registral, en este escenario no se le puede seguir fiando la oponibilidad de los derechos a la publicidad registral y a los principios registrales; sin embargo, un sector de la jurisprudencia sigue aplicándola a pesar de aquella grave patología, como veremos luego.

En efecto, la doctrina española ha enfatizado en cuanto a la doble inmatriculación su alta frecuencia (Gordillo Cañas, 2010, p. 436); además de eso, su gravedad debido a que esta patología es provocada por el mismo sistema registral incapaz de detectar la existencia de inmatriculaciones previas (García García, 1999, p. 456).

La doble inmatriculación exige a la razón indagar quién es el real propietario dejando de lado la información registral, porque en estas circunstancias el registro es inidóneo para ser el factor decisivo de la oponibilidad de los derechos contrapuestos, pues si los dos contendores están inscritos, es ilógico argumentar a favor de uno u otro la aplicación de los principios registrales, porque formalmente ambos deberían ser protegidos y ninguno debería sufrir consecuencias adversas en virtud de la aplicación de esos principios, razonablemente la eficacia de los principios registrales queda cercenada.

La función del registro de ser el guardián de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario declina en los casos de doble inmatriculación. Queda reduci-

do a una frágil apariencia que debe romperse por la realidad de la usucapión o, en su defecto, debe indagarse quién es el real adquirente a título derivativo; al respecto, el registro se queda sin voz ni voto para decidir quién tiene el derecho oponible, deja de ser ese filtro determinante de la oponibilidad de lo inscrito, precisamente porque no hay un solo inscrito para ser elegido como el vencedor sino hay dos propietarios en la misma condición en su respectiva partida.

Para Mejorada Chauca –opinión que compartimos– debe inaplicarse el principio de buena fe registral porque ninguno podría ampararse en el desconocimiento de la partida del adversario y ambos alegarían la buena fe; por ende, aconseja examinar cada título para verificar su validez, eficacia o legitimación del otorgante (2019), pero reconoce que la forma más segura de proteger realmente el derecho de propiedad que se inscribe es verificando que quien aparece en el registro como titular cumpla con los requisitos de la usucapión (2014).

En este contexto es igual de crucial el análisis de la antigüedad de los títulos, la legitimidad del tracto sucesivo y confrontando los títulos débiles y los fuertes, pero en ningún caso trasciende la antigüedad de las inscripciones, debido a que la doble inmatriculación anula todo efecto del registro (Gonzales Barrón, 2016, p. 472). Lo mismo piensa Pasco Arauco (2017, p. 283).

En efecto, como hemos indicado en otra ocasión:

> ¿Por qué razón válida los principios registrales deben ser tomados en cuenta para determinar quién es el *verus dominus* si ha sido la misma publicidad registral la que ha engañado a quien inmatriculó después que era el primero en acceder con su derecho de propiedad al registro? De algún modo, sería hasta cierto punto inmoral además de incoherente, que la incerteza del derecho de propiedad se resuelva aplicando los principios que nacen del mismo caldo de cultivo de donde ha brotado la incerteza que se busca remediar. La causa de la situación patológica no puede ser, al mismo tiempo, su solución, nada puede ser y no ser al mismo tiempo, aplicar los principios registrales en los casos de doble inmatriculación para determinar quién es el *verus dominus* quebranta toda lógica formal y material (Sánchez Coronado, 2021b, p. 121).

IV. UNA MIRADA DESDE LA COMPARACIÓN JURÍDICA: EL MODELO ESPAÑOL

Un vistazo a la cuestión planteada desde la comparación jurídica podría ser de utilidad. Si miramos el formante jurisprudencial del ordenamiento español hallaremos que existe una antigua posición dominante que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de fecha 17 de junio de 1963 considera que en estos casos la cuestión no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias, es decir, que no debe prevalecer el derecho del tercero hipotecario, sino debe establecerse la preferencia conforme a las "normas de derecho civil puro" (Código Civil con exclusión de la Ley Hipotecaria), entre otras tantas con dicho sentido aparece las Sentencias del Tribunal Supremo 299/2012 y 1829/2013 (Yzquierdo Tolsada, 2016, pp. 572-574).

Según aquella sentencia del Tribunal Supremo pionera en la materia:

> La doble inmatriculación de una finca o derecho real (sic) en el Registro de la Propiedad, supone una anomalía de tal magnitud en el funcionamiento de esta Oficina que hace quebrar los principios básicos de publicidad y legitimación sobre los que descansa nuestro sistema inmobiliario, ya que al coexistir dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, la protección que se dispensase a uno de los titulares frente al otro, implicaría para éste el desconocimiento de los mismos principios rectores del mecanismo tabular, por lo que neutralizándose en tal supuesto los efectos de ambas inscripciones, habrá de acudirse para resolver la pugna o colisión entre ellas y determinar cuál sea la prevalente, a las reglas del Derecho Civil con exclusión de la Ley Hipotecaria (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 581).

Sin embargo, dicha interpretación jurisprudencial coexiste con una posición contraria a la que se le ha denominado alternativa, ejemplo de ella es la sentencia 144/2015 de fecha 19 de mayo de 2015, según la cual:

> […] se comprende que la doctrina de la neutralización recíproca de los principios registrales no pueda ser aplicada de un modo absoluto o dogmático, esto es, como condicionante "*ab initio*" (desde el inicio) de la vigencia del propio principio de la fe pública registral, sino sólo en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico-jurídico en el curso o recorrido que se proyecte, de acuerdo con las circunstancias y datos registrales del caso objeto de examen. Cuestión que, entre otros extremos, podrá llevar a que en determinados casos su recorrido resulte agotado cuando la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de varios titulares registrales que ostenten la condición de tercero de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH. Pero igualmente,

> su curso o recorrido no quedará agotado en aquellos supuestos, como el caso que nos ocupa, en donde la doble inmatriculación dé lugar a la confrontación de un titular registral frente a otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido éste último (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 576).

En efecto, en este pronunciamiento se indica que:

> Reconocida la condición de tercero del artículo 34 a uno solo de los titulares registrales en liza, es decir, a la entidad mercantil recurrente, su adquisición sólo puede peligrar con relación a lo dispuesto en el artículo 36 del citado cuerpo legal y que la eficacia positiva de la publicidad registral o, si se quiere, la plena protección de la fe pública registral que dispensa el artículo 34 LH, comporta la consolidación de la adquisición del tercero que inscribe su derecho con arreglo a los requisitos legales contemplados en dicho artículo, siempre que se trate de un adquirente de buena fe (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 577).

Al respecto, habría que mencionar que, ciertamente, la buena fe debe aplicarse incluso en los casos de doble inmatriculación, pero dada su naturaleza de principio (general) del derecho mas no como expresión del principio de fe pública registral.

Hay otras sentencias en las que el Tribunal Supremo acudió a la fe pública registral para determinar el mejor derecho sobre la finca doblemente inmatriculada (sentencia de fecha 1 de marzo de 1997); también al de legitimación (sentencia de fecha 12 de noviembre de 1970), al de prioridad (sentencia de fecha 11 de octubre de 2004), o al de legitimación (sentencia de fecha 4 de octubre de 1993) (citadas en Yzquierdo Tolsada, 2016, pp. 579-580).

Saborido Sánchez sumilla que la tesis jurisprudencial que se recoge y reitera en numerosas sentencias del Tribunal Supremo determina lo siguiente:

> 1º No se pueden dar fórmulas genéricas a todos los casos.
> 2º Procede atender a las normas de derecho civil con prevalencia sobre las de derecho hipotecario.
> 3º La preferencia entre dos títulos inscritos debe buscarse en el título civil originario de la adquisición, es decir, alguno de los enumerados en el art. 609 del Código Civil (ley, donación, sucesión testada e intestada, tradición, prescripción).
> 4º Solo cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a la norma de derecho civil, se acudirá a los principios registrales (2017, p. 107).

Para esta autora, el error registral es la principal consideración para rechazar la aplicación de los principios registrales ante una duplicidad de inscripciones, esta exige la rectificación del Registro y la enervación (en el sentido de suspensión) de los principios registrales porque no se debe admitir la posibilidad de determinar la adquisición *a non domino* de un tercero que cumpla con las exigencias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), frente al verdadero adquirente extrarregistral que también se halla inscrito en el Registro por la razón de que está publicando dos situaciones contradictorias; si así fuera, el Registro se encontraría otorgando veracidad a dos realidades confrontadas (Saborido Sánchez, 2017, p. 109).

Por ello, apunta que la doble inmatriculación no se encuentra resuelta en el artículo 34 de la LH, el cual cobija como supuesto fáctico la colisión entre un adquirente *a domino* no inscrito en el Registro, frente a un tercero que no adquiere de su transmitente por carecer éste de poder de disposición, pero que cumple las exigencias del precepto. Es decir, dicho dispositivo resuelve el conflicto entre la realidad extrarregistral (donde existió adquisición del dominio) y la registral (donde no existió) a favor de ésta última con base en la seguridad del tráfico jurídico por la publicidad que otorga el Registro; de ahí que resulte más adecuado acudir a las normas de derecho civil general para determinar la adquisición de la propiedad, suspendiendo la eficacia de los principios registrales que nos conducirían a decidir mediante la publicidad del error registral (Saborido Sánchez, 2017, p. 110).

Arrieta Sevilla esboza cuatro razones para excluir la fe pública en casos de doble inmatriculación, enarbolando la bandera de la coherencia del ordenamiento jurídico:

> El Registro es un instrumento al servicio de la seguridad jurídica de las relaciones inmobiliarias inscritas, sin embargo, aplicar la fe pública registral a pesar de la doble inmatriculación implica la existencia de inscripciones de distinto valor en función de la existencia de un tercero hipotecario, lo que conduce a que el Registro de la Propiedad no proteja todas las inscripciones sino sólo algunas, y únicamente se considerarían seguras y firmes las adquisiciones realizadas al amparo de los requisitos del artículo 34 LH.
>
> Admitir la aplicación de la fe pública supone desconocer que a la publicidad registral le subyace una situación contradictoria acerca de la propiedad de un inmueble, ya que presume que dos personas distintas son propietarias y poseedoras exclusivas del mismo inmueble en el mismo momento, este desacuerdo exige por razones

> de seguridad jurídica la anulación recíproca de las presunciones registrales. Si el Registro protege a quienes inscriben sus títulos es porque la inscripción determina la oponibilidad absoluta de los derechos reales, precisamente porque impide la aparición de terceros hipotecarios.
>
> La inscripción del título de propiedad en el Registro supone para el titular registral que sea propietario civil una reducción de los costes de vigilancia, ya que desde ese momento la institución registral se encarga de la protección del derecho; es necesario que el titular registral tenga un modo de prevenir y evitar actuaciones ajenas que están más allá de su conocimiento y control, por ejemplo, la doble inmatriculación y la posterior transmisión a un tercero hipotecario. El mejor modo de protegerle frente a ellas es garantizarle que no es posible que un tercero hipotecario adquiera *a non domino* su derecho inscrito.
>
> Quien se acoge a la publicidad registral no puede ser traicionado por ella; no habría diferencias entre un inmatriculante y un titular civil que no ha inscrito su derecho, pues ambos perderían su finca por la adquisición *a non domin*o del tercero hipotecario. Si el propio sistema tabular ha sido negligente o insuficiente para evitar que una persona inmatricule una finca que no es de su propiedad o un terreno que ya está inmatriculado, el propio Registro no puede, de repente, constituirse en la herramienta para la protección del tercero hipotecario frente al propietario-titular registral. El tercero no puede, por tanto, apoyarse en la conducta irregular del Registrador que tenía que haber denegado la segunda inmatriculación. La fe pública puede proteger al tercero hipotecario de los vicios de la titularidad del *tradens* frente a derechos y adquisiciones anteriores no registradas, pero no frente a las adquisiciones paralelas que hayan sido objeto de inscripción en otros folios. El punto de equilibrio razonable está en proteger al titular civil siempre, excepto cuando no ha inscrito y aparece un tercero hipotecario (2009, pp. 196-199).

Entre los autores que siguen la posición minoritaria destaca el profesor Mario Clemente Meoro, quien es partidario de no excluir tales normas y principios en casos de doble inmatriculación dado que no son normas de carácter y alcance formal, sino de naturaleza material útiles para dirimir conflictos de atribución de titularidades entre personas (2007). Como sucede, muy especialmente, con el artículo 34 de la LH cuya esencia es la formulación de una adquisición '*a non domino*' por ministerio de Ley, '*ex lege*', de los previstos en el inciso inicial del párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil cuando nos dice que "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley" (Yzquierdo Tolsada, 2016, p. 580).

Sin embargo, se ha hecho una aguda observación al respecto, presentada como relevante, que en la mayoría de las sentencias analizadas por el profesor Clemente Meoro la aplicación de la fe pública no es la *ratio decidendi,* sino que tiene carácter redundante o *ad abundantiam*. El fallo conduce en todos los casos a la misma solución que si se hubiera aplicado la doctrina tradicional de exclusión de la fe pública: amparar al que tiene mejor título civil, quedando unas pocas sentencias que aplican solamente los principios hipotecarios (Fajardo Fernández & Arrieta Sevilla, 2007, p. 1593).

Por ejemplo, se protege al propietario que es, además, poseedor desde tiempo inmemorial frente al invasor que inmatriculó después (sentencia de fecha 28 de enero de 1961, RAJ 295); al propietario inscrito reivindicante frente al ayuntamiento que invadió tabularmente y físicamente su finca sin llegar a usucapirla (sentencia de fecha 1 de julio de 1976, RAJ 2938); al que traía causa de un título documentado desde la Edad Media, anotado en 1941 e inscrito en 1958 frente a un adquirente fundado en título muy posterior (sentencia de fecha 2 de noviembre de 1979, RAJ 5104). Cuando se protege al invasor es porque junto a la invasión tabular hubo una ocupación física que devino en usucapión (así, en la sentencia de fecha 8 de febrero de 1989, RAJ 760) (citadas en Fajardo Fernández & Arrieta Sevilla, 2007, p. 1593).

Es más, subráyese que el propio Clemente Meoro expresamente propone que se proteja al tercero hipotecario en las situaciones en las que quede demostrado que sólo uno de los litigantes reúne los requisitos del artículo 34 de la LH, a no ser que medie la usucapión contra tabulas del otro titular (2007, pp. 52-57).

V. PRINCIPIOS REGISTRALES Y DOBLE INMATRICULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

A. Jurisprudencia que aplica el principio de prioridad registral (artículo 2016 del Código Civil) a favor de quien también tenía el título más antiguo

1. Casación 4519-2017 Lambayeque

En este caso, a pesar de que los derechos de propiedad de los contendores provenían de un mismo titular registral, es decir, la historia registral de las partidas involucradas tuvo su origen en una misma partida matriz, en la partida donde se inscribió el derecho del demandado, en lugar de hacer constar

que era una independización, se incorporó al registro como si fuese una inmatriculación.

En medio de acciones administrativas efectuadas por la Municipalidad Provincial de Chiclayo con fines de saneamiento de un pueblo joven en 1972 se duplicó la inmatriculación a favor del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (en adelante, COFOPRI) de un área que había sido inmatriculada a principios del siglo XX, en 1914 para ser exactos, a nombre de la Municipalidad distrital de Reque, quien en 1986 le vendió parte de ese predio una asociación, la cual creyendo que su derecho se engarzaba en un tracto sucesivo inmatriculado con mayor antigüedad (1914) exigió judicialmente que se declare la certeza de su derecho de propiedad también inscrito desde el año en que hizo la compra (1986) en contra de COFOPRI que, según informaba el registro, inmatriculó su derecho en 1972.

En el fallo del juez civil se amparan los argumentos de la demandante:

> En tal sentido, teniendo en cuenta la antigüedad de las inscripciones, para efecto del cierre de partidas, el de mayor antigüedad le corresponde a la demandante, por lo que no existe ninguna razón para que se haya ordenado el cierre de la partida registral; vii) asimismo, si bien el Decreto Supremo número 014-68-JC (Ley 17044), que dispuso que las Resoluciones Supremas que aprueban los planos perimétricos ocupados por barrios marginales serán títulos suficientes para la inscripción en el registro de la propiedad a favor de la Junta Nacional de la Vivienda, posteriormente a favor del estado, en el presente caso al emitirse la Resolución Suprema Número 096-72-DB-VI, no observó una norma anterior, por cuanto debió verificar que sobre el predio ya existía una partida registral como fue la del tomo diecisiete, folio ciento diecisiete y ciento cuarenta y cuatro de la partida registral número 11005243 a nombre de la municipalidad distrital de Reque, por lo que no correspondía crear una nueva partida registral, sin embargo, al hacerlo así, ello generó la duplicidad de partidas; y viii) la demandante ha realizado actos jurídicos de hipoteca y subdivisión, en tal sentido debe reconocerse el mejor derecho de propiedad a su favor en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2022 del Código Civil (2019, fundamento 2.3).

Sin embargo, en la sentencia de vista que revoca la sentencia apelada, se indica que:

> […] no existen matrices diferentes en las cadenas de transmisión a favor de la demandante como de la demandada, sino que ambas han sido derivadas de una única matriz como es el fundo Chacupe de propiedad de la municipalidad distrital de Reque; vii) en el caso de la asociación demandante, si bien podría aducirse que al haber adquirido el predio el año mil novecientos ochenta y seis, con posterioridad al que corresponde a la demandada que lo obtuvo el año mil novecientos setenta y dos, el transferente se encontraba impedido de realizar la transferencia de un bien que ya lo había realizado en fecha anterior, sin embargo, en el presente caso, se trataron de grandes extensiones, cuyas dimensiones y precisiones no aparecían plenamente identificadas en el predio original; y por otro lado, al momento de la realización de las transferencias registralmente se generaron partidas independientes que no han permitido inicialmente verificar que se estaba comprendiendo la parte de un bien inmueble. En tal sentido, ambas partes han venido comportándose como propietarios; por lo que en aplicación de los artículos 2016 y 2017 del Código Civil, con relación a los principios de preferencia e impenetrabilidad, se debe preferir no solamente al que actuó de buena fe, sino que su inscripción fue primera en el tiempo; siendo así, teniéndose en cuenta la fecha de inscripción, corresponde a COFOPRI como entidad del estado la prioridad en el tiempo, por lo que la demanda debe ser declarada infundada; y, viii) por lo demás habiendo sido desestimada la pretensión principal, las pretensiones accesorias sobre el cierre de la partida registral número 10013774 y reapertura de la partida registral número 02241303, o la inscripción del derecho de propiedad en la partida registral número 10013774, así como la solicitud de indemnización, deben seguir la misma suerte del principal, por lo que dichas pretensiones igualmente se desestiman (2019, fundamento 2.4).

Finalmente, la Corte Suprema da visto bueno a la decisión de la Sala Civil indicando que:

> Noveno: En ese contexto, se advierte que la Sala Superior ha determinado que la demandada en Cofopri tiene mejor derecho de propiedad frente a la parte demandante Asociación de Trabajadores Mayoristas y Minoristas del Mercado El Inca - La Victoria, debido a que su título de propiedad se encuentra previamente registrado en la partida número 02228587, prevaleciendo así el derecho inscrito en los registros públicos, en armonía con los principios de prioridad e impenetrabilidad registrales previstos en los artículos 2016 y 2017 del Código Civil. A mayor abundamiento, es de precisar que el registro no pretende garantizar de modo absoluto la existencia de un derecho, sino otorgar preeminencia al título en virtud del cual se ha inscrito un derecho, y reconocer un rango o preferencia al derecho inscrito, tal como lo establece el artículo 2022 del Código Civil, de-

> mostrando la demandada Cofopri tener mejor derecho de propiedad mediante la acreditación prioritaria de la inscripción del inmueble en los Registros Públicos.
>
> Décimo: Siendo así, la infracción normativa material de los artículos 2013, 2014 y 2015 del Código Civil, en sus textos pertinentes, relacionados con los principios de legitimación, buena fe pública registral y de tracto sucesivo invocados por la recurrente no resultan de aplicación al caso de autos, habida cuenta que la asociación recurrente no demuestra la ilicitud de la vigencia de la partida matriz registral 11005243; asimismo, se advierte que existiendo dos títulos de propiedad adquiridos en un contexto de legitimidad, se razona que la buena fe pública registral, favorece en todo caso a ambas partes, por lo que no resulta factible su aplicación al caso de autos, razón por la cual la sala superior procedió a declarar el mejor derecho de propiedad en atención a la prioridad en la inscripción registral recogiendo así la regla de: primero en el tiempo, mejor en el derecho; asimismo, con relación al principio de tracto sucesivo, conforme a lo explicado ampliamente por el *Ad quem*, la cadena de transmisiones deriva de un mismo y originario propietario, en este caso la Municipalidad Distrital de Reque. En ese sentido, las infracciones denunciadas devienen en desestimables por improbadas, debiendo resaltar que del análisis efectuado por la Sala Superior, se ha llegado a desestimar la declaración del mejor derecho de propiedad solicitada por la demandante, sobre la base formal de confrontar los títulos de propiedad registrales de las partes en conflicto, en atención a la naturaleza y fines del proceso (2019).

A fin de cuentas, este fue un caso tan frecuente como pernicioso de doble venta –efectuada por la Municipalidad Distrital de Reque– que desencadenó una doble inmatriculación, no está demás anotar, aun cuando no ha tenido injerencia en el fallo, que el artículo 1135 tampoco es aplicable a este supuesto fáctico, el mismo que exige, al igual que todos los principios registrales, una única partida, observando el principio del folio real.

El fallo inclinó la balanza a favor de quien inscribió primero su derecho, en este caso la demandada COFOPRI, pese a que este principio deviene impertinente, pues en puridad su aplicación presupone que existe una sola partida, por tanto, en esa única partida existe un solo y único sujeto con derecho inscrito antes que otro, pero en el caso comentado, aunque se haya establecido que las partidas duplicadas han derivado de una misma matriz previamente inmatriculada, finalmente se confrontan dos inmatriculaciones, no se trata de inscripciones registrales anotadas en una sola partida.

En efecto, la Corte Suprema en razón de la inocultable doble inmatriculación inaplica el artículo 2014 del Código Civil (principio de fe pública registral) porque toma en cuenta que ambas partes del proceso actuaron como propietarios observando la buena fe dado el desconocimiento del título inscrito del otro, pero no deja de aplicar el principio de prioridad registral, incluso invoca el de impenetrabilidad (artículo 2017 del Código Civil), lo cual es un contrasentido, porque por la misma razón antedicha también debió descartarse la aplicación de estos principios, dado que a ambos contendores la publicidad registral les hizo creer que fueron los primeros y los únicos en inscribir su derecho de propiedad en su correspondiente partida.

Se subraya en el pronunciamiento que la solución del caso parte de la detección de la inscripción registral más antigua en virtud del artículo 2016 del Código Civil que recoge el principio *prior tempore potior iure*. Al respecto, consideramos que lo correcto sería aplicar directamente aquel principio cronológico, pero teniendo como puntos de referencia de la ponderación los títulos de propiedad integrados en los tractos sucesivos confrontados y que debieron ser compulsados, los cuales brotaban de un mismo titular inicial (Municipalidad Distrital de Reque) para dilucidar quién asumió la situación de propietario antes, no quien inscribió primero su derecho, que son cosas distintas, en general la inscripción registral no hace propietario al adquirente, con mayor razón en medio de un supuesto fáctico de doble inmatriculación.

En ese sentido, el mismo error se comete en este caso, cuando se invoca en la decisión al artículo 2022, para favorecer a quien primero inscribió, el cual tiene como supuesto fáctico una sola inmatriculación, esto es lo que justifica su operatividad a favor del que primero llega a inscribir su derecho en la única partida que debería existir respecto del bien en litigio; claramente, el citado texto normativo no protege al que primero inmatriculó, porque no regula la hipótesis de la doble inmatriculación. Inscribir no equivale a inmatricular.

B. Jurisprudencia que deniega el mejor derecho de propiedad a quien tiene el título más antiguo, pero inmatriculó con posterioridad a la inmatriculación del demandado (aplicación del artículo 2022 del Código Civil)

1. Casación 5170-2017 Arequipa

En la Casación 5170-2017 Arequipa, la Corte Suprema aplicó el artículo 2022 del Código Civil para privilegiar la inmatriculación más antigua, que en este caso la hizo el demandado, respecto de la otra partida del demandante que fue abierta pos-

teriormente; se soslayó el análisis de los títulos, se valoró como hecho decisivo para declarar la certeza del derecho de propiedad el dato de la fecha de las inmatriculaciones sin importar la fecha en la que ocurrió la adquisición de los derechos contrapuestos.

La Corte Suprema primero recalcó que la reivindicación lleva implícita la pretensión de mejor derecho de propiedad, algo que algunas veces se pasa por alto:

> La reivindicación 1. Los elementos fundamentales de la reivindicación se encuentran en la necesidad que el demandante exhiba un título de propiedad, que los demandados no cuenten con título que oponer y que se identifique a cabalidad el predio que se pretende reivindicar. 2. La existencia de títulos de propiedad que las partes pueden oponerse en esta clase de procesos ha originado, como práctica común jurisprudencial, que ellos se compulsen a fin de establecer el mejor derecho de propiedad que se pudiera tener. Se trata, por decirlo así, de una pretensión implícita (2019, fundamento sétimo).

Luego, se especificó que el título de propiedad de los demandantes fue otorgado por el Ministerio de Agricultura el 4 de mayo de 1976, pero se inmatriculó el 6 de junio de 1995, esto último (fecha de la inmatriculación), a juicio de la Corte Suprema ponía a los pretensores en situación de desventaja frente al derecho de los demandados, quienes a pesar de contar con un título de propiedad menos antiguo (una sentencia que los declaró propietarios del 21 de abril de 1983), es decir, a pesar de que ellos adquirieron su derecho sobre el bien después que los demandantes; sin embargo, aquellos fueron declarados como los titulares del derecho de propiedad porque fueron los primeros en inmatricular el bien el 21 de noviembre de 1983.

Al respecto, la Corte Suprema, argumenta que:

> 5. De lo expuesto se colige que debe preferirse al título inscrito con anterioridad, en este caso el de los demandados, pues eso es lo que prescribe el artículo 2022 del Código Civil, cuyo tenor, en su primer párrafo, es el siguiente: "para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone". En ese sentido, no son los demandantes quienes tienen la inscripción anterior, de lo que sigue, *contrario sensu*, que son los demandados los que pueden oponer su título al de los demandantes, y si ello es así, la demanda debe ser declarada infundada.
>
> 6. Debe indicarse que el título de los demandados está protegido por la cosa juzgada y que en esas circunstancias no resulta posible determinar si hubo mala fe en el proceso de dominio que se siguió conforme al Decreto Ley 22388, máxime si lo que allí se evaluaba no eran resoluciones administrativas anteriores, sino la conducción directa de los predios rústicos, tal como establecían los artículos 2 y 3 del referido dispositivo.
>
> Octavo. Conclusión. Atendiendo a lo expuesto, debe ampararse el recurso de casación al no darse los supuestos necesarios para que prospere la reivindicación, habiéndose determinado infracción al artículo 2022 del Código Civil (2019, fundamentos sétimo y octavo).

Este fallo es una muestra de aquella tendencia jurisprudencial que –como vemos– aún está presente, según la cual la solución a los conflictos de propiedad que brotan de la doble inmatriculación debe buscarse en los principios registrales recogidos en el Código Civil. No obstante, como hemos dicho también, estos en realidad no deben aplicarse y debe darse lugar en cambio al análisis de la forma en que se han adquirido esos derechos sea apreciando cuál de los dos es quien cumple los requisitos de la usucapión y en su defecto, quien tenga la adquisición derivativa (título de adquisición) más antigua.

En cuanto a la prescripción adquisitiva, subrayemos que podría ser un real fundamento para denegar la reivindicación al demandante, dado que los demandados son quienes están en posesión, de modo que, si acreditan la posesión continua, pacífica, pública y con *animus domini* por el plazo exigido por la ley, entonces, son los dueños no declarados que deberían mantener el bien en su poder. Sin embargo, en la citada ejecutoria no se analiza si se configuró esta forma de adquisición originaria de la propiedad, solo se limita a verificar las fechas de las inmatriculaciones, tampoco aparece que los demandados hayan opuesto expresamente la usucapión como defensa.

En todo caso, si no se llega a comprobar que la parte demanda ha consumado la prescripción adquisitiva del bien doblemente inmatriculado, entonces, son las fechas de las adquisiciones (de los títulos) las que, sobre la base del *prior tempore potior iure*, deben ser los puntos de referencia objetiva para decidir a quién proteger en calidad de propietario, mas no el dato de quién llegó primero al registro.

Contrariamente, existe otra tendencia jurisprudencial, que es la que debería reinar y que, de a pocos, se va posicionando porque deja fuera de juego a los principios registrales cuando en

medio de una doble inmatriculación se asume la tarea de saber quién es el verdadero propietario, ejecutorias supremas que dentro de la pequeña muestra seleccionada para este estudio desmenuzamos a continuación.

C. Jurisprudencia que excluye la aplicación de los principios registrales en casos de doble inmatriculación

1. Casación 162-2017-Ancash

En este caso, el demandante pretendía que se le declare como único y exclusivo propietario de la integridad del predio inscrito en la Ficha Registral 000050007 (actualmente Partida Registral 11002724) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Zona Registral VII-Sede Huaraz; y como pretensiones accesorias, solicitó la restitución de la posesión de la parte del predio que ocupan los demandados; así como la demolición de lo edificado de mala fe. Por otro lado, los demandados también tienen un título de propiedad sobre un predio que tiene una extensión superficial mayor de la que está en disputa, inscrito en la Ficha Registral 9075 (actualmente Partida Registral 02005216) del mismo Registro, el cual se superpone sobre el área que reclama el demandante.

La sentencia de primera instancia ampara la demanda, sustentándose en:

> SEGUNDO. […] (i) Que la pretensión del demandante está referida a la parte del predio submateria que se superpone al inmueble de su propiedad, el cual corre inscrito en la Ficha Registral número 9075 (actualmente Partida Registral número 02005216) del Registro de Propiedad Inmueble de la Zona Registral VII – Sede Huaraz, entendiéndose que tal superposición se encontraría originada al haberse consignado de manera errónea como lindero "este" del predio de los demandados, la carretera Huaraz-Caraz, cuando en realidad el predio de los emplazados colindaría por aquel lado, con el predio del demandante; (ii) que, mientras las características del predio proporcionadas en el título de propiedad del demandante refieren de manera certera, corroborada con otros medios probatorios, que el inmueble del demandante se extiende por el lado este hasta la carretera Huaraz-Caraz, el título de propiedad de los demandados no resulta convincente en absoluto, ya que los otorgantes de dicho título han reconocido reiteradamente que el predio vendido a los demandados nunca tuvo frente a la carretera Huaraz-Caraz, sino que colindaba por el este con la propiedad del demandante y que la salida del mismo estaba al sur; (iii) es relevante tener en cuenta que la parte demandada no ha realizado actividad probatoria alguna; por tanto, no existe medio probatorio alguno que contradiga las afirmaciones brindadas por los anteriores propietarios de su predio; en consecuencia, el *A quo* se encuentra plenamente convencido de que el título de propiedad del demandante acredita de manera plena y convincente su titularidad sobre el área objeto de litigio (2021).

La sentencia de segunda instancia confirmó la sentencia apelada argumentando lo siguiente:

> TERCERO. […] Que si bien es cierto, existen dos títulos de propiedad referidos a una misma área de terreno identificable, no obstante el accionante acredita de manera convincente el mejor derecho de propiedad de dicho predio, con las partidas registrales, informes periciales, título de propiedad, licencia de obra otorgada por la Municipalidad Distrital de Independencia, el Expediente Judicial 00841-2001-0-0201-JM-CI-01 y las declaraciones testimoniales prestadas por los vendedores del predio de los demandados; asimismo, refiere que el hecho de que ambos títulos de propiedad hayan logrado su inscripción en los Registros Públicos con distintas partidas registrales, no es un hecho que haya de proporcionar elementos de juicio para el esclarecimiento de la controversia; pues, es sabido que la inscripción registral no tiene efectos constitutivos respecto a la adquisición del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles, sino únicamente el propósito de brindar publicidad a los actos inscritos (2021).

En sede casatoria, la Corte Suprema avala el razonamiento de las instancias de mérito por cuanto:

> QUINTO. […] con las partidas registrales de los títulos de propiedad de las partes en conflicto, los informes periciales, el testimonio de escritura pública de compraventa del demandante, la licencia de obra del cerco perimétrico otorgada por la Municipalidad Distrital de Independencia, el plano de ubicación y perimétrico, así como con el Expediente Judicial número 00841-2001, sobre Rectificación de Áreas y Linderos, se ha podido determinar que el predio del demandante es el que colinda por el lado "este" con la carretera Huaraz-Caraz y no así el predio de los demandados, lo que incluso ha sido ratificado con las declaraciones testimoniales de Benigno Cadillo Medina y Alejandrina Broncano Mendoza, quienes le vendieron el inmueble a estos últimos, habiendo referido en la audiencias respectivas, que dicho predio "nunca tuvo salida a la carretera Huaraz-Caraz" y que "no llegaba a la carretera y colindaba con el predio de Jorge Medina Orellana"; por consiguiente, el derecho del demandante resulta

> claramente oponible al de los demandados, tal como lo han establecido las instancias de mérito (2021).

Luego, en un extremo de la sentencia casatoria que especialmente nos interesa subrayar de cara a los fines del presente estudio, la Corte Suprema juzga que:

> SEXTO. En cuanto a la causal de infracción material, referida a la inaplicación de los artículos 2014, 2016 y 2022 del Código Civil, debe señalarse que en el caso concreto, tal como han concluido las instancias de mérito, la discusión radica en determinar a quién corresponde el área superpuesta del inmueble inscrito en la Partida Registral número 11002724 con la inscrita en la Partida Registral número 02005216 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Zona Registral VII-Sede Huaraz; es así que con el material probatorio que obra en autos se ha logrado acreditar que dicha área corresponde al demandante y no a los demandados, razón por cual la Sala Superior ha considerado que el hecho de que ambos títulos de propiedad hayan logrado su inscripción en los Registros Públicos con distintas partidas registrales no es un hecho que haya de proporcionar elementos de juicio para el esclarecimiento de la controversia; por tanto, en atención a que en autos se encuentra plenamente acreditado el derecho del demandante, se comparte el criterio de la Sala Superior en el sentido de que no resultan de aplicación los principios registrales contenidos en los artículos invocados.
>
> SÉTIMO. Estando a las conclusiones antes referidas, este Supremo Tribunal concluye que la aplicación de las normas propuestas por los recurrentes no trascienden en la causa; y por tanto, sus alcances no modificarían el sentido de la decisión adoptada por las instancias de mérito (2021).

Este razonamiento judicial es idóneo, es una buena señal de esa orientación que debería consolidarse como tendencia jurisprudencial uniforme en los casos donde los títulos de los contendientes estén sumergidos en una doble inmatriculación (o duplicidad de partidas), en este supuesto fáctico la trascendencia de los principios registrales se diluye porque la publicidad registral ha degenerado en el caldo de cultivo de un estado de inseguridad jurídica, la antípoda de lo que funcionalmente debería ser.

2. Casación 10802-2014-Lima Sur

En este caso la Corte Suprema corrige el criterio desarrollado en la sentencia de vista que revocó la sentencia de primera instancia que había declarado infundada la demanda. El pronunciamiento de la Sala Superior se había basado en la pura aplicación de los principios registrales para amparar la pretensión de mejor derecho de propiedad.

En el fundamento sexto de la referida ejecutoria suprema se lee:

> SEXTO: De lo expuesto, se advierte defecto de motivación en la sentencia recurrida al circunscribir su pronunciamiento solo en lo que aparece en los asientos registrales, lo que le ha llevado a obviar el análisis y valoración de la prueba documental esencial que consta en los títulos archivados que obran en autos, los que si bien dieron lugar a los asientos registrales respectivos, las partes han alegado que en ellos consta su derecho de propiedad; la ausencia de valoración de la prueba mencionada afecta el derecho al debido proceso de las partes, en lo referido al derecho a la prueba y su valoración; lo que vicia de nulidad la recurrida, que es preciso corregir (2015).

Luego, se lee dentro del fundamento sétimo:

> 7.1. Sobre este asunto, es del caso precisar que estando en controversia a quien le corresponde el mejor derecho de propiedad del predio sub materia –de 23 hectáreas con 5695 m2–, el que según la parte demandante, se encontraría simultáneamente inscrito en las dos multicitadas partidas registrales, y que por ello existiría una duplicidad de partidas registrales, en estricto, la determinación de tal derecho no debe únicamente circunscribirse a lo que aparece en las fichas o partidas registrales, sino, esencialmente de lo que emane del caudal probatorio documental que consta en cada uno de los títulos archivados que dieron finalmente lugar a las respectivas inscripciones registrales; ello en atención a que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de propiedad inmobiliario no es constitutivo en el Registro Público; en todo caso, la información que emana de los asientos registrales permite la protección de los derechos que los terceros adquieren de buena fe (2015).

Finalmente, cabe destacar dentro del mismo fundamento sétimo:

> 7.3. Para los fines de una sana solución del conflicto y la efectiva dilucidación de los puntos de la controversia, deberá evaluarse la prueba documental obrante en autos atendiendo a lo que cada una de las partes pretende acreditar con ellas; así por ejemplo, el demandante refiere que el área materia de

> litis fue inmatriculado por el Estado, cuando ya se encontraba registrado a nombre de sus primigenios transferentes desde el año mil novecientos cuarenta; lo que según refiere, evidenciaría su mejor derecho de propiedad; por su parte la Asociación codemandada refiere que lo que pretenden los demandantes es que se les reconozca un supuesto mejor derecho de propiedad sobre áreas de terrenos que pertenecieron al Estado o que pertenecen a terceros de buena fe; reitera que dichos terrenos nunca les pertenecieron (2015).

En esta ejecutoria suprema se excluyen de la decisión sobre el mejor derecho de propiedad a sola la información registral, lo que implica descartar la aplicación automática del criterio judicial que únicamente toma en cuenta el dato de la fecha de inmatriculación para saber cuál es la más antigua y, por tanto, preponderante. Sino, más bien, recalca que debe verificarse la realidad que obra en el título archivado, en efecto, es imperativo mirar más allá de la información registral, sacar del juego a los principios registrales, para observar la realidad misma de si alguno de los contendores ha ganado la mayor oponibilidad por haber cumplido los requisitos de la usucapión, porque como se argumenta bien en esas ejecutorias supremas, el registro público por sí mismo no determina la constitución del derecho de propiedad.

3. Casación 04891-2018 Cusco

Este caso se resolvió guiándose de la data de la escritura pública de compraventa del demandante que, si bien es cierto estaba inscrita en una partida duplicada, para la decisión judicial no fue un criterio trascedente la fecha de la inmatriculación, más sí lo fue el dato de la fecha en que las partes adquirieron sus derechos según sus títulos, luego naturalmente se hace referencia a la inmatriculación de cada título.

Coincidentemente, el título más antiguo fue el primero que se inmatriculó, el mismo que correspondía a la demandante. Sin embargo, como hemos subrayado en el razonamiento de la Corte Suprema que avaló el razonamiento del juez de primera instancia, no se examina la fecha en que acontecieron las inmatriculaciones sino se hace énfasis en la verificación de la preexistencia de la propiedad privada de la demandante sobre la base de una escritura pública respecto de la menos antigua adquisición estatal efectuada sobre la base de un acto administrativo, por tanto inmatriculada con fecha menos antigua también, sobre la base del estudio de los títulos mas no de las inscripciones.

En la referida ejecutoria suprema se lee:

> Tercero. - Los órganos de instancia tras compulsar los títulos de ambas partes –sobre la base de los medios probatorios, y del dictamen pericial– ha concluido que:
> a) Una parte del predio de propiedad de la demandada, EGEMSA en un área 1,016.80 m2 –una fracción de terreno– inscrito en la Partida Registral 02000951, se superpone al predio de propiedad de la parte demandante, Compañía Inmobiliaria Santa Catalina S.A., inscrita en la Ficha Registral 02070755.
> b) El derecho de propiedad de la empresa demandante es de fecha anterior –06 de mayo de 1946– al de la empresa demandada, que se efectuó el 14 de marzo de 1995.
> c) El área objeto de restitución –traslape de 1,016.80 m2– está plenamente identificado e individualizado (2020).

4. Casación 5802-2017 Huánuco

En este caso, tanto los demandantes como los demandados han inscrito la compraventa a su favor, pero en diferentes momentos y distintas partidas registrales, pese a tratarse del mismo bien inmueble, sin embargo, los primeros en inscribir su derecho fueron los demandantes, el 24 de octubre 2007 (compraventa otorgada por quien adquirió el bien en virtud de una prescripción adquisitiva), mientras que los demandados lo hicieron el 24 de marzo de 2009 (adjudicación en un remate judicial surgido en el Proceso Penal 349-2004).

La Sala Civil revoca la sentencia de primera instancia y encuadra este supuesto fáctico dentro de los artículos 2016 (prioridad registral), 2022 (oponibilidad registral) y 2014 del Código Civil (fe pública registral), por tanto, juzga que el título de los demandantes se antepone con preferencia excluyente a cualquier acto registrable y que no se ha acreditado que estos hayan tenido conocimiento de que el bien en litigio se encontraba embargado. Pues, dicho embargo se encontraba inscrito en la Partida Electrónica 11007314, sobre derechos y acciones del inmueble inscrito en dicha partida, perteneciente a los demandados, la cual es distinta a la Partida Electrónica 11022944, donde se encuentra la inscripción definitiva del derecho de propiedad de los demandantes que tiene como antecedente una prescripción adquisitiva a favor de Gerónimo Lázaro Juan, quien transfiere su derecho a los demandantes, con fecha 20 de octubre de 2007, la misma que es anterior a la adjudicación del bien hecha por el juzgado penal a favor de los demandados.

En sede casatoria la Corte Suprema, corrige lo decidido por la Sala Civil, al respecto refiere que:

> SÉTIMO.- […] c) A simple vista parecería que el derecho de los demandantes emergería inscrito con anterioridad al de los demandados, y que de por medio no primaría la mala fe en su adquisición; sin embargo, la Sala Superior al absolver el grado de apelación no se ha pronunciado sobre aspectos relevantes del caso que incidirían en la decisión final, como son los siguientes: […]; 3) La Sala Superior debe evaluar si el predio que reclaman los demandantes vía mejor derecho de propiedad, es el mismo que invocan los demandados, ello, teniendo en cuenta que los demandantes basan su derecho en una compraventa de un inmueble de trescientos treinta metros cuadrados (330.00m2); en tanto, los demandados basan su derecho invocando la prioridad en el tiempo de la inscripción del embargo dictada en el proceso penal, con fecha veintitrés de setiembre de dos mil cuatro, sobre derechos y acciones referidos a porcentajes, tres punto treinta y seis por ciento (3.36%) y dos punto treinta y cuatro por ciento (2.34%), y que posteriormente se identifica como trescientos treinta metros cuadrados (330.00m2); no estando esclarecido en modo alguno de cómo se llega a determinar que los citados porcentajes sean con exactitud los metrajes que los demandantes pretenden judicialmente; y, 4) Analizar quién posee el inmueble con efectividad, atendiendo al Expediente de Usurpación número 1317-2010 (véase a fojas ochocientos noventa y cuatro del acompañado), que declara de oficio la prescripción de la acción y por ende extinguida la acción penal contra Johan Anderson Vela Alvarado (2019).

La Corte Suprema considera que es insuficiente el análisis de la Sala Civil porque su decisión se ha remitido únicamente a verificar la fecha de las inscripciones de los contendientes para aplicar sin mayor precaución los principios registrales de prioridad, oponibilidad y fe pública a favor de los demandantes, siendo lo idóneo indagar en la realidad misma de los títulos y de sus antecedentes, dado que no aparece con claridad la identificación del bien objeto de protección, con mucho más razón, agregamos que es fundamental en la búsqueda de la solución de este caso, compulsar las cadenas de propietarios contrapuestas desde sus orígenes para proteger a la que merece la oponibilidad real por ser la más antigua o la más sólida, algo que en casos de doble inmatriculación no será el resultado de la sola y superficial aplicación automática de los principios registrales.

VI. LA TUTELA DEL PRESCRIBIENTE EN LA DOBLE INMATRICULACIÓN: UNA SENTENCIA MODÉLICA, LA SENTENCIA 788/2016

En nuestra jurisprudencia actualmente, conviven pronunciamientos que aplican y excluyen los principios registrales para solucionar conflictos de propiedad en medio de inmatriculaciones duplicadas. En cambio, en el formante doctrinario, se ha consolidado la postura de la exclusión de los principios registrales. Esta perspectiva domina en España tanto en doctrina como en jurisprudencia con la etiqueta de aplicación del derecho civil (puro), denominación que solo en el plano morfológico no nos parece exacta, pero sí naturalmente en el plano semántico, pues como se ha anotado lúcidamente es artificiosa la distinción entre el derecho civil y el derecho hipotecario. Pese a un cierto grado de autonomía científica entre ambas, no cabe la menor duda de que el derecho hipotecario es derecho civil, a lo que se suma la aplicación complementaria que se hace de las normas de ambos para resolver diversas situaciones relativas a la atribución de titularidades en el tráfico inmobiliario (Yzquierdo Tolsada, 2016, pp. 579-580), como sería también irracional hablar de la aplicación del derecho civil impuro cuando se apliquen solamente los principios registrales a los conflictos de propiedad.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, una vez que la doble inmatriculación diluye los principios registrales corresponde tutelar al auténtico propietario, no a quien llegó primero al registro. Debe indagarse entonces quién de los contendores es el auténtico titular conforme a las distintas formas de adquisición de la propiedad, de las cuales la prescripción adquisitiva debería ocupar el primer lugar en el diagnóstico jurídico del caso, antes que la evaluación de los títulos adquisitivos derivativos (compraventa, donación, permuta, dación en pago, anticipo de herencia, sucesión intestada, testamento, etcétera); puede darse el caso que quien deba ser tutelado sea quien reúne las condiciones de la usucapión aunque su título sea el menos antiguo o se haya inscrito después que el contendor.

Compulsar los títulos adquisitivos derivativos antes que la comprobación de la prescripción adquisitiva podría llevarnos al mismo error de elegir como oponible a quien hizo la inmatriculación o la inscripción más antigua porque es el *prior tempore potior iure* el principio al que por antonomasia se acudirá para solucionar la contienda de títulos derivativos. Sin embargo, si en cabeza de alguno de los contendores recae la prescripción adquisitiva la trascendencia de dicho principio cronológico para decidir la oponibilidad de las situaciones confrontadas desaparece, porque el título derivativo del contrario ha sido abolido por los efectos cancelatorios de la usucapión.

Un buen ejemplo de lo dicho se halla en la jurisprudencia española es la Sentencia del Tribunal Supremo 788/2016 del 1 de marzo de 2016 que

se pronunció respecto de la reivindicación de un inmueble que implicaba una acción declarativa de dominio en la que la parte demandante afirmaba haber adquirido la finca registral NUM003 en el año 1964, habiendo sido inscrita en 1967, y que la referida finca en la actualidad constaba también en el registro a nombre de los demandados como finca NUM007, inmatriculada en el año 2000 e inscrita a favor de los demandados en el año 2002.

Teniendo a la vista los títulos derivativos la balanza debería inclinarse a favor de la parte demandante en virtud del *prior tempore potior iure* dada la antigüedad de su título; sin embargo, los demandados se opusieron a la demanda, alegando que los actores no habían acreditado la posesión material de la parcela, y se había producido la prescripción adquisitiva ordinaria a su favor. En efecto, en la sentencia de primera instancia se estableció que:

> Se trataba de un supuesto de doble inmatriculación –cuestión sobre la que no existía discrepancia– que debía resolverse mediante la aplicación de las normas de derecho civil; con independencia de que la finca litigiosa perteneciera a los actores de acuerdo con el título de compra, no aportaron prueba referida a la posesión de la finca, siendo así que los actuales poseedores y demandados habían adquirido su dominio por prescripción ordinaria puesto que entre ellos y sus causantes habían poseído la finca durante más de diez años (Sentencia del Tribunal Supremo 788/2016, 2016, fundamento primero).

La sentencia fue íntegramente confirmada por la segunda instancia.

La parte demandante recurre en casación alegando que "la sentencia recurrida declara el dominio de la parte demandante por haberse consumado la usucapión a su favor, lo que supone entrar a conocer de una pretensión declarativa de dominio que no ha sido ejercitada a través de la correspondiente reconvención" (Sentencia del Tribunal Supremo 788/2016, 2016, fundamento segundo). Al respecto, el Tribunal Supremo considera que corresponde resolver la controversia sin observar los principios tabulares, sino más bien:

> Atendiendo a los títulos de los contendientes y confrontando los respectivos derechos, por lo que el hecho de esgrimir la parte demandada el título de adquisición que hace preferente su derecho no aumenta el objeto del proceso ni incorpora al mismo una nueva pretensión y, en consecuencia, tal alegación no ha de producirse mediante la utilización de la vía reconvencional (Sentencia del Tribunal Supremo 788/2016, 2016, fundamento segundo).

El otro argumento que enfatiza el recurrente como motivo casacional se refiere a la aplicación del principio *prior tempore, potior est iure* para determinar la preferencia de título en los casos de doble inmatriculación de fincas, con citas de varias sentencias del Tribunal Supremo (654/1999, del 19 julio de 1999; 100/2008, de 12 febrero de 2008; y 985/2005, del 12 diciembre de 2005). Al respecto, el Tribunal Supremo concluye que "no puede atribuirse a la sentencia impugnada vulneración alguna de dicho principio, pues el mismo no juega en los casos en que se produce la adquisición del dominio por usucapión" (2016, fundamento cuarto), dado que "la aplicación de los principios y normas de derecho civil determina que el dominio sobre una cosa se pierde cuando otro lo gana en virtud de prescripción adquisitiva o usucapión (artículo 609 del Código Civil) con cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio Código, como ha sucedido en el caso presente" (2016, fundamento cuarto).

De esta sentencia foránea se sacan dos lecciones vitales, una para los abogados, que no duden que respecto de inmuebles doblemente inmatriculados la prescripción adquisitiva se puede alegar como defensa de fondo contra la reivindicación o el mejor derecho de propiedad (acción declarativa de dominio), claro está, siempre que se cuente con el soporte probatorio idóneo para ser eficientes; y otra para los jueces, que si el demandado acredita con suficiencia la consumación de la prescripción adquisitiva, sin declararlo propietario porque no se ha formulado reconvención, corresponde declarar infundada la demanda; en cambio, exactamente lo contrario debería suceder si ponderando los títulos derivativos el demandante tiene la oponibilidad decantada hacia su lado mientras que el demandado pretende oponer meras alegaciones relativas a la usucapión pero no corroboradas.

Al respecto, conviene traer a colación, como hemos referido en otro lado, que existen fundadas razones que pueden servir de sustento para desmentir la falacia según la cual el usucapiente consumado que no ha obtenido una sentencia aún no es propietario por lo que no podría oponerse con éxito a la reivindicación o el mejor derecho de propiedad.

Estas son:

1. Según el artículo 952 del Código Civil: La usucapión surte efectos de forma automática (con la sola comprobación del cumplimiento de sus requisitos).
2. Según el artículo 920 del Código Civil: Contra el usucapiente consumado no declarado no puede aplicarse la defensa extrajudicial

de la posesión y es él quien puede ejercitar esta forma de tutela contra el que formalmente aparece como propietario sin serlo.

3. Según la legislación sobre expropiación: El usucapiente consumado no declarado tiene derecho al justiprecio respecto de bienes estatales de dominio privado y predios no inmatriculados.
4. Según el precedente 5.6 del IV Pleno Casatorio: quien prueba la usucapión no es poseedor precario, aunque no tenga la sentencia que lo declare propietario.
5. Según el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil 2010: Las pretensiones reales dirigidas contra el usucapiente consumado son inocuas, aunque todavía no haya sido declarado propietario.
6. Según el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil de 2016: puede declararse la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes de dominio privado del Estado si es que antes de la entrada en vigencia de la Ley 29618 el poseedor ya ha cumplido con los requisitos necesarios para acceder a la prescripción.
7. Según el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1984: la usucapión debería oponerse a la reivindicación como excepción sustantiva.
8. Según la contundente postura de la doctrina mayoritaria: la usucapión surte efectos de forma automática (Sánchez, 2021a, pp. 351-363).

A esta lista podríamos agregar una razón más relacionada con los efectos de la Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales, Ley 31145 (2021), según la cual los poseedores de un predio rústico de propiedad del Estado, destinado íntegramente a la actividad agropecuaria, que se encuentren en posesión en forma pública, pacífica y continua, podrán regularizar su situación jurídica ante el gobierno regional correspondiente, siempre que dicha posesión se hubiera iniciado con anterioridad al 25 de noviembre de 2010, fecha de entrada en vigencia de la Ley 29618. Es decir, esta norma administrativa, incluso, admite la eficacia retroactiva de la usucapión, pues para determinar el alcance temporal de la prohibición legal se toma en cuenta el inicio de la posesión que debe ser anterior a la eficacia de la citada ley, mas no se debe constatar el cumplimiento cabal de los requisitos de la prescripción adquisitiva.

En buena cuenta, no existe un conflicto de titularidades entre el reivindicante (propietario inscrito) y el usucapiente (también propietario inscrito). Solo quien esté en la situación jurídica subjetiva de propietario deberá obtener tutela a través de la reivindicación, hay aquí una relación de antecedente-consecuente entre la determinación del derecho de propiedad del reivindicante y la condena de restitución del bien que pesaría sobre el poseedor. De la determinación de la titularidad dominical dependerá, consecuentemente, la posibilidad de pretender viablemente la reivindicación (Sánchez Coronado, 2021, p. 391), o en su caso el mejor derecho de propiedad, si el pretensor tiene el bien en su poder y solo persigue una sentencia netamente declarativa.

En el versus entre estas pretensiones reales y la usucapión no declarada, el vigor de dichas pretensiones se desvanece porque en este supuesto fáctico el legitimado para ejercerlas no es quien se reputa el propietario de la cosa en virtud de algún título adquisitivo derivativo, sino el auténticamente legitimado es el propietario que ha adquirido *ex novo* el bien por usucapión.

En esta confrontación de intereses no hay conflicto de titularidades que discutir, aquí solo hay un titular, un solo propietario, un **único legitimado para tutelar su derecho de propiedad mediante la reivindicación o el mejor derecho de propiedad, el** usucapiente consumado, quien debería ser tutelado cuando oponga la usucapión como defensa de fondo en la contestación de la demanda.

VII. LA PONDERACIÓN DE TÍTULOS A FALTA DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Establecida la doble inmatriculación, descartada la usucapión a favor de alguno de los involucrados en la lid, corresponde evaluar los títulos adquisitivos derivativos contrastados, los cuales deben ser bajados del pedestal de la publicidad registral para ser tratados dentro de las cadenas de propietarios en las que se incardinan como títulos no inscritos con fecha cierta, pues ambos constan en instrumentos públicos, buscando determinar cuál es el título oponible.

La solución a la controversia está relacionada con la aplicación del antiguo criterio cronológico o de temporalidad para establecer preferencias respecto de titularidades contrapuestas, el principio del *prior tempore potior iure,* es decir, debe indagarse cuál de los dos títulos es el más antiguo y cuál el otorgado más recientemente, o cuál es el título que se incardina en la cadena más antigua y cuál en la cadena más reciente, para decidir la oponibilidad o la inoponibilidad de los derechos intersecados.

Este criterio definitorio ha sido denominado de 'legitimación de la cadena', del cual se extrae una regla central que consideramos útil para superar la cuestión estudiada, según la cual debe prefe-

rirse la cadena de transmisiones más antigua, la que se remonta más hacia el pasado, aunque no corresponda a la cadena de propietarios más antiguamente inmatriculada, debido a que el registro pierde importancia en estos casos, de modo que el propietario original será el más antiguo mientras que el más reciente es un *non domino* (Gonzáles Barrón, 2013, pp. 1363-1365).

Sin embargo, esta misma doctrina considera perentorio complementar el balanceo de títulos aplicando un criterio más que denomina 'contraposición de títulos fuertes frente a títulos débiles'. Al respecto, se reputan títulos débiles, los cuales no pueden obtener preferencia frente a cualquier otro que esté en mejor condición, a:

> (i) Los remates judiciales porque estos no implican un debate definitivo sobre la propiedad; (ii) el testamento; (iii) la partición; (iv) el aporte en sociedad porque estos son declaraciones del propio sujeto que se considera propietario, a menos que este acredite la adquisición del derecho con el título anterior; v) los títulos supletorios notariales porque si apareciese el propietario con título, el título supletorio deviene nulo sea por fraude o ilegalidad dado que la procedencia de este trámite presupone que no debería existir un propietario con títulos; vi) las prescripciones adquisitivas notariales, en tanto que las únicas verdaderamente oponibles son las declaradas por el juez civil o el árbitro; vii) títulos supletorios judiciales por la misma razón que los tramitados notarialmente, a menos que se haya vencido a la contraparte en litigio; ix) los títulos otorgados en mérito al Decreto Legislativo 667, actualmente derogado, otorgados primero por el PETT, luego por el COFOPRI que deben ceder ante títulos derivativos de fecha anterior, por último; x) las inscripciones amparadas en leyes de simple regularización o comprobaciones sin fehaciencia, como las inscripciones de propiedad estatal por meras declaraciones juradas (Gonzáles Barrón, 2013, pp. 1365-1369).

En cambio, son títulos fuertes (i) la compraventa; (ii) la permuta; (iii) la donación porque estos son títulos derivativos al ser negocios jurídicos traslativos del derecho de propiedad; y (iv) adjudicaciones estatales, porque el Estado tiene una titularidad originaria y prevaleciente sobre las áreas que no son de los particulares. Por lo demás conviene subrayar que esta doctrina tiene bastante claro que, en casos de doble inmatriculación, el mejor derecho de propiedad se dilucida por la usucapión o por la derivación de titularidades mediante transmisiones que se originan en el verdadero propietario al inicio de la cadena, además de efectuar, de ser necesario, un balance entre títulos fuertes frente a los títulos débiles (Gonzáles Barrón, 2013, pp. 1365-1391).

VIII. CONCLUSIONES

a) Quien merece ser tutelado en los casos de doble inmatriculación es el real propietario del bien, esto no será determinado por la preferencia registral ni por ningún otro principio registral, los cuales colapsan dado que es el propio registro el que desintegra el principio del folio real, autodegenerándose en una fuente de inseguridad jurídica para el tráfico patrimonial inmobiliario. En este supuesto fáctico, para tutelar alguna de las situaciones subjetivas en pugna, saber quién llegó primero al registro es irrelevante.

b) La solución a los conflictos de propiedad en casos de doble inmatriculación, de cara a dilucidar quién es el real propietario, pasa por constatar, en primer lugar, si se ha consumado la prescripción adquisitiva a favor de alguno de los contendientes, debido a que configurada la usucapión esta tiene un doble efecto, por un lado, atribuye la propiedad a quien reúne sus requisitos, cuyo derecho surge *ex novo,* ergo, sin antecedentes dominicales y, al mismo tiempo, extingue el derecho de propiedad del contendor; entonces, no hay un conflicto de títulos a nivel derivativo, hay un solo sujeto con un derecho oponible, el usucapiente quien merece ser tutelado.

c) En los procesos de mejor derecho de propiedad o reivindicación referidos a inmuebles doblemente inmatriculados la prescripción adquisitiva puede alegarse como defensa, siempre que se cuente con el soporte probatorio idóneo para ser eficientes; por tanto, si el demandado acredita con suficiencia la prescripción adquisitiva corresponde declarar infundada la demanda, sin pronunciarse respecto de la declaración de propiedad por usucapión porque esta pretensión no ha sido formulada a través de una reconvención.

d) Descartada la prescripción adquisitiva, corresponde compulsar los títulos de propiedad o las cadenas de propietarios, para indagar quién adquirió realmente el derecho de propiedad y en virtud del principio *prior tempore potior iure* establecer quien asumió primero la situación de propietario por estar incrustado su título en la cadena de propietarios más antigua o en la cadena de títulos más fuerte, por tanto, más sólida, es decir, oponible *erga omnes,* merecedora de ser tutelada por el ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

Arata Solís, R. M. (2020). Procedencia y fundabilidad de la pretensión de prescripción adquisitiva del poseedor que presenta título idóneo para adquirir el dominio. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (90), 87-106.

Arrieta Sevilla, L. J. (2009). Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 (RAJ 2009/306). *Revista Jurídica de Navarra,* (47), 183-201.

Clemente Meoro, M. E. (2007). *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad* (2da ed.). Tirant lo Blanch.

Fajardo Fernández, J., & Arrieta Sevilla, L. J. (2007). Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (702), 1569-1602.

García García, J. M. (1999). *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Editorial Civitas.

Gonzáles Barrón, G. H. (2009). *Derecho registral y notarial*. Ediciones Legales.

(2013). *Tratado de derechos reales* (tomo II, 3era ed.). Jurista Editores.

(2016). *Tratado de derecho registral inmobiliario* (3era ed.). Jurista Editores.

Gordillo Cañas, A. (2010). *El principio de fe pública registral* (vol. 3). Jurista Editores.

Mejorada Chauca, M. (16 de julio de 2014). Duplicidad de partidas y posesión. *Gestión*. https://gestion.pe/blog/prediolegal/2014/07/duplicidad-de-partidas-y-posesion.html/

(8 de abril de 2019). ¿Fe pública en duplicidad de partidas? *La Ley*. https://laley.pe/art/7650/fe-publica-en-duplicidad-de-partidas

Pasco Arauco, A. (2017). *Derechos reales: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema.* Gaceta Jurídica.

Saborido Sánchez, P. (2017). La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales. Al hilo de la búsqueda de coordinación entre Registro y Catastro. *Revista de Derecho Civil*, *4*(4), 87-122.

Sánchez Coronado, C. A. (2021a). *Tutela de los Derechos Reales. Propiedad, posesión y usucapión*. Instituto Pacífico.

(2021b). Doble inmatriculación: cuando los principios registrales no determinan quién es el verus dominus*. Actualidad Civil,* (88), 111-137.

Yzquierdo Tolsada, M. (2016). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (vol. 6). Dykinson.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Decreto del 8 de febrero de 1946, 58/1946, Ley Hipotecaria (B.O.E., 1946, 2453) (Esp.).

Ley 29618, Ley que establece la presunción de que el Estado es poseedor de los inmuebles de su propiedad y declara imprescriptibles los bienes inmuebles de dominio privado estatal, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de noviembre de 2010 (Perú).

Ley 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los gobiernos regionales, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de marzo de 2021 (Perú).

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de noviembre de 2020, Casación 04891-2018-Cusco (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 3 de octubre de 2017, Casación 296-2016-La Libertad (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 17 de mayo de 2019, Casación 4519-2017-Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de agosto de 2019, Casación 5170-2017-Arequipa (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 7 de junio de 2021, Casación 162-2017-Ancash (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de julio de 2019, Casación 5802-2017-Huánuco (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 20 de octubre de 2015, Casación 10802-2014-Lima Sur (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 8 de julio de 2016,

Recurso de Casación 296-2016/La Libertad (Perú).

S.T.S., 1 de marzo de 1997 (No. 3135/1996) (Esp.).

S.T.S., 19 de julio de 1999 (No. 654/1999) (Esp.).

S.T.S., 11 de octubre de 2004 (No. 7938/1999) (Esp.).

S.T.S., 12 de diciembre de 2005 (No. 985/2005) (Esp.).

S.T.S., 12 de febrero de 2008 (No. 100/2008) (Esp.).

S.T.S., 18 de mayo de 2012 (No. 299/2012) (Esp.).

S.T.S., 4 de abril de 2013 (No. 1829/2013) (Esp.).

S.T.S., 19 de mayo de 2015 (No. 144/2015) (Esp.).

S.T.S., 1 de marzo de 2016 (No. 788/2016) (Esp.).

Orden EFP/1963, de 17 de junio, por la que se acuerda el cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Julían Granados Zamora contra orden de 7 de julio de 1961 (B.O.E., 1963, 15075) (Esp.).

10.18800/themis.202301.011

EL EFECTO DEL EMPLAZAMIENTO JUDICIAL AL POSEEDOR EN LA USUCAPIÓN

THE EFFECT OF THE COURT SUMMONS ON THE POSSESSOR IN THE USUCAPION

Héctor Enrique Lama More*
Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

The judicial summons promoted by the owner against the possessor ad usucapionem is, in comparative law, a case of interruption, which is called civil interruption. The author addresses this procedural act and its effects, in light of our patrimonial legal system and establishes that with this there is no interruption, neither of the term nor of the usucapion itself. To do this, he makes a brief historical analysis of usucapion and prescription, distinguishing one figure from the other; pointing out that with the first the property is acquired with a view solely to the owner, while with the second it also operates with a view to the owner, that is, verifying whether or not he was diligent. Also, the autor explains the reason why the comparative legislation that he cites regulates the suspension of prescription and civil interruption –which refer to the conduct of the owner–, those that are non-existent in our legal system.

Keywords: Usucapion; owner; holder; ownership and statute of limitations.

El emplazamiento judicial promovido por el propietario contra el poseedor ad usucapionem *es, en el derecho comparado, un supuesto de interrupción al que se le denomina interrupción civil. El autor aborda este acto procesal y sus efectos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico patrimonial y establece que con ello no se produce interrupción alguna, ni del término ni de la usucapión misma. Para ello, realiza un breve análisis histórico de la usucapión y la prescripción, distinguiendo una figura de la otra y, señalando que con la primera se adquiere la propiedad con vista solo al poseedor, mientras que con la segunda esta opera, además, con vista también al propietario, es decir, verificando si este fue o no diligente. Asimismo, el autor explica la razón por la cual en la legislación comparada que cita se regulan la suspensión del plazo prescriptorio y la interrupción civil –que están referidas a la conducta del propietario–, las que son inexistentes en nuestro ordenamiento jurídico.*

Palabras clave: Usucapión; propietario; poseedor; propiedad; plazo prescriptorio.

* Abogado. Magister con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la Academia de la Magistratura (AMAG) (Lima, Perú). Magistrado en la Corte Suprema de Justicia de la República. Contacto: h.enrrique.lama.pj@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de mayo de 2023, y aceptado por el mismo el 25 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La tendencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema, respecto del carácter pacífico de la posesión como uno de los requisitos para adquirir un bien por prescripción, entendió que este se cumple cuando se adquiere sin violencia alguna; señala que deja de ser pacífica cuando judicialmente se requiere su desocupación. Así, en el noveno fundamento de la Casación 2092-1999-Lambayeque, la Corte Suprema señaló:

> Que conforme a la mejor doctrina, posesión pacífica es aquella que se obtiene sin violencia alguna (nec vi), esto es que no es adquirida por las vías de hecho, acompañadas de violencias materiales, o amenazas de fuerza, y continúa de esa forma mientras no sea perturbada, en ellos hechos y en el derecho. En consecuencia, la posesión deja de ser pacífica, cuando judicialmente se requiere su desocupación (2000).

Tal criterio se extendió casi uniformemente durante la década del 90. También, durante la siguiente década se mantuvo tal línea jurisprudencial en forma mayoritaria; ello se puede apreciar en la jurisprudencia pronunciada en la Casación 766-2004-Lima, en cuyo quinto fundamento se precisa:

> Que la pacificidad, como presupuesto para acreditar la presente acción, significa que la posesión de quien pretende ser declarado propietario por prescripción debe transcurrir, sin generar ningún conflicto con los derechos de los demás; y que no se adquiera por la fuerza (2005).

Debe entenderse que se establecen dos supuestos: (i) conflictos jurídicos –surgidos de un proceso judicial–; y (ii) conflictos de hecho, a través del uso de la fuerza o violencia. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema en esta materia se mantienen, como lo muestra la Casación 3149-2016-Lima; en dicha ejecutoria se señala en el décimo sexto fundamento:

> El plazo de prescripción no se interrumpirá cuando exista citación judicial contra el poseedor; de lo que se razona en consecuencia que la posesión del emplazado seguirá teniendo la característica de posesión continua aun cuando el poseedor sea citado judicialmente con una demanda en la que un tercero o el propietario le requiera con la entrega del bien o someta ante el juez su derecho a poseer el bien (2018).

Frente a esta tendencia predominante de la jurisprudencia nacional se ubican posturas distintas, como la Casación 65-2006-Cajamarca. Dicha ejecutoria es comentada por Dante Vilches, quien señala que la existencia de procesos judiciales previos entre las partes o con terceros no afecta la posesión pacífica, resaltando que podrá ser causal de interrupción del plazo para prescribir. Asimismo, reconoce la existencia de jurisprudencia en contra de tal punto de vista, que considera criticable, pues los procesos serían la forma más pacífica de resolver conflictos (2007, pp. 107-113).

Este último argumento se sostiene en algunas casaciones recientes y comentarios de diversos profesores universitarios, en donde se afirma que aún cuando no exista regulada en nuestra norma civil la interrupción civil, este vacío debe ser cubierto. Solo puede entenderse que ello será posible trasladando a nuestro país la regulación prevista en la legislación y doctrina propia de otros países europeos y algunos de nuestro continente, que cuentan con un diseño normativo distinto.

No es gratuito, ni fue un descuido del legislador que nuestro Código Civil no haya previsto las figuras de la 'interrupción civil' y la de 'suspensión del plazo de prescripción' para los fines de adquirir la propiedad por usucapión; ni lo es tampoco que en su artículo 927 se haya establecido que la acción reivindicatoria "[n]o procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción (1984)". En materia de usucapión el legislador nacional tomó distancia de la legislación comparada, dejando de lado algunos de sus elementos.

Por ello, es bueno entender que subyacen en este debate diversos tópicos que es preciso abordar, para que todos los elementos que lo rodean estén presentes. El presente trabajo pretende abordarlos, como es lógico, dentro de una de dichas posiciones.

II. REFERENCIA PREVIAS NECESARIAS

A. La usucapión

La propiedad de un bien mueble o inmueble se puede adquirir: (i) en virtud de un contrato, es decir, por un acto de voluntad del transferente; o (ii) mediante la usucapión, esto es, sin contar con la voluntad del propietario, mediante la posesión del bien por el tiempo que determina la ley.

Conocida como prescripción adquisitiva de propiedad, la usucapión se mantiene en nuestro país como un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión continua, pacífica, pública y como propietario por el tiempo previsto en la ley.

Se trata de una institución jurídica de derecho privado que se remonta a la usucapión romana, de

antigua data. Diez-Picazo refiere que ya aparecían en las XII tablas, redactadas en el siglo V a.C.; los derechos de obligaciones y los derechos reales se ubicaron en las tablas VI y VII, respectivamente. Indica el citado jurista español que, en aquella época, a la usucapión le reconocieron dos funciones: consolidaba o hacía inatacables aquellas adquisiciones que se habían realizado con un *non domino* (apariencia de propiedad), además de aquellas recibidas de un verdadero propietario, pero realizadas a través de un acto no reconocido por el *ius civile*, es decir, insuficiente para transmitir propiedad (2008, p. 781).

B. La necesaria vigencia de este modo de adquirir la propiedad

Han transcurrido más de 2 500 años y se le reconoce aún su importancia, y se indica que "es de todas las instituciones del derecho civil la más necesaria al orden social" (Planiol & Ripert, 1946, p. 589).

Si bien existen –como sucede en nuestro medio– quienes la consideran como una injusta institución que afecta el derecho de propiedad de las personas; existen, por otro lado, posturas mayoritarias que la consideran válida desde el ángulo de los intereses sociales e individuales y que, como una expresión del interés general, se exige que los derechos se ejerzan en tiempo oportuno, en virtud de la seguridad, estabilidad y tranquilidad jurídica. Recordemos que nadie puede resucitar reminiscencias o antiguas pretensiones o antiguos títulos que pudieran haberse perdido en la memoria o sean de difícil probanza (Diez-Picazo, 2008, p. 788).

Bien dice Eugene Petit que en la figura de la usucapión el interés privado del propietario negligente debe ceder a consideraciones de orden público; importa, refiere, que la propiedad no permanezca largo tiempo incierta: la usucapión pone término a esta incertidumbre y no consagra, por otra parte, el derecho del poseedor de buena fe, sino después de la expiración de un término suficiente para que el propietario pueda buscar y recuperar la cosa que le ha sido arrebatada (1998, p. 266).

La seguridad y certeza se erigen en este escenario como el referente válido para inclinar la balanza en favor de la tendencia mayoritaria, pues, como bien lo ha señalado Recasens Siches, si bien la justicia representa el criterio axiológico que debe inspirar al derecho, este "no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y certeza en la vida social" (1978, p. 220); en este caso, la usucapión cubre esta urgencia.

Tales razones son también invocadas por el profesor sanmarquino Jorge Eugenio Castañeda, quien señala que "quien se abstiene de toda relación con la cosa, debe perderla" (1973). Agrega que el propietario contra quien se ha prescrito ha demostrado su negligencia y olvido, por lo que, en beneficio de la estabilidad y seguridad del orden jurídico nacional, pierde su derecho. Concluye afirmando que es en beneficio del interés social que la prescripción funciona (1973, p. 311).

La usucapión puede ser de utilidad también para eliminar incertidumbre jurídica respecto del derecho de quien invoca ser propietario de un predio por compra venta, pero que no logra inscribirlo en los Registros Públicos, en razón de que dicho contrato es dudoso o porque adolece de algún defecto que impide su inscripción. Según lo que establece cierta jurisprudencia suprema de nuestro país, no existe inconveniente legal para que, en tal caso, pueda demandar la prescripción adquisitiva de propiedad sustentada en el artículo 950 del Código Civil, pues de otra manera no podría obtener la inscripción (Casación 672-2001-Lima, 2001).

Muchas instituciones jurídicas surgidas antiguamente se han ido diluyendo en el tiempo; no obstante, la usucapión subsiste y es reconocida como válida y de mucha utilidad por la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. La certeza y seguridad jurídica, necesarias para la vida en común de los ciudadanos, permiten un mejor aprovechamiento de los bienes y su destino, e impiden que estos permanezcan congelados en el tiempo sin utilidad ni beneficio para las personas. El interés individual cede al interés de todos.

C. La usucapión y la prescripción como modo de adquirir la propiedad

Por otro lado, es preciso hacer un breve comentario respecto a la diferente denominación que se le da a la institución jurídica que es materia de este artículo; para ello, formulamos la siguiente pregunta: ¿se habla en sinonimia cuando hacemos referencia a la prescripción adquisitiva de propiedad y a la usucapión? La respuesta será clave para poder abordar el tema que constituye el título de este trabajo.

D. Previamente, necesaria distinción entre la prescripción extintiva y la adquisitiva

Sin embargo, resulta necesario que, previamente, establezcamos lo que tienen en común dichas instituciones jurídicas: (i) prescripción extintiva de la acción; y (ii) prescripción adquisitiva de propiedad. En principio, resulta evidente que estamos frente a figuras diferentes, que responden a distinta naturaleza jurídica y lo que tienen en común –y que

se advierte de ambas, es que aluden a la conducta negligente u omisiva del titular de un derecho, que no se ejerció diligentemente en tiempo oportuno. Sin embargo, los efectos de tal conducta son diferentes. En el primer caso, el efecto no da lugar a la extinción del derecho material, sino a la de un derecho de naturaleza procesal, es decir, al de accionar ante el órgano jurisdiccional, quedando subsistente el derecho sustantivo; mientras que, en el segundo supuesto, el efecto es la extinción del derecho material del que es titular, en este caso, del derecho de propiedad de un bien –mueble o inmueble–, el que pasa a ser propiedad de otro en virtud de una posesión –cualificada– ejercida durante un tiempo determinado.

Al hacer referencia, Planiol y Ripert, a las dos clases de prescripción, la adquisitiva (que permite adquirir propiedad) y la extintiva (que produce pérdida de derechos en general), refiere: "estas funciones antitéticas de la prescripción están lejos de regirse por reglas uniformes" (1946, p. 589).

Refiriéndose a ellas, durante la vigencia del Código Civil de 1936, Jorge Eugenio Castañeda señaló: "Una diferencia sustancial entre prescripción extintiva y prescripción adquisitiva, es que para la primera basta el tiempo y para la segunda es también necesaria la posesión, y no cualquier posesión, sino una posesión a título de dueño" (1973, p. 300). Agrega el maestro sanmarquino que, si bien el Código Civil de 1852 seguía una antigua doctrina que consideraba que ambas –la extintiva como la adquisitiva– constituían modalidades de una misma institución, el entonces nuevo Código Civil de 1936 se apartó de dicha dirección teórica (1973).

Tal ausencia de uniformidad se ha visto confirmada en la regulación normativa del actual Código Civil (1984), por ello, se encuentran ubicadas en libros distintos –la extintiva en el libro VIII y la adquisitiva en el libro V–; mientras que en la primera se extiende a los derechos en general, la segunda a los derechos reales en particular –propiedad, servidumbre y, en algunas legislaciones, usufructo–, ello en razón que responden a naturaleza distinta. Así, por ejemplo, en nuestra norma sustantiva la prescripción extintiva prevé la suspensión del plazo de prescripción; mientras que ello no existe en la adquisitiva de propiedad. También, los supuestos de interrupción del plazo en la extintiva son sustancialmente diferentes –dada su naturaleza– a la única regulada en nuestra norma civil respecto de la adquisitiva, que está vinculada al despojo de la posesión.

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento jurídico regula de manera diferenciada ambas figuras y en esto, como lo refiere Nerio Gonzales, nuestro Código Civil vigente sigue la doctrina dualista en el tratamiento de la prescripción, junto a otros códigos civiles modernos como el italiano, el alemán, el brasilero, entre otros, que regulan de manera separada o autónoma cada una de las prescripciones, lo que es una tendencia mayoritaria entre juristas y codificadores que han optado por el desdoblamiento legislativo de la prescripción en dos especies: (i) la extintiva o liberatoria; y (ii) la adquisitiva o usucapión (2007, p. 371).

Dada su naturaleza diferenciada, se puede afirmar, sin lugar a duda, que las reglas fijadas para una de ellas no aplican para la otra.

E. De nuevo, la prescripción y la usucapión

Ahora bien, respondiendo a la pregunta formulada líneas arriba, en el literal 'C' que antecede, diríamos que no estamos históricamente frente a una sinonimia. Si bien en la actualidad, en nuestro país y en la legislación comparada, se alude indistintamente a ellas para referirse a un modo de adquirir la propiedad u otros derechos reales por medio de la posesión; resulta positivo que indaguemos en sus orígenes para poder entender ahora este particular modo originario de adquirir la propiedad y conocer claramente la ubicación de sus elementos.

Notables diferencias se registran en las fuentes romanas entre la usucapión y la prescripción; mientras que a la primera se reconocía como un modo de adquirir la propiedad por la posesión, con la segunda se lograba detener la acción reivindicatoria del propietario contra el poseedor si tal acción se interponía fuera del plazo previsto para adquirir el bien por usucapión, lo que en su momento devino en una excepción.

Por ello, M. Ortolan, citando dichas diferencias, señala:

> La usucapión era un medio de adquirir el dominio (Capio uso, adquisición por uso, es decir, por la posesión); por consiguiente, al cabo del tiempo fijado, que era un año para muebles y dos para inmuebles, se hacía uno propietario, y tenía el derecho de vindicar la cosa de cualquier poseedor. La prescripción, por el contrario, no era un medio de adquirir, sino solo un medio de oponerse a la acción del propietario. Si este último vindicaba su cosa en el plazo determinado, era preciso restituírsela; pero si transcurría aquel plazo, se rechazaba la acción por prescripción (1884, pp. 416-417).

En la actualidad, el jurista español Diez-Picazo precisa las históricas diferencias y, citando a Bartolo, señala como trascendentes, y que se advierten hace ya muchos siglos, las siguientes:

Tabla 1: Diferencias entre la prescripción y la usucapión

La prescripción funciona "*odio negligentiae*"	La usucapión: "*favore possessiones*"
La prescripción funciona con vista a la inactividad del titular del derecho, de una omisión del titular.	La usucapión requiere de una conducta positiva del beneficiado, consistente en una continuada e ininterrumpida posesión de la cosa
La prescripción pertenece a la parte general	La usucapión pertenece a derechos reales

Fuente: Elaboración propia a partir de Diez-Picazo (2008, p. 784)

A la luz de estas históricas diferencias, podremos concluir que nuestro Código Civil ha regulado este modo de adquirir la propiedad bajo los cánones de la usucapión y no de los de la prescripción; se puede afirmar ello por lo siguiente:

a) Lo que tiene que probarse es la posesión –según los términos del artículo 950 del Código Civil– de quien adquirirá la propiedad; no tiene que probarse si el propietario fue o no negligente, pues puede incluirse el supuesto en el que, por ejemplo, una persona desconocía su condición de propietario de un predio, pues, habiéndolo adquirido por herencia, el causante no llegó a comunicar acerca de su adquisición;

b) No se ha regulado la suspensión del plazo de prescripción que aplicaría a favor el propietario que, por razones objetivas, ajenas a su voluntad, se vio impedido de realizar en determinado periodo de tiempo, actos posesorios en el predio de su propiedad. Caso de guerra, pandemia, terrorismo o amenaza de muerte, etcétera;

c) Tampoco se ha regulado la denominada 'interrupción civil', que se presenta cuando el propietario emplaza judicialmente al poseedor con miras a la restitución o recuperación del predio.

Como se puede apreciar, este particular modo de adquirir la propiedad no opera verificando la conducta omisiva o negligente del propietario; por el contrario, la mirada se centra en establecer si el poseedor cumplió o no con los requisitos previstos en la ley para adquirir la propiedad. Por lo que, en estricto, la regulación prevista para esta materia en nuestro Código Civil encuadra con precisión en la figura de la usucapión y más que en la de prescripción.

Ahora bien, centraremos nuestra atención a lo descrito en el literal c) que antecede.

III. POSESIÓN CONTINUA Y POSESIÓN PACÍFICA EN LA USUCAPIÓN

El artículo 950 del Código Civil, establece los requisitos que debe cumplir el poseedor para adquirir el bien por prescripción (léase usucapión); dos de ellos son: la de haber ejercido la posesión de manera continua y pacífica.

A. Posesión continua

1. La posesión continuada en el derecho comparado

Si bien la norma no precisa lo que debe entenderse por posesión continua, la doctrina y el derecho comparado han señalado que se trata de la posesión que se ejerce sin interrupciones.

Manuel Albaladejo refiere que se trata de una posesión ininterrumpida, lo que quiere decir que no ha cesado la posesión ni ninguno de sus caracteres; agrega que la cesación por cualquier causa de la posesión adecuada se denomina 'interrupción natural' –cita el artículo 1943 del Código Civil español–. Por otro lado, denomina 'interrupción civil' a la reclamación judicial del propietario, que no corta la posesión, pero si la usucapión. Señala este autor que, si bien el Código Civil español no prevé la suspensión de la prescripción adquisitiva, no obstante, debe considerarse ella, entendida como que no se pierde el plazo transcurrido y que se reinicia el cómputo del plazo terminada la causa de la suspensión (2004, p. 74).

Similares reglas se encuentran en el derecho civil italiano. Sobre este tema, Messineo señala que, para los efectos de la usucapión, la posesión debe ser continuada. Sin embargo, distingue entre la continuidad que debe ser 'hecho suyo', en cuyo caso no habrá continuidad si abandona la posesión, aunque sea temporalmente antes del plazo previsto para usucapir; y la interrupción, que debe entenderse a 'hecho del tercero', que puede ser 'natural' –hace referencia al artículo 1167 del Código Civil italiano– o civil. Refiriéndose a este último supuesto, el citado autor indica que se trata de una figura común al instituto de la prescripción y debe entenderse que se produce con la notificación judicial en el juicio de reivindicación, así como del reconocimiento del derecho del propietario por parte del poseedor (1954, p. 316).

Al igual que en el derecho civil español e italiano, en la legislación civil francesa se entiende

que la posesión deja de ser continuada cuando se produce la interrupción; y esta puede ser interrupción natural o civil. El primer supuesto, se presenta cuando el poseedor pierde la posesión, por abandono –voluntariamente– o por despojo –por acto de un tercero–; y en el segundo supuesto habrá interrupción civil –según artículo 2244 del Código Civil francés– cuando se produce citación con la demanda de reivindicación al poseedor o por reconocimiento voluntario expresada por el poseedor.

En el caso de la interrupción civil, Louis Josserand indica que, a diferencia de la natural, no supone desposesión material o pérdida de goce, pues, según el Código Civil francés, esta puede producirse bien por obra del propietario o del propio poseedor (1950). En el primer caso, se supone que el propietario hace valer sus derechos a la cosa y ejerce un procedimiento para tal efecto. Aclara el citado jurista que en la citación en justicia, en estricto, no se interrumpe definitivamente la prescripción, sino en tanto que su autor –demandante– obtenga éxito; de no ser así, se considera como no hecha. Por su parte, en la interrupción por obra del poseedor, ésta se produce cuando este reconoce los derechos del propietario (1950, pp. 184-185).

En la legislación civil de una parte del continente europeo, entre las que se encuentran las de los países citados líneas arriba, se regula la figura de la 'suspensión del plazo' de la prescripción adquisitiva o usucapión. El BGB alemán tiene en esta materia una regulación particular, que en asuntos inmobiliarios se denomina la usucapión según el registro, conocida como 'usucapi*ón tabular*' (Enneccerus et al, 1970, p. 313), del que no comentaremos en esta oportunidad.

Debe entenderse que la figura de suspensión del plazo opera en favor del propietario y no supone algún cambio en la posesión del bien. En este caso, el propietario se encuentra impedido o amenazado temporalmente por hechos o acontecimientos que le impiden ejercer sus derechos respecto del bien y, a diferencia de la figura de la interrupción, el plazo transcurrido se mantiene vigente y se reinicia el cómputo luego de que desaparece la causa. La suspensión del plazo se presenta por disposición legal y puede aplicar en favor de determinadas personas: para menores, incapaces, interdictos determinados, fuerza mayor, estado de guerra, entre otros.

2. Posesión continua en nuestra legislación civil

Como se conoce, según lo previsto en los artículos 950 y siguientes del Código Civil vigente, la verificación del cumplimiento de los requisitos para adquirir el bien por prescripción –léase usucapión– se efectúa solo con vistas a la conducta o actos realizados por el poseedor; no es parte del escenario o análisis la conducta, omisión o actuación del propietario, asunto que resulta irrelevante para estos fines.

Es por tal razón que el legislador peruano, a diferencia de lo previsto en la legislación comparada, en especial de la citada en el punto anterior, y para los fines de establecer si la posesión es o no continua, no ha previsto ni regulado la interrupción civil y en esta materia solo ha establecido la denominada interrupción natural, referida a la privación o despojo de la posesión del bien al usucapiente o al abandono de la posesión; ello es lo que se advierte de lo normado en el artículo 953 del Código Civil (1984).

En la lógica citada precedentemente, el legislador peruano tampoco ha incluido la denominada figura de 'suspensión del plazo', a efecto de establecer si el plazo continúa o no computándose frente a determinadas situaciones que afectarían al propietario y que impedirían el ejercicio de su derecho respecto del bien. Tampoco ha previsto que la misma figura regulada para la prescripción extintiva de la acción sea aplicable a la adquisitiva de propiedad.

Entonces, en nuestro país, la única forma en que la posesión *ad usucapionem* deje de ser continua se presenta cuando el poseedor es privado o despojado de la posesión del bien o cuando voluntariamente abandona la posesión del bien.

Por otro lado, que el poseedor reconozca y acepte los derechos que corresponden al propietario no da lugar a que la posesión se interrumpa o deje de ser continua, pues el efecto de tal acontecimiento es que no podría usucapir el bien por ausencia o incumplimiento de un requisito previsto en la ley, esto es, la de ejercer la posesión con *animus domini* o la de no reconocer en otro la propiedad.

3. La interrupción natural según nuestro Código Civil

En esta materia, la doctrina y el derecho comparado coinciden en reconocer que cesa la continuidad de la posesión cuando se produce despojo del bien al poseedor. Según nuestro Código Civil, hay interrupción del término (plazo) de la prescripción cuando el poseedor pierde la posesión o es privado de ella. Sin embargo, agrega algo importante, que cesa el efecto de la interrupción si recupera la posesión antes de un año o si por sentencia se le restituye (1984).

El efecto de la interrupción del plazo de la prescripción (usucapión) es, en principio, la pérdida del plazo transcurrido; es decir, si luego de la interrupción se recupera la posesión del bien, a diferencia de la figura de la suspensión, debe volverse a iniciar el cómputo plazo previsto para usucapir. Sin embargo, como se ha indicado, nuestra norma civil establece que el efecto de la interrupción cesa si se recupera la posesión dentro del año o si por sentencia se le restituye (1984).

Tendríamos entonces dos escenarios que podrían presentarse luego de la pérdida de la posesión: (i) que se recupere por mano propia o con ayuda de tercero la posesión dentro del año siguiente; o (ii) que por mandato del juez se le restituya. En el primer escenario, es suficiente que el poseedor extrajudicialmente recupere la posesión, lo que puede suceder por acción pacífica o por acción violenta. Si la posesión se recupera pacíficamente, el cómputo del plazo continúa, adicionando el plazo transcurrido previamente; por el contrario, si la recuperación es violenta, debería esperarse hasta que cese la violencia ello para estar habilitado a efecto de contar con el requisito de la posesión pacífica.

Para que se cumpla el otro supuesto, es decir, para que por sentencia se restituya la posesión, se requiere de la existencia previa de un proceso judicial. En el caso del despojo de la posesión, la acción que corresponde es la de interdicto de recobrar, es decir, una típica acción posesoria, que debe interponerse, precisamente, dentro del año de producido el despojo. Ahora bien, es posible que por la natural duración del proceso judicial indicado, que se tramita por la vía del proceso sumarísimo, este concluya pasado algunos años, transitando desde el juez especializado hasta la Corte Suprema. Por lo tanto, la restitución se producirá en ejecución de sentencia, al segundo o tercer año de producido el despojo, en el mejor de los casos. Resulta válido considerar que, si los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de interposición de la demanda, pues el juez ha restituido el derecho violado, no hay problema para considerar que, si la demanda se interpuso dentro del primer año luego del despojo, la restitución de la posesión en cumplimiento de la sentencia hace que cesen los efectos de la interrupción, aún cuando dicha restitución se hubiera producido fácticamente al segundo o tercer año.

¿Es suficiente que el despojado cuide que la demanda interdictal se interponga dentro del año de producido el despojo o es necesario que cuide además que la citación con la demanda se produzca dentro del año? Sobre este asunto existen diversas posturas. Por un lado, las que sostienen que el plazo establecido es para que el titular ejerza ante el órgano jurisdiccional la acción correspondiente, en este caso, interdicto de recobrar. Por otro lado, las que señalan que dicho plazo solo se interrumpe a través de la citación al demandado. Para los fines de la usucapión, rige lo previsto en el artículo 953 del Código Civil; es decir, la sentencia que le restituye la posesión al despojado deja sin efecto la interrupción del plazo para adquirir la propiedad y este continúa computándose. Debe entenderse que el poseedor ejerció el derecho de acción dentro del año y, en virtud de que la sentencia, se retrotrae a esa fecha –y con ello, por supuesto, a la fecha del despojo– y no a otra.

Asumir que dicha sentencia se retrotrae a la citación implica que su derecho no estaría sujeto a su actuar diligente, sino al actuar de otros ajenos al conflicto, como lo son el de los auxiliares jurisdiccionales que realizan los actos de notificación física o el de los que integran el propio órgano jurisdiccional. Por ende, la primera de las posturas resulta ser la más razonable y coherente con la figura jurídica materia de este trabajo.

Por otro lado, subsiste otra interrogante que corresponde ser analizada: ¿se debería considerar dentro del cómputo de plazo para adquirir por prescripción el transcurrido desde el despojo hasta la efectiva restitución de la posesión por el juez, incluida la duración del proceso judicial? Asumiendo la regla procesal citada líneas arriba, en el sentido que los efectos de la sentencia se retrotraen a la presentación de la demanda extendiéndose a la del despojo, resulta válido afirmar que en dicho cómputo debe incluirse el periodo de duración del proceso, como si el demandante hubiese estado en posesión efectiva del bien. Dicha conclusión resulta razonable, además, considerando que lo contrario supondría alentar la perversa actitud de terceros de producir reiterados despojos que den lugar a sucesivos procesos judiciales, con el objeto de impedir que se cumpla el plazo para usucapir. Por ello, no resulta aplicable a este supuesto especial la exigencia que solo debería computarse el plazo en el que se ejerció efectivamente la posesión del bien, pues el resultado del proceso judicial evidenció que el acto de despojo que se produjo contra el poseedor fue contrario a derecho, es decir, enmarcado en una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

4. ¿El emplazamiento judicial al poseedor interrumpe el plazo de prescripción?

Si una persona advierte que un bien de su propiedad se encuentra en posesión de otro y está *ad portas* de que este lo adquiera por usucapión, puede proteger su derecho de dos formas: (i) el

despojo de la posesión y detener el curso del plazo; o (ii) hacer uso de su derecho a la reivindicación o de la acción judicial para excluirlo de la posesión y reclamarla para sí. La primera de ellas no es recomendable, no solo por ser irregular y contrario a derecho, pues importa el ejercicio de justicia en mano propia, sino porque, además, habilitaría al poseedor, despojando la acción posesoria interdictal, y provocaría que el juez, eventualmente, devuelva la posesión al despojado.

Sin embargo, el propietario podrá hacer uso de su derecho a la acción reivindicatoria o de una pretensión restitutoria contra el poseedor,reclamando la posesión del bien y lograr, al final de proceso judicial, que le sea entregado el bien y con él la posesión, impidiendo con ello que el demandado adquiera el bien por usucapión; ello será posible, siempre que el emplazamiento con la demanda se hubiera producido antes que se cumpla el plazo para usucapir, pues, si la demanda se interpone cuando el plazo para adquirir la propiedad por usucapión se había cumplido, entonces la citación judicial se habrá entregado al nuevo dueño y la demanda será desestimada. Ello es posible dado que en este caso la propiedad se adquiere por el poseedor de pleno derecho, en virtud del solo cumplimiento de los requisitos previstos en la ley (Código Civil, art. 950, 1984), sin que se requiera para ello sentencia judicial declarativa de propiedad; así lo ha establecido reiterada y uniforme jurisprudencia nacional (Casación 2743-2011-La Libertad y Casación 1118-2013-San Martin). En todo caso, la sentencia que declara el derecho de propiedad será título para inscripción del derecho del usucapiente y cancelar el asiento en el que aparece el antiguo dueño, ello con relación al artículo 952 Código Civil (1984).

Pero, si la demanda se presenta antes del vencimiento del plazo para usucapir y la citación con la demanda se produce después de haber transcurrido el plazo prescriptorio, ¿cuál de dichos actos debería prevalecer? Creo que debería prevalecer el acto de presentación de la demanda, en virtud del cual el propietario del bien ejerce su derecho a la acción reivindicatoria o de restitución o entrega.

Sobre esta disyuntiva, siguiendo la lógica del diseño normativo de su país en esta materia, el jurista español Manuel Albaladejo ha sostenido, comentando la denominada interrupción civil regulada en el Código Civil de su país, que el accionante victorioso no puede ser perjudicado "por no otorgarse efectos interruptivos a su demanda desde que la interpuso si la causa de ello es la falta de solemnidades legales en la citación o en cualquier otro trámite no imputable a él, sino al órgano jurisdiccional" (2004, p. 172). Para dicho autor, cuando el Código Civil español señala que la 'interrupción civil' se produce por la citación judicial hecha al poseedor, debe entenderse que se produce por la presentación de la demanda, siempre que después sea admitida, pues es en el momento de dicha presentación –y luego, la admisión– cuando la litispendencia se produce (2004, pp. 172-173).

De lo dicho anteriormente se puede rescatar, para los fines del presente trabajo, la línea de pensamiento expuesta por el jurista español, en el sentido que debe prevalecer la fecha en que se interpone la demanda contra el poseedor con el objeto de que se le entregue o restituya el bien y no la de la citación con la demanda o emplazamiento judicial, siempre que la misma sea posteriormente admitida y que finalmente por sentencia se ordene la entrega del bien al demandante.

El inicio del proceso judicial por el propietario contra el poseedor, reclamando la entrega del bien, no altera el estado posesorio del demandado respecto del bien. En consecuencia, no se produce interrupción alguna del término prescriptorio, pues, si el demandante vence, nunca hubo prescripción adquisitiva o usucapión y, si es vencido, el plazo no se detuvo, por el contrario, continuó computándose, como si no hubiese existido demanda alguna.

Ha hecho bien el legislador peruano al no incluir en la regulación sobre este modo de adquirir la propiedad la acción del propietario, con el objeto de reivindicar su bien, como una causal de interrupción, pues esta acción no tiene por objeto interrumpir el plazo de prescripción adquisitiva y con ello cancelar el plazo transcurrido, sino únicamente el de recuperar la posesión de su cosa.

Como se ha indicado en la legislación civil de otros países, la interrupción civil –inexistente en nuestro Código Civil– es la expresión del actuar diligente del propietario al emplazar judicialmente al poseedor reclamándole la posesión del bien. En este caso, el reclamo del demandante queda sujeto al resultado del proceso; si vence y es amparada su pretensión, se le restituirá el bien. Lo que habría logrado el demandante es objetar el elemento pacífico de la posesión en la usucapión, pero, si es vencido y se desestima la demanda, no habría logrado detener el decurso de la usucapión, ni mucho menos interrumpir el plazo.

Comentando dicha figura regulada en el derecho civil francés, Planiol y Ripert se preguntan si en la interrupción civil hay realmente interrupción. Afirman que la interrupción inutiliza el tiempo transcurrido anteriormente, sin impedir que una nueva prescripción empiece a contarse inmediatamente y concluyen que la hipótesis de un poseedor que pierda el beneficio del tiempo transcurrido, mien-

tras que por otra parte empieza una nueva prescripción, es irrealizable cuando la interrupción resulta del ejercicio de la acción reivindicatoria por el propietario. Asimismo, agrega que en el ejercicio de esta acción por el propietario pueden presentarse dos escenarios: (i) si la acción prosigue hasta el fin y triunfa, el propietario recupera el bien y no podrá hablarse de usucapión en provecho del poseedor, ni en el pasado ni en el futuro; o (ii) si dicha acción se desestima, la prescripción se considera como nunca interrumpida. Entonces, nunca se dará la nueva prescripción iniciada después de su interrupción (1946, pp. 619-620).

De lo expuesto por lo juristas franceses en el párrafo precedente, se había ya percatado Eugene Petit al estudiar y analizar las fuentes romanas. Sobre este tema, señala:

> Pero la usucapión no está interrumpida cuando el verdadero propietario ejerce contra el poseedor la rei vindicatio, pues continua y puede terminarse durante el proceso.
>
> […] Si en este momento el demandante era aún propietario, debe triunfar, a pesar de la usucapión, cumplida más tarde. El demandado deberá, en efecto, por orden del juez, restituir la cosa al demandante, y además a obligarse a indemnizarle en razón de los derechos reales, que ha podido ceder válidamente a terceros (1998, p. 269).

Queda claro que en nuestro país y en el derecho comparado solo existe una forma de interrumpir el plazo o término para adquirir el bien por prescripción (léase usucapión), esta es la interrupción natural. La denominada interrupción civil, que se atribuye al emplazamiento judicial al poseedor, es útil al propietario solo para recuperar lícitamente la posesión de su cosa, mas no para interrumpir plazo alguno.

Entonces, ¿qué impacto tiene en nuestra legislación civil el acto de presentación de la demanda contra el poseedor o la citación con la misma al poseedor con la pretensión de que se le restituya o entregue la posesión al demandante/propietario? Veamos.

B. La posesión pacífica en la usucapión

No cabe duda alguna que la posesión violenta no puede dar lugar a la adquisición de la propiedad por usucapión; incluso, se puede afirmar, junto a doctrina uniformemente admitida, que la posesión adquirida con violencia no es verdadera posesión. Sin embargo, la posesión pacífica, como requisito para que se cumpla este modo de adquirir la propiedad, tiene diversos escenarios que deben ser objeto de análisis, por ejemplo, cuando se afirma que esta no solo se refiere a la ausencia de violencia, sino, además, a la ausencia de controversia jurídica en torno a la posesión del bien.

Con vistas al propietario, la acción reivindicatoria contra el poseedor constituye un acto de diligencia en la protección y ejercicio de su derecho. No obstante, con vista al poseedor, tal acción judicial constituye una limitación para que este pueda adquirir el bien por usucapión y tiene incidencia precisamente en la ausencia de pacificidad en la posesión.

El asunto no resulta tan sencillo como parece, en el sentido de asociar directa y únicamente la posesión no pacífica con violencia. Al abordar este tema, Diez-Picazo advierte que se ha planteado alguna dificultad en dilucidar qué se entiende por violencia a efecto de la posesión (2008); por ello, debe entenderse como el uso de la fuerza física en el sentido de fuerza irresistible. Sin embargo, se entra en duda cuando se pueda considerar violenta la posesión bajo amenaza o intimidación; estas dificultades subsisten al someter al análisis la posesión no violenta con la posesión no pacífica. El autor concluye señalando que es preciso separar como cosas distintas posesión violenta y posesión no violenta, y posesión pacífica y posesión no pacífica (2008). Resulta evidente que toda posesión violenta es no pacífica y toda posesión pacífica es no violenta; no obstante, afirma el citado jurista español, que: *"puede una posesión carecer del carácter pacífico sin que para ello medie necesariamente la violencia"* (2008).

Citando a Morales Moreno en el libro Posesión y Usucapión (1972), Diez Picazo señala que es pacífica aquella posesión adquirida con arreglo a derecho y sin lesionar otra posesión; vale decir, sin lesionar el derecho que todo poseedor tiene a ser respetado. Este derecho queda lesionado cuando tácticamente se invade una esfera posesoria, aunque no se empleen para ello medios violentos; agrega el citado autor que: "la posesión es no pacífica, desde el momento en que rompe la paz jurídica. Se trata de una situación antijurídica porque ha sido obtenida o lograda con incumplimiento de una obligación" (2008, p. 659). Concluye señalando que el carácter no pacífico que originalmente tuviera la posesión se subsana con la prescripción de las acciones ordenadas al restablecimiento del orden posesorio (Diez-Picazo, 2008); que en nuestro caso estarían referidos al plazo para hacer uso de las acciones interdictales.

Es claro que con la presentación de la demanda y el respectivo emplazamiento judicial promovido por el propietario contra el poseedor, con el obje-

to de que se le entregue o restituya la posesión, no se interrumpe plazo alguno, como se ha indicado de modo reiterado líneas arriba, sino se produce la ruptura temporal de la paz jurídica en torno a la posesión del bien, produciéndose en este caso una objeción al carácter pacífico de la posesión, el que solo será definido con el resultado del proceso. Si la demanda se presentó antes del vencimiento del plazo y se notificó después, esta debe ser atendida; en tal caso el juez ordenará la entrega o restitución del bien al demandante; entonces se restaura la paz jurídica en beneficio del propietario del bien. Si la demanda se presentó vencido el plazo previsto para adquirir la propiedad por usucapión, entonces esta deberá ser desestimada. En este caso, la paz jurídica se restaura a favor del poseedor en su condición de nuevo dueño; lo mismo sucederá si el plazo vence durante el proceso o después de él y la demanda fue desestimada por cualquier causa.

Como se puede apreciar, el efecto de la presentación de la demanda y el respectivo emplazamiento judicial al poseedor no alcanza al carácter continuo de la posesión que ejerce el demandado, pero sí alcanza la naturaleza pacífica de su ejercicio hasta la conclusión definitiva del proceso iniciado, momento en que se restaura la paz jurídica en torno a la posesión del bien.

Por ello, considero que no resulta válido el criterio de asociar la posesión pacífica a la simple ausencia de violencia, desconociendo otras aristas o elementos necesarios en el análisis, conforme se ha comentado líneas arriba. Una tendencia mayoritaria de nuestra jurisprudencia nacional se ha inclinado en establecer que el único medio para interrumpir el plazo prescriptorio es el previsto en el artículo 953 del Código Civil, al que la doctrina denomina 'interrupción natural' y que la interposición de la demanda y el respectivo emplazamiento judicial al poseedor afecta temporalmente –mientras dure el proceso judicial iniciado– el carácter pacífico de la posesión.

IV. CONCLUSIONES

– La usucapión es una forma originaria de adquirir la propiedad; solo hay que verificar que el poseedor haya cumplido con cada uno de los requisitos previstos en la ley, en el sentido que la posesión debe ser continua, pacífica, pública y como propietario, por el plazo previsto en la ley.

– En materia de prescripción –extintiva y adquisitiva–, nuestro legislador en materia civil ha optado por la teoría dualista y ha legislado de modo separado ambas figuras, ubicando la primera de ellas en la parte general de los derechos y a la segunda en la que corresponde a los derechos reales; y dada su diferenciada naturaleza jurídica, las reglas de una de ellas no resultarían aplicables a la otra.

– La denominación de este modo de adquirir la propiedad y otros derechos reales mediante la posesión (usucapión y prescripción adquisitiva), tienen históricamente raíces distintas, las que en la actualidad se usan como sinonimia. Sin embargo, es bueno distinguir sus raíces para poder entender la real ubicación de sus elementos. En la primera se verifica el cumplimiento de los requisitos para adquirir la propiedad, con vista solo al poseedor; mientras que la segunda verifica dicho cumplimiento, con vista también al propietario. Nuestro Código Civil, pese a que la figura reúne las características de la primera, optó por la segunda denominación.

– En nuestro Código Civil no se han incluido elementos propios de la prescripción, previstos en otras legislaciones y que tienen que ver con la conducta omisiva o activa del propietario, como la 'interrupción civil' y la 'suspensión del plazo de prescripción'. Además, como se aprecia del texto del artículo 950, evalúa los requisitos para adquirir la propiedad solo con vista al poseedor, sin incluir en ella la conducta del propietario.

– Con vista al propietario, en la legislación comparada se denominó como 'interrupción civil' al emplazamiento judicial contra el poseedor, promovido por el propietario con el objeto de que se le restituya o entregue el bien. Sin embargo, como se ha explicado, tal emplazamiento **no interrumpe plazo prescriptorio alguno**; dicha forma de 'interrupción' es extraña a nuestro ordenamiento jurídico y no se encuentra regulada en nuestro Código Civil; además como se ha dicho, este no afecta la continuidad de la posesión. Si vence el demandante, acreditando su condición de dueño por no haberse cumplido el plazo para que opere la usucapión al momento de la presentación de la demanda y la referida citación con ella, se le entregará o restituirá el bien; pero si este es vencido, el plazo prescriptorio habría transcurrido de modo continuo, como si no hubiese existido el referido proceso judicial.

– Con vista al poseedor, el efecto de la presentación de la demanda y del emplazamiento judicial correspondiente al poseedor no dará a entender que se hubiera producido

alguna interrupción al plazo prescriptorio, sino que se habría generado la ruptura de la paz jurídica en torno a la posesión del bien y origina que la **posesión quede objetada temporalmente como pacífica**. Este efecto cesa al concluir el citado proceso judicial, restaurándose así la paz jurídica. Si la demanda es estimada, el juez dispondrá la entrega o restitución del bien al propietario; si esta es desestimada, el plazo continuará devengándose en favor del poseedor sin que el proceso judicial hubiere producido efecto alguno.

REFERENCIAS

Albaladejo Garcia, M. (2004). *La usucapión*. Colegio de Registradores de la propiedad, Mercantiles y bienes muebles de España.

Castañeda, J. E. (1973). *Los derechos reales* (4ta ed., tomo I). Talleres Gráficos P. L. Villanueva.

Diez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico- reales, el registro de propiedad y la posesión* (5ta ed., Vol. III). Editorial Civitas.

Ennecerus, L., Kipp, T., & Wolff, M (1970). *Tratado de derecho civil* (Vol. I, 3era ed., tomo III). Bosch.

Gonzales Linares, N. (2007). *Derecho civil patrimonial*. *Derechos reales*. Palestra Editores.

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil, La Propiedad y los Otros Derechos Reales y Principales* (Vol. III, 3era ed., tomo I). Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cia.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (tomo III). Ediciones Jurídicas Europa.

Ortolan, M. (1884). *Explicación histórica de las Instituciones del emperador justiniano* (5ta ed., tomo I). Librería de Leocadio López.

Planiol, M. & Ripert, J. (1946). *Tratado practico de derecho civil francés* (tomo III). Los bienes, Cultural S.A.

Petit, E. (1998). *Tratado elemental de derecho romano* (14ava ed.). Editorial Porrua.

Recasens Siches, L. (1978). *Tratado general de filosofía del derecho* (6ta ed.). Editorial Porrua.

Vilches Livia, D. (2007). La posesión pacifica en la Prescripción adquisitiva de dominio. *JUS Jurisprudencia. Reseñas de Jurisprudencia Civil*, (6), 107-113.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984 (Perú).

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code] (Ger.).

Ley 10.406, Código Civil, Diario Oficial de la Unión [D.O.U.], 10 de enero de 2002 (Brasil).

Real Decreto 262, Código Civil, Gaceta Oficial [G.U.], 16 de marzo de 1942 (It.).

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil (B.O.E., 1889, 206) (Esp.).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 15 de octubre de 2013, Casación 2743-2011-La Libertad (Perú).

Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, 25 de abril de 2007, Casación 65-2006-Cajamarca (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 13 de enero de 2000, Casación 2092-1999-Lambayeque (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 05 de noviembre de 2001, Casación 672-2001-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 30 de septiembre de 2005, Casación 766-2006-Lima (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 30 de abril de 2014, Casación 1118-2013-San Martín (Perú).

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 12 de marzo de 2018, Casación 3149-2016-Lima (Perú).

10.18800/themis.202301.012

DUPLICIDAD DE PARTIDAS REGISTRALES PREDIALES EN LOS REGISTRO PÚBLICOS: ¿QUÉ SE PUEDE HACER FRENTE A ELLAS Y CUÁLES SON LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN?

DUPLICITY OF LAND REGISTRY ENTRIES: WHAT CAN BE DONE ABOUT THEM AND WHAT ARE THE MECHANISMS TO SOLVE THEM?

Angela Salazar López*
Hernández & Cía

This paper develops the legal figure of duplicity of registry entries in the Land Registry or also known as overlapping of properties. Duplicity of registry entries generates a problem whose solution may ultimately require a judicial process to solve the problem of duplicity of registry entries.

It is highly probable that the duplicity of registry entries limits the legal traffic of the properties and in most cases limits the transfer agreements of the properties by punishing the sale price, by agreeing obligations under the seller´s liability or termination clauses. Even the duplicity of registry entries may be decisive to decide not to go ahead with the transfer agreement.

That is why, in this article we will describe which are the solution mechanisms (private, administrative, or judicial) that the owner must eliminate the duplicity of registry entries.

Keywords: Duplication of registry entries; property; overlapping; better property rights; closure of registry entries.

El presente trabajo desarrolla la figura jurídica de la duplicidad de partidas registrales en el Registro de Predios o también conocida como superposición de predios. La duplicidad de partidas genera un problema cuya solución podría necesitar en última instancia iniciar un proceso judicial que solucione la problemática de la duplicidad de partidas.

Es altamente probable que la duplicidad de partidas limite el tráfico jurídico de los predios y, en la mayoría de los casos, limita los acuerdos de transferencia de las propiedades, castigando el precio de venta, pactando obligaciones bajo responsabilidad del vendedor o cláusulas resolutorias. Incluso la duplicidad de partidas puede ser determinante para decidir no seguir adelante con el acuerdo de transferencia.

Por ello, en el presente artículo, se desarrollará cuáles son los mecanismos de solución (privados, administrativos o judiciales) que tiene el propietario para eliminar la duplicidad de partidas registrales.

Palabras clave: Duplicidad de partidas registrales; propiedad; superposición; mejor derecho de propiedad; cierre de partidas registrales.

* Abogada. Cuenta con estudios de maestría en Derecho Registral y Notarial por la Universidad de San Martín de Porres. Asociada Senior en Hernández & Cía (Lima, Perú). Contacto: asalazar@ehernandez.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 25 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 15 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

El Registro de Predios brinda seguridad jurídica a los derechos que se inscriben en el mismo, pero dicho registro tiene deficiencias, dado que hace unos años no era exigible presentar documentos técnicos para inmatricular, independizar o acumular un predio[1]. Así, esa falta de documentación hace que los datos del predio (área, linderos y medidas perimétricas) no estén respaldados por los principios de publicidad registral y legitimación.

Lo antes señalado ha generado que pueda darse duplicidad de partidas registrales (totales o parciales). Es decir, que, para un mismo inmueble o parte de él, se ha abierto más de una partida registral[2].

En los últimos veinte años en Perú, existe un boom de construcción y adquisiciones de propiedades prediales que no solo abarcan viviendas residenciales, sino también propiedades del sector financiero, comercial, industrial e incluso rural. Lo antes señalado ha tenido como consecuencia: (i) el incremento de valor de precio de los terrenos (urbanos y rurales); y (ii) la necesidad de saneamiento de las propiedades (de manera posterior a la adquisición de las propiedades o una condición previa para la celebración del contrato de venta de dichas propiedades).

Cada vez es más común que, en los ámbitos privados y corporativos (personas naturales o personas jurídicas) y antes de la adquisición de los predios, se realice un *due diligence* de los mismos (revisando información registral, municipal, gráfica, etc.). En dichos reportes es donde se determina o verifica si los predios tienen o no superposición registral, parcial o total, con predios de terceros. Es común, sobre todo en el ámbito rural, que se reporte la duplicidad de partidas, total o parcial, con predios colindantes.

En el ámbito urbano no es tan frecuente la duplicidad de partidas, pero existen algunos casos[3]. A modo de ejemplo, se publicó en el diario 'El Comercio' un artículo sobre el distrito de Santiago de Surco en el cual se señala que la mayoría de los lotes en los cerros de Surco están superpuestos y que otras zonas de dicho distrito se encuentran en la misma situación (2012).

Cuando nos encontramos frente a una duplicidad de partidas, total o parcial, podremos resolver dicho problema: (i) a nivel registral, con un procedimiento de cierre de partida por duplicidad, que solo elimina la duplicidad a nivel registral, pero no resuelve el problema de fondo; (ii) a nivel judicial, iniciando un proceso judicial de mejor derecho de propiedad, prescripción o rectificación de áreas y linderos; o (iii) renunciando al área superpuesta.

En ese sentido, en el presente artículo desarrollaremos de manera general los principios registrales aplicables, el catastro y las bases gráficas, la figura de la duplicidad de partidas y cuáles son los mecanismos que actualmente existen y que se pueden utilizar para eliminar las duplicidades de partidas.

II. PRINCIPIOS REGISTRALES

La duplicidad de partidas afecta principalmente a tres principios registrales: (i) publicidad registral; (ii) especialidad; y (iii) legitimación.

A. Principio de publicidad registral

De acuerdo con el artículo I y II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, TUO del RGRP) existen dos tipos de publicidad registral: (i) material; y (ii) formal (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

Con relación a la publicidad material, de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del TUO del RGRP:

> El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

Igualmente, respecto a la publicidad formal, se regula en el artículo II del Título Preliminar lo siguiente:

---

1 El Decreto Supremo 002-89-JUS exigió la presentación de planos para la primera de dominio, subdivisión o acumulación de predios urbanos ubicados en zonas o regiones catastradas o en proceso de levantamiento catastral (1989). Asimismo, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución 540-2003-SUNARP-SN materializó está exigencia tanto para el ámbito urbano como rural (2005).

2 En el presente artículo, cuando hagamos referencia a un predio y la duplicidad generada con otro predio, no necesariamente estaremos haciendo referencia a unidades inmobiliarias independientes, sino al área superpuesta que podrá ser total o parcial.

3 Esta afirmación se basa en la experiencia laboral de la autora del presente artículo.

> El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral.
>
> El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

Es decir, la publicidad material otorga publicidad jurídica a todo lo inscrito en los Registros Públicos, en tanto se presume que todo lo inscrito es conocido por la sociedad y que la información que conste en los Registros Públicos será oponible a terceros. Por su parte, la publicidad formal garantiza de que todas las personas podrán acceder a la información inscrita en los Registros Públicos.

En ese sentido, la importancia de la publicidad registral formal radica en otorgar fe pública a los documentos que se archivan en el registro y poder expedir copias literales de dichos documentos, ya que eso garantiza que todas las personas accedan al contenido de los actos jurídicos que se publicitan. La afectación de este principio por la duplicidad de partidas se debe a que, al existir duplicidad de partidas, se publicitará información diferente e incluso contradictoria en dos o más partidas que se refieren a un mismo predio o a una parte de estos.

B. Principio de Especialidad[4]

De acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar del TUO del RGRP:

> Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno. En el caso del Registro de Personas Naturales, en cada Registro que lo integra, se abrirá una sola partida por cada persona natural en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles.
>
> Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN)[5].

Es decir, por cada predio debe existir una partida única e independiente. En dicha partida se extenderán los actos o derechos inscribibles que recaigan sobre el predio[6]. Lo antes señalado se reguló con el fin de evitar que puedan existir duplicidad de partidas.

Respecto al principio de especialidad, el Tribunal Registral señala que:

> En mérito al Principio Registral de Especialidad para cada inmueble se debe aperturar una partida registral, para cada persona jurídica se debe aperturar una partida registral y para cada persona en cada Registro que integra el Registro de Personas Naturales se debe aperturar una partida registral, y los asientos registrales relacionados al mismo inmueble, persona jurídica o persona natural deben ser redactados solamente en dicha partida registral (Resolución 1264-2021-SUNARP-TR).

Gómez señala que dicho principio tiene una triple manifestación: (i) la unidad real de la finca; (ii) la identificación del titular registral; y (iii) la especificación del derecho inscrito (1995).

Por su parte, Macedo Guerra señala que el principio de especialidad es un principio requerido en la calificación registral, siendo de primordial atención la identificación del bien objeto que comprende la rogatoria y que está íntimamente relacionado con el folio real usado por la mayoría de los sistemas registrales, puesto que, mientras el titular cambia, el predio suele permanecer siempre, aunque sujeto a una modificación física en su aspecto cuantitativo o cualitativo (2019).

De acuerdo con la Resolución 613-2021-SUNARP-TR-L:

> El principio de especialidad está muy ligado a la publicidad registral, su aplicación permite no perdernos en un banco de datos, sino dirigirnos directamente hacia aquello que se necesita. En virtud de dicho principio, sabré cuál es la técnica de inscripción, a qué oficina dirigirme, a qué registro, a qué partida registral, cómo se extiende la información de los datos inscribibles en esta partida registral y qué datos relevantes constarán en el asiento, la determinación de los actos inscribibles y anotables, los efectos de las inscripciones en determinado registro, la especificación del título inscribible, los alcances del acto o hecho inscrito en cuanto a

[4] A dicho principio también se le conoce como principio de determinación o especificación.

[5] Este principio también se regula en el artículo 2017-A del Código Civil Peruano (1984).

[6] Este principio se encuentra relacionado con los sistemas registrales de folio real y folio personal.

> forma y fondo y la determinación de los actos que interesan en cada registro en particular [...] (2021).

En ese sentido, el fin del principio de especialidad es lograr la individualización de los derechos a inscribirse. Por ello, como hemos señalado, la técnica registral es la del folio real y personal, lo cual implica que, por cada bien o persona, se apertura una única partida registral.

Además, dicho principio proporciona la identificación de la finca registral, la constancia de la naturaleza y características que permitan su especificación, como objeto sobre el que recaen los derechos o situaciones con eficacia real.

De igual manera, define el contenido del derecho, su alcance y el del titular de este, amparados por el sistema registral. Asimismo, la aplicación de este principio supone la determinación del acto o título correspondiente que permite la constitución, modificación, transmisión o extinción del derecho real y que motiva el asiento registral.

En ese sentido, la duplicidad de partidas va en contra del principio de especialidad, ya que existirá más de una partida para un mismo predio.

C. Principio de legitimación

De acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del TUO del RGRP:

> Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare su invalidez por la vía judicial o arbitral (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-TN).

Roca Sastre define la legitimación como aquella apariencia de verdad surgida de un elemento que atribuye una situación especial de competencia o de actuación de una persona en relación con una cosa o derecho, con la materia objeto de un acto o negocio jurídico y cuya posición o situación provoca la confianza a la generalidad de personas (1954).

Es decir, se debe entender por principio de legitimación a la apariencia de verdad de los asientos registrales (presunción de certeza y exactitud) y que está concuerda con la realidad extra registral, al menos que algo determine lo opuesto. Por tanto, debemos presumir que las inscripciones y su contenido gozan de exactitud y validez, salvo prueba en contrario.

Se debe señalar que, al existir duplicidad de partidas, no se puede presumir que los asientos de las partidas superpuestas sean ciertos, pues existirá más de una partida para un mismo predio y dichas partidas tendrán información contradictoria. En ese sentido, la duplicidad de partidas vulnera el principio de legitimación.

III. EL CATASTRO DE PREDIOS

El catastro es base, herramienta y documento de información para los ciudadanos y la administración pública; está orientado a validar o defender la propiedad. Además, es fundamental para el planeamiento territorial del país.

El catastro se encuentra orientado a brindar características especiales de la propiedad. Va más allá de un aspecto físico, económico y jurídico, puesto que busca brindar una perspectiva global.

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 14 de la Ley 28294, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, el catastro de predios:

> Es el inventario físico de los predios orientado a un uso multipropósito, y se encuentra constituido por la suma de predios contiguos que conforman el territorio de la República, a los cuales se les asigna un Código Único Catastral con referencia al titular o titulares del derecho de propiedad del predio (2004).

Actualmente, para solicitar cualquier inscripción de un predio en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, Sunarp), se necesita contar con información catastral. Sin embargo, en Perú, la inmatriculación predial y planificación urbana nacieron sin base, desarrollo catastral y, por muchos años, la información registral se ha basado en la descripción de la ubicación de los predios de forma literal y no gráfica.

Lo antes señalado generó problemas relacionados con la información catastral de los predios ya inscritos, tales como superposiciones y duplicidad de partidas. Dichos problemas han intentado ser solucionados por los gobiernos de turno con la creación de entidades generadoras de catastro y, posteriormente, su unificación con la Ley 28294. Sin embargo, después de casi veinte años de la promulgación de dicha norma, no tenemos al Perú catastrado al 100% (al año 2017, solo el 55.2% de las municipalidades provinciales y distritales ha realizado alguna vez un levantamiento catastral y solo el 20.2% actualizó su catastro) y los problemas referentes al catastro aún no han sido solucionados (El Comercio, 2019).

Debemos señalar que "[…] nuestro sistema registral de predios tiene debilidades generadas principalmente por la carencia de un catastro, que impide de manera efectiva correlacionar la realidad objetiva con la realidad jurídico-registral […]" (Resolución 089-2004-SUNARP-TR-T). Asimismo, el catastro se centra en la ubicación y descripción física del predio y el Registro de Predios se centra en el sujeto titular de dicho predio y los derechos que ejerce sobre el mismo.

Sin embargo, a causa de (i) la ausencia de soporte catastral por los entes generadores de catastro para SUNARP; (ii) la falta de unificación del catastro a nivel nacional; y (iii) que todos los predios no tenían información técnica que les permitía ubicar de manera exacta a los mismos, se generó la doble inmatriculación o superposición entre los predios inscritos.

Es importante señalar que las primeras inscripciones de predios datan de aproximadamente 1889 y que dichas inmatriculaciones carecen de planos geo-referenciados. Asimismo, que un predio independizado recientemente puede tener como antecedente una partida antigua sin plano o que, contando con el mismo, no tienen datos exactos de la ubicación del predio, continuando a la fecha con indeterminación catastral.

En esta línea, Ortiz Pasco señala que el catastro en el Perú se encuentra en desarrollo y aún existen zonas territoriales que no han sido catastradas. Empero, si bien tenemos la existencia de varios catastros, estos no se encuentran relacionados entre sí, no comparten la misma información gráfica y no hay coordinación entre las instituciones generadoras del catastro. En consecuencia, al no existir un catastro integrado, los existentes no tienen las características e información suficiente que requiere los Registros Públicos (2012).

Por su parte, Guimet Pereña señala que tener un buen catastro es de gran importancia para cualquier país, ya que sirve como instrumento necesario y útil para las administraciones públicas y para la sociedad. Es una fuente de información de las propiedades, en relación con las características, titularidad, uso, valor y, además, completa el marco de seguridad necesario para el tráfico jurídico de los bienes inmuebles y desarrollo económico de los países (2003).

Dicho esto, la importancia del catastro radica en un aspecto global de la propiedad, ya que va más allá del aspecto físico, económico, jurídico y fiscal, pues implica una visión extensa que contribuye al desarrollo integral de la propiedad. El catastro refleja la realidad extra registral de los predios, en todos sus aspectos.

El catastro también es un instrumento valioso a disposición del Estado. Este erige como una solución a los problemas de conflictos de propiedad, puesto que constituye un sistema de información geográfica que refleja la realidad física de las propiedades. En el tráfico inmobiliario el catastro es importante para la seguridad jurídica en las transacciones de los predios.

El catastro influye en la duplicidad de partidas en el Registro de Predios, teniendo así que un desarrollo adecuado del catastro conllevará a la disminución de los casos de duplicidad de partidas. Disponer de un buen catastro resulta necesario por ser un instrumento de gran utilidad y aporte para el Derecho Registral.

IV. LA DUPLICIDAD DE PARTIDAS

De acuerdo con el artículo 56 del TUO del RGRP:

> Existe duplicidad de partidas cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien mueble o inmueble, la misma persona jurídica o natural, o para el mismo elemento que determine la apertura de una partida registral conforme al tercer párrafo del Artículo IV del Título Preliminar de este Reglamento.
>
> Se considera también como duplicidad de partidas la existencia de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

El numeral 1 del artículo 5.1. de los Lineamientos Para el Procedimiento de Cierre de Partidas por Duplicidad en el Registro de Predios establece lo siguiente:

> Duplicidad de partidas: Es la existencia de más de una partida registral para el mismo predio. Se considera también como duplicidad de partidas la existencia de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP-DTR, 2022).

Es importante señalar que la duplicidad de partidas es un problema registral, a novel de la base gráfica, ya que en la realidad no existe un predio superpuesto a otro.

A continuación, un gráfico de un Certificado de Búsqueda Catastral que muestra varias superposiciones:

Gráfico 1: Certificado de Búsqueda Catastral que pone en evidencia diversas superposiciones

Fuente: Certificado de Búsqueda Catastral emitido para la Publicidad 2022-6676047 (2022).

En el gráfico presentado, el área materia de consulta (Partida Registral 12016628) se superponía totalmente a una partida (Partida Registral 04002051) y parcialmente a dos partidas (Partidas Registrales 11111255 y 11111254).

Evidenciado estos elementos, la duplicidad predial puede ser de dos tipos: (i) parcial, cuando solo hay una superposición parcial de predios; y (ii) total, cuando el 100% de un predio se encuentra superpuesto con otro predio.

Al respecto, Clemente Meoro señala que:

> La duplicidad de partidas es aquel fenómeno en el que concurren dos o más partidas registrales para un mismo bien, este genera perjuicios a los titulares propietarios y los terceros de buena fe que celebran actos de disposición sobre el bien (2007).

A su vez, Gonzáles Barrón señala que:

> La inmatriculación o duplicidad de partidas registrales de una finca en el registro genera inevitable e innecesariamente un riesgo de lesión de otras titularidades jurídicas. El primer riesgo, es que un non dominio (persona ajena a una cosa) acceda a convertirse en titular registral, es decir, adquiere y ejerce todos los derechos de una propiedad, en desmedro y perjuicio del propietario real extraregistral. El segundo riesgo, consiste en hacer daño a otras titularidades registrales inscritas con anterioridad o posterioridad (es el caso de las superposiciones), provocando de esta manera una doble inmatriculación, ya sea total o parcial, referida a una o varias unidades registrales. Este último problema tan frecuente se concreta en la realidad. La doctrina ha evaluado y se ha pronunciado respecto a los problemas que genera la inexactitud o ambigüedad de los datos físicos de la finca. Frente a ello, la solución propuesta es coordinar eficientemente el Registro (titularidades jurídicas) con el Catastro (datos físicos) (2012).

Por su parte, Díez-Picazo define la doble inmatriculación como el hecho que una misma finca se encuentre inmatriculada en dos folios diferentes e independientes uno de otro. En este sentido, existe doble inmatriculación cuando las dos fincas son absolutamente idénticas entre sí, aunque sus respectivas descripciones (linderos, etc.) estén hechas de una manera distinta. No obstante, también habrá doble inmatriculación si una de las fincas coincide sólo parcialmente o se encuentra superpuesta respecto a otra (1983).

La duplicidad de partidas puede ser de tres tipos:

a. Partidas compatibles:

De acuerdo con los Lineamientos Para el Procedimiento de Cierre de Partidas por Duplicidad en el Registro de Predios:

> Son partidas cuyos asientos guardan correspondencia entre sí, aunque los titulares registrales sean distintos. Existe compatibilidad cuando hay continuidad o tracto sucesivo entre las partidas y es posible el traslado de uno o más asientos de la partida menos antigua a la partida más antigua (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR, art. 5.1, numeral 2).

b. Partidas idénticas:

De acuerdo con los Lineamientos Para el Procedimiento de Cierre de Partidas por Duplicidad en el Registro de Predios, "son partidas cuyos asientos de inscripción están referidos a los mismos actos, pudiendo haberse inscrito en mérito al mismo o distinto título" (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR, art. 5.1, numeral 3).

c. Partidas incompatibles

De acuerdo con los Lineamientos Para el Procedimiento de Cierre de Partidas por Du-

> plicidad en el Registro de Predios, "son partidas cuyos titulares registrales son distintos y cuyos asientos de inscripción se excluyen entre sí" (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR, art. 5.1, numeral 4).

Sin embargo, cabe preguntarnos ¿cómo se generaron las duplicidades? De acuerdo con Mejorada Chauca, las mismas ocurren bajo el siguiente escenario:

> Producto de las carencias técnicas de nuestros Registros Públicos en el pasado se inscribieron inmuebles sin identificación precisa, sin planos de ubicación y sustentados en títulos poco fiables. Esto dio lugar a que eventualmente se abrieran varias partidas sobre un mismo predio y que sus titulares, ignorantes de la duplicidad, realizan negocios sobre cada bien, inscribiendo sus operaciones sin saber que al mismo tiempo personas distintas hacían lo propio en otra u otras partidas. Cada partida duplicada da cuenta de propietarios distintos y supuestos titulares de derechos desmembrados o afectaciones [...], todos los cuales pretenden exclusividad. La revelación de esta irregularidad normalmente se produce mucho tiempo después de la primera inscripción, con la ayuda de técnicas de ubicación más sofisticadas e instrumentos que solo en los últimos años han estado al alcance de los Registros Públicos. Con los nuevos procedimientos se logra interpretar los títulos y colindancia de los bienes inscritos descubriendo las superposiciones. Ante el desconcierto de los titulares registrales el Registro de Propiedad informa que hay más de una partida sobre el mismo predio (2014, p. 98).

En ese sentido, una de las casusas principales de la duplicidad es la inscripción de predios sin planos y la ausencia de un sistema integral de catastro.

Debemos señalar que, en Perú, además del crecimiento desordenado de las ciudades y de la falta de un catastro unificado (hasta la actualidad), los predios se registraban sin planos o, existiendo planos en los títulos archivados, estos tenían información referencial de las medidas perimétricas y/o linderos.

Actualmente, estos problemas no se dan en el Registro de Predios, ya que, para inmatricular, independizar, subdividir, acumular o modificar un predio, se debe presentar información técnica basada en el sistema de coordenadas universal transversal de Mercator. Es decir, los predios ahora tienen georeferenciación. Sin embargo, la duplicidad de partidas que pudiese existir entre los predios que no se inscribieron utilizando dicha información técnica aún subsiste y deberá ir eliminándose poco a poco por la Sunarp o por terceros.

Es importante señalar que la duplicidad de partidas no anula el derecho de inscribir actos en las partidas parcial o totalmente superpuestas. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la Sunarp (en adelante, RIRP) reguló algunos artículos en ese sentido y, también, el Tribunal Registral se pronunció de manera unánime indicándolo.

Dicho esto, el artículo 59 del RIRP señala:

> […] Cuando el Área de Catastro, debido a la ausencia de datos técnicos suficientes en los antecedentes registrales, señale que se encuentre imposibilitada de determinar, en forma indubitable, si el área cuya independización se solicita se encuentra comprendida dentro de alguna de las independizaciones anteriormente efectuadas o si aún se encuentra dentro de la partida matriz, ello no impedirá la inscripción de la independización rogada, siempre que el título contenga los requisitos señalados en el primer párrafo que antecede. En este caso, el Registrador independizará el área solicitada de la partida matriz, sin necesidad de requerir plano del área remanente, siempre que la independización efectuada no exceda el área de la partida matriz de la cual se independiza […] (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

Además, el artículo 62 del RIRP señala:

> Artículo 62.- Finalidad y efectos de las anotaciones de duplicidad y de cierre de partidas.
> En tanto no se efectúe el cierre respectivo, no existe impedimento para la inscripción de actos referidos a las partidas duplicadas; sin perjuicio que el eventual cierre de partidas que se realice afectará a todos los asientos registrales de la partida de menor antigüedad […] (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN).

Por su parte, la Resolución 3998-2022-SUNARP-TR señala lo siguiente:

> SUPERPOSICIÓN PREEXISTENTE
> La superposición advertida por el Área Técnica no debe constituir obstáculo para la inscripción cuando ésta es preexistente al acto que se solicita inscribir (2022).

Con relación a lo anterior, la Resolución 3069-2021-SUNARP-TR señala lo siguiente respecto a un caso de superposición preexistente:

> Vale tener en cuenta que del artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (RIRP) se desprende que la Oficina de Catastro tiene como función verificar los datos técnicos del plano presentado, de conformidad con la normativa vigente sobre la materia, emitiendo un informe referido a aspectos estrictamente técnicos donde se determine la existencia o no de superposición de partidas, así como otros aspectos relevantes, si los hubiere. Dicho informe se realiza únicamente sobre la base de la información gráfica con la que cuente el área de catastro, bajo responsabilidad. Se agrega que este informe de la Oficina de Catastro es vinculante para el registrador (2021).

En esa misma línea, la Resolución 3499-2022-SUNARP-TR sostiene que:

> Así, cuando se trata de una superposición preexistente, el acto que se solicita inscribir no es el que genera la superposición, pues ésta ya existe con anterioridad y por consiguiente no constituiría obstáculo para la inscripción, pues ello obedece a causas del mismo Registro. Por el contrario, si la superposición es generada por el título que se solicita inscribir, sí constituiría razón suficiente para impedir el ingreso del título al Registro, pues de hacerlo contravendría el principio de especialidad o folio real, consagrados en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y artículo 4 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (2022).

Por último, la Resolución 1644-2022-SUNARP-TR estableció:

> IMPOSIBILIDAD DE QUE EL ÁREA DE CATASTRO EMITA UN PRONUNCIAMIENTO CERTERO NO ES OBSTÁCULO PARA LA INSCRIPCIÓN
> No impide la independización de un predio que el Área de Catastro informe que está imposibilitada de determinar de forma indubitable si existe superposición preexistente (2022).

Los artículos 59 y 62 del RIRP y las resoluciones del Tribunal Registral señaladas nos dejan dos cosas claras: (i) mientras no se cierre la partida, no existe impedimento para que en las partidas duplicadas se inscriban actos; y (ii) si el área técnica advierte superposición y esta es preexistente o si existe imposibilidad de emitir un pronunciamiento certero sobre si la superposición es preexistente, no existe problema para inscribir el acto respectivo (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN)[7].

V. ¿CUÁLES SON LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LA DUPLICIDAD DE PARTIDAS?

A. Cierre de Partida

El procedimiento de cierre de partidas, establecido en los Lineamientos Para el Procedimiento de Cierre de Partidas por Duplicidad en el Registro de Predios, se crea para eliminar la existencia de duplicidad de partidas para un mismo predio.

Lo que dicha norma señala es que la solución registral consiste en darle prevalencia a la partida más antigua a través del cierre de la más reciente. Sin embargo, ello no impide que el tema sea debatido en el Poder Judicial, en donde deberá adoptarse una decisión de fondo respecto de quién es el verdadero propietario del área superpuesta, independientemente de la fecha de la inmatriculación (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP-DTR). Por ende, además de determinar la antigüedad de las partidas, también se realiza una evaluación jurídica respecto de cuál será el mecanismo corrector que aplica a la duplicidad.

Para el caso de la duplicidad de partidas idénticas se dispondrá el cierre de la partida menos antigua y la extensión de una anotación en la más antigua, dejando constancia que contiene los mismos asientos de la partida que ha sido cerrada, con la indicación de su número (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, art. 58).

Respecto al caso de la duplicidad de partidas con inscripciones compatibles se dispondrá el cierre de la partida menos antigua y el traslado de las inscripciones que no fueron extendidas en la partida de mayor antigüedad (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, art. 59).

En cuanto al caso de la duplicidad de partidas con inscripciones incompatibles, el artículo 60 del TUO del RGRP señala lo siguiente:

> Cuando las partidas registrales duplicadas contengan inscripciones o anotaciones incompatibles, la Gerencia Registral correspondiente dispondrá el inicio del trámite de cierre de partidas

[7] Estos pronunciamientos se dan para los actos de Inmatriculación, independización, subdivisión, rectificación de áreas y linderos, etc.

> y ordenará se publicite la duplicidad existente, mediante anotaciones en ambas partidas.
>
> Transcurridos 60 días desde la última publicación […] **la Gerencia dispondrá el cierre de la partida registral menos antigua**, salvo que dentro del plazo indicado se formule oposición; en cuyo caso, dará por concluido el procedimiento administrativo de cierre de partidas, ordenando que se deje constancia de tal circunstancia en las partidas duplicadas. **En este último caso, queda expedito el derecho de los interesados para demandar ante el órgano jurisdiccional correspondiente la declaración de cierre, cancelación, invalidez o cualquier otra pretensión destinada a rectificar la duplicidad existente** (2012) [el *énfasis* es nuestro].

Es importante señalar que la evaluación jurídica también verifica que el caso concreto se encuentre incurso (o no) en los supuestos descritos en el numeral 5.5 de la Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR (2022), ya que, de estar inmersa en dichos supuestos, se deberá proceder de la siguiente forma[8]:

a. Supuesto de la tercera disposición complementaria de la Ley 27333:

> Cuando se determine duplicidad entre partidas correspondientes a predios rústicos declarados en abandono e incorporados al dominio del Estado (de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria o Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario y demás disposiciones conexas o complementarias) y partidas registrales de predios adjudicados en su oportunidad por el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, la Unidad Registral (en adelante, UREG) se abstiene de iniciar el procedimiento de cierre de partidas por duplicidad previsto en el artículo 60 del TUO del RGRP, sin perjuicio de extender anotaciones que publiciten tal circunstancia en las partidas involucradas (2000).

b. Actuaciones en caso se presente el supuesto previsto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1202:

> Cuando se determine duplicidad entre partidas cuya titularidad corresponda al Estado o a cualquier entidad pública y la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales o entidad titular de una de las partidas involucradas haya solicitado el cierre, la UREG remite una carta al solicitante explicándole que su solicitud, invocando la aplicación del artículo 6 del Decreto Legislativo 1202, debe ser dirigida al registrador y presentada por el diario de la oficina registral competente, a fin de que el registrador proceda al cierre y cancelación de la partida menos antigua (2015).

c. Partida menos antigua creada en el marco del procedimiento de prescripción adquisitiva administrativa previsto en el Decreto Legislativo 667[9]:

> Si la duplicidad se generó por la nueva inmatriculación de un predio rural inscrito a favor del usucapiente, en el marco del procedimiento de prescripción adquisitiva regulado en el Decreto Legislativo 667, Ley de Registro de Predios Rurales, la UREG emite resolución declarando improcedente el inicio del procedimiento de cierre de partida por duplicidad y dispone que el registrador, siempre que no se perjudique derechos de terceros, proceda a correlacionar las partidas involucradas, trasladando los asientos de la partida más reciente a la más antigua o extendiendo en esta última la anotación de independización deduciendo de la partida matriz el área usucapida (1991).
>
> Supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 63 del TUO del RGRP o casos análogos:
>
> > En caso la UREG determine que la duplicidad ha sido generada como consecuencia de independizaciones en las que se haya omitido extender la anotación de independización y el asiento de modificación de área en la partida matriz, y los asientos de las partidas involucradas sean compatibles, emite resolución disponiendo que el registrador extienda los asientos omitidos en vía de regularización, precisando en su caso, el área, linderos y medidas perimétricas a la que queda reducida el área mayor como consecuencia de la desmembración objeto de regularización (Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN).

[8] Véase los artículos 5.1 y 6.1 al 6.6 de la Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR (2022).

[9] Decreto Legislativo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales (2021).

d. Actuaciones en caso se presente el supuesto de la segunda disposición transitoria del RIRP:

> Cuando la UREG determine que la duplicidad ha sido generada por la existencia de inscripciones efectuadas erróneamente en el ex Registro de Propiedad Inmueble (RPI), en partidas relativas a predios que en su oportunidad pasaron a la competencia del ex Registro Predial Urbano (RPU), procederá:
>
> a) En caso las partidas sean compatibles, al traslado de los asientos involucrados a la partida proveniente del ex Registro Predial Urbano (RPU) y extender el asiento de cierre en la partida proveniente del ex Registro de Propiedad Inmueble (RPI).
>
> b) En caso las partidas sean incompatibles, emite resolución disponiendo el inicio del procedimiento de cierre de partidas por duplicidad conforme al procedimiento previsto en el artículo 60 del TUO del RGRP, precisando que la partida a ser cerrada será la proveniente del ex RPI (partida más antigua) (Resolución 097-2013-SUNARP-SN).

Es importante señalar que la solución registral no anula el derecho de las personas a que la duplicidad sea solucionada en el Poder Judicial, incluso habiendo culminado el procedimiento administrativo con un cierre de partida. En ese sentido, no soluciona el verdadero problema.

B. Mejor derecho de propiedad de los 'predios superpuestos'

No existe una norma legal que haya establecido un único criterio a partir del cual se deban resolver los procesos de mejor derecho de propiedad derivados de una duplicidad registral. Lo que existen son criterios 'establecidos' por la jurisprudencia y que sirven de guía para que el Juez encargado de resolver el proceso sobre mejor derecho de propiedad pueda resolver los casos que tiene a su cargo.

Los criterios desarrollados por la jurisprudencia son cuatro: (i) criterio de la antigüedad registral o primera inmatriculación; (ii) criterio de la partida definitiva sobre la partida preventiva; (iii) criterio de la adquisición sobre la base del principio de fe pública registral; y (iv) criterio de la posesión con prescindencia de los criterios registrales.

1. Antigüedad registral o primera inmatriculación

Según este criterio, en un caso de duplicidad registral por superposición de áreas, el mejor derecho le corresponde al propietario cuya partida registral haya sido inmatriculada con anterioridad, es decir, aquella que haya ingresado primero al Registro.

Se debe tener en cuenta que la antigüedad de las partidas se determina sobre la base de la antigüedad de las respectivas matrices primigenias. En caso la duplicidad se dé sobre partidas independizadas de la misma matriz, la antigüedad se determina por la fecha del asiento de presentación de la independización (Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP/DTR, 2022, art. 5.4).

Este criterio de la antigüedad registral no siempre es aplicado por los jueces, debido a que la propia normativa de Registros Públicos da a entender que dicho criterio solo debe ser aplicado para una solución preliminar a nivel registral, consistente en determinar cuál de las partidas superpuestas debe mantenerse abierta, pero sin que ello signifique una decisión de fondo sobre a cuál de los titulares de dichas partidas le corresponde el mejor derecho de propiedad sobre el área en conflicto.

Es importante señalar que la solución registral no impide que el problema de duplicidad sea debatido en el Poder Judicial, en donde deberá adoptarse una decisión de fondo respecto de quién es el verdadero propietario del área superpuesta, independientemente de la fecha de la inmatriculación.

Este criterio fue aplicado en la Casación 1988-2018-San Martín, de fecha 27 de mayo de 2020, emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria.

2. Partida definitiva sobre la partida preventiva

Este criterio señala que aquella partida registral en donde se hayan inscrito actos definitivos (por ejemplo, transferencias de propiedad) deben ser preferidas a aquellas en donde se hayan realizado anotaciones preventivas.

Este criterio fue aplicado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 2556-98-Lambayeque, del 16 de abril de 1999. En dicho fallo, la Corte analizó el conflicto surgido entre un propietario con derecho inscrito en la partida más antigua y el acreedor embargante cuya medida cautelar se encontraba anotada en la partida menos antigua.

En este caso, la Corte consideró que debía prevalecer el derecho de propiedad, pero no porque haya ingresado primero al Registro (criterio de antigüedad registral o primera inmatriculación), sino por-

que se encontraba inscrito en una partida registral definitiva y contaba con inscripciones sucesivas, a diferencia de la otra partida, que solo contenía una anotación de embargo producida a través de lo que en aquel entonces se denominaba 'inmatriculación preventiva' (Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 1999).

De este modo, la Corte Suprema concluyó que, tratándose de un conflicto entre una partida definitiva (con inscripciones continuas) y una partida previsional (sin tracto sucesivo), debía preferirse la primera.

3. Adquisición con base en el principio de fe pública registral

De acuerdo con este criterio, una duplicidad registral debe ser solucionada prefiriendo a aquel adquirente que cumpla con los requisitos del principio de fe pública registral, contenido en el artículo 2014 del Código Civil (1984).

Es decir, entre todos los propietarios de las partidas registrales que se superponen, deberá prevalecer aquel que: (i) haya adquirido la propiedad mediante un contrato celebrado con quien en ese momento figuraba como titular registral del bien transferido; (ii) haya adquirido de buena fe, esto es, confiando en que la información que proporcionada el Registro era cierta y exacta; y (iii) haya pagado cierta contraprestación por su adquisición (transferencia onerosa).

Este criterio fue asumido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la sentencia recaída sobre la Casación 3312-2013-Junín, del 06 de octubre de 2014, en donde se descartó el criterio de la antigüedad de la inscripción registral (vence la propiedad de quien primero ingresó al Registro) y se protegió al titular registral que adquirió conforme al principio de la fe pública registral.

4. Posesión con prescindencia de los criterios registrales

Este criterio señala que deben dejarse de lado todos los datos registrales (inscripción más antigua, aplicación de la fe pública registral y partidas definitivas con tracto sucesivo) y darle prevalencia a la posesión consolidada en el tiempo. En consecuencia, de acuerdo con este criterio, se debe preferir al titular que haya venido ejerciendo la posesión efectiva del área en disputa (área superpuesta) por un tiempo lo suficientemente amplio como para haber logrado consolidar a su favor la prescripción adquisitiva de dominio.

De acuerdo con la Casación 11360-2017-Lambayeque, emitida el 20 de noviembre de 2018 por la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el proceso de mejor derecho de propiedad tiene por finalidad dirimir la controversia existente entre dos títulos de propiedad inscritos o no, o uno anotado y otro no que ostentan las partes en un juicio, decantándose por preferir a uno de ellos con base en reglas de oponibilidad de los artículos 1135, 948, 2022, 2014 del Código Civil (1984).

En ese caso, independientemente de los criterios desarrollados líneas arriba, para resolver un juicio de mejor derecho de propiedad el juez deberá verificar:

- A quién prefiere en base a la concurrencia de acreedores (Código Civil, arts. 1135 y 1984).
- Quién recibió de buena fe y como propietario la posesión del área.
- A quién le corresponde la oponibilidad de derechos sobre bienes inmuebles (Código Civil, arts. 2022 y 1984).
- Quién cumple con los requisitos para ser declarado tercero de buena fe registral (Código Civil, arts. 1135 y 1984).

En nuestra opinión, los factores determinantes para la decisión del juez deberían ser: (i) verificar quién tiene la posesión del área superpuesta; y (ii) verificar si una de las partes cumple con los requisitos para adquirir dicha área por prescripción adquisitiva de dominio.

C. Renuncia de área

El artículo 968 del Código Civil[10] regula las causales de extinción de la propiedad y la renuncia de área no es una causal prevista para extinguir la propie-

[10] **Artículo 968.- La propiedad se extingue por:**
1.- Adquisición del bien por otra persona.
2.- Destrucción o pérdida total o consumo del bien.
3.- Expropiación.
4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado (1984) [el énfasis es nuestro].

dad. Sin embargo, el artículo 923 de dicho cuerpo normativo regula la posibilidad de disponer de la propiedad y la renuncia es una forma de disposición del propietario (1984).

Por su parte, Albaladejo señala que los derechos reales se extinguen por renuncia de su titular, negocio unilateral irrevocable que contiene una declaración de voluntad no recepticia ni solemne, en principio, que puede realizarse expresa o tácitamente (1994, p. 225).

En esta línea, el Tribunal Registral establece, mediante el precedente de observancia obligatoria aprobado en el CIX Pleno del Tribunal Registral, que sí es inscribible la renuncia al derecho de propiedad:

> EXTINCIÓN DE INSCRIPCIÓN POR RENUNCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD
> Es inscribible la cancelación de la inscripción del derecho de propiedad sobre todo el predio y su consiguiente desinmatriculación por renuncia de su titular, siempre que ello no afecte derechos de terceros (2013).

Asimismo, respecto a renuncia de área y eliminación de duplicidad, la Resolución 2018-2020-SUNARP-TR establece:

> EXTINCIÓN DE DUPLICIDAD POR RENUNCIA DE ÁREA
> La renuncia de área de parte de un predio que se superpone a otro da por finalizada la duplicidad de partidas. En este orden, no constituye un obstáculo para la renuncia de área que el Área de Catastro determine que parte del predio que se va renunciar se superpone a otro ya inscrito (2020).

En ese sentido, siempre que el titular registral esté dispuesto a perder área de su predio, podrá utilizar la renuncia de área para eliminar duplicidades de partidas.

VI. CONCLUSIONES

a. La duplicidad de partidas se da cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien inmueble. La duplicidad de partidas puede ser total o parcial. Dicha duplicidad es un problema registral, ya que en la realidad física no existe un predio superpuesto a otro, sino que la superposición es a nivel de base gráfica registral.

b. Las duplicidades se han generado a causa de: (i) la ausencia de soporte catastral por los entes generadores de catastro para Sunarp; (ii) la falta de unificación del catastro a nivel nacional; y (iii) que todos los predios no tengan información técnica que permita ubicar de manera exacta a los mismos y ello genera doble inmatriculaciones o superposiciones entre los predios inscritos.

c. Los mecanismos de solución de la duplicidad de partidas son: (i) cierre de partida registral; (ii) proceso judicial de mejor derecho de propiedad; y (iii) renuncia de área. Los procedimientos o procesos de dichos mecanismos han sido explicados en el capítulo V del presente artículo.

REFERENCIAS

Albaladejo, M. (1994). *Derecho Civil, Tomo III: Derecho de Bienes* (Vol. 2). José María Bosch Editor S.A.

Clemente Meoro, M. J. (2007). *Doble Inmatriculación de fincas en el Registro de Propiedad*. Tirant lo Blanch.

Díez- Picazo, L. (1983). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos.

El Comercio (19 de agosto de 2019). Surco paraliza siete obras en las laderas del distrito. *El Comercio*.

Gómez Gálligo, F. (1994). El Principio de Especialidad Registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *70*(625), 2389-2436.

Gonzáles Barrón, G. (2012). *Derecho Registral y Notarial*. Jurista Editores.

Guimet Pereña, J. (2003). *Descripción y teoría general del catastro*. Ediciones Universidad Politécnica de Catalunya.

Guerra Macedo, R. (2019). *El Principio de Especialidad y el Predio como base objetiva del Registro de Predios*.

Mejorada Chauca, M. (2014). "Mejor derecho de propiedad" en la duplicidad de partidas. En L. Cárdenas Rodríguez (coord.), *La Propiedad: Mecanismos de defensa* (pp. 97-106). Gaceta Jurídica.

Ortiz Pasco, J. (2012). *Modernización de los Sistemas de Catastro y Registro*. Grijley.

Roca Sastre, R (1954). *Derecho Hipotecario* (Tomo I). Bosch.

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (2022). Certificado de Búsqueda Catastral.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente, sentencia recaída en la Casación 11360-2017-Lambayeque, 20 de noviembre de 2018 (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, sentencia recaída en la Casación 1988-2018-San Martín, 27 de mayo de 2020 (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, sentencia recaída en la Casación 2556-98-Lambayeque, 16 de abril de 1999 (Perú).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, sentencia recaída en la Casación 3312-2013-Junín, 04 de octubre de 2014 (Perú).

Decreto Legislativo 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de agosto de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 667, Ley de Registro de Predios Rurales, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de septiembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 1202, Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo 803, Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal y que dicta medidas complementarias en materia de acceso a la propiedad formal, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Ley 17716, Ley de Reforma Agraria, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio 1969 (Perú).

Decreto Supremo 002-89-JUS, Agilizarán los sistemas Registrales en el Registro de Propiedad Inmueble, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de enero de 1989 (Perú).

Ley 27333, Ley Complementaria a la Ley 26662, la Ley de Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de junio de 2000 (Perú).

Ley 28294, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2004 (Perú).

Ley 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los Gobiernos Regionales, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de marzo de 2021 (Perú).

Resolución 089-2004-SUNARP-TR-T del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 12 de enero de 2004 (Perú).

Resolución 613-2021-SUNARP-TR-L del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 9 de abril de 2021 (Perú).

Resolución 1264-2021-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 6 de agosto de 2021 (Perú).

Resolución 1644-2022-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 3 de mayo de 2022 (Perú).

Resolución 2018-2020-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 6 de noviembre de 2020 (Perú).

Resolución 3069-2021-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 20 de diciembre de 2021 (Perú).

Resolución 3499-2022-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2 de setiembre de 2022 (Perú).

Resolución 3998-2022-SUNARP-TR del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 20 de diciembre de 2021 (Perú).

Resolución de la Dirección Técnica Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 008-2022-SUNARP-DTR, Aprueban lineamientos para el procedimiento de cierre de partidas por duplicidad en el registro de predios, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 2022 (Perú).

Resolución del Presidente del Tribunal Registral 246-2012-SUNARP/PT, Disponen publicar precedentes de observancia obligatoria aprobados en la Sesión Extraordinaria de Nonagésimo Tercer Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de agosto de 2012 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, Aprueban Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de mayo de 2013 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 126-2012-SUNARP-SN, Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento General de Registros Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de mayo de 2012 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 540-2003-SUNARP-SN, Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de febrero de 2005 (Perú).

10.18800/themis.202301.013

M&A INMOBILIARIO

REAL ESTATE M&A

Sergio García Long*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Vargas Pareja Abogados

This paper is a brief mapping of the contractual aspects involved in real estate M&A (mergers and acquisitions) transactions. For this purpose, it focuses on certain contractual categories (especially legal transplants) and on the legal discussions of transactional practice.

Keywords: Mergers and acquisitions; real estate; contracts.

El presente trabajo es un breve mapa sobre los aspectos contractuales involucrados en las transacciones inmobiliarias de M&A (mergers and acquisitions). Para ello, se enfoca en ciertas categorías contractuales (sobre todo de trasplantes legales) y en las discusiones legales de la práctica transaccional.

Palabras clave: Fusiones y adquisiciones; inmobiliario; contratos.

* Abogado. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Asociado en Vargas Pareja Abogados (Lima, Perú). Contacto: sergio.garcial@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 27 de febrero de 2023, y aceptado por el mismo el 16 de abril de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

El 'M&A inmobiliario' se refiere a las operaciones de fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions* o M&A) sobre activos inmobiliarios (en adelante, M&A). Por la misma naturaleza del activo bajo la mira, existen diversas consideraciones adicionales que se presentan en un M&A inmobiliario a diferencia de un M&A común. Entre las más importantes de aquellas consideraciones se encuentran las contractuales.

Este trabajo tiene la intención de servir como un breve repaso sobre diversos aspectos contractuales a tener en cuenta en toda operación de M&A inmobiliario; sobre todo, frente a las diversas discusiones que se evidencian en la práctica transaccional nacional e internacional y que usualmente son ajenas a las facultades de derecho, donde a veces se enseña un derecho distinto al que se observa en la práctica.

La sección II de este trabajo hace una precisión respecto a qué se entiende por derecho inmobiliario, mientras que la sección III trata a profundidad sobre las transacciones inmobiliarias y los diversos aspectos contractuales que las caracterizan: desde los documentos precontractuales no vinculantes, hasta los pactos de preferencia. Finalmente, la sección IV contiene las reflexiones finales del presente ensayo.

II. DERECHO INMOBILIARIO

Se discute a qué se refieren los abogados cuando hablan de 'derecho inmobiliario'[1] ¿se trata de un área del derecho o de un área de práctica profesional? No se trata de un área del derecho en los términos que uno entiende el derecho civil, el derecho societario, el derecho laboral, entre otras, en las cuales podemos identificar una teoría general transversal que usualmente está regulada por codificaciones o normas de carácter general.

El término 'derecho inmobiliario' tiene otra intención: identificar un área de práctica que involucra a distintas áreas del derecho. Desde que la inversión inmobiliaria es un buen negocio y existen muchos inversionistas inmobiliarios y titulares de derechos sobre activos que se encuentran constantemente interactuando en el mercado, los abogados se han especializado en asesorar tales transacciones y, a partir de esa sinergia, ha surgido un área de trabajo para atender a tales clientes y sus particulares intereses en juego.

En este sentido, el área de derecho inmobiliario involucra, al menos: (i) derecho civil, con especial énfasis en derechos reales y contratos, para identificar el derecho que será objeto de transacción y luego definir la mejor estructura contractual para ejecutar la operación que canalice al activo específico; (ii) derecho registral, para el estudio de las inscripciones relacionadas al activo; (iii) derecho administrativo, referido a la explotación comercial del activo; (iv) derecho procesal, para investigar las contingencias que puedan afectar la titularidad del activo; (v) derecho societario, para identificar los aspectos de gobernanza interna y actos societarios que deben ejecutarse por la intervención del ente corporativo; (vi) derecho financiero, para estructurar el financiamiento de la operación; y (vii) cualquier otra área que sea relevante para el caso concreto.

III. TRANSACCIONES INMOBILIARIAS

Las transacciones inmobiliarias pueden ser muy complejas. La razón por la cual se emplea el término 'transacción' u 'operación' es para hacer referencia a algo más amplio que la suscripción de un simple y único contrato. Se trata de una orquesta que necesita ser ejecutada de manera conjunta, coherente y armoniosa, para generar la melodía perfecta que permita asignar el activo como lo desean las partes. En esta orquesta pueden intervenir diversos contratos con diferentes finalidades, según la etapa contractual.

A continuación, presentamos un breve *roadmap* de los documentos contractuales que pueden estar involucrados en una transacción inmobiliaria.

A. Acuerdos no vinculantes

En operaciones complejas, las tratativas no se desarrollan de la manera simplificada como explica la teoría contractual sobre la formación del contrato. Según la teoría clásica, el consentimiento se forma a partir de la concurrencia de dos declaraciones de voluntad de carácter recepticio: oferta y aceptación[2]. Esto funciona bien para explicar acerca de la formación del contrato en las aulas de una facultad de derecho, pero en la práctica las tratativas son más sofisticadas.

Como no se trata de la adquisición de cualquier bien fungible, sino de un derecho sobre un activo, no basta con la intención de las partes de celebrar un contrato, sino que es necesario definir cómo se negociarán todos los términos y condiciones.

[1] Véase a Huanco Piscoche (2016).

[2] Véase a Segura Riveiro (2006) y Quesada Sánchez (2011).

Ello no solo involucra definir la prestación y la contraprestación, sino la estructura y modalidad contractual que se usará para encaminar la adquisición del activo.

Para iniciar de manera formal y seria la etapa de tratativas, el primer documento que circula entre las partes es un documento no vinculante (*non-binding*). Estos documentos tienen diversos nombres en la práctica, que incluso son usados de manera indistinta, tales como *memorandum of understanding* (en adelante, MOU o Memorándum de Entendimiento), *letter of intent* (carta de intención), *terms sheet* (hoja de términos), entre otros[3]. La finalidad de estos documentos es que una parte pueda comunicar a la otra su intención de celebrar un contrato, pero solamente eso. No constituye aún una oferta vinculante y la clave está en la falta de completitud que le impide tener efectos legales[4].

Una oferta, para ser tal, necesita contar con todos los elementos del contrato que se propone suscribir, de manera que basta con la aceptación del receptor para que se entienda formado el contrato. Por el contrario, cuando se emite una carta de intención –como su nombre lo dice–, la finalidad es tomar contacto con la contraparte para transmitir una intención y conocer su interés de suscribir un contrato, pero aún no se proponen todos los términos y condiciones de tal contrato en la medida en que la complejidad del activo identificado no lo permite.

Si se tratase de la compra de un automóvil, podría mandarse una oferta identificando el bien y ofreciendo un precio fijo. Pero, si se trata de un activo más complejo (como una unidad inmobiliaria), la transacción no se limita a definir el bien y precio, sino una serie de disposiciones contractuales destinadas de distribuir los riesgos entre las partes. Además, y lo que es más importante, se debe determinar cuál será la estructura contractual a implementar, la cual podría canalizarse a través de un contrato civil o una reorganización societaria.

Teniendo en cuenta esta complejidad, los documentos precontractuales no vinculantes pueden ser de mucha ayuda para definir de manera general: (i) las reglas para negociar; y (ii) sobre qué temas se deberá negociar para llegar a un acuerdo definitivo. Así, no solo se comunica la intención de negociar, sino bajo qué parámetros se está dispuesto a negociar.

También sirve como un registro del estado de las tratativas y de los acuerdos parciales (aún insuficientes para lograr el consentimiento y suscribir el contrato definitivo). A su vez, como se trata de un documento de trabajo, sirve para dejar por escrito que el mismo no es vinculante (*non-binding clause*) y que las partes solo quedarán legalmente obligadas entre ellas cuando se celebre (*subject to*) el respectivo contrato definitivo[5]. Al respecto, civilmente se pacta una formalidad constitutiva, esto es, solo habrá contrato cuando se haya firmado un documento como tal y por escrito[6]. Además, fíjese que el pacto de no vinculatoriedad se refiere a la suscripción del contrato definitivo, lo cual es independiente a la vinculatoriedad de otros pactos específicos que puedan acompañar al documento precontractual no vinculante, como podrían ser la confidencialidad, exclusividad, no competencia, penalidad, convenio arbitral, entre otros[7].

Estos documentos precontractuales pueden iniciar como un documento unilateral emitido por una parte y dirigida a la otra, que termina convirtiéndose en uno bilateral cuando es suscrito por ambas partes. De allí que la terminología de estos documentos se use de manera indistinta, a pesar de que en sentido estricto la carta de intención y la hoja de términos inicien como unilaterales y el MOU como bilateral[8]. Por ello, se suele hablar en general de acuerdos no vinculantes (*non-binding agreements*) como categoría para hacer alusión a

[3] Para una discusión sobre los aspectos legales vinculados a los acuerdos no vinculantes desde el derecho civil, véase a Llodrà Grimalt (2003); Carrasco Perera (2004); Calvinho (2005); Navares González (2011); Marín Narros (2012); Parra Herrera (2013); Barrio Gallardo (2014); Buendía de los Santos (2016) y García Long (2018a).

[4] Véase a Farnsworth (1987); Schwartz y Scott (2007).

[5] Véase a García Long (2018a).

[6] Sobre las formalidades convencionales, véase a Vásquez Rebaza (2018).

[7] Esta precisión es fundamental, porque es usual que la discusión entre civilistas, no acostumbrados a la práctica corporativa y americana, consista en definir si un MOU, por ejemplo, es vinculante o no, cuando en realidad la premisa es que todo MOU no tiene efectos legales y que ello se refiere a la vinculatoriedad de las tratativas para la celebración de un contrato definitivo. De hecho, en este aspecto el *Civil Law* no difiere del *Common Law*, porque las tratativas nunca son vinculantes, sin perjuicio que en las mismas puedan surgir algunas consecuencias legales como el pago de daños, pero fíjese que incluso en ese caso la responsabilidad civil no se extiende al interés positivo por la simple razón que aún no hay contrato. Lo anterior, sin perjuicio que ciertas obligaciones del MOU no vinculante (en relación a la celebración del contrato futuro), se pacten como vinculantes.

[8] Los americanos siempre son precisos en los términos que usan para referirse a los documentos contractuales. Por ello, la intención se transmite a través de una carta, que por definición es una declaración unilateral dirigida por alguien a otro.

la intervención de los dos contratantes. En tal caso existe acuerdo, pero se especifica que el mismo no es vinculante por la inexistencia de efectos legales referidos a la vinculatoriedad para suscribir un contrato definitivo[9].

Un inversionista inmobiliario podría mandar una carta de intención (no vinculante) a un propietario para proponerle la compra de su hotel y, de esta manera, iniciar formalmente la etapa de tratativas destinada a lograr el cierre de la operación deseada. Como muestra de seriedad, el inversionista firmará esta carta y, con base en ella, empezarían las negociaciones, dejando registro de toda la etapa precontractual hasta que finalmente se logre suscribir el contrato definitivo.

Como reflexión desde una perspectiva de derecho comparado, vemos que estos documentos precontractuales no vinculantes nos enseñan que es necesario internalizar, en primer lugar, un concepto de 'acuerdo' previo a la noción de 'vinculatoriedad'. Las codificaciones civiles parten de la premisa que todo contrato es un acuerdo, pero no regulan la hipótesis de acuerdos que no sean contratos (al no tener carácter vinculante).

Por el contrario, en el derecho americano sí existe un reconocimiento expreso de ello conforme a la sección §21 del *Restatement (Second) of Contracts*[10], el cual señala lo siguiente:

> *Intention to Be Legally Bound - Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract (1981).*

La sección §21 señala que la intención de vinculatoriedad no es suficiente para crear un contrato desde que en el derecho americano es necesario y esencial la existencia de un *consideration*, esto es, de una contraprestación, de un intercambio (como sabemos, los contratos gratuitos no son vinculantes en el derecho americano). Entonces, la intención de quedar vinculado no es suficiente para generar un contrato, pero la intención de no quedar vinculado sí es suficiente para evitar el surgimiento de efectos legales.

De esta manera, es claro que las partes pueden señalar expresamente por escrito que un acuerdo no será vinculante hasta que haya intención de vincularse legalmente. A pesar de que en las codificaciones civiles no existe una disposición similar a la sección §21 del *Restatement* americano, no existe inconveniente para pactar acuerdos no vinculantes en jurisdicciones civilistas.

Respecto al derecho peruano, sería pertinente hacer referencia al artículo 140 del Código Civil de 1984, que señala que "[e]l acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear […] relaciones jurídicas", de manera que, si no hay manifestación de voluntad, no hay vinculatoriedad, así como el artículo 1359, que indica que "[n]o hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria", y así, por la incompletitud de estos documentos precontractuales, no podrían ser considerados como contratos (esto es, no serían vinculantes)[11].

B. Contratos preparatorios

Los documentos precontractuales, incluso si se pactaran como vinculantes, no llegan a calificar como contratos preparatorios típicos. De manera general, tenemos al compromiso para contratar y al contrato de opción. Algo que tienen en común ambos tipos contractuales es que deben contener, al menos, los elementos esenciales del respectivo contrato definitivo (por ejemplo, cosa y precio en la compraventa)[12].

Por el contrario, una carta de intención no llega a este nivel de completitud desde que su objetivo es comunicar una intención y regular la propia etapa de tratativas. Sin embargo, es usual en la práctica corporativa que el documento precontractual vaya ganando completitud en el camino y, como tal, pueda asemejarse a un contrato preparatorio, aunque ciertamente uno atípico (por su incompletitud). En ciertos casos puede ser difícil diferenciar a un acuerdo no vinculante de un contrato pre-

---

9 Tema aparte es la existencia de responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de las tratativas en jurisdicciones del *Civil Law* (véase a León Hilario, 2004; Oviedo Albán, 2008 y Quesada Sánchez, 2011) y que la misma pueda aplicarse incluso en el contexto de un acuerdo no vinculante en donde una de las partes se niega a suscribir el contrato definitivo (véase a Marín, 2012 y García Long, 2018a).

10 Véase a Klass (2009).

11 Véase a García Long (2018a).

12 Véase a Navares González (2011) y García Long (2018). De esta manera, estos contratos típicos son fácilmente ejecutables por la parte en cuyo favor se pactó. Por ejemplo, para ejecutar una opción, solo se necesita de la declaración de voluntad del beneficiario en tal efecto, mientras que, si no se ejecuta un compromiso de contratar, lo podrá hacer el juez sin mayor problema porque el acuerdo ya existe y a solicitud de la parte interesada.

paratorio típico si el primer *draft* del acuerdo no vinculante es muy completo y no tiene cláusula de no vinculatoriedad expresa. Un caso como este requerirá una labor interpretativa para encontrar la voluntad de las partes y concluir si el documento representa solo una intención de negociar o ya se trata de un contrato.

El uso de acuerdos no vinculantes junto con contratos preparatorios (atípicos o típicos) puede ser complementaria o excluyente en una transacción inmobiliaria. Por ejemplo, las partes podrían trabajar en un MOU para suscribir un futuro contrato de opción de compra o directamente negociar los términos de la opción como contrato preparatorio. Todo dependerá de las necesidades de las partes. Finalmente, cabe señalar que, en las transacciones inmobiliarias, los contratos de opción son más atractivos que los compromisos para contratar por su facilidad para celebrar el contrato definitivo.

C. Contratos de adquisición

Debemos precisar el uso del término 'contrato de adquisición' es usualmente utilizado en la práctica corporativa. Cuando se trata de generar el efecto traslativo de la propiedad, el típico contrato utilizado es el de compraventa. Sin embargo, esta es la manera civil de transmitir propiedad. Existen otros mecanismos que permiten que alguien adquiera o transfiera un activo sin necesidad de comprarlo en términos civiles. Esta precisión es relevante a efectos de identificar diversos vehículos legales que permitan adquirir o transferir la propiedad sin acudir al clásico contrato de compraventa.

Primero, si un inversionista inmobiliario desea adquirir una propiedad, puede celebrar el contrato típico de compraventa tal y como está regulado en el Código Civil, conforme a los artículos 1529 y siguientes. Este contrato seguirá el esquema contractual clásico y civilista. El objeto del contrato podrá ser un bien mueble o inmueble, presente o futuro, y podrán agregarse pactos especiales como la reserva de propiedad, arras, entre otros.

Segundo, en la práctica contractual, muchos *deals* inmobiliarios se encuadran dentro de lo que se conoce como M&A inmobiliario, lo cual identifica a las operaciones de M&A del sector inmobiliario (*real estate*), un sector de operaciones que ha ido en crecimiento[13], sobre todo con el Fideicomiso de Titulización para Inversión en Renta de Bienes Raíces (en adelante, FIBRA) y los Fondos de Inversión en Renta de Bienes Inmuebles (en adelante, FIRBI)[14].

Al tratarse de una operación de M&A, la estructura contractual es distinta a la que caracteriza a un contrato civil. En las operaciones de M&A se ha estandarizado el modelo contractual americano, incluso en jurisdicciones del *Civil Law*[15], por la simple razón que este modelo está pensado y creado para distribuir los riesgos propios y típicos derivados de la adquisición de una empresa, que es un activo particular. A ello debe agregarse que los principales jugadores y organizaciones internacionales involucradas tienen origen americano y, como tal, cuando se inicia una operación, la parte más fuerte (bancos, inversionistas, compradores) es la que manda el primer *draft* del contrato sobre la base de su derecho americano y no al civilista de su contraparte.

El modelo americano incluye: (i) la importación de sus cláusulas e instituciones jurídicas (*covenants*, *representations & warranties*, *material adverse change* o 'MAC', *indemnities*, entre otros[16]); (ii) las etapas del iter contractual (*signing* versus *closing*); e (iii) incluso el mismo *drafting* de las cláusulas contractuales (conocidas como *standard and boilerplate*[17]). Esta importación presenta un interesante desafío para los abogados transaccionales del *Civil Law*, quienes –ante la fuerza del mercado– deben negociar y pactar cláusulas sobre instituciones jurídicas contractuales que no se encuentran ni reconocidas ni regulas en la codificación civil. Como tal, resulta esencial que el abogado transaccional conozca el derecho contractual americano y pueda definir cuál es la mejor manera de pactar dicha cláusula en un terreno ajeno y, así, lograr un útil trasplante legal[18].

Una operación de M&A puede materializarse a través de diversas estructuras que permitan adquirir un activo inmobiliario de manera directa o

13 Véase a Guirado (2016); Ernst & Young (2018) y Deloitte (2019).

14 Sobre los FIBRA's y FIRBI's en el Perú, véase a Zaldívar del Aguila y Castillo Vigil (2017) y Lau Gastelo (2019).

15 Véase de manera general a Hill (2001); Hill y King (2004) y Hill (2013).

16 Véase de manera general a Coates (2012); Coates (2016a); Coates (2018); Escobar Rozas (2016); García Long (2016) y García Long (2019).

17 Véase a Gulati y Scott (2012). Por *standard* y *boilerplate* entiéndase al empleo del mismo clausulado de un contrato hacia otro, de manera que se vuelven comunes en un tipo de transacción.

18 En específico, sobre los trasplantes contractuales americanos en el *Civil Law*, véase a García Long (2018b). En general, véase a Watson (1993).

indirecta, dependiendo de cuál sea el objeto inmediato y el objeto mediato del contrato[19]. Estas estructuras, a su vez, podrán ser exclusivamente contractuales o también involucrar procedimientos societarios.

Modalidades contractuales:

a) *Asset Purchase Agreement*: esta modalidad es contractual y su estructura sigue el modelo americano. En términos civiles, se trata de un contrato sofisticado de compraventa sobre un activo inmobiliario, en el cual el objeto inmediato del contrato es el activo mismo. Así, las contingencias a tomar en cuenta serán principalmente –de manera enunciativa, pero no limitativa– civiles, registrales, laborales y tributarias.

b) *Stock/Share Purchase Agreement* (en adelante, SPA): esta modalidad es contractual y su estructura es típicamente la del modelo americano. En términos civiles, se trata de un contrato sofisticado de compraventa de acciones (o de cualquier otro título emitido por una entidad legal corporativa). Sin embargo, este contrato se complejiza dado que el objeto inmediato del contrato (las acciones) es solo un medio para alcanzar el fin deseado: la adquisición del objeto mediato (el control societario). De esta manera, se trata de un contrato que adquiere participación social mayoritaria. Así, el inversionista inmobiliario puede adquirir control sobre una sociedad anónima y, como tal, disponer del activo inmobiliario de propiedad de tal sociedad. Esta particular estructura se refleja en las cláusulas pactadas, las cuales distribuyen riesgos que van más allá de la simple transferencia de acciones (como el pacto de declaraciones y garantías sobre pasivos ocultos), pues lo que se adquiere finalmente es la sociedad a través de su control corporativo y a todo el conjunto de relaciones jurídicas derivadas de la empresa como nexo contractual.

Modalidades societarias:

a) Fusión: esta modalidad involucra la ejecución de un procedimiento societario conforme a la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS). Así como puede emplearse un contrato para adquirir una empresa (nuevamente, a través del control societario), también puede producirse una fusión para adquirir una sociedad vía la transmisión de su patrimonio (dentro del cual se encuentre el activo inmobiliario). Por ejemplo, en una fusión por absorción, la sociedad absorbida (la *target*) se extingue para que su patrimonio se destine en bloque y a título universal en favor de la sociedad absorbente (la adquirente), a cambio de que los accionistas de la sociedad absorbida reciban acciones (o dinero, o acciones más dinero, de pactarse) de la sociedad absorbente (o resultante de la fusión). Así, la sociedad absorbente termina con el patrimonio de la sociedad absorbida, que incluye todos los activos, entre ellos, el activo inmobiliario deseado.

b) Escisión: esta modalidad también involucra un procedimiento societario conforme a la LGS. Por ejemplo, la sociedad escindida (la *target*) puede segregar un bloque patrimonial sin extinguirse para que sea transferida en favor de otra sociedad (la adquirente), a cambio de que los accionistas de la sociedad escindida reciban acciones (o dinero, o acciones más dinero, de pactarse) de la sociedad adquirente. Este bloque patrimonial puede incluir el activo inmobiliario deseado.

c) Reorganización simple: esta es una modalidad particular reconocida en nuestra normativa societaria. A diferencia de la fusión y escisión, en donde los accionistas de la sociedad absorbida o escindida son los beneficiarios de la contraprestación respectiva, en una reorganización simple una sociedad segrega un bloque patrimonial y lo aporta en favor de otra sociedad, recibiendo la primera sociedad (y no sus accionistas) acciones de la segunda, como si se tratase de un aporte de capital. Como tal, no hay derechos de separación y oposición[20].

d) *Private equity* y *leveraged buyouts* (en adelante, LBO): esta modalidad se caracteriza por producir la concurrencia de elementos

[19] Esta distinción se aprecia de manera sencilla en contratos de compraventa de acciones (de paquetes mayoritarios). La intención no es comprar las acciones como títulos valores independientes y singulares, sino obtener el control político derivado de la titularidad de tales acciones, de manera que el adquirente pueda controlar la sociedad. Entonces, mientras el objeto inmediato son las acciones, el objeto mediato es el control societario. Por ejemplo, para comprar un inmueble de propiedad de una sociedad anónima, se puede comprar directamente el inmueble o mediatamente las acciones de la sociedad anónima propietaria del inmueble.

[20] Al respecto, existe una interesante discusión sobre la aplicación de los derechos de separación y oposición a la reorganización simple. Véase a Hernández Gazzo (2003) y Hundskopf Exebio, Payet Puccio, Montoya y Ferrero (2017).

de capital (privado) –de allí *private equity*– y deuda –de allí LBO (compra apalancada) por los altos niveles de deuda– que son necesarios para ejecutar un *deal* de alta cuantía cuando la finalidad es tomar control de una gran empresa (la *target*). Un LBO se caracteriza por lo siguiente[21]: (i) el *sponsor* (quien lidera la operación) es un especialista financiero en comprar y vender empresas usando dinero ajeno (piénsese en KKK o Blackstone); (iii) este *sponsor* administra un fondo de capital privado (*private equity*) que canaliza capital de inversionistas institucionales; (iii) la compra consiste en tomar control sobre la *target*; (iv) la operación se estructura con sociedades de propósito especial (*Special Purpose Vehicle*, en adelante, SPV); (v) el precio se compone en promedio de 30% de capital y 70% de deuda; (vi) el componente del capital proviene del fondo; (vii) el componente de deuda proviene de un tercero vía el mercado de capitales (instrumentos de deuda) o mercado de créditos (bancos); (viii) la deuda es garantizada con los activos de la *target* y pagada principalmente con sus flujos de caja proyectados; y (ix) se trata de una operación en donde la desinversión (*exit*) se proyecta al corto-mediano plazo.

Todas las modalidades mencionadas pueden agruparse como contratos de adquisición en el contexto de un M&A, en el sentido que permiten tomar control sobre el activo deseado, sea mediante la ejecución de una estructura contractual o societaria, sea para adquirir directamente al activo específico o para tomar control sobre la entidad legal titular del activo.

D. Contratos de uso

Entiéndase por 'contratos de uso' a todo vehículo contractual que otorga el derecho de usar o disfrutar el activo inmobiliario, sea a través de la constitución de un derecho real o la creación de un derecho de crédito. Al respecto, destacan las siguientes modalidades contractuales:

a) Contrato de superficie: esta modalidad permite constituir un derecho real a efectos de operar un activo inmobiliario que se encuentre encima o debajo del suelo (por ejemplo, la construcción de un hotel). En el derecho peruano, la superficie tiene un plazo legal máximo de noventa y nueve años[22].

b) Contrato de arrendamiento: esta modalidad permite crear un derecho de crédito para ceder temporalmente el uso del activo inmobiliario (por ejemplo, el arrendamiento del predio sobre el cual se encuentra un hotel). En el derecho peruano, el arrendamiento tiene un plazo legal máximo de diez años[23].

c) Contrato de usufructo: aunque el derecho real de usufructo (que concede el uso y disfrute de un bien ajeno) es distinto al derecho de crédito de arrendamiento (que es un derecho personal para usar temporalmente el bien), en la práctica se celebran contratos de usufructo sobre inmuebles en lugar de arrendamientos y así se evita la aplicación del plazo máximo legal de diez años. En el derecho peruano el usufructo tiene un plazo máximo de treinta años[24].

Una novedad que podemos encontrar en la práctica corporativa es la celebración de un contrato de usufructo sobre acciones de control para dirigir temporalmente a la sociedad y, así, explotar el activo mobiliario de su titularidad durante el plazo del contrato, como si uno fuera propietario sin serlo. Esto funciona como el alquiler de una empresa. En lugar de adquirir en propiedad las acciones de la empresa o tomar directamente el uso temporal del activo específico, una alternativa es usufructuar el 100% de las acciones por un plazo determinado[25].

[21] Véase a García Long (2020).

[22] Artículo 1030.- Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo (Código Civil, 1984).

[23] 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. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos (Código Civil, 1984).

[24] Artículo 1001.-

> El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a este. Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de estas podrá tener un plazo máximo de noventinueve años (Código Civil, 1984).

[25] Sobre este tema publicaremos un estudio próximamente, enfocado en los temas societarios relacionados al usufructo de acciones.

E. Los convenios de accionistas

Un riesgo fundamental que se observa en los negocios que involucran a entidades corporativas es el comportamiento de los dueños de las mismas y la toma de decisiones. Si el inversionista tomará control completo del activo, no necesita compartir el riesgo. Pero, si por diversas razones debe compartir la inversión, tiene que anticiparse a las complicaciones que podrían generarse cuando los co-inversionistas o socios no se pongan de acuerdo en relación con decisiones importantes sobre el activo o cualquier otro tema que pueda afectar el desarrollo de la inversión.

El riesgo anterior suele regularse en un convenio de accionistas o documento similar, el cual permite definir cómo deberán comportarse las partes ante determinados acontecimientos, entre ellas, en caso uno de los socios busque la desinversión voluntaria o, por el contrario, se tenga que forzar una salida.

La mejor forma de entender el contenido del convenio de accionistas o documento análogo es a través de los pactos estandarizados en la práctica profesional: (i) *tag-along* o derecho de adhesión, que permite a una parte pegarse a la salida de su socio; (ii) *drag-along* o derecho de arrastre, que permite a una parte arrastrar a su socio ante su salida; (iii) *call* u opción de compra, que permite a una parte comprar a discreción la participación de su socio; (iv) *put* u opción de venta, que permite a una parte vender a discreción su participación a su socio; o (v) *shotgun* o ruleta rusa, que implica que una parte (la que activa la cláusula) fija el precio, mientras que su socio (el receptor) decide si compra o vende.

Los pactos anteriores pueden acomodarse a la operación inmobiliaria, según se requieran por las circunstancias. Por ejemplo, los derechos anteriores podrían activarse en caso un socio quiera vender su participación, pero el otro socio no quiera compartir la inversión con el nuevo adquirente, en caso algún socio entre en liquidación y deba tomarse acciones preventivas o incluso puede darse el caso que el socio sea una persona natural y fallezca o se divorcie y se quiera evitar el ingreso de familiares.

F. Las declaraciones y garantías (*representations & warranties*)

Cuando estamos ante un contrato sobre acciones que tiene como objeto mediato la toma de control societario sobre la empresa, las disposiciones contractuales no pueden limitarse a las acciones como objeto inmediato. Asimismo, al tratarse de una empresa como objeto de transacción, podrían surgir contingencias o pasivos ocultos que deben ser tomados en cuenta para distribuir riesgos.

Cuando una parte pretende tomar control sobre una empresa –sea de manera permanente (contrato de adquisición) o temporal (contrato de uso)– deberá realizar una *due diligence* que le permita identificar todo lo que le pueda restar valor a la misma y así realizar un óptimo análisis costo-beneficio en torno a la rentabilidad de la respectiva transacción.

Sin embargo, la *due diligence* es insuficiente y debe ir complementada de ciertos pactos contractuales. La empresa, como objeto de contratación, no puede ser categorizada como un bien mueble o inmueble, o una suma de muebles e inmuebles. La correcta identificación de la empresa como objeto implica reconocer que la misma es un nexo de contratos (o para contratos)[26]. Esto significa que quien tome control sobre una empresa administrará todo tipo de relaciones jurídicas que surjan de todos los contratos que involucran a la empresa y que tiene a la misma como punto de interconexión. En este sentido, todos los intervinientes en la vida de la empresa aportarán algo en virtud de contratos específicos: los accionistas aportarán capital, los acreedores facilitarán deuda, los proveedores suministran bienes, los trabajadores ejecutarán su fuerza de trabajo, los administradores conducirán la sociedad con base en su experiencia y así sucesivamente en lo que resulte aplicable.

Este grupo de relaciones jurídicas que conectan a la empresa (que ahora estarán a cargo del adquirente u poseedor), puede complejizarse en empresas antiguas y que se dedican a un sector particularmente sensible, a contingencias y pasivos ocultos (pensemos en la industria minera o petrolera y los respectivos riesgos ambientales). Aunque se realice una *due diligence*, la parte interesada podría no llegar a conocer todas las contingencias y pasivos ocultos, los cuales podrían ser incluso desconocidos por el actual propietario y la empresa. Para corregir esta asimetría de la información y teniendo en cuenta que el propietario y la empresa son quienes están en mejor posición para asegurarse frente a contingencias y pasivos ocultos (*superior risk bearer*)[27], es que se agregan en el contrato las respectivas declaraciones y garantías (*representation & warranties*) e *indemnities*.

[26] Véase a Jensen y Meckling (1976); Jensen (2003); Armour, Hansmann y Kraakman (2009).

[27] Véase a Posner y Rosenfield (1977).

El pacto de declaraciones y garantías es un trasplante legal de origen americano que combina y fusiona a las *representations* y las *warranties*, ambas figuras diferentes, con su propio ámbito de aplicación y con remedios distintos (rescisión en el primer caso y daños en el segundo), y que en la práctica corporativa han sido utilizadas de manera conjunta para dar lugar a una nueva institución contractual que actualmente se encuentra estandarizada en los contratos de M&A[28] y financiamientos[29], tanto en jurisdicciones del *Common Law* como del *Civil Law*[30].

Las *representations & warranties* funcionan como lo hace un contrato de seguro[31] y, como tal, su naturaleza jurídica consiste en crear una relación jurídica de garantía que no crea obligaciones, sino que transfiere riesgos, y no solo riesgos que estén dentro del control del declarante, sino –y sobre todo– riesgos desconocidos. De hecho, su utilidad está en la asunción de lo que se desconoce o ignora. De esta manera, las *representations & warranties* son el complemento ideal de la *due diligence*. A ellas se añade el pacto de *indemnities* para regular el pago de una compensación dineraria.

En un contrato para tomar control sobre una empresa o activo (de manera definitiva o temporal), siempre se pacta una cláusula destinada a las *representations & warranties* que realiza el vendedor (titular o propietario) en favor de su contraparte (comprador o adquirente)[32]. Estas declaraciones y garantías: (i) se clasifican según el objeto sobre el cual se realiza la declaración (capacidad legal, inexistencia de deudas, inexistencia de litigios, cumplimiento de la ley, entre otros); (ii) se realizan como ciertas, completas y exactas a la fecha de firma del contrato; (iii) pueden ser declaraciones generales y limpias, o estar calificadas (por materialidad, conocimiento o razonabilidad); (iv) tienen vigencia desde la fecha de firma hasta un momento posterior post-firma del contrato; (v) como único y exclusivo remedio aplicable ante el incumplimiento de lo declarado, se pacta el pago de una suma dineraria según la *indemnity*; y (vi) pueden pactarse declaraciones fundamentales que, como tales, se incluyen sin plazo y para dejar sin efecto el contrato (entre ellas, las declaraciones referidas a la capacidad legal para celebrar el contrato o sobre la titularidad de las acciones).

Al tratarse de una asignación de riesgos (conocidos y desconocidos), existirá una situación de incumplimiento en caso alguna de las declaraciones no sea cierta, exacta o completa a la fecha de firma. Como es una asunción de riesgos, incluso desconocidos, funciona como un régimen de responsabilidad objetiva, que no admite como defensas ni la ausencia de culpa ni el caso fortuito o fuerza mayor. Un declarante puede responder hasta por lo que no conoce por la simple razón que asumió el riesgo.

G. La indemnidad (*indemnity*)

La cláusula de indemnidad (*indemnity*) es el complemento de las *representations & warranties*, al ser su remedio convencional. La *indemnity* se pacta como el único y exclusivo remedio (*sole and exclusive remedy*) frente al incumplimiento de las declaraciones y consiste en un monto dinerario compensatorio. Al respecto, dos temas relevantes a tratar: (i) su naturaleza; y (ii) su distinción con las indemnidades civiles.

Primero, este monto dinerario no se paga por concepto de resarcimiento (responsabilidad civil), sino como una compensación general y global. El pago procederá según lo pactado en la cláusula de *indemnity* y el objetivo es que funcione como la indemnización que se paga en virtud de un contrato de seguro ante la materialización del riesgo asegurado. En efecto, en la cláusula de *indemnity* se pactan umbrales, deducibles y topes para definir el monto dinerario que se pagará, tal y como se pacta en un contrato de seguro. Por ejemplo, se puede pactar que solo se compensarán pérdidas que superen el monto de 100 y no desde el primer

[28] Sobre las *representations & warranties* en contratos de M&A, véase a García Long (2016).

[29] Sobre las *representations & warranties* en contratos de financiamientos, véase a García Long (2019).

[30] Las declaraciones y garantías son pactadas para complementar a las obligaciones y asignar riesgos que van más allá de la ejecución de prestaciones. Se usa esta combinación para fines más prácticos que teóricos. Una *representation* es la afirmación de un estado de hecho o derecho que induce una creencia y como tal, el remedio por incumplimiento es la rescisión, mientras que una *warranty* involucra una obligación de reparar. Como tal, la combinación de ambos conceptos tiene sentido práctico. De hecho, los ingleses prefieren usar solo a las *warranties*, porque una *misrepresentation* permitiría dejar sin efecto el contrato, lo cual no es el efecto deseado. Por el contrario, los americanos combinan ambos conceptos, pero se precisa que el remedio es el pago de una *indemnity* (monto dinerario), como si se pactara en contra del remedio ante una *misrepresentation*.

[31] Véase a Coates (2016a).

[32] También se pacta una cláusula específica para las *representations & warranties* que realiza el adquirente o comprador, aunque, en extensión, estas son ampliamente menores que las que realiza el titular o propietario, por la misma naturaleza de la operación.

dólar, sino por encima de 100 y hasta 200. Entonces, si se sufre un perjuicio por 300, ello calificará como un monto compensable y solo por el monto de 100 (de superarse el umbral, aplica el deducible y se compensa hasta el tope).

Incluso, no es raro que se pacte que el monto máximo que se pagará por *indemnity* sea el precio del contrato y, como tal, se entiende que el pago de una suma dineraria es una reducción (indirecta) del precio. La lógica es que el contrato se cierra en virtud de cierto precio y por la confianza en la veracidad de las declaraciones y garantías (que ayudan a definir lo que le suma y resta valor a la empresa, de modo que permite definir un valor y un precio respectivo). Incluso se pacta que las declaraciones son la razón fundamental que indujo a la firma del contrato (asimilándose, así, a la causa del contrato, para aquellos que creen en la misma). Pero si, posterior a la firma, se descubre que la empresa vale menos al no ser veraz alguna declaración, corresponderá que dicho costo sea asumido por el propietario y que proceda a devolver parte del precio recibido, lo cual se canalizará con la ejecución de la *indemnity*. Explicado ello, la *indemnity* se paga según lo que se haya pactado y no configura como supuesto de responsabilidad civil (aunque coloquialmente se hable de la 'responsabilidad' del propietario).

La distinción anterior es fundamental para evitar la incorrecta aplicación de la prohibición al pacto de cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad civil, que en el derecho peruano están reconocidas en los artículos 1328 y 1986 del Código Civil[33]. Al tratarse de figura extranjera, a veces no se usan los términos de manera exacta y por ello, es común que se haga referencia a una responsabilidad civil del vendedor. Sin embargo, en realidad, a lo que se refiere es a un aseguramiento, al pago de una compensación distinta. Cuando una compañía de seguros paga una indemnización, no lo hace porque fue responsable del daño del asegurado, sino simplemente porque se comprometió por contrato a asumir un riesgo y mantener indemne a su contraparte. Lo mismo ocurre con la *indemnity* y, como tal, queda fuera del ámbito de aplicación de las normas imperativas mencionadas.

Segundo, las *indemnities* que se pactan en este tipo de transacciones y que son típicas de los M&A, son distintas y más complejas que las indemnidades civiles, y esto es claro si recordamos que las *indemnities* se pactan como el único y exclusivo remedio ante el incumplimiento de las *reps & warranties*.

Para empezar, no confundamos los 'pactos de resarcimiento' con las indemnidades. Es usual que en la práctica contractual se incluya una cláusula que señala –de manera general– que el deudor será responsable frente al acreedor por los daños que le pueda causar o por los hechos de sus auxiliares. Esta cláusula es una de estilo que no tiene mayor valor legal desde que tales reglas ya se encuentran reguladas en ley aplicable, en nuestro caso, en el artículo 1321 del Código Civil[34] que regula la responsabilidad contractual por hechos propios del deudor y el artículo 1325[35] por hechos de terceros (entiéndase, auxiliares o personal) que usa el deudor para cumplir el contrato. En otras palabras, el pacto de resarcimiento solo repite –entiéndase, se remite a– las reglas de la responsabilidad contractual y, por ello, no representa una asignación alternativa y distinta de riesgos a lo que ya dispone la regla supletoria (salvo que se disponga algo en contra).

En tales casos, es cierto que el pago del resarcimiento mantiene indemne a la víctima, aunque no se trate de una cláusula de indemnidad. Sin embargo, cuando se habla de cláusulas de indemnidad, es importante definir su ámbito de aplicación para entender en qué sentido se emplea el término 'indemnidad', más allá de su uso coloquial.

Una cláusula de indemnidad tiene como objetivo asignar el costo de actos ocasionados por terceros, que podría presentarse frente a dos supuestos: (i) ante terceros plenamente identificados (como proveedores o subcontratistas); o (ii) ante reclamos de tercero.

En el primer supuesto, estamos ante una cadena de contratos de duración en donde el comitente tiene conocimiento que su deudor (contratista) se vale de otros contratos para cumplir con él.

---

33 Sobre esta discusión, véase a García Long (2017).

34 Artículo 1321.-

> Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída (Código Civil, 1984).

35 Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario (Código Civil, 1984).

Entonces, si un proveedor le falla al deudor, este fallará a su vez con el comitente, quien a su vez podría fallar frente al cliente final de la cadena de contratos. Para mitigar este riego, en el contrato entre el comitente y el contratista se puede pactar que este mantendrá indemne al comitente por los daños que pueda sufrir por el incumplimiento del proveedor, sub-contratistas u otros, incluso por causas no imputables al contratista. De esta manera, este pacto extiende la responsabilidad del deudor, sin perjuicio de la extensión que ya puede estar dispuesta en la ley para ciertos casos específicos.

En el segundo supuesto, estamos ante el típico caso de reclamaciones de terceros[36]. Un ejemplo se presenta en los casos de destaque de personal, donde el cliente le exige al prestador del servicio que lo mantenga indemne frente a cualquier reclamo laboral del personal a su cargo. Podría ocurrir que el prestador incumpla la normativa laboral con su personal y que, a pesar de que el cliente no sea responsable frente a tal personal, sea demandado y deba defenderse. El pacto de la indemnidad permite asignar este riesgo y costo.

Las *indemnities* de un M&A se pactan para cubrir, primero, daños derivados del incumplimiento directo de las declaraciones hechas por una parte a título personal y, segundo, por daños derivados de reclamos de terceros que representen el incumplimiento de tales declaraciones.

Si el vendedor declara que la empresa no tiene pasivos ambientales, la declaración se incumple si la contraparte descubre la existencia de algún pasivo oculto. Pero si, además de la existencia misma del pasivo y del desvalor en la empresa que ello representa, un tercero interpone un litigio ambiental contra el nuevo propietario, la declaración también se tendrá por incumplida, porque hará que la declaración ambiental no sea cierta. En otras palabras, el adquirente puede tomar conocimiento del pasivo una vez que empieza a dirigir la empresa o porque le llega una notificación sobre el inicio de un reclamo. Estamos ante dos costos, el del pasivo mismo y los derivados de la defensa frente al reclamo. Conforme a las *indemnities*, estos costos son asignados al vendedor.

Tratándose de un reclamo de tercero, adicionalmente regirán otras disposiciones contractuales destinadas a definir: (i) la administración de la defensa frente al reclamo del tercero (si es conjunta entre el vendedor y adquirente, o no); (ii) cómo poner fin al reclamo del tercero (si se debe litigar hasta la emisión de una sentencia o laudo, si se admite transar y sobre qué materias, con o sin asunción de responsabilidad, entre otros); y (iii) cómo se asignan los costos del litigio (si se asumen directamente o son reembolsados al final).

H. La cláusula de supervivencia (*survival*)

Otro pacto relacionado para tener en cuenta es la supervivencia de las declaraciones y garantías. Usualmente, las declaraciones se hacen a la fecha de firma del contrato y deben permanecer como inalterables hasta la fecha de cierre. Sin embargo, también se extienden hasta una etapa post cierre como una forma de garantía o extensión de cobertura, de manera similar a como funcionan las obligaciones de saneamiento. En vista de que las declaraciones funcionan como un seguro, lo que hace el pacto de supervivencia es extender la cobertura del seguro hasta una etapa posterior a la firma y cierre del contrato.

La precisión anterior es importante, ya que muchas cláusulas de supervivencia son redactadas de manera imprecisa, hasta el punto de que podrían ser consideradas como nulas. Usualmente, se considera que la supervivencia es el plazo que tendría la parte interesada para realizar un reclamo por incumplimiento de las declaraciones y garantías. La complicación surge cuando este plazo de supervivencia es pactado de tal manera que da a entender que cualquier reclamo debe realizarse dentro del plazo indicado, caso contrario, no procederá el mismo, como si se extinguiera la acción. Si tal fuera la intención del plazo, ello representaría el pacto de periodos de prescripción o caducidad, los cuales, conforme al derecho peruano son nulos, porque solo la ley define los plazos de prescripción o caducidad conforme a los artículos 2000[37] y 2004[38] del Código Civil respectivamente.

I. Los derechos de preferencia

Si estamos ante un contrato de uso, será necesario incluir alguna preferencia en favor del titular del activo en el supuesto que, una vez vencido el contrato, quiera tomar posesión definitiva y permanente sobre el activo inmobiliario (usualmente con su compra).

[36] Véase a Corral Talciani (2019).

[37] Artículo 2000.- Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción (Código Civil, 1984).

[38] Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario (Código Civil, 1984).

Al respecto, dos precisiones previas. Primero, el término 'preferencia' es usado de manera amplia en el derecho civil para enunciar diversos tipos de derechos, sea porque son nombrados como derechos de preferencia o porque su función consiste en otorgar alguna prioridad frente a terceros[39]. En específico, en el derecho de contratos, los derechos de preferencia que permiten suscribir un contrato futuro usualmente no cuentan con una regulación general que delimite el contenido de este tipo de derechos y permita a las partes, con base en tal ámbito de aplicación, pactar cláusulas particulares que se amolden a su operación. Por el contrario, y de manera concreta, el Código Civil regula al derecho de preferencia en sus artículos 1614[40] y 1615[41] para el caso del contrato de suministro[42], el cual puede ser usado como guía y punto de partida para ser pactado en otros tipos contractuales.

Segundo, la práctica contractual presenta una interacción entre los derechos de preferencia –entendidos en sentido amplio– del *Civil Law* y aquellos pactos específicos de preferencia que han sido importados del *Common Law*, estos últimos creados para ser más adecuados a la operación específica y cuya fuente y desarrollo se encuentra en la autonomía privada.

Esta interacción demuestra las diversas alternativas legales que tienen las partes a su disposición para regular cómo negociarán la posibilidad de celebrar un contrato futuro. A continuación, presentamos los pactos de preferencia que podrían incorporarse en una transacción inmobiliaria, los cuales serán enunciados de menor a mayor según su fuerza en favor del beneficiario del pacto para celebrar un nuevo contrato sobre el activo específico:

a) *Right of First Offer* (en adelante, ROFO): el ROFO es un pacto de origen anglosajón. Su contenido se caracteriza por tener: (i) preferencia; y (ii) exclusividad. Es el derecho de preferencia más débil para su beneficiario y, en consecuencia, la mejor opción para el otorgante.

El ROFO le otorga a su beneficiario un derecho de preferencia para negociar y presentar una oferta destinada a celebrar un futuro contrato sobre el activo antes que cualquier tercero. Durante el plazo pactado, el beneficiario gozará de exclusividad por parte del otorgante para presentar la oferta y negociar sobre ella, sin la competencia de terceros. El otorgante, a su vez, tendrá la libertad de aceptar o rechazar la oferta. Al respecto, se pueden incluir criterios para restringir la libertad del otorgante de rechazar la oferta, por ejemplo, que deba considerar la oferta de buena fe o realizar sus mejores esfuerzos para aceptarla, incluso exponer sus razones fundamentadas en caso de negativa, o la incorporación de algún umbral o elemento objetivo que pueda ser tomado en cuenta para que la oferta sea válidamente rechazada y así el ROFO no se convierta en un pacto inútil.

Si bien la preferencia en presentar la primera oferta solo tiene sentido si el beneficiario tiene exclusividad, es importante definir el contenido de tal exclusividad desde que su ámbito de aplicación dependerá y estará sujeto a ciertos pactos específicos como los de *no-talk* (no hablar), *no-ask* (no preguntar), *no-help* (no ayudar), *non-solicitation* (no solicitar), *no-shop* (no comprar), *no-negotiate* (no negociar), entre otros[43].

Entonces, aunque, de manera general, el otorgante se obliga a no buscar ofertas de terceros durante el plazo de la exclusividad,

[39] Véase, por ejemplo, las preferencias reguladas en los artículos 323, 989, 1582.1, 1614, 1615 y 1798 del Código Civil.

[40] Artículo 1614.- En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor (Código Civil, 1984).

[41] Artículo 1615. En el caso previsto en el artículo 1614, la parte que tenga la preferencia deberá comunicar en forma indubitable a la otra las condiciones propuestas por terceros. El beneficiado por el pacto de preferencia, a su vez, está obligado a manifestar dentro del plazo obligatoriamente fijado, su decisión de hacer valer la preferencia (Código Civil, 1984).

[42] Su antecedente se encuentra en el artículo 1566 del Código Civil italiano que regula *al patti di preferenza* para la *ministrazione* y cuyo texto original es el siguiente:

> Il patto con cui l'avente diritto alla somministrazione si obbliga a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto, è valido purché la durata dell'obbligo non ecceda il termine di cinque anni. Se è convenuto un termine maggiore, questo si riduce a cinque anni.
>
> L'avente diritto alla somministrazione deve comunicare al somministrante le condizioni propostegli da terzi e il somministrante deve dichiarare, sotto pena di decadenza, nel termine stabilito o, in mancanza, in quello richiesto dalle circostanze o dagli usi, se intende valersi del diritto di preferenza (1942).

[43] Véase a Gimeno (2017).

dicha obligación podrían estar sujeta a ciertos matices. Si el otorgante otorga exclusividad en favor del beneficiario para 'no negociar' con terceros, podría quedar fuera del ámbito de aplicación de la cláusula los actos destinados a 'facilitar' la formulación de una oferta por parte de un tercero y, así, escapar del ámbito de aplicación de lo expresamente pactado. Recordemos que este tipo de pacto no se encuentra reconocido de manera general en jurisdicciones civilistas, de manera que se regirán –y debe regirse– estrictamente por lo pactado.

Un pacto que no contiene el ROFO es el derecho de igualar (*matching rights*) ofertas de terceros. Si el otorgante cumple con la exclusividad pactada en favor del beneficiario y a pesar de ello recibe una oferta de tercero y con mejores términos, tendrá la libertad de aceptar esa mejor oferta y no se encontrará en incumplimiento frente al beneficiario si rechaza la suya. Frente a la oferta del tercero, el beneficiario no tiene derecho a que se le traslade dicha mejor oferta ni tiene derecho a igualarla. Ante ello, un ROFO no asegura al beneficiario que logrará celebrar el contrato.

b) *Right of First Refusal* (en adelante ROFR): el ROFR también es un pacto de origen anglosajón. Su contenido se caracteriza por tener: (i) preferencia; y (ii) derecho de igualar. Es un derecho de preferencia más fuerte en favor del beneficiario que el ROFO y, en cierta manera, logra equilibrar los intereses de ambas partes al proteger el interés del beneficiario de celebrar el contrato, sea lo que le cueste, y el interés del otorgante de celebrar el contrato en los mejores términos y condiciones posibles en el mercado.

El ROFR le otorga a su beneficiario un derecho de preferencia para celebrar un contrato sobre el activo, no solo con la presentación de una oferta antes que cualquier tercero, sino con la posibilidad de igualar cualquier mejor oferta que pueda presentar un tercero.

El otorgante realmente no le otorga exclusividad al beneficiario, porque la lógica es que tenga la libertad de buscar los mejores términos y condiciones para asignar el activo, pero, como contrapartida, ve limitado su derecho a elegir a su parte contractual desde que se obliga a trasladarle al beneficiario los mejores términos que pueda ofertar un tercero y a celebrar el contrato con el beneficiario en tales mejores términos si este ejerce su derecho a igualar. De esta manera, el beneficiario se asegura que no perderá el activo, siempre y cuando esté dispuesto a asumir el respectivo costo (los mejores términos del tercero).

Al respecto, un tema esencial es definir hasta cuándo se promueve la competencia de ofertas y en qué momento se considera celebrado el contrato con el beneficiario, a efectos de definir en qué momento se entiende cerrada la posibilidad de que se sigan considerando ofertas de terceros. El mejor escenario para el otorgante es que se produzca una subasta indefinida, mientras que el beneficiario preferirá recibir la menor cantidad de mejores ofertas de terceros. Ante ello, dos aspectos deben quedar claros en el pacto: (i) el plazo que tiene el beneficiario para igualar la oferta del tercero desde que la misma le es comunicada; y (ii) el hecho que el otorgante le traslada al beneficiario la mejor oferta del tercero en calidad de oferta propia y que, ante ello, al beneficiario le bastará con igualar –entiéndase, aceptar la oferta– para que se considere suscrito el contrato.

Finalmente, podría presentarse algún pacto híbrido que mezcle al ROFO y ROFR. Por ejemplo, un pacto que otorgue exclusividad en favor del beneficiario y le prohíba al otorgante buscar mejores ofertas de terceros, pero igual le otorgue al beneficiario el derecho a igualar los términos de una mejor oferta de tercero que pueda aparecer sin que haya sido solicitada por el otorgante.

c) Compromiso de contratar: se trata de un contrato preparatorio de tradición civilista, pero que también puede ser visto como un pacto de preferencia. El beneficiario podría acordar con el otorgante los términos esenciales del futuro contrato y dejar para una negociación posterior algunos aspectos secundarios. Bajo este escenario, si bien aún se necesitará negociar los términos restantes, el beneficiario tendrá seguridad que el contrato se celebrará en cierto momento y que, en caso no cuente con la colaboración del otorgante para cerrar el contrato, podrá demandar ante un juez la celebración del mismo.

La posibilidad de demandar la celebración del contrato es un remedio que no se encuentra presente en el ROFO y ROFR, al no

haber acuerdo *ex ante* sobre los elementos esenciales del contrato futuro: en el ROFO, porque solo consiste en un derecho para ofertar primero y negociar, y en el ROFR, porque los términos del eventual contrato recién serán definidos cuando aparezca la oferta del tercero.

d) Contrato de opción: también consiste en un contrato preparatorio de carácter civilista y en la práctica es usado para dar preferencia. Este es el derecho de preferencia más fuerte que se puede otorgar en favor del beneficiario desde que el mismo contiene todos los elementos del futuro contrato y la voluntad anticipada del otorgante de celebrar tal contrato con el beneficiario, de manera que bastará con la declaración de voluntad del beneficiario para que se tenga por celebrado el contrato. Así y, cuando el beneficiario lo desee, podrá celebrar el contrato a su sola discreción (siempre dentro de los límites de lo pactado).

Si bien en teoría el compromiso de contratar y la opción serían los pactos de preferencia más fuertes en favor del beneficiario, en la práctica no son los más usados, pues tales pactos implican cierta completitud en su contenido, lo cual usualmente es complicado de definir desde el principio. Las partes pueden tener la intención de celebrar un contrato definitivo sobre el activo, pero aún no saben bajo qué términos y condiciones. Celebrar un compromiso de contratar o una opción es algo muy cercano a celebrar el contrato definitivo y, para ello, se debe tener mucha información, la cual usualmente no está disponible.

Por ejemplo, en el caso de un contrato de usufructo, las partes pueden llegar a un acuerdo sobre el usufructo y proyectarse sobre la posibilidad de celebrar una compraventa, pero no están preparados para definir todos los términos de tal futuro contrato. Por ello, precisamente, celebran un usufructo y no una compraventa, dado que el interés de las partes está enfocado en una explotación temporal del activo, sin perjuicio de pensar en la posibilidad de negociar una explotación definitiva y permanente. Por ello, si bien no es posible definir *ex ante* los términos definitivos de la compraventa, sí pueden agregar un pacto que les permita fijar cómo procederían con la negociación respectiva.

Bajo este escenario, el ROFO y ROFR, a diferencia del compromiso de contratar y el contrato de opción, otorgan mayor flexibilidad a las partes para pactar una preferencia relacionada a la celebración de un futuro contrato sin la necesidad de definir sus términos y condiciones de manera anticipada, los cuales recién serán determinados al momento de presentar la primera oferta o cuando se conozca de la oferta formulada por un tercero.

IV. REFLEXIONES

El repaso por toda esta estructura contractual del M&A inmobiliario nos demuestra la riqueza del derecho contractual, el cual está en la autonomía privada y en la libertad de definir libremente el contenido del contrato mientras no se vulnere norma imperativa. Esto significa que el derecho contractual se va adaptando día a día a las necesidades de las partes y la operación en juego.

Incluso en la práctica se puede observar el ejercicio de un derecho vivo y extranjero que se opone o complementa al derecho nacional de origen civilista. Se puede experimentar una importación contractual que deroga la ley nacional o un pacto extranjero que se incluye para complementar e interaccionar con instituciones tradicionales del derecho civil.

A su vez, el campo del M&A evidencia una interesante interacción entre el derecho societario y el contractual, algo que es muy evidente en la práctica profesional, pero a veces ignorada en las aulas de las facultades de derecho, donde los civilistas se sienten alejados del derecho societario o los corporativistas alejados del derecho civil, cuando en realidad operan uno al lado del otro.

En general, el M&A inmobiliario es un buen ejemplo de cómo se estructuran operaciones complejas en el mercado y de la interacción de diversas ramas del derecho que se combinan para canalizar la asignación de activos a sus usos más valiosos.

REFERENCIAS

American Law Institute (1981). *Restatement Second of the Law of Contracts*.

Armour, J., Hansmann, H., & Kraakman, R. (2009). What is Corporate Law? En R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, M. Pargendler, W. Ringe, and E. Rock (eds.), *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (pp. 1-33). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198739630.001.0001

Barrio Gallardo, A. (2014). La respuesta española a la proliferación de cartas de intenciones en la

contratación privada. *Revista de Direito Brasileira*, *9*(4), 172-182. http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2014.v9i4.2922

Buendía de los Santos, E. (2016). El rompecabezas de la confianza. La letter of intent y el memorandum of understanding en el derecho contractual peruano y la responsabilidad contractual. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (43), 187-196.

Calvinho, G. (2005). La carta de intención y el memorándum de entendimiento. *Revista Foro Derecho Mercantil*, (9), 7-29.

Carrasco Perera, Á. (2004). Las cartas de intenciones. En J. M. Álvarez Arjona & A. Carrasco Perera (coords.), *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Editorial Arazandi.

Coates, J. C. (2012). *Allocating risk through contract: evidence from M&A and policy implications* (Working Paper No. 729). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2133343

(2016a). M&A Contracts: purposes, types, regulation and patterns of practice. En C. A. Hill. & S. Davidoff Solomon (eds.), *Research Handbook of Mergers and Acquisitions* (pp. 29-65). Edward Elgar Publishing.

(2016b). *Why have M&A contracts grown? Evidence from Twenty Years of deals* (Working Paper No. 333/2016). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862019

(2018). Mergers, acquisitions, and restructuring: types, regulation, and patterns of practice. En J. N. Gordon. & W. G. Ringe (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance* (pp. 570-602). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198743682.013.29

Corral Talciani, H. (2019). Una aproximación a la recepción de las "cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros" en el derecho de contratos chileno. En G. B. Ramírez Gastón & E. Varsi Rospigliosi (eds.), *Congreso Internacional de Derecho Civil "Diálogo entre disciplinas". Tomo I* (pp. 203-223). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Deloitte (2019). *Mercado de Fusiones y Adquisiciones de Latinoamérica. Segundo trimestre de 2019*. https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ar/Documents/finance/Mercado%20de%20Fusiones%20y%20Adquisiciones%20Latinoam%C3%A9rica%20T2-2019.pdf

Ernst & Young [EY] (2018). *En una era compleja para las M&A, ¿haces una pausa o avanzas? 19° Barómetro de la Confianza para la Inversión*. https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_gl/topics/ey-capital-confidence-barometer/ccb-pdfs/ey-barometro-de-la-confianza-para-la-inversion.pdf

Escobar Rozas, F. (2016). Contratación corporativa y evolución legal. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (70), 67-93.

Farnsworth, E. (1987). Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations. *Columbia Law Review*, *87*(2), 217-294. https://doi.org/10.2307/1122561

García Long, S. (2016). *Un Big MAC, por favor: La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

(2017). Arbitraje en fusiones y adquisiciones de empresas. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (72), 87-112. https://doi.org/10.18800/themis.201702.005

(2018a). ¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes. C.A. Soto Coaguila (coord.), *Fusiones & Adquisiciones* (pp. 193-257). Instituto Pacífico.

(2018b). El nacimiento y ascenso de los civil lawyers. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (73), 271-294. https://doi.org/10.18800/themis.201801.017

(2019). La estructura contractual de los financiamientos bancarios. En S. García Long (ed.), *Derecho Contractual Financiero: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 55-96). Ediciones Normas Jurídicas.

(2020). Mega transacciones: la estructura contractual y corporativa del leveraged buyout (LBO). En M. Salazar Gallegos (ed.), *Derecho Corporativo: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 341-385). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Gimeno Bevia, V. (2017). Los acuerdos de exclusividad en los procesos de adquisición de empresas. *Revista de Derecho Mercantil*, (304), 269-294.

Guirado, L. M. (2016). El mercado inmobiliario, foco de operaciones en 2016. *Capital & Corporate*, (35), 18-19.

Gulati, M., Scott, R. E. (2012). *The 3 ½ minute transaction. Boilerplate and the limits of contract design*. The University of Chicago Press.

Hernández Gazzo, J. L. (2003). Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. *Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I: Ley General de Sociedades* (pp. 1207-1225). Gaceta Jurídica.

Hill, C. A. (2001). A Comment on Language and Norms in Complex Business Contracting. *Chicago-Kent Law Review*, 77, 29-57.

(2013). Why Are Non-US Contracts Written in US Legalese? Some Preliminary Thoughts and a Research Agenda. En M. Freeman, Michael & F. Smith (eds). *Law and Language: Current Legal Issues Volume 15* (pp. 457-465). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199673667.003.0278

Hill, C. A. & King, C. (2004). How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words? *Chicago-Kent Law Review*, *79*(3), 889-926.

Huanco Piscoche, H. (5 de abril 2016). *¿Derecho inmobiliario?* Enfoque Derecho. https://www.enfoquederecho.com/2016/04/05/derecho-inmobiliario/

Hundskopf Exebio, O., Payet Puccio, J. A., Montoya Stahl, A. & Ferrero Álvarez-Calderón, G. (2017). Mesa redonda: reforma de la Ley General de Sociedades. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (72), 237-256.

Jensen, M. C. (2003). *A Theory of the Firm*. Harvard University Press. https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X

Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (1976). *Journal of Financial Economics*, *3*(4), 305-360. https://doi.org/10.1016/0304-405X(76)90026-X

Klass, G. (2009). Intent to contract. *Virginia Law Review*, *95*(6), 1437-1503.

Lau Gastelo, E. (2019). Breves apuntes sobre los FIBRAs y FIRBIs. El empleo de estos vehículos para combatir el déficit habitacional. En S. García Long (ed.), *Derecho Contractual Financiero: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario* (pp. 177-208). Ediciones Normas Jurídicas.

León Hilario, L. L. (2004). La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (49), 127-152.

Llodrà Grimalt, F. (2003). "Letter of intent", carta de intenciones, precontrato. *Derecho de los negocios*, (151), 14-30.

Marín Narros, H. D. (2012). Las invitaciones a negociar. *Revista de Derecho UNED*, (10), 367-393. https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11102

Navares González, S. G. (2011). La función de la carta de intenciones en la interpretación de los contratos celebrados por la empresa. *Iustitia*, (9), 215-241. https://doi.org/10.15332/iust.v0i9.898

Oviedo Albán, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Vniversitas*, (115), 83-116.

Parra Herrera, N. (2013). La autorregulación de los tratos preliminares. Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual. *Revista de Derecho Privado*, (50), 1-34.

Posner, R. A. y Rosenfield, A. M. (1977). Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, *6*(1), 83-118.

Quesada Sánchez, A. J. (2011). Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato. En K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Palazón Garrido & M. M. Méndez Serrano (coords.) *Derecho Privado Europeo y Modernización del Derecho Contractual en España* (pp. 55-107). Atelier.

Schwartz, A. y Scott, R. E. (2007). Precontractual liability and preliminary agreements. *Harvard Law Review*, *120*(3), 661-707.

Segura Riveiro, F. (2006). Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y aceptación. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (3), 23-60.

Vásquez Rebaza, W. (2018). Las cláusulas de formalidad convencional en la contratación contemporánea. En G. B. Ramírez Gastón & E. Varsi Rospigliosi (eds.), *Congreso International de Derecho Civil "Diálogo entre disciplinas". Tomo I* (pp. 347-366). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Watson, A. (1993). *Legal transplants. An approach to comparative law*. University of Georgia Press.

Zaldívar del Águila, R. y Castillo Vigil, P. (2017). Llegando al fondo de la inversión inmobiliaria: lo nuevo en FIBRA y FIRBI. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (72), 171-182. https://doi.org/10.18800/themis.201702.009

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, G.U. 27 de abril, 1942 (Italia).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).

LOS CÁNTAROS

RESTAURANTE

DIRECCIÓN:

Av. Lima 504 - Yanahuara
(a media cuadra de la Plaza de Yanahuara)

Pasaje Cabildo 103 Yanahura
(a media cuadra de la Plaza de Yanahuara)

RESERVAS

924524886

10.18800/themis.202301.014

EL FIDEICOMISO COMUNITARIO DE TIERRAS COMO INSTRUMENTO ÚTIL PARA LA GENERACIÓN DE VIVIENDA ASEQUIBLE EN PERÚ: RETOS, POTENCIALES OBJECIONES Y OPORTUNIDADES

THE COMMUNITY LAND TRUST MODEL AS A USEFUL TOOL FOR AFFORDABLE HOUSING IN PERU: CHALLENGES, POTENTIAL OBJECTIONS, AND OPPORTUNITIES

Gerson Barboza De Las Casas*
Pontificia Universidad Católica del Perú

The Community Land Trust is a collective stewardship land tenure model from the United States that has proven to be effective in both generating and maintaining affordable housing around the world. In this paper, we demonstrate that this model is needed as an alternative in the current housing policies. Subsequently, we identify the elements of the Community Land Trust, in accordance with American regulations and practice. Then, based on a review of the specialized literature, we gather the experiences of the implementation of this model in the United States, England, and Canada, as well as its recent spread in Latin America with the experiences of Puerto Rico and Brazil. Finally, we identify the challenges, potential objections, and opportunities for its implementation in Peru.

Keywords: Community Land Trust; long-term ground lease; superficies; affordable housing; housing policies, community-led housing; informality.

El Fideicomiso Comunitario de Tierras es un modelo de gestión colectiva de la propiedad privada de origen norteamericano que ha demostrado ser efectivo para generar y mantener asequible la vivienda en distintas partes del mundo. En el presente trabajo, evidenciamos la necesidad de incorporar este modelo como alternativa a las actuales soluciones habitacionales promovidas por las políticas de vivienda. Posteriormente, identificamos los elementos que presenta el Fideicomiso Comunitario de Tierras, conforme a la normativa y práctica norteamericana. Seguidamente, sobre la base de la revisión de la literatura especializada, recogemos las experiencias de la implementación de dicho modelo en Estados Unidos, Inglaterra y Canadá, así como su propagación en Puerto Rico y Brasil. Por último, identificamos los retos, potenciales objeciones y oportunidades de su implementación en el Perú.

Palabras clave: Fideicomiso Comunitario de Tierras; derecho real de superficie; vivienda asequible; políticas de vivienda, vivienda liderada por la comunidad; informalidad.

* 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

La presente investigación fue elaborada con el apoyo financiero del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la PUCP.

El autor agradece de manera especial y sincera al arquitecto urbanista Jorge Luis Hilario Pinto por sus valiosos aportes y comentarios al presente trabajo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 13 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible (en adelante, LDUS), ha regulado, por primera vez, el Fideicomiso Comunitario de Tierras (en adelante, FCT) con la finalidad de promover la generación de vivienda asequible para los sectores socioeconómicos de menores ingresos. Al respecto, el artículo 87 de la LDUS establece:

> **Artículo 87.- Fideicomiso comunitario de tierras**
> A efectos de promover la creación, desarrollo y administración de proyectos de vivienda, los Gobiernos locales pueden constituir o promover la constitución de **Fideicomisos Comunitarios de Tierras**, los cuales administran el suelo donde se lleva a cabo el proyecto que incluye total o parcialmente Vivienda de Interés Social, otorgando la titularidad de las viviendas que formen parte del proyecto por medio de la constitución de derechos reales de superficie (2021) [el énfasis es nuestro].

El FCT tiene su origen en el *Community Land Trust* (en adelante, CLT)[1] norteamericano y consiste, *grosso modo*, en la gestión colectiva de la propiedad privada. El modelo del CLT genera vivienda asequible otorgando derechos de superficie, especialmente para la población de los sectores socioeconómicos menos favorecidos o estructuralmente segregados (Gray & Galande, 2011, p. 247; Gray & Miller-Cribbs, 2012, pp. 410-412). En este sentido, el CLT es una alternativa a la generación de vivienda, basada en un modelo de tenencia de la tierra liderado por la comunidad (Swann, 1972, pp. 1-6).

Sin embargo, ¿puede el CLT ser una herramienta eficaz para la generación de vivienda asequible en Perú? En este artículo tratamos de responder a aquella pregunta a través de una revisión sistemática de la literatura especializada relativa a las experiencias en Estados Unidos de América (en adelante, EE. UU.), Inglaterra y Canadá, por un lado; y Puerto Rico y Brasil, por otro. Asimismo, examinamos los principales retos en la adaptación del CLT en el ordenamiento jurídico peruano y cómo este modelo puede mejorar las inadecuadas condiciones de vivienda de la población peruana.

Para ello, en primer lugar, desarrollaremos una visión general del problema central de la vivienda, esto es, las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población peruana, así como las causas de este problema y cómo se ha incrementado y acelerado en los últimos años. En segundo lugar, se analizan las políticas de vivienda desarrolladas en las últimas décadas y cómo, a pesar de su implementación, el problema no sólo persiste, sino que se ha incrementado.

En tercer lugar, proponemos una explicación a la persistencia del problema a partir del análisis de las causas y la necesidad de adoptar nuevos modelos de gestión de la propiedad privada que faciliten la generación de vivienda asequible. En cuarto lugar, analizamos la figura del CLT como modelo de gestión colectiva de la propiedad privada y su configuración legal en EE. UU.

Finalmente, como quinto punto, mostramos las evidencias recogidas, a partir de la revisión de la literatura especializada, sobre cómo ha funcionado el CLT en diferentes países, así como los factores que contribuyen positivamente a su implementación y qué otros resultan particularmente difíciles de superar. Finalmente, se ofrecen reflexiones finales sobre los retos, potenciales objeciones y oportunidades para la implementación del CLT en el Perú, a partir de las experiencias de otros países.

II. PROBLEMA CENTRAL: INADECUADAS CONDICIONES DE HABITABILIDAD DE LA POBLACIÓN

Según el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (en adelante, MVCS), el déficit habitacional en el Perú es de alrededor de 1.5 millones de viviendas y afecta principalmente a la población de ingresos moderados y bajos (Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA, 2021). Frente a ello, al no poder costearse una nueva vivienda o mejorar la propia, parte de la población se ve obligada u opta por ocupar y vivir en asentamientos informales o barrios marginales, la mayoría de ellos sin acceso a servicios públicos como agua, alcantarillado o electricidad, ni a espacios públicos como parques y centros recreativos (Calderón, 2019a; Shanee & Shanee, 2016; Skrabut, 2021).

Las inadecuadas condiciones de habitabilidad interna[2] se deben al acceso limitado e inequitativo

---

[1] Para referirnos al modelo original emplearemos las siglas CLT. Cuando hablemos específicamente del caso peruano utilizaremos FCT.

[2] Al respecto, Landázuri y Mercado señalan:

> 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).

a una vivienda adecuada. Por un lado, la oferta de nuevas viviendas es bastante limitada en comparación con la elevada demanda de vivienda. De otro lado, debido a la escasa oferta de vivienda, esta suele ser inasequible para una parte considerable de la población. En otras palabras, como indican Espinoza y Fort, no sólo hay una cantidad limitada de viviendas nuevas, sino que a menudo no están destinadas a la población con ingresos bajos y moderados (2020a, pp. 15-19).

Gráfico 1. Condiciones de vivienda inadecuadas

Fuente: Elaboración propia a partir del Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA (2021).

Sin embargo, esto resulta ser un problema constante en las ciudades de rápido crecimiento. Actualmente, de acuerdo con Espinoza y Fort, casi el 90% del crecimiento urbano se produce en condiciones informales, asimismo, este fenómeno se estaría acelerando. En consecuencia, de acuerdo con los mismos autores, el déficit de vivienda tenderá a aumentar con el paso de las décadas (2020b, p. 8).

Este panorama refleja la necesidad de buscar alternativas a la generación tradicional de viviendas que puedan paliar el déficit actual y futuro.

III. LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA Y LA PERSISTENCIA DEL PROBLEMA

A. Formalización de la propiedad informal y el crecimiento desorganizado de las ciudades

Desde nuestro punto de vista, las políticas públicas de vivienda en Perú giran en torno a tres conceptos centrales: programas de titulación, subsidios estatales y facilidades de acceso a créditos hipotecarios. En relación con el primero, desde hace algunas décadas, la prioridad del Estado ha sido otorgar títulos de propiedad a familias (en su mayoría migrantes de las zonas rurales de la región andina) que, ante la imposibilidad de acceder a una vivienda formal, optaron por ocupar grandes extensiones de terreno sin contar con un título habilitante (Calderón, 2011, 2012; Lambert, 2021; Payne, 2001, 2004; Payne *et al*., 2009a, 2009b).

En consecuencia, durante décadas, las políticas públicas de vivienda se han centrado en la formalización de la propiedad informal a través del otorgamiento de títulos de propiedad que –en principio– proporcionarían una mejora en la calidad de vida de las personas que disponían de un 'capital muerto' (Calderón, 2012, 2019b). A partir de políticas de vivienda basadas en la formalización de la propiedad informal, las familias podrían acceder al sistema financiero formal (mediante créditos hipotecarios) y, de esta manera, poder realizar mejoras en sus viviendas o iniciar un negocio que mejorara su calidad de vida. Nada más lejos de la realidad (Calderón, 2004, 2019b; Payne, 2001).

Tras décadas de programas de titulación, el trabajo parece no tener fin (Fernández-Maldonado, 2015). La política de vivienda basada en la formalización de la propiedad informal fomentó el fenómeno de las invasiones de tierras, que ya no eran solo de familias que migraban del campo a la ciudad en busca de un techo, sino que ahora se 'sofisticaron' al punto de operar a través de grandes mafias de tráfico de tierras. Las mafias organizadas de tráfico de tierras empezaron a desempeñar gradualmente un papel en la provisión de viviendas para las familias más necesitadas, dando lugar al fenómeno de los 'loteos piratas' o 'habilitaciones encubiertas' (parcelaciones de terrenos rústicos con la finalidad de evitar las normas sobre habilitaciones urbanas) (Lambert, 2021; Shanee & Shanee, 2016).

De esta manera, se desarrollaron grandes extensiones de terreno sin una adecuada planificación urbana ni cumplir con los requisitos legales mínimos de acceso a servicios como agua potable, alcantarillado, electricidad, ni los aportes legales de terrenos para el desarrollo de espacios públicos, hospitales, escuelas, parques zonales, etc.

Desgraciadamente, las políticas de vivienda destinadas a formalizar la propiedad informal se despreocuparon por el desarrollo urbano sostenible, de la planificación urbanística y de las proyecciones de crecimiento de las ciudades y los núcleos de población, bajo un modelo de desarrollo urbano o rural sostenible. Se dio prioridad a 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 (Fernández-Maldonado, 2015, pp. 17-18).

B. Programa de subsidios: Techo Propio

El otro eje central de la política de vivienda son los subsidios estatales concedidos directamente a

las familias de bajos ingresos, previa evaluación y selección. Al respecto, como se indicó, una de las causas del déficit de vivienda es que la oferta de viviendas adecuadas en el mercado inmobiliario es limitada y cada vez más cara (Espinoza & Fort, 2020b). En consecuencia, esta situación lleva al Estado a intervenir con subsidios directos.

Estos subsidios son otorgados por la empresa pública Fondo MiVivienda (en adelante, FMV), a través del programa Techo Propio, el cual está dirigido exclusivamente a familias de bajos recursos económicos para que puedan comprar, construir o mejorar su vivienda, la misma que contará con servicios básicos de luz, agua y desagüe.

El principal beneficio del programa Techo Propio es el Bono Familiar Habitacional (en adelante, BFH) y otorga a las familias hasta S/ 43 312.50 (USD 11 458.00, aproximadamente[3]) para comprar una vivienda nueva, hasta S/ 29 700.00 (USD 7 857.00, aproximadamente) para construir una y hasta S/ 11 385.00 (USD 3 011.00, aproximadamente) para mejorar la vivienda actual.[4]

En el caso de la compra de una vivienda, el BFH se otorga bajo la modalidad Adquisición de Vivienda Nueva (en adelante, AVN). Esta modalidad está dirigida a los hogares que no tienen vivienda ni terreno para que compren una Vivienda de Interés Social (en adelante, VIS) o VIS Priorizada[5]. En este caso el valor de la vivienda debe ser de hasta S/ 120 300.00 (USD 31 657.00, aproximadamente) y el bono se otorga conforme al siguiente detalle:

Gráfico 2. Programa Techo Propio bajo la modalidad AVN

Modalidad	Detalle	Valor de Vivienda	Valor del BFH
AVN	VIS Priorizada en Lote Unifamiliar	Hasta S/ 55 000.00 (USD 14 473.00)	S/ 46 530.00 (USD 12 244.00)
	VIS Priorizada en Edificio Multifamiliar/Conjunto Residencial/Quinta	Hasta S/ 68 000.00 (USD 17 894.00)	S/ 48 015.00 (USD 12,635.00)
	VIS en Lote Unifamiliar	Hasta S/ 96 300 (USD 25 342.00)	S/ 43 312.50 (USD 11 398.00)
	VIS en Edificio Multifamiliar/Conjunto Residencia/Quinta	Hasta S/ 120 300 (USD 31 657.00)	

Fuente: Adaptación del autor en base a (Fondo Mi Vivienda, s.f.)[6]

Aunque las ayudas del FMV tienen una gran acogida, estas resultan insuficientes para cubrir la gran demanda de vivienda y, además, depende directamente de los limitados recursos del FMV, por lo que no es una medida sostenible a largo plazo. Aunque es un paliativo para el déficit de vivienda, tiene poco impacto en la reducción del déficit de vivienda asequible. Además, el aumento de los precios del suelo, la vivienda y los materiales de construcción hace que el subsidio entregado por el Estado tenga un valor real cada vez menor, en la medida que los ingresos de las personas no se incrementan al mismo ritmo.

C. Facilidades para el acceso a los préstamos hipotecarios: ¿qué tan 'social' es la Vivienda de Interés Social del Nuevo Crédito MiVivienda?

El último eje de la política de vivienda se centra en el papel del Estado como facilitador del acceso al crédito hipotecario. En este caso, también a

[3] Para el presente trabajo se emplea una tasa referencial de S/ 3.78 por dólar americano.

[4] Para más información sobre el programa Techo Propio, véase a Fondo Mivivienda (s.f.a).

[5] **Artículo 2.- Vivienda de Interés Social (VIS):**

Para efectos de la presente Ley, **Vivienda de Interés Social** es una solución habitacional cuyo valor máximo es el equivalente a veinte (20) UIT. Dicho valor máximo se actualiza mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento y por el Ministro de Economía y Finanzas. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento - MVCS se establece el valor de las viviendas a priorizarse dentro del Programa Techo Propio (Ley 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional, 2007) [el énfasis es nuestro].

[6] Para más información sobre el programa Techo Propio en la modalidad AVN, véase a Fondo Mivivienda, 2023.

través de la empresa pública FMV, el Estado interviene para que los bancos comerciales otorguen créditos hipotecarios para el financiamiento de la adquisición, mejora o construcción de una vivienda que cumpla con los –poco claros[7]– alcances de una VIS.

Bajo este esquema, el FMV opera como banco de segundo piso, es decir, no otorga el dinero directamente a los particulares, sino que lo entrega a los bancos comerciales, quienes, a su vez, otorgan el dinero a los particulares. Por tanto, el Estado asume el riesgo de impago del préstamo hipotecario.

Esta intervención se realiza a través del programa Nuevo Crédito Mivivienda, un préstamo hipotecario que permite la compra, construcción o mejora de una vivienda. El Nuevo Crédito Mivivienda financia viviendas entre S/ 64 200.00 (aproximadamente USD 16 802.00) y S/ 464 200.00 (aproximadamente USD 121 518) con un plazo de amortización de 5 a 25 años[8].

Entre los beneficios de la intervención del FMV como banco de segundo piso está que los deudores hipotecarios pueden realizar amortizaciones anticipadas en cualquier momento y que la cuota mensual del préstamo hipotecario (y el tipo de interés) será siempre la misma. Sin embargo, al tratarse de un préstamo hipotecario, la persona que solicita este programa debe acreditar unos ingresos mensuales fijos, así como tener estabilidad laboral y financiera.

En relación con ello, de acuerdo con el software calculador de cuotas de créditos hipotecarios de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP[9], la cuota más baja de un crédito hipotecario (S/ 486.39, aproximadamente USD 127.00) equivale a 47.45% de la Remuneración Mínima Vital (S/ 1 025.00, aproximadamente USD 269.00) y al 35.74% del ingreso promedio mensual nacional proveniente del trabajo entre el 2015 y 2020 (S/ 1 360.73, aproximadamente USD 358.00) (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2021, p. 571).

En otras palabras, en el marco del Nuevo Crédito Mivivienda, una familia de renta media debe destinar alrededor del 35 al 50% de sus ingresos mensuales para acceder a una nueva vivienda y esto se vuelve crítico para las familias de renta baja, que no pueden permitirse esta posibilidad con las herramientas típicas del mercado inmobiliario (Espinoza & Fort, 2020a, pp. 15-19). Por ejemplo, los trabajadores del mercado informal (Libertun de Duren & Osorio, 2020, pp. 724-725).

En resumen, si bien esta política puede ser útil para la clase media, no es una herramienta eficaz para las familias de menores recursos y que no es-

[7] Qué constituye una VIS para efectos del otorgamiento del Nuevo Crédito Mivivienda no resulta del todo cierto desde el punto de vista jurídico. De hecho, la definición legal de una VIS varía dependiendo de la norma a la cual se consulte. A continuación, presentamos las tres definiciones normativas que tiene la VIS en nuestro medio:

> **Artículo 81. Vivienda de Interés Social**
>
> […]
>
> 81.2. La **Vivienda de Interés Social** es la vivienda promovida por el Estado, cuya finalidad se encuentra dirigida a reducir la brecha del déficit habitacional cualitativo y cuantitativo. Incluye a la Vivienda de Interés Social de tipo Prioritaria, la cual se encuentra dirigida a favor de las personas ubicadas en los sectores I, II y III de la población agrupada según quintiles de ingreso y en especial a favor de aquellas que se encuentran asentadas en zonas de riesgo no mitigable o en situación de vulnerabilidad social (Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, 2021) [el énfasis es nuestro].
>
> **Artículo 41.- Promoción de proyectos de vivienda de interés social**
>
> 41.1 La **Vivienda de Interés Social** es aquella solución habitacional subsidiada por el Estado y destinada a reducir el déficit habitacional cualitativo y cuantitativo, cuyo valor máximo y sus requisitos, se encuentran establecidos en el marco de los programas Techo Propio, Crédito Mivivienda, así como cualquier otro producto promovido por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, aprobado por Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, 2017) [el énfasis es nuestro].
>
> **Artículo 2.- Vivienda de Interés Social (VIS)**
>
> Para efectos de la presente Ley, **Vivienda de Interés Social** es una solución habitacional cuyo valor máximo es el equivalente a veinte (20) UIT. Dicho valor máximo se actualiza mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento y por el Ministro de Economía y Finanzas. Mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento - MVCS se establece el valor de las viviendas a priorizarse dentro del Programa Techo Propio (Ley 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional, 2002) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, dependiendo del ámbito de aplicación (urbanístico, habilitaciones y edificaciones o subsidios estatales), la definición y alcances de la VIS variarán de manera significativa, situación que agrava la claridad sobre cómo finalmente debe intervenir el Estado para propiciar una generación efectiva de la VIS.

[8] Para más información sobre el programa Nuevo Crédito Mivivienda, véase a Fondo Mivivienda (s.f.b).

[9] Calculado para un crédito hipotecario Mivivienda por S/ 54 000.00 a 15 años. Para más información sobre el calculador de créditos hipotecarios véase a Superintendencia de Banca y Seguros (s.f.).

tán en la formalidad laboral y financiera. En este sentido, no es una política de vivienda eficaz para cerrar la brecha de vivienda asequible para los sectores socioeconómicos bajos y extremadamente bajos (Calderón, 2009).

IV. REFLEXIONES SOBRE LAS POLÍTICAS DE VIVIENDA PERUANAS: LA PROPIEDAD PRIVADA INDIVIDUAL COMO ÚNICO ESQUEMA DE GENERACIÓN DE VIVIENDA ASEQUIBLE

Las políticas de vivienda expuestas llevan décadas aplicándose; sin embargo, las elevadas cifras de déficit de vivienda evidencian que son ineficaces para brindar una salida a la actual crisis de la vivienda. Es difícil identificar una única causa de la persistencia del problema y de la ineficacia de las políticas de vivienda. No obstante, consideramos que el problema central es que las políticas descritas anteriormente no abordan directamente el problema de las inadecuadas condiciones habitabilidad interna, sino que, por el contrario, contribuyen a agravarlo, como se refleja en los estudios de Espinoza y Fort (2020a; 2020b).

Señalamos anteriormente que la causa directa del problema de las inadecuadas condiciones de habitabilidad interna de la población es el acceso limitado e inequitativo a soluciones habitacionales adecuadas. Asimismo, esta causa directa tiene como causa indirecta la limitada oferta de vivienda digna y adecuada para la población en condiciones de vulnerabilidad, sectores medios y bajos.

La dificultad de las políticas de vivienda se basa en la premisa del acceso a la vivienda a través de las reglas del mercado inmobiliario (Calderón, 2012). Es decir, se pretende que la persona o familia que desee obtener una vivienda sea subsidiada por el Estado para situarse en 'igualdad de condiciones' con los demás agentes del mercado. Sin embargo, esto genera una distorsión que, a largo plazo, crea una ficción en la demanda real de vivienda.

Esto lleva, por un lado, a un aumento del valor del suelo, debido a una alta demanda subsidiada o promovida por el Estado; y, por otro, a que agentes del mercado, como los agentes inmobiliarios o las personas que buscan invertir en inmuebles, también entren en el mercado (Hawley *et al*., 2018).

Lamentablemente, los subsidios públicos y la promoción estatal no siguen el ritmo del desarrollo inmobiliario, lo que significa que los costes de la vivienda aumentan cada vez más sin que los ingresos de las personas, así como la formalización laboral y el acceso al sistema financiero formal, sigan su ritmo (Libertun de Duren & Osorio, 2020). Este desajuste entre el aumento del valor del suelo (y por tanto de las viviendas) y el aumento de los ingresos de la población hace que el déficit de vivienda no pueda paliarse de forma significativa, ni siquiera con la intervención del Estado (Calderón, 2009, 2015; Espinoza & Fort, 2020a; Fernández-Maldonado, 2015).

Otro aspecto relevante es el modelo de vivienda y la forma en que se gestiona. Gran parte del desarrollo inmobiliario en el sector de la vivienda se ha llevado a cabo mediante la construcción de edificios por departamentos (propiedad horizontal). Luego, las políticas de vivienda –al menos en lo que se refiere a programas de subsidios y facilidades de acceso a créditos hipotecarios para la VIS– se centra (mayormente) en viviendas tipo apartamento, incluso motivando que la única forma para generar VIS sea a través del incremento del coeficiente de edificación y la altura en los edificios[10].

Inconvenientemente, las viviendas en edificios por departamentos tienen un coste prohibitivo para los destinatarios de la VIS y VIS Priorizada, en términos de adquisición y habilitación del suelo, construcción, financiamiento y mantenimiento, toda vez que se trata de un tipo de vivienda que requiere la intervención de diversos intermediarios. Por consiguiente, su producción es bastante costosa y, en consecuencia, la población con bajos ingresos queda excluida de acceder a ellos. En otras palabras, las políticas de vivienda tienen un grave sesgo de focalización, porque los recursos y esfuerzos del Estado no favorecen a las personas en situación de vulnerabilidad o de los sectores socioeconómicos más bajos.

Por último, un aspecto fundamental desde nuestro punto de vista es la asociación implícita entre vivienda y propiedad privada individual. Es decir, el acceso a la vivienda se vincula al derecho de propiedad exclusiva (Torres & Ruiz-Tagle, 2019), dejando de lado otros mecanismos como la vivienda en alquiler, los modelos cooperativos o los modelos de gestión colectiva de la propiedad.

Bajo esa premisa, en el presente artículo proponemos escindir la vivienda del concepto tradicional de la propiedad privada individual, sobre todo aquella expresada a través de la propiedad horizontal. Para ello, exploramos el CLT como mecanismo de gestión colectiva de la propiedad privada que ha

[10] Ello se muestra con claridad en el recientemente publicado proyecto de Reglamento de Vivienda de Interés Social, cuya publicación fue autorizada por Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA.

demostrado su eficacia al momento de generar y mantener la vivienda asequible, incluso frente a procesos de gentrificación y el aumento del valor del suelo debido a prácticas especulativas. Sin embargo, también analizamos los retos y posibles objeciones en su implementación en el Perú.

V. HACIA UN NUEVO MODELO DE TENENCIA DE LA TIERRA: EL *COMMUNITY LAND TRUST*

Desde sus orígenes en las zonas rurales estadounidenses[11], el modelo CLT se ha ido extendiendo progresivamente en el contexto urbano[12], incluso en otros países y regiones –principalmente, en Inglaterra y Canadá (Archer, 2022; Ayoade *et al*., 2019; Ayoade & Ahmed, 2014; Bates, 2022; Bunce, 2020; Kip & Oevermann, 2022; Paterson & Dunn, 2009; Thompson, 2015, 2020) y, en menor medida, en Bélgica (Aernouts & Ryckewaert, 2018), Australia (Crabtree, 2014), Kenia (Bassett, 2005; Simonneau & Bassett, 2021), Asia Meridional (Sholder & Hasan, 2021) y América Latina (Algoed *et al*., 2018; Colón, 2020; Davis y Fernández, 2020; Fidalgo-Ribeiro, 2020; Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2021; Hernández-Torrales *et al*., 2021)–, demostrando ser una herramienta eficaz para la generación de soluciones habitacionales en los segmentos poblacionales de menores ingresos.

El CLT puede entenderse tanto como una entidad legal 'constituida para mantener la tierra en custodia' como un mecanismo colectivo para gestionar la tierra 'para el bien común' bajo el marco de propiedad tradicional (International Independence Institute, 1972, pp. 1-2; The Institute for Community Economics, 1982, p. 31). En otras palabras, se mantiene un esquema típico de propiedad de pleno dominio, pero bajo un enfoque de gestión colectiva. Como afirma Meehan:

> El CLT es una organización que posee terrenos para lo que concibe como interés público, al tiempo que prevé el uso privado de los mismos mediante contratos de cesión de uso [lease agreements][13]. A través de la propiedad comunitaria del suelo, el CLT está en condiciones de poner límites a los precios de reventa, de ahí su contribución a la asequibilidad sostenida. **Esta conjunción de propiedad comunitaria de la tierra y propiedad privada de las mejoras económicas de la tierra –normalmente viviendas o cultivos– representa una combinación innovadora de formas de tenencia**. En Estados Unidos, la gente suele pensar que la tierra es de propiedad privada o estatal. El CLT es una organización privada pero cuasi pública en sus objetivos y operaciones. Representa una propiedad colectiva de la tierra, pero no busca la propiedad colectiva de las mejoras, como la vivienda (a diferencia de la vivienda pública). Se trata de una invención social concebida para abordar problemas sociales que sus creadores consideraban que no se resolvían adecuadamente mediante formas de tenencia privadas o públicas (2014, p. 116) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][14].

Asimismo, debe aclararse que la expresión 'fideicomiso de tierras' no debe confundirse con un

[11] El modelo de CLT comenzó con la New Communities Inc., creada en 1968 para los agricultores afroamericanos de las zonas rurales de Albany, Georgia, liderada por los activistas afroamericanos de los derechos civiles en el "Movimiento de Albany" (Davis, 2010b, pp. 11-18; The Institute for Community Economics, 1982, pp. 39-74), cuando Martin Luther King llevó al personal y a los trabajadores de la Southern Christian Leadership Conference (SCLC) a Albany "para desafiar de forma no violenta el férreo control de la segregación racial legalmente sancionada en esta comunidad sureña" (International Independence Institute, 1972, p. 16).

[12] Al respecto, Meehan, señala:

> Cada vez más, los CLT se convirtieron en un fenómeno urbano. Desarrollado como modelo para el desarrollo rural, el CLT se extendió a las ciudades y pueblos más rápidamente que a las zonas rurales. Como ya se ha mencionado, el primer CLT urbano se fundó en Washington, D.C., en 1976. Le siguieron los CLT de Cincinnati, Ohio (1980); Minneapolis, Minnesota (1981); Trenton, Nueva Jersey y Atlanta, Georgia (1982); Dallas, Texas (1983); Burlington, Vermont (1984); Camden, Nueva Jersey y Boston, Massachusetts (1985); Norwich, Connecticut (1986); y Nueva York, Nueva York (1988), entre otros (2014, p. 123).

[13] Cabe precisar que el CLT funciona a través del otorgamiento de cesiones en uso o arrendamiento bajo un *ground lease*, sin embargo, en el ordenamiento jurídico peruano el equivalente sería el derecho real de superficie, toda vez que se tratan de cesiones de entre 50 y 99 años. Asimismo, el derecho real de superficie refleja mejor la idea de una propiedad (separada del suelo cedido en uso) sobre las mejoras o construcciones sobre el suelo.

[14] Texto original:

> The CLT is an organization that holds land for what it conceives to be the public interest while providing for the private use of the land through lease agreements. Through community ownership of the land, the CLT is in a position to place limits on resale prices, thus its contribution to sustained affordability. This conjunction of community ownership of land and private ownership of economic improvements to the land-usually housing or crops-represents an innovative combination of tenure forms. In the United States, people usually think of land as privately owned or owned by the government. The CLT is a private organization but quasi public in its aims and operations. It represents a collective ownership of the improvements, but does not seek collective ownership of improvements, such as housing (in contrast to public housing). It is a social invention designed to address social problems that its originators did not feel were being adequately addressed either private or public forms of tenure.

fideicomiso inmobiliario ordinario. Como señala The Institute for Community Economics:

> **Fideicomisos inmobiliarios** [*real estate trusts*]**.** Un CLT es un fideicomiso [*trust*] en el sentido básico de que posee terrenos bajo una relación fiduciaria [*in trust*] en beneficio de toda la comunidad, pero no es un fideicomiso en el sentido jurídico tradicional. Un CLT es una organización sin ánimo de lucro [*non profit corporation*]. En cambio, un fideicomiso legal de tierras [*leal land trust*] o un fideicomiso inmobiliario [*real estate trust*] es una entidad privada con fines privados. Es un medio para mantener la propiedad para el bien de ciertos "beneficiarios" específicos, y está controlado por fideicomisarios específicos. **El fideicomiso legal de tierras es un acuerdo cerrado, mientras que el CLT es abierto y democrático** (1982, p. 30) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][15].

En sentido similar, el International Independence Institute señala que:

> **El concepto de confianza** [*trust*]. La elección de la palabra "fideicomiso" [*trust*] se basa en nuestro deseo como autores de hacer hincapié en la noción de "gestión fiduciaria" ["trusteeship"] o "cuidado" ["*stewardship*"]. Si la tierra es limitada, su uso debe regularse en aras del bienestar a largo plazo de todas las personas […] Esperemos que el fideicomiso comunitario de tierras [*community land trust*] no se confunda con un fideicomiso inmobiliario [*real estate trust*] ordinario que suele tener beneficiarios individuales y privados y cuyo propósito es la protección de beneficios privados (1972, p. 1) [el énfasis es nuestro].

En este punto, cabe resaltar que el CLT requiere un fuerte sentido de comunidad y una sólida estructura organizativa. De ahí que la participación de la comunidad a través de la asistencia técnica en la construcción de viviendas y el acceso al financiamiento son funciones claves en este modelo de gestión colectiva de la propiedad privada.

Desde un punto de vista jurídico, el actual modelo estándar estadounidense de CLT tiene cinco elementos básicos basados en la práctica (Lovett, 2020, pp. 625-630; Miller, 2015, pp. 355-358; Pierce *et al*., 2022, pp. 1203-1206), así como en la siguiente definición legal de (i) la Sección 233 de la Ley Nacional de Asequibilidad Cranston-Gonzales (S. 566, 1990) de 1990; y (ii) la Sección 502(a) de la Ley de Vivienda de 1949 (H.R. 1625, 2018), ambas modificadas por la Ley de Vivienda y Desarrollo Comunitario de 1992 (H.R. 5334, 2021):

> **Sección 233**
> […]
> (f) **Definición de fideicomiso de tierras comunitarias**. –Para los fines de esta sección, el término 'fideicomiso de tierras comunitarias' [*community land trust*] significa una organización de desarrollo de vivienda comunitaria […]–
> (1) que no está patrocinada por una organización con fines de lucro;
> (2) que se establece para llevar a cabo las actividades en virtud del párrafo (3);
> (3) que—
> (A) adquiere parcelas de tierra, mantenidas a perpetuidad, principalmente para la transmisión en virtud de cesiones en uso de tierra a largo plazo [*long-tern ground leases*];
> (B) transfiere la propiedad de cualquier mejora estructural ubicada en dichas parcelas cedida a los cesionarios [*leased parcels to the lessees*]; y
> (C) conserva una opción preferente de compra de cualquier mejora estructural de este tipo a un precio determinado mediante una fórmula diseñada para garantizar que la mejora siga siendo asequible a perpetuidad para familias con ingresos bajos y moderados [*low- and moderate-income families in perpetuity*];
> (4) cuya membresía corporativa esté abierta a cualquier residente adulto de un área geográfica particular especificado en los estatutos de la organización; y
> (5) cuya junta directiva—
> (A) incluya una mayoría de miembros que sean elegidos por la membresía corporativa; y
> (B) esté compuesta por igual número de (i) cesionarios [*lesees*] conforme al párrafo (3)(B), (ii) miembros corporativos que no sean cesionarios [*lesees*], y (iii) cualquier otra categoría de personas descrita en los estatutos de la organización (S. 566, 1990) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][16].

[15] Texto original:

> Real estate trusts. A CLT is a trust in the basic sense that it holds land in a fiduciary relationship for the benefit of the entire community, but it is not a trust in the traditional legal sense. A CLT is a nonprofit corporation. In contrast, a legal land trust or real estate trust is a private entity for private purposes. It is a means of holding property for the good of specific "beneficiaries," and is controlled by specific trustees. The statutory land trust is a closed arrangement, while the CLT is open and democratic.

[16] Texto original:

> (f) "Community land trust" defined

Sección 502(a)

[…]

(B) Para los propósitos de este párrafo, el término "fideicomiso de tierras comunitarias" [*community land trust*] significa una organización de desarrollo de vivienda comunitaria según se define dicho término en la sección 104 de la Ley Nacional de Vivienda Asequible Cranston-González (excepto que los requisitos bajo la sección 104(6)(C) y la sección 104(6)(D) no se aplicarán para los propósitos de este párrafo)–.

(i) que no esté patrocinada por una organización con fines de lucro;

(ii) que se establezca para llevar a cabo las actividades previstas en la cláusula (iii);

(iii) que—

(I) adquiera parcelas de terreno, mantenidas a perpetuidad, principalmente para su cesión mediante cesiones en uso de suelo a largo plazo [*long-tern ground leases*];

(II) transfiera la propiedad de cualquier mejora estructural situada en dichas parcelas cedidas a los cesionarios [*leased parcels to the lesees*]; y

(III) conserva una opción preferente de compra de cualquiera de dichas mejoras estructurales a un precio determinado mediante una fórmula diseñada para garantizar que la mejora siga siendo asequible a perpetuidad para familias con ingresos bajos y moderados; y

(iv) que tenga su membresía corporativa abierta a cualquier residente adulto de un área geográfica particular especificado en los estatutos de la organización (H.R. 1625, 1949) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][17].

Como se observa, el primer elemento básico es una entidad sin fines de lucro que compra y posee el terreno a perpetuidad, en régimen de derecho de propiedad privada, y lo gestiona en nombre de la comunidad. Adicionalmente, esta organización sin ánimo de lucro proporciona asistencia técnica como "(1) educación a los compradores de viviendas; (2) revisión y aprobación de préstamos para la compra o refinanciación de viviendas y líneas de crédito hipotecario[18]; (3) apoyo en las reparaciones de la vivienda; y (4) asesoramiento financiero o de mitigación de pérdidas" (Lowe & Thaden, 2016, p. 621).

For purposes of this section, the term "community land trust" means a community housing development organization (except that the requirements under subparagraphs (C) and (D) of section 12704(6) of this title shall not apply for purposes of this subsection)—

(1) that is not sponsored by a for-profit organization;

(2) that is established to carry out the activities under paragraph (3);

(3) that—

(A) acquires parcels of land, held in perpetuity, primarily for conveyance under long-term ground leases;

(B) transfers ownership of any structural improvements located on such leased parcels to the lessees; and

(C) retains a preemptive option to purchase any such structural improvement at a price determined by formula that is designed to ensure that the improvement remains affordable to low- and moderate-income families in perpetuity;

(4) whose corporate membership that is open to any adult resident of a particular geographic area specified in the bylaws of the organization; and

(5) whose board of directors—

(A) includes a majority of members who are elected by the corporate membership; and

(B) is composed of equal numbers of (i) lessees pursuant to paragraph (3)(B), (ii) corporate members who are not lessees, and (iii) any other category of persons described in the bylaws of the organization (42 U.S.C. 12773, 1990)

17 Texto original:

(B) For purposes of this paragraph, the term ''community land trust'' means a community housing development organization as such term is defined in section 104 of the Cranston-Gonzalez National Affordable Housing Act (except that the requirements under section 104(6)

(C) and section 104(6)

(D) shall not apply for purposes of this paragraph)—

(i) that is not sponsored by a for-profit organization;

(ii) that is established to carry out the activities under clause (iii);

(iii) that—

(I) acquires parcels of land, held in perpetuity, primarily for conveyance under long-term ground leases;

(II) transfers ownership of any structural improvements located on such leased parcels to the lessees; and

(III) retains a preemptive option to purchase any such structural improvement at a price determined by formula that is designed to ensure that the improvement remains affordable to low- and moderate-income families in perpetuity; and

(iv) that has its corporate membership open to any adult resident of a particular geographic area specified in the bylaws of the organization (42 U.S.C. 1472, 1949)

Se traduce el término '*lease*' como 'cesión en uso' a fin de que no se entienda que un *long-term ground lease* es equivalente a un 'arrendamiento del suelo de largo plazo'; toda vez que, como se menciona a lo largo de este artículo, el equivalente peruano sería el derecho real de superficie (artículo 1030 del Código Civil peruano) mas no el contrato de arrendamiento (artículo 1666 del Código Civil).

18 En similar sentido, véase a Arruñada y Lehavi (2010).

Por ello, el modelo CLT no debe considerarse únicamente como un mecanismo para proporcionar nuevas viviendas, sino también como una gestión comunitaria permanente y un apoyo para muchos fines además de la provisión de viviendas. Además, el asesoramiento profesional, la institucionalización del voluntariado, la contratación y formación de líderes comunitarios y las asociaciones de vecinos han sido siempre una necesidad en los primeros CLT (Gray & Galande, 2011, pp. 244-245; Gray & Miller-Cribbs, 2012, p. 402; Meehan, 2014, pp. 125-126).

La segunda característica clave es distinguir entre la propiedad sobre el terreno y la propiedad sobre las mejoras introducidas a una construcción previa o una nueva construcción sobre el suelo del CLT. Entonces, la construcción (vivienda) se concede a una familia entre 50 y 99 años como cesión en uso (*long-term ground lease*).

El tercer elemento es la restricción de la calidad de cesionario o 'restricciones de entrada', relativos a quiénes pueden formar parte del CLT. El cuarto elemento, de la mano con el anterior, son las limitaciones y controles sobre la transferencia posterior de los derechos del cesionario sobre la vivienda o 'restricciones de salida', que puede materializarse en un derecho preferente de adquisición (tanteo) en favor del CLT o 'impuesto de salida', que refleje el incremento del valor del suelo.

La última característica clave es la junta del CLT que garantiza el funcionamiento de la entidad sin ánimo de lucro y que incluye a residentes, miembros de la comunidad y autoridades locales (Lovett, 2020, pp. 626-630). También, se pueden incorporar gremios, asociaciones, universidades, colegios profesionales, siempre y cuando los estatutos del CLT permitan ello. Este elemento comunitario permite también un cierto equilibrio de poderes en la toma de decisiones.

Estos cinco elementos centrales han permitido la expansión del modelo dirigido por la comunidad. En este sentido, el marco jurídico que regule el FCT peruano debería incluir no sólo los aspectos relativos al derecho sobre la vivienda, sino también la estructura organizativa y los controles de acceso y salida del modelo.

VI. ¿FUNCIONA REALMENTE EL MODELO CLT?

El modelo CLT ha demostrado ser una poderosa herramienta para paliar los efectos negativos de la gentrificación en los barrios, contrarrestando la disminución de residentes de clase baja y media por efecto del desplazamiento, mitigando la tendencia a la baja de la asequibilidad de la vivienda y estabilizando el aumento excesivo de los precios de la vivienda (Archer, 2022, pp. 93-94; Choi *et al*., 2018, pp. 406-408).

Asimismo, se ha destacado el 'cuidado' (*care*) tanto de las personas como del lugar, a manera de rasgo definitorio del CLT, y que el éxito de este modelo depende en gran medida del compromiso y el esfuerzo del personal y los líderes comunitarios (Cahen *et al*., 2022, pp. 408-409), cuya importancia se ha reflejado con mayor intensidad en el contexto de la pandemia por la COVID-19 (Izuhara *et al*., 2022), así como durante las crisis financieras (Arruñada & Lehavi, 2010, pp. 9-14; Nelson *et al*., 2020, pp. 839-840).

En esta sección presentamos algunas experiencias concretas y significativas en las que el CLT ha demostrado tener resultados positivos en la mejora de las condiciones de vivienda de las personas y su entorno.

A. Metodología y alcances de la investigación

La presente investigación se enfoca en la identificación de los beneficios y desventajas asociadas con la implementación del CLT y su funcionalidad en la búsqueda de vivienda asequible, a través de la revisión sistemática de la evidencia recolectada por la literatura especializada sujeta a revisión por pares en los países de EE. UU., Inglaterra y Canadá, priorizando aquellos con casos de estudio e información directamente recolectada que demuestra la eficacia de dicho mecanismo en la búsqueda de vivienda asequible.

El presente trabajo también examina la funcionalidad del CLT, a través de la revisión de literatura especializada bajo revisión por pares y 'gris'[19], con especial referencia a su implementación en Puerto Rico y Brasil. En este caso, nos permite tener una aproximación de la implementación del CLT en contextos sociales de informalidad en la tenencia de la tierra, similares al peruano.

Finalmente, se comparan y discuten los hallazgos obtenidos en ambos contextos, estableciendo y resaltando los puntos de relevancia de cara a su implementación en el contexto nacional, identificando los principales retos, potenciales objeciones y oportunidades.

[19] La 'literatura gris' ('*grey literature*') refiere a la información producida fuera de las publicaciones académicas tradicionales o formales como reportes, *working papers*, noticias, documentos gubernamentales, discursos, publicaciones en portales web, etc.

Se debe precisar que, si bien la metodología parte de una comparación jurídica, se han considerados aspectos sociales y económicos que resultan de relevancia desde el punto de vista regulatorio, a fin de ser considerados en la reglamentación y adaptación del CLT en el contexto peruano. Bajo esta óptica, el 'trasplante legal' debe considerar no solo los aspectos normativos, sino también los distintos factores que influyen en su adaptación, a fin de que estos sean reflejados en su regulación.

Bajo dicha premisa, el presente documento identifica distintos aspectos que arrojaron los hallazgos de la investigación no limitándose a los legales, sin perjuicio de que en la discusión se priorice la perspectiva legal y empleo de los instrumentos normativos para el mejor funcionamiento y adaptación del CLT en el contexto peruano.

B. La consolidación del CLT: Datos de EE. UU., Inglaterra y Canadá

Algunas experiencias concretas, como la Comunidad de Milton Park en Montreal, sugieren que el modelo CLT puede ser resistente frente a los cambios políticos, económicos y sociales. A nivel organizativo, han demostrado cómo las normas internas y la actividad reguladora entre los residentes-propietarios y los miembros afectan causalmente a la tasa de alquileres/precios (Archer, 2022, p. 94).

Como fenómeno nuevo en Inglaterra, el modelo CLT se ha aplicado en proyectos de reutilización adaptativa y conservación de edificios patrimoniales en Londres como alternativa a la demolición y la nueva construcción, pero requiere una habilidad profesional e institucionalizar el voluntariado a lo largo de todo el proyecto (Kip & Oevermann, 2022).

La experiencia de Granby, en Liverpool (Inglaterra), sugiere que el CLT podría funcionar como vehículo para la regeneración de barrios y la reapropiación de viviendas vacías para uso comunitario, a través de una innovadora mezcla de CLT y Mutual Home Ownership Society, en la que, en lugar de propietarios de viviendas, todas las propiedades de una urbanización son propiedad de una sociedad cooperativa (Thompson, 2015).

Otro caso interesante de estudio es la comunidad CLT en St. Paul y Minneapolis (Ciudades Gemelas), Minnesota (Lowe & Thaden, 2016; Martin *et al*., 2020; Williams, 2018). En este caso, se ha estudiado el impacto de las propiedades CLT en los precios inmobiliarios de las viviendas cercanas en el norte de Minneapolis (261 unidades CLT), donde el crecimiento progresivo de la comunidad CLT refleja un aumento positivo del valor del suelo en las viviendas cercanas y demuestra que los efectos en los precios son más fuertes cuando las propiedades asequibles están agrupadas espacialmente (Nelson *et al*., 2020, pp. 839-840).

La comunidad CLT de Minnesota ha demostrado que es necesario un menor sentido de 'comunidad' cuando las viviendas unifamiliares que posee el CLT están geográficamente dispersas y, por tanto, la residencia en el CLT está desconectada del vecindario de residencia (Kruger *et al*., 2020, pp. 651-653). Esto indica que el sentido de 'comunidad' no es necesario al principio de la constitución del CLT, sino que puede configurarse con el tiempo como una construcción temporal de la memoria colectiva o 'comunidad' 'orientada al futuro' (Hackett *et al*., 2019, pp. 41-42; Kruger *et al*., 2020, pp. 651-653).

Además, los propietarios del CLT de Minnesota se despreocupan explícitamente de acumular patrimonio, vender a un precio elevado o utilizar su vivienda como inversión, según las normas del mercado inmobiliario (Martin *et al*., 2020, pp. 410-411), permitiendo, de esta manera, brindar soluciones habitacionales asequibles para grupos históricamente desfavorecidos (es decir, hogares encabezados por una sola persona, una mujer o una minoría, entre otros), como en el caso de City Lake CLT (Minneapolis, Minnesota) (Hackett *et al*., 2019, p. 42).

Sobre este último punto, utilizando la base de datos Neighborhood Change Database para explorar las características del barrio, un estudio realizado entre 1990 y 2000 en el CLT de Durham, en Carolina del Norte, descubrió que en el tramo CLT de Durham se produjo un aumento mayor y significativo de las tasas de propietarios afroamericanos e hispanos que en Durham (tramo de comparación) (Gray & Miller-Cribbs, 2012, pp. 410-411). Desde que se puso en marcha el CLT de Durham, hubo una intención explícita de implicar a los residentes afroamericanos de la comunidad, lo que es especialmente importante debido a "la larga historia racial de Durham" (Gray & Galande, 2011, pp. 242-243).

El modelo CLT ha sido un factor que ha contribuido a crear una sensación de seguridad en la comunidad. En un estudio realizado en Durham CLT, a partir de entrevistas con 29 propietarios, residentes, miembros del consejo de administración, miembros de la comunidad, empleados y ex empleados de CLT:

> […] la mayoría de los encuestados, incluso los que no residían en CLT, afirmaron sentirse seguros en sus hogares y en la comunidad. Varios contaron historias de colaboración con Partners Against Crime para combatir la delin-

> cuencia en sus barrios o simplemente de colaboración con los vecinos para mantener a los traficantes de drogas fuera de sus calles (Gray & Galande, 2011, p. 245).

Un enfoque biográfico que examina las experiencias de 20 propietarios de viviendas CLT refleja un cambio positivo en la vida de cada residente. Sin embargo, la ausencia de un régimen de propiedad plena, es decir, la falta de propiedad sobre el suelo podría mitigar la experiencia positiva de los residentes bajo un régimen de CLT (Skobba & Carswell, 2014, p. 14).

En otros casos concretos, el modelo CLT ha servido para la rehabilitación de terrenos abandonados y la revitalización del suelo. El Champlain Housing Trust de Vermont y el Dudley Neighbors, Inc. de Boston han implicado la rehabilitación de propiedades abandonadas mediante la cooperación con una organización comunitaria (Wernstedt & Hanson, 2009). En el caso de Champlain Housing Trust, la remediación incluyó también propiedades abandonadas y parcelas en ejecución hipotecaria; en el caso de Dudley, el CLT obtuvo el poder de dominio eminente para adquirir propiedades abandonadas en beneficio de la comunidad; y, en ambos casos, la Agencia de Protección Medioambiental financió esos proyectos concediendo cantidades de dinero (Wernstedt & Hanson, 2009, p. 139).

De otra parte, el potencial del CLT como herramienta para la mitigación de los impactos de un proyecto de inversión pública ha sido estudiado en la experiencia del Lexington CLT, en Lexington, Kentucky, en el cual se propuso, como parte del plan de mitigación de los impactos socioeconómicos derivados del Newtown Pike Extension (extensión de una carretera), la implementación de un CLT (Bourassa, 2006, p. 399).

En este caso el CLT sería empleado para la remodelación de las viviendas en el vecindario periférico de Southend Park, uno de los más afectados por Newtown Pike Extension, debido a que, con dicha extensión, aquel vecindario se encontraría en el centro de la nueva carretera. Es importante mencionar que el vecindario de Southen Park cuenta con una población principalmente de bajos recursos y en condiciones de vivienda deficiente (Bourassa, 2006, p. 400). Asimismo, respecto al particular, se recurrió al esquema del CLT, porque, a través de este, se buscaba mantener la asequibilidad de la vivienda. Las viviendas en el Southend Park reconstruido estarían disponibles para los residentes desplazados de sus hogares (reubicación) en ese vecindario, así como para los antiguos residentes y los residentes de bajos ingresos de otros vecindarios en Newtown Pike Extension Corridor; por tanto, mantener la asequibilidad de la vivienda por el mayor tiempo posible fue un objetivo central (Bourassa, 2006, p. 402).

Sin embargo, se presentan dos obstáculos para la implementación del Lexington CLT. Por un lado, vender la idea de la propiedad comunitaria de la tierra para las familias afroamericanas de bajos ingresos. Esto debido a la importancia simbólica de la adquisición de la tierra para los afroamericanos en búsqueda del 'Sueño Americano'. En ese sentido, el modelo CLT debía presentarse como un medio para tener un activo (la construcción) que luego pueda usarse para comprar una casa o terreno fuera del CLT, sin comprometer la asequibilidad de posteriores residentes del CLT (Bourassa, 2006, p. 415)

Por otro lado, los subsidios gubernamentales de reubicación para el alquiler de vivienda están limitados a solo 42 meses. Estos subsidios para las viviendas de bajos ingresos pueden ayudar a reducir el costo de desarrollar nuevas o rehabilitar las existentes. Sin embargo, es poco probable que esto reduzca de manera suficiente el costo para muchos hogares de bajos ingresos, además de que no todos los hogares serán finalmente elegibles para el otorgamiento de subsidios, siendo aquellos, por tanto, desplazados. De ahí la necesidad de que el diseño del CLT contemple mecanismos de autosostenimiento y diversificación financiera, que permitan no depender exclusivamente de los subsidios gubernamentales (Bourassa, 2006, p. 415).

Sobre la base de las experiencias en EE. UU., Inglaterra y Canadá, podemos afirmar que el CLT funciona positivamente en los siguientes ámbitos: (i) generación de vivienda asequible permanente (Bunce *et al*., 2013; Curtin & Bocarsly, 2008; Decker, 2018; Ehlenz, 2018; Engelsman *et al*., 2018; Gray, 2008; Sungu-Eryilmaz & Greenstein, 2007); (ii) apoyo a la comunidad y los residentes (*community sense*) (Gray & Galande, 2011; Gray & Miller-Cribbs, 2012; Hackett *et al*., 2019); (iii) reducción de los efectos de los procesos de gentrificación (Archer, 2022; Nelson *et al*., 2020); y (iv) propiciar el apoyo directo de los gobiernos locales para su implementación (Sungu-Eryilmaz & Greenstein, 2007, p. 34).

No obstante, resulta particularmente desafiante lograr su implementación en los siguientes aspectos: (i) generar un sentido de comunidad bien definido en el momento de la creación del CLT (Kruger *et al*., 2020, pp. 651-653); (ii) contar con una red de voluntariado institucionalizada que brinde apoyo permanente a los pobladores y la comunidad (Gray & Galande, 2011, pp. 244-245; Gray & Miller-Cribbs, 2012, p. 40; Meehan, 2014, pp. 125-126); (iii) acceder a terrenos económicos bajo las reglas

del mercado inmobiliario (Fujii, 2016); y (iv) contar con un mecanismo de financiamiento diversificado para la compra de una vivienda (Bourassa, 2006, p. 415; Curtin & Bocarsly, 2008, pp. 378-379; Stein, 2010, pp. 235-240).

C. Los albores del CLT en América Latina: Experiencias recientes en Puerto Rico y Brasil

Cabe destacar el creciente interés de este modelo en América Latina. Particularmente a partir de las experiencias puertorriqueña y brasileña. Estos CLT son los primeros que se implementan en América Latina en adaptación del CLT norteamericano, aunque el CLT brasileño puede considerarse una adaptación del CLT puertorriqueño.

Ambas experiencias son particularmente significativas para la implementación del CLT en Perú, ya que tienen lugar en contextos de tenencia informal de la tierra. En este sentido, las experiencias en el 'Norte Global' sugieren un gran potencial para la generación de vivienda asequible y la reducción de los impactos de los procesos de gentrificación. Sin embargo, las experiencias en Puerto Rico y Brasil reflejan una evidencia inicial de que el CLT también puede funcionar en el 'Sur Global'.

1. El Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña en San Juan, Puerto Rico

El Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña es una adaptación puertorriqueña de CLT diseñada y controlada por residentes de siete barrios a lo largo del Caño Martín Peña en San Juan, Puerto Rico. El CLT puertorriqueño se creó con el objetivo de regularizar la tenencia de la tierra y evitar el desplazamiento involuntario y el aburguesamiento, precipitados por el dragado y la limpieza del canal previstos por el Gobierno.

Los factores clave en la implantación del CLT puertorriqueño fueron crear un sentido comunitario entre los residentes y el Gobierno, y adaptarlo a las necesidades locales (por ejemplo, el problema de la inseguridad del suelo en un asentamiento informal). Esta iniciativa ha reunido a los residentes de la comunidad y a socios de los sectores público y privado para poner en marcha un plan de desarrollo integral diseñado para levantar una zona históricamente marginada, al tiempo que transforma esta área urbana en un espacio más habitable, justo y participativo.

El CLT puertorriqueño garantiza la disponibilidad de viviendas asequibles de forma permanente y ofrece opciones de alojamiento en sus terrenos a las familias que han tenido que trasladarse a causa del dragado del canal. Un total de 1.500 hogares de ingresos moderados y bajos son miembros del CLT, que actualmente posee y gestiona más de 110 hectáreas de terreno, que antes pertenecían a organismos gubernamentales (Hernández-Torrales *et al*., 2021, p. 207).

Del mismo modo, se ha destacado la replicabilidad del CLT puertorriqueño en otros países de América Latina, el Caribe y el sur de Asia. En este sentido, las comunidades con mayor potencial para la adaptación del CLT 'Sur Global' en estas regiones son aquellas que reúnen las siguientes características (Hernández-Torrales *et al*., 2021, p. 223):

a) Un número significativo de residentes viven en tierras sobre las que no tienen un título válido o legal de tierras que pueden ser propiedad del gobierno, de particulares o de una corporación. Por otra parte, estas tierras pueden estar ocupadas y utilizadas en virtud de algún tipo de sistema de propiedad comunal que aún no ha sido reconocido ni registrado por el Estado.

b) Existen mecanismos para adquirir los terrenos, como la donación, la posesión adversa, la compra o la intervención del Estado.

c) Un porcentaje significativo de la población tiene un alto sentido de cohesión y pertenencia a la comunidad.

d) El asentamiento informal está situado en una zona –o cerca de una– donde el valor de la tierra está subiendo o donde los terrenos son codiciados por inversores especuladores, lo que amenaza con desplazar a la población actual.

2. El Termo Territorial Colectivo en Río de Janeiro, Brasil

El Termo Territorial Colectivo es el primer proyecto brasileño de adaptación de CLT, desarrollado por las Comunidades Catalizadoras en colaboración con diversos organismos públicos, instituciones privadas, universidades y líderes comunitarios. El modelo proporciona el mayor nivel posible de seguridad en la tenencia de la tierra, permitiendo el desarrollo colectivo del territorio al tiempo que preserva los derechos individuales de los residentes a vender, alquilar o pignorar sus viviendas[20].

[20] Para más información sobre el proyecto, véase a Termo Territorial Coletivo (s.f.).

Este proyecto surgió como una investigación entre una organización no gubernamental con sede en Río de Janeiro (Catalytic Communities) y el Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña. A partir de esta investigación, se presentaron recomendaciones sobre lecciones esenciales a la hora de plantearse la creación de un CLT en asentamientos informales (Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2021, p. 231).

Río de Janeiro cuenta hoy con más de 1000 comunidades de favelas, cuyo tamaño oscila entre un puñado y más de 200 000 habitantes. Más del 24% de la población de la ciudad vive en favelas, que constituyen el principal parque de viviendas asequibles de la ciudad. Adicionalmente, las favelas de Río son comunidades bien establecidas, con una larga historia y una fuerte producción cultural local e inversión comunitaria (Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2021, pp. 234-235).

Las Comunidades Catalizadoras llegaron a la conclusión de que, para que la adaptación del CLT en las favelas de Río de Janeiro tenga éxito, deben darse las siguientes condiciones (Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2021, pp. 250-251):

a) Las comunidades consolidadas están situadas en tierras donde los residentes perciben una amenaza de aburguesamiento, desalojo forzoso u otro desplazamiento involuntario inducido por el hombre.

b) Un gran porcentaje de familias carece de títulos legales y quiere abordar el problema de la inseguridad en la tenencia de la tierra.

c) Existe una vía para adquirir los títulos de propiedad de la tierra.

d) Los residentes tienen un fuerte sentimiento de pertenencia y el deseo de permanecer en su comunidad.

e) Existe un sólido proceso de organización comunitaria, apoyado por organizaciones dispuestas a acompañar a la comunidad y que pueden prestar asistencia técnica.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo de las Comunidades Catalizadoras, la llegada del Termo Territorial Colectivo a Brasil aún se enfrenta a numerosos obstáculos, entre ellos: (i) la dificultad de mantener una estructura permanente de movilización y participación; (ii) la presencia de grupos de poder paralelos que pueden interferir en la dinámica comunitaria; y (iii) la necesidad de romper con una lógica de propiedad privada individual (Fidalgo-Ribeiro, 2020; Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2022, p. 19).

VII. ¿PUEDE EL *COMMUNITY LAND TRUST* FUNCIONAR EN EL PERÚ?

A. Retos: la necesaria disociación entre vivienda y propiedad, y la construcción de un sentido de comunidad

La disociación entre el suelo y la construcción no es un fenómeno jurídico y social ajeno a la realidad peruana. El derecho real de superficie es de larga data en la tradición civilista. Sin embargo, este derecho no suele ser asociado a la satisfacción de la demanda de vivienda asequible. Así como en el Sueño Americano (Bourassa, 2006, p. 415), el sueño de la casa propia está estrechamente vinculado a la adquisición de una vivienda de carácter perpetuo y con algún derecho sobre el suelo.

En ese sentido, tomando la experiencia norteamericana (Skobba & Carswell, 2014, p. 14), la idea de adquirir una propiedad sobre la construcción y no sobre el suelo puede generar la percepción de una propiedad de 'segunda clase' (Towey, 2009, p. 347). En ese sentido, resulta fundamental comprender que la propiedad bajo un FCT tiene por vocación un carácter transitorio, aunque una transitoriedad bastante extensa considerando la posibilidad de los 99 años (renovables) y el carácter heredable del derecho de superficie.

Otro aspecto vinculado con la adquisición de la propiedad es la inherencia de percibir una ganancia (*equity*) al momento de la transferencia del bien. De esta manera, las personas suelen ver la adquisición de una propiedad como una inversión a largo plazo. Sin embargo, bajo el modelo del CLT, toda vez que se busca mantener la asequibilidad y resiliencia frente a los procesos de gentrificación, la venta de la vivienda bajo un esquema de CLT conlleva restricciones y la captura de una parte del incremento del valor del bien (Davis, 2010a; Lawton, 2013; Martin *et al*., 2020).

No obstante, en el modelo de limitación en la transferencia, incluso la posibilidad de otorgar en arrendamiento el bien suele integrarse a los pactos de adquisición de vivienda con promoción, apoyo o subsidio del Estado. Por ello, resulta razonable que el atractivo de un futuro FCT no se vea menoscabado por la pérdida de 'inversión a futuro' de la vivienda adquirida, en tanto se trata de la satisfacción de una necesidad de vivienda antes que de una renta.

Un reto importante, adicionalmente, está referido a las limitaciones en los mecanismos de financiamiento para la adquisición de una vivienda bajo el esquema del CLT (Bourassa, 2006, p. 415; Curtin & Bocarsly, 2008, pp. 378-379; Stein, 2010, pp. 235-240). Al no depender exclusivamente de progra-

mas de subsidios directos, el costo del acceso a la vivienda es asumido por las familias.

Partiendo de ello, resulta necesario que dentro del esquema de un futuro FCT se tenga mecanismos de diversificación del crédito. En esa línea, los programas actuales de facilidades de acceso al crédito y subsidios gubernamentales deben incorporar la vivienda FCT (derecho de superficie) dentro de sus políticas de vivienda (Kelly, 2009).

Asimismo, resulta relevante que las entidades del sistema financiero puedan aceptar, como colateral (garantía real) viable y atractiva financieramente, el derecho de superficie, de tal forma que este pueda ser otorgado como garantía hipotecaria para el financiamiento de la vivienda (Arruñada & Lehavi, 2010; Curtin & Bocarsly, 2008; DeFilippis *et al*., 2018; Ehlenz, 2018; Miller, 2015; Nelson *et al*., 2020; Stein, 2010; Thompson, 2015).

Por último, como se indicó anteriormente, en la implementación del CLT, se ha destacado la dificultad de mantener una estructura permanente de movilización y participación, la presencia de grupos de poder paralelos que pueden interferir en la dinámica comunitaria y la necesidad de romper con una lógica de propiedad privada individual (Fidalgo-Ribeiro, 2020; Fidalgo-Ribeiro *et al*., 2022, p. 19). En efecto, la cohesión social y el sentido de comunidad bien definido en el momento de la creación del CLT puede ser un reto (Kruger *et al*., 2020, pp. 651-653); así como contar con una red de voluntariado institucionalizada que brinde apoyo permanente a los pobladores y la comunidad (Gray & Galande, 2011, pp. 244-245; Gray & Miller-Cribbs, 2012, p. 40; Meehan, 2014, pp. 125-126).

Sin embargo, existe evidencia que nos permite apostar por un modelo urbano colaborativo y de gestión colectiva de la tenencia de la tierra (Haller, 2017; Haller & Borsdorf, 2013; Plöger, 2012; Sáez *et al*., 2010; Schroeder & Coello-Torres, 2019; Strauch *et al*., 2015), que implica un cambio de paradigma de la propiedad individual basado en el crecimiento de la ciudad de abajo hacia arriba a través de una acción colectiva.

En esa línea, el modelo peruano CLT puede ser una poderosa herramienta para promover la cohesión social y la cooperación mediante la participación de los residentes en la toma de decisiones, y generar cambios positivos en la vida de los residentes, creando un marcado sentido comunitario en las ciudades.

B. Potenciales objeciones: el acelerado crecimiento informal de las ciudades

En primer lugar, se debe destacar que no existe una evidencia fuerte que nos lleve a concluir que el modelo puede ser efectivo en escenarios de crecimiento informal y acelerado de las ciudades, en tanto que la gran mayoría de la experiencia se produce en contextos de ciudades del 'Norte Global' (EE. UU., Inglaterra y Canadá). En atención a este hecho, incluso con un FCT en marcha, puede seguir siendo aún más convenientes para las personas de escasos recursos recurrir a mercados informales de suelo (Lambert, 2021; Shanee & Shanee, 2016).

Ahora bien, ello no niega el hecho de que las primeras experiencias en Latino América vienen mostrando resultados positivos en contextos de informalidad del suelo. Bajo esta idea, es determinante indagar sobre los principales retos en la implementación del Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña y del Termo Territorial Coletivo, ambas experiencias de trascendental importancia para una futura implementación el FCT peruano.

C. Oportunidades: el operador público del suelo

Una de las limitaciones en torno al CLT es el limitado acceso a suelo en el momento de su constitución (Ayoade & Ahmed, 2014; Fujii, 2016; Kelly, 2015). Sobre la base de ello, el FCT peruano debe buscar mecanismos que permitan obtener suelo barato, considerando las actuales reglas del mercado inmobiliario.

Entre estos mecanismos[21], consideramos de especial relevancia el Operador Público del Suelo (en adelante, OPS). El OPS es un ente constituido como empresa pública de derecho privado encargado de la incorporación, acumulación, gestión, adquisición, habilitación urbana y transferencia de predios de propiedad del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales o locales o adquiridos por dicha entidad; para destinarlos a fines de interés o utilidad pública, dándose prioridad a la utilización de los predios para la generación de Vivienda de Interés Social, fines de renovación o regeneración urbana o para el reasentamiento poblacional (Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, 2021, art. 76).

El OPS puede convertirse en un dinamizador del FCT, a través de la habilitación del suelo y desarrollo de programas de VIS que luego serían otorgados en favor del FCT para la gestión comunitaria.

[21] Otros mecanismos que pueden tener especial relevancia son el Banco de Tierras (Fujii, 2016) y los Programas Municipales de Vivienda - Promuvi (Plataforma digital única del Estado peruano, 2023).

Asimismo, conforme al numeral 78.4 del artículo 78 de la LDUS, el OPS podría realizar obras de habilitación o regeneración urbana con recursos propios o transferidos del MVCS, manteniendo el FCT la titularidad sobre los terrenos en que se ejecuten dichas obras (2021).

VIII. CONCLUSIONES

a) Las políticas de vivienda en el Perú giran en torno a tres (3) conceptos centrales: (i) programas de titulación; (ii) subsidios estatales; y (iii) facilidades de acceso a créditos hipotecarios. Estas políticas llevan décadas de aplicación y, sin embargo, las elevadas cifras de déficit de vivienda evidencian que son ineficaces para brindar una salida a la actual crisis de la vivienda.

b) Las políticas de vivienda se enfocan principalmente en el desarrollo de VIS y VIS Priorizada a través de esquemas de la propiedad privada individual; sobre todo, aquella que se genera a través de edificios por departamentos. Sin embargo, dicho esquema resulta prohibitivo para las familias en los sectores socioeconómicos de menores recursos, generando un problema de focalización de dichas políticas.

c) El CLT constituye una herramienta efectiva para la generación de vivienda asequible a través de la gestión colectiva de la propiedad privada, manteniendo la asequibilidad de la vivienda incluso frente a los procesos de gentrificación y desplazamiento por prácticas especulativas.

d) Sobre la base de las experiencias en EE. UU., Inglaterra y Canadá, podemos afirmar que el CLT funciona positivamente en los siguientes ámbitos: (i) generación de vivienda asequible permanente, (ii) apoyo a la comunidad y los residentes (*community sense*), (iii) reducción de los efectos de los procesos de gentrificación y (iv) propiciar el apoyo directo de los gobiernos locales para su implementación.

e) Contrariamente, resulta en particular desafiante lograr su implementación en nuestro país en los siguientes aspectos: (i) generar un sentido de comunidad bien definido en el momento de la creación del CLT, (ii) contar con una red de voluntariado institucionalizada que brinde apoyo permanente a los pobladores y la comunidad, (iii) viabilizar el acceso a terrenos económicos bajo las reglas del mercado inmobiliario y (iv) generar mecanismos de financiamiento diversificado para la compra de una vivienda o mejoramiento de esta.

f) Las experiencias latinoamericanas del Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña (Puerto Rico) y el Termo Territorial Colectivo (Brasil) son particularmente significativas para la implementación del CLT en el Perú, ya que tienen lugar en contextos de tenencia informal de la tierra semejantes al peruano, evidenciando que el CLT también funcionaría en el 'Sur Global'.

g) La implementación del FCT peruano presenta retos, potenciales objeciones y oportunidades que deben ser consideradas. En relación con los retos, resulta particularmente complejo disociar la vivienda de la propiedad, así como generar un sentido de comunidad.

h) El acelerado crecimiento informal de las ciudades puede convertirse en un obstáculo para la implementación el FCT peruano. Adicionalmente, la evidencia latinoamericana nos muestra que el modelo arrojó resultados positivos en ámbitos de tenencia informal del suelo, pero con una fuerte consolidación y cohesión social, tanto en San Juan de Puerto Rico como en las Favelas de Río de Janeiro.

i) El acceso al suelo es también un obstáculo de cara a la implementación el CLT. Para ello, se propone identificar mecanismos que faciliten la adquisición o transferencia del suelo para el desarrollo de VIS y VIS Priorizada bajo el esquema del CLT. En esa línea, consideramos relevante el OPS como un dinamizador para la obtención de suelo urbano habilitado que pueda ser gestionado por el FCT.

REFERENCIAS

Aernouts, N., & Ryckewaert, M. (2018). Beyond housing: on the role of commoning in the establishment of a Community Land Trust project. *International Journal of Housing Policy*, *18*(4), 503-521. https://doi.org/10.1080/19491247.2017.1331592

Algoed, L., Hernández Torrales, M. E., & Rodríguez Del Valle, L. N. (2018). *El Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña: Instrumento Notable de Regularización de Suelo en Asentamientos Informales*. https://www.lincolninst.edu/publications/working-papers/el-fideicomiso-la-tierra-del-cano-martin-pena

Archer, T. (2022). The mechanics of housing collectivism: how forms and functions affect affordability. *Housing Studies*, *37*(1), 73-102. https://doi.org/10.1080/02673037.2020.1803798

Arruñada, B., & Lehavi, A. (2010). Prime Property Institutions for a Subprime Era: Toward Innovative Models of Homeownership. *Berkeley Business Law Journal*, 8, 3-34.

Ayoade, O. & Ahmed, V. (2014). An assessment of land use sources of barriers and the community-based housing model in the UK. *International Journal of Housing Markets and Analysis*, *7*(4), 539-558. https://doi.org/10.1108/IJHMA-02-2013-0012

Ayoade, O., Ahmed, V., & Baldry, D. (2019). Interoperability optimisation for shared equity housing model development and FTB homeownership in the UK. *International Journal of Housing Markets and Analysis*, *12*(4), 558-580. https://doi.org/10.1108/IJHMA-12-2017-0110

Bassett, E. M. (2005). Tinkering with tenure: The community land trust experiment in Voi, Kenya. *Habitat International*, *29*(3), 375-398. https://doi.org/10.1016/j.habitatint.2003.12.001

Bates, L. K. (2022). Housing for People, Not for Profit: Models of Community-Led Housing. *Planning Theory & Practice*, *23*(2), 1-36. https://doi.org/10.1080/14649357.2022.2057784

Bourassa, S. C. (2006). The Community Land Trust as a Highway Environmental Impact Mitigation Tool. *Journal of Urban Affairs*, *28*(4), 399-418.

Bunce, S. (2020). Engagement and activism in community land ownership: The emergence of community land trusts in London and Toronto. En S. Bunce, N. Livingstone, L. March, S. Moore & A. Walks (eds.), *Critical Dialogues of Urban Governance, Development and Activism* (pp. 274-288). UCL Press.

Bunce, S., Khimani, N., Sungu-Eryilmaz, Y., & Earle, E. (2013). *Urban Community Land Trust: Experiences from Canada, The United States, and Britain*. Social Sciences and Humanities Research Council of Canada.

Cahen, C., Lilli, E., & Saegert, S. (2022). Ethical action in the age of austerity: cases of care in two community land trusts. *Housing Studies*, *37*(3), 393-413. https://doi.org/10.1080/02673037.2020.1807472

Calderón, J. (2004). The formalisation of property in Peru 2001-2002: The case of Lima. *Habitat International*, *28*(2), 289-300. https://doi.org/10.1016/S0197-3975(03)00072-9

(2009). El efecto Mivivienda: política de vivienda para la clase media y diferenciación social. *Ecuador Debate*, (76), 107-122.

(2011). Titulación de la propiedad y mercado de tierras. *EURE*, *111*(37), 47-77. http://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612011000200003

(2012). Lanzando los dados. Las políticas habitacionales en el Perú (1990-2009). En J. Erazo Espinosa (coord.), *Políticas de empleo y vivienda en Sudamérica* (pp. 95-115). Hacedores de ciudades.

(2015). Programas de vivienda social nueva y mercados de suelo urbano en el Perú. *EURE*, *41*, 27-47.

(2019a). El Estado y la informalidad urbana - Perú en el siglo XXI. *PLURIVERSIDAD*, *3*(3), 45-64. https://doi.org/10.31381/pluriversidad.v3i3.2234

(2019b). Política de vivienda y gestión de suelo urbano. Casos de Corea, Colombia y Perú (1990-2015). *Territorios*, (40), 201-226. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/territorios/a.6608

Choi, M., Van Zandt, S., & Matarrita-Cascante, D. (2018). Can community land trusts slow gentrification? *Journal of Urban Affairs*, *40*(3), 394-411. https://doi.org/10.1080/07352166.2017.1362318

Colón, O. J. (2020). El Fideicomiso Comunitario de Tierras: Mecanismo Municipal para Desarrollar Viviendas Asequibles. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 59, 477-506.

Crabtree, L. (2014). Community Land Trusts and Indigenous Housing in Australia-Exploring Difference-Based Policy and Appropriate Housing. *Housing Studies*, *29*(6), 743-759. https://doi.org/10.1080/02673037.2014.898248

Curtin, J. F., & Bocarsly, L. (2008). CLTs: A Growing Trend in Affordable Home Ownership. *Journal of Affordable Housing & Community Development Law*, *17*(4), 367-394.

Davis, J. E. (2010a). More Than Money: What is Shared in Shared Equity Homeownership? *Journal of Affordable Housing and Community Development Law*, *19*(3), 259-277.

(2010b). Origins and Evolution of the Community Land Trust in the United States. En J. E. Davis (ed.). *The Community Land Trust Reader* (pp. 3-47). Lincoln Institute of Land Policy.

Davis, D. E., & Fernández, J. C. (2020). Collective Property Rights and Social Citizenship: Recent Trends in Urban Latin America. *Social Policy and Society*, *19*(2), 319-330. https://doi.org/10.1017/S1474746419000459

Decker, A. (2018). Community Land Trusts and State Legislation. *Source: Journal of Affordable Housing and Community Development Law*, *26*(3), 489-530. https://doi.org/10.2307/26408218

DeFilippis, J., Stromberg, B., & Williams, O. R. (2018). W(h)ither the community in community land trusts? *Journal of Urban Affairs*, *40*(6), 755-769. https://doi.org/10.1080/07352166.2017.1361302

Ehlenz, M. M. (2018). Making Home More Affordable: Community Land Trusts Adopting Cooperative Ownership Models to Expand Affordable Housing. *Journal of Community Practice*, *26*(3), 283-307. https://doi.org/10.1080/10705422.2018.1477082

Engelsman, U., Rowe, M., & Southern, A. (2018). Community Land Trusts, affordable housing and community organising in low-income neighbourhoods. *International Journal of Housing Policy*, *18*(1), 103-123. https://doi.org/10.1080/14616718.2016.1198082

Espinoza, Á., & Fort, R. (2020a). *Hacia una nueva política de Vivienda en el Perú: Problemas y posibilidades*. https://adiperu.pe/wp-content/uploads/Documento-Base-Hacia-una-nueva-Politica-de-Vivienda-en-el-Peru-Problemas-y-posibilidades.pdf

(2020b). *Mapeo y tipología de la expansión urbana en el Perú*. https://www.grade.org.pe/publicaciones/mapeo-y-tipologia-de-la-expansion-urbana-en-el-peru/

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. https://repositorio.uni.edu.pe/handle/20.500.14076/15655

Fidalgo-Ribeiro, T. (2020). Os "Community Land Trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras. *Revista de Direito Da Cidade*, *12*(1). https://doi.org/10.12957/rdc.2020.40091

Fidalgo-Ribeiro, T., Algoed, L., Hernández-Torrales, M., Rodríguez del Valle, L., Cotté-Morales, A., & Williamson, T. (2021). Los fideicomisos comunitarios de tierras en asentamientos informales: una adaptación del modelo del Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña en las favelas de Río de Janeiro, Brasil. En J. E. Davis, L. Algoed & M. E. Hernández-Torrales (eds.). *Terreno Común: Perspectivas Internacionales sobre los Fideicomisos Comunitarios de Tierras* (pp. 231-257). Terra Nostra Press.

Fidalgo-Ribeiro, T., Litsek, F. C., Avelar, C. S., & Furtado, M. F. (2022). Experiências internacionais de Community Land Trusts e lições para a implementação do modelo no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, *24*(1). https://doi.org/10.22296/2317-1529.rbeur.202232

Fondo Mivivienda (s.f.a). Techo Propio. https://www.mivivienda.com.pe/portalweb/usuario-busca-viviendas/pagina.aspx?idpage=30

(s.f.b). Nuevo Crédito Mi Vivienda. https://www.mivivienda.com.pe/portalweb/usuario-busca-viviendas/pagina.aspx?idpage=20

Fondo Mivivienda (2023). *Financiamiento Complementario Techo Propio.* https://www.mivivienda.com.pe/PORTALCMS/archivos/documentos/8585288301791696878.PDF

Fujii, Y. (2016). Putting the pieces together: How collaboration between land banks and community land trusts can promote affordable housing in distressed neighborhoods. *Cities*, *56*, 1-8. https://doi.org/10.1016/j.cities.2016.02.007

Gray, K. (2008). Community Land Trusts in the United States. *Journal of Community Practice*, *16*(1), 65-78. https://doi.org/10.1080/10705420801977999

Gray, K. A., & Galande, M. (2011). Keeping "Community" in a Community Land Trust. *Social Work Research*, *35*(4), 241-248.

Gray, K. A., & Miller-Cribbs, J. E. (2012). The Durham Community Land Trustees. *Journal of Community Practice*, *20*(4), 402-413. https://doi.org/10.1080/10705422.2012.731638

Hackett, K. A., Saegert, S., Dozier, D., & Marinova, M. (2019). Community land trusts: releasing possible selves through stable affordable housing. *Housing Studies*, *34*(1), 24-48. https://doi.org/10.1080/02673037.2018.1428285

Haller, A. (2017). Urbanites, smallholders, and the quest for empathy: Prospects for collaborative planning in the periurban Shullcas Valley, Peru. *Landscape and Urban Planning*, (165), 220-230. https://doi.org/10.1016/j.landurbplan.2016.04.015

Haller, A., & Borsdorf, A. (2013). Huancayo Metropolitano. *Cities*, (31), 553-562. https://doi.org/10.1016/j.cities.2012.04.004

Hawley, Z., Miranda, J. J. & 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

Hernández-Torrales, M., Rodríguez Del Valle, L., Algoed, L., & Torres-Sueiro, K. (2021). Propagación de los fideicomisos comunitarios de tierras en América Latina y el Caribe: orígenes, logros y el Fideicomiso de la Tierra del Caño Martín Peña como prueba de concepto. En J. E. Davis, L. Algoed & M. E. Hernández-Torrales (eds.). *Terreno Común: Perspectivas Internacionales sobre los Fideicomisos Comunitarios de Tierras* (pp. 207-229). Terra Nostra Press.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2021). *Perú: Compendio Estadístico 2021.* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1829/COMPENDIO2021.html

International Independence Institute (1972). *The Community Land Trust: a guide to a new model for land tenure in America*. Center for Community Economic Development.

Izuhara, M., West, K., Hudson, J., Arrigoitia, M. F., & Scanlon, K. (2022). Collaborative housing communities through the COVID-19 pandemic: rethinking governance and mutuality. *Housing Studies*, *38*(1), 1-19. https://doi.org/10.1080/02673037.2022.2077919

Kelly, J. (2009). Homes Affordable for Good: Covenants and Ground Leases as Long-Term Resale-Restriction Devices. *Saint Louis University Public Law Review*, (29), 9-40.

(2015). Sustaining Neighborhoods of Choice: From Land Bank(ing) to Land Trust(ing). *Washburn Law Journal*, *54*(3), 613-624.

Kip, M. & Oevermann, H. (2022). Neighbourhood Revitalisation and Heritage Conservation through Adaptive Reuse: Assessing Instruments for Commoning. *The Historic Environment: Policy and Practice*, *13*(2), 1-25. https://doi.org/10.1080/17567505.2022.2068255

Kruger, R., DeFilippis, J., Williams, O. R., Esfahani, A. H., Martin, D. G., & Pierce, J. (2020). The Production of Community in Community Land Trusts. *City and Community*, *19*(3), 638-655. https://doi.org/10.1111/cico.12452

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., & 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.

Lawton, J. D. (2013). Limited Equity Cooperatives: The Non-Economic Value of Homeownership. *Journal of Law and Policy, 43*(1), 187-225.

Libertun de Duren, N., & Osorio, R. (2020). The Effect of Public Expenditure on the Housing Deficit in Peru at the Municipal Level. *Housing Policy Debate*, *30*(5), 718-740. https://doi.org/10.1080/10511482.2020.1739107

Lovett, J. A. (2020). Community Land Trusts: Institutionalizing the Human Flourishing Theory of Property. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, *29*, 621-641.

Lowe, J. S., & Thaden, E. (2016). Deepening stewardship: resident engagement in community land trusts. *Urban Geography*, *37*(4), 611-628. https://doi.org/10.1080/02723638.2015.1101250

Martin, D. G., Hadizadeh Esfahani, A., Williams, O. R., Kruger, R., Pierce, J., & DeFilippis, J. (2020). Meanings of limited equity homeownership in community land trusts. *Housing Studies*, *35*(3), 395-414. https://doi.org/10.1080/02673037.2019.1603363

Meehan, J. (2014). Reinventing Real Estate: The Community Land Trust as a Social Invention in Affordable Housing. *Journal of Applied Social Science*, *8*(2), 113-133. https://doi.org/10.1177/1936724413497480

Miller, S. R. (2015). Community Land Trusts: Why Now Is the Time to Integrate This Housing Activists' Tool into Local Government Affordable Housing Policies. *Source: Journal of*

Affordable Housing and Community Development Law, *23*(4), 349-372. https://doi.org/10.2307/26408145

Nelson, K., DeFilippis, J., Kruger, R., Williams, O., Pierce, J., Martin, D., & Hadizadeh Esfahani, A. (2020). The Commodity Effects of Decommodification: Community Land Trusts and Neighborhood Property Values. *Housing Policy Debate*, *30*(5), 823-842. https://doi.org/10.1080/10511482.2020.1768573

Paterson, E. & Dunn, M. (2009). Perspectives on utilising Community Land Trusts as a vehicle for affordable housing provision. *Local Environment*, *14*(8), 749-764. https://doi.org/10.1080/13549830903096486

Payne, G. (2001). Urban land tenure policy options: titles or rights? *Habitat International*, *25*(3), 415-429.

(2004). Land tenure and property rights: An introduction. *Habitat International*, *28*(2), 167-179. https://doi.org/10.1016/S0197-3975(03)00066-3

Payne, G., Durand-Lasserve, A. & Rakodi, C. (2009a). Social and economic impacts of land titling programs in urban and periurban areas: A short review of the literature. En S. V. Lall, M. Freire, B. Yuen, R. Rajack, & J. J. Helluin (eds.). *Urban Land Markets: Improving Land Management for Successful Urbanization* (pp. 133-161). Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-1-4020-8862-9_6

(2009b). The limits of land titling and home ownership. *Environment and Urbanization*, *21*(2), 443-462. https://doi.org/10.1177/0956247809344364

Pierce, J., DeFilippis, J., Williams, O. R., Martin, D. G., Kruger, R., & Hadizadeh Esfahani, A. (2022). Ownership is a habit of mind: how community land trusts expose key consensual fictions of urban property. *Urban Geography*, *43*(8), 1199-1216. https://doi.org/10.1080/02723638.2021.1902677

Plöger, J. (2012). Gated barriadas: Responses to urban insecurity in marginal settlements in Lima, Peru. *Singapore Journal of Tropical Geography*, *33*(2), 212-225. https://doi.org/10.1111/j.1467-9493.2012.00459.x

Sáez, E., García, J., & Roch, F. (2010). La ciudad desde la Casa: Ciudades espontáneas en Lima. *Revista INVI*, *25*(70), 77-116. https://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/62326

Schroeder, S., & Coello-Torres, C. (2019). Placemaking - Transformación de un lugar en el asentamiento humano Santa Julia, Piura, Perú. *Revista Hábitat Sustentable*, *9*(1), 6-19. https://doi.org/10.22320/07190700.2019.09.01.01

Shanee, N., & 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

Sholder, H., & Hasan, A. (2021). El origen y la evolución del modelo del fideicomiso comunitario de tierras en Asia del Sur. En J. E. Davis, L. Algoed & M. E. Hernández-Torrales (eds.). *Terreno Común: Perspectivas Internacionales sobre los Fideicomisos Comunitarios de Tierras* (pp. 285-303). Terra Nostra Press.

Simonneau, C., & Bassett, E. (2021). Propagación de los fideicomisos comunitarios de tierras en África: lecciones de los primeros esfuerzos para establecer fideicomisos comunitarios en Kenia. En J. E. Davis, L. Algoed & M. E. Hernández-Torrales (eds.). *Terreno Común: Perspectivas Internacionales sobre los Fideicomisos Comunitarios de Tierras* (pp. 267-284). Terra Nostra Press.

Skobba, K., & Carswell, A. T. (2014). Community land trust homeowners: Past and present housing experiences. *Family and Consumer Sciences Research Journal*, *43*(1), 4-17. https://doi.org/10.1111/fcsr.12077

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

Stein, S. I. (2010). Wake Up Fannie, I Think I Got Something to say to you: Financing Community Land Trust Homebuyers Without stripping Affordability Provisions. *Emory Law Journal*, *60*, 209-249.

Strauch, L., Takano, G., & Hordijk, M. (2015). Mixed-use spaces and mixed social responses: POPULAR resistance to a megaproject in Central Lima, Peru. *Habitat International*, *45*(3), 177-184. https://doi.org/10.1016/j.habitatint.2014.02.005

Superintendencia de Banca y Seguros (s.f.). Compara Tasas. https://www.sbs.gob.pe/usuarios/informate-y-compara/compara-productos-financieros/compara-costos-de-creditos

Sungu-Eryilmaz, Y., & Greenstein, R. (2007). *A National Study of Community Land Trusts*. https://www.lincolninst.edu/publications/working-papers/national-study-community-land-trusts

Swann, R. (1972). *The Community Land Trust: A Guide to a New Model for Land Tenure in America*. Center for Community Economic Development.

Termo Territorial Coletivo (s.f.). Um dos maiores desafios urbanos, em nível mundial, é a garantia da permanência e do direito à moradia adequada para populações vulnerabilizadas. https://www.termoterritorialcoletivo.org/

The Institute for Community Economics (1982). *The Community Land Trust Handbook*. Rodale Press.

Thompson, M. (2015). Between Boundaries: From Commoning and Guerrilla Gardening to Community Land Trust Development in Liverpool. *Antipode*, *47*(4), 1021-1042. https://doi.org/10.1111/anti.12154

(2020). From Co-Ops to Community Land Trusts: Tracing the Historical Evolution and Policy Mobilities of Collaborative Housing Movements. *Housing, Theory and Society*, *37*(1), 82-100. https://doi.org/10.1080/14036096.2018.1517822

Torres, D. & 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.

Towey, M. (2009). The Land Trust Without Land: The Unusual Structure of the Chicago Community Land Trust. *Journal of Affordable Housing and Community Development Law 18*(3), 335-362.

Wernstedt, K. & Hanson, J. (2009). Community Revitalization Through Areawide Brownfield Regeneration, Community Land Trusts, and Progressive Finance. *Environmental Practice*, *11*(3), 134-143. https://doi.org/10.10170S1466046609990135

Williams, O. R. (2018). Community control as a relationship between a place-based population and institution: The case of a community land trust. *Local Economy*, *33*(5), 459-476. https://doi.org/10.1177/0269094218786898

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Consolidated Appropriations Act of 2018, H.R. 1625, 115th Cong. (1949) (EE. UU.).

Cranston-Gonzalez National Affordable Housing Act of 1990, S.566, 101st Cong. (EE. UU.).

Decreto Supremo 006-2017-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, de 28 de febrero de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 012-2021-VIVIENDA, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de julio de 2021 (Perú).

Ley 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional (BFH), Diario Oficial *El Peruano*, 20 de septiembre de 2002 (Perú).

Ley 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 2021 (Perú).

PRIA Act of 2021, H.R. 5334, 117th Cong. (EE. UU.).

Resolución Ministerial 338-2022-VIVIENDA, Disponen la publicación, en el portal institucional, del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Vivienda de Interés Social y de su Exposición de Motivos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de noviembre de 2022 (Perú).

10.18800/themis.202301.015

RAZONABLE INVERSIÓN: EL SANEAMIENTO LEGAL COMO MECANISMO PARA INCREMENTAR EL VALOR DE LOS PREDIOS URBANOS

REASONABLE INVESTMENT: THE LEGAL SANITATION AS A MECHANISM FOR INCREASING THE VALUE OF URBAN PROPERTIES

Angello Rivera Domínguez*
Osterling Abogados

This paper develops the economic benefits of legal sanitation as an effective mechanism to increase the value of urban Real Estate properties.

It addresses the scenarios worthy of urban real estate property sanitation, the legal mechanisms to be undertaken and, finally, the legal transactions to be implemented in order to achieve an economic benefit for the parties involved.

Keywords: Real Estate sanitation; value increase; urban properties.

El presente artículo desarrolla las ventajas económicas del saneamiento legal como un mecanismo efectivo para incrementar el valor de predios urbanos.

Se abordan los escenarios merecedores de saneamiento en el plano urbano, los mecanismos legales a emprender y, finalmente, los negocios jurídicos a ser implementados para alcanzar un beneficio económico a las partes interesadas.

Palabras clave: Saneamiento inmobiliario; incremento de valor; predios urbanos.

* Abogado. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN). Asociado Principal y líder de la práctica de Derecho Inmobiliario en Osterling Abogados. Profesor de Derecho Civil y Derecho Inmobiliario en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad ESAN. Contacto: arivera@osterlingfirm.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 31 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 12 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La verdad sea dicha: el aspecto legal y la formalidad no es, precisamente, una de las prioridades de la mayoría de la población en nuestro país. Aun cuando nadie podría poner en tela de juicio la relevancia de operar en sujeción a las normas jurídicas y formalidades previstas por las diversas entidades del Estado, claro está que la informalidad suele ser generalmente la regla y no la excepción.

Sin duda, podría plantearse más de una posible explicación para abordar este fenómeno. Por un lado, podría alegarse que el costo de la legalidad en el Perú (en concreto, cumplir con la ley) es muy elevado, de modo que los operadores contractuales y agentes económicos del mercado encuentran como una alternativa más eficiente operar en un entorno de informalidad. Un claro ejemplo de esta situación son los altos costos legales en que tiene que incurrir una persona para constituir una empresa para operar de acuerdo a ley.

Por otro lado, hay quienes afirman que la informalidad no es, por sí misma, una falencia, sino más bien una condición específica del mercado peruano sobre la cual debería construirse todo un aparato consensual que fomente el tráfico jurídico. La discusión siempre estará abierta para nuevas posturas. A efectos prácticos del presente artículo, nos centraremos en explicar por qué efectuar el saneamiento de predios urbanos será siempre una decisión acertada: invertir en formalidad resulta una razonable inversión.

II. PREDIOS, SIEMPRE PREDIOS

Históricamente, los predios, definidos como "la superficie delimitada por una línea poligonal continua y cerrada; que se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial [...]" (Decreto Supremo 005-2006-JUS, art. 3) se han consolidado como uno de los bienes más valorados en las operaciones de contratación privada. Entre las múltiples razones para explicar por qué los predios resultan tan atractivos en su condición de bienes y como alternativas de inversión podemos resaltar: (i) la plusvalía que generan en el tiempo; (ii) la generación de rentas; y (iii) la escasez del suelo, principalmente en entornos urbanos.

En primer lugar, la plusvalía entendida como "el incremento del valor de un bien por causas extrínsecas a él"[1], se justifica en la experiencia contemporánea en los entornos urbanos del país. Basta con revisar el promedio de los valores de adquisición que constan en cada una de las operaciones de transferencia de dominio de los inmuebles urbanos en las principales ciudades del Perú para advertir que un mismo predio ha sido vendido en la mayoría de los casos a un valor sustancialmente mayor en comparación a su valor de adquisición.

De acuerdo con el Indicador de Precios de Alquiler y Venta de Departamentos publicado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), el precio promedio de metro cuadrado de departamentos en los distritos de 'Lima Moderna'[2], se incrementó desde S/4 324.00 en el primer trimestre de 2013 hasta S/7 304.00 en el cuarto trimestre del 2021, cifra que representa un incremento porcentual de 68.92%.

En segundo lugar, la generación de rentas es una condición que muy pocos bienes ostentan. En el caso particular de los predios, claro está que respecto de estos podrían celebrarse contratos de arrendamiento, usufructo, superficie, entre otros negocios jurídicos por los cuales los propietarios e incluso los poseedores (como en el caso del subarrendamiento o subusufructo) pueden generar considerables rentas debido a los derechos que ostentan sobre los mismos.

En tercer lugar, el suelo urbano resulta un recurso finito de no tan lejano agotamiento. En el sector urbano los predios adquieren un inherente valor debido a su ubicación y su pertenencia a un entorno que ha consolidado características específicas por el paso del tiempo y cuya composición difícilmente variará. Con lo anterior no se procura sostener que las ciudades no podrían expandirse; sin embargo, la experiencia peruana da cuenta que las zonas de crecimiento o expansión urbana no cuentan necesariamente con las mismas condiciones de urbanismo, ornato, entre otras.

Independientemente de la razón por la cual un predio adquiere un valor económico trascendente, no cabe la menor duda que la propiedad inmueble predial resulta de los componentes más valiosos de la mayoría de los patrimonios personales o empresariales. Siendo esto así, existen razones suficientes para justificar la razonabilidad de invertir en el saneamiento de predios.

[1] Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

[2] Entiéndase que 'Lima Moderna' comprende los distritos de Barranco, La Molina, Miraflores, San Borja, San Isidro, Surco, Jesús María, Lince, Magdalena, Pueblo Libre, San Miguel y Surquillo.

III. SANEAMIENTO LEGAL DE PREDIOS URBANOS

El término 'saneamiento' consta en reiteradas normas jurídicas del ordenamiento jurídico peruano, mereciendo en cada caso distintos alcances con relación a la materia: Código Procesal Civil, Ley General de Servicios de Saneamiento (Ley 26338), disposiciones del Código Civil sobre saneamiento, entre otros.

Lo cierto es que, a propósito de los predios urbanos y partiendo del enfoque inmobiliario que importa a esta entrega, el saneamiento debe ser entendido como la dotación de condiciones idóneas a los derechos que recaen sobre los predios.

En este sentido, no nos referimos al saneamiento físico de estructuras o al saneamiento de servicios públicos sobre predios, sino a su puesta a punto a nivel legal, es decir, a la adecuación de la documentación registral y municipal de estos a la realidad de un predio a efectos de aumentar sustancialmente su valor para involucrarlo en el tráfico jurídico.

A. La irregularidad predial en el Perú

El estatus legal de la mayoría de los predios en el Perú no escapa de la tendencia en la cual la informalidad resulta un elemento predominante. Siendo esto así, destacamos dos problemáticas puntuales que resultan predominantes en el marco de este escenario de informalidad: la falta de diligencia en la construcción y la ausencia de títulos de propiedad.

Por un lado, en cuanto a la falta de diligencia en la construcción, cabe precisar que de acuerdo con las estadísticas publicadas en el año 2018 por la Cámara Peruana de la Construcción (en adelante, CAPECO), la construcción del 68.5% de viviendas que fueron construidas en Lima Metropolitana entre los años 2007 y 2014 fue informal (2018, p. 2), cifra que resulta especialmente alarmante y que resalta la necesidad del proceso de saneamiento predial.

Por otro lado, con relación a la ausencia de títulos de propiedad, la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2021, publicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (en adelante, INEI) en el año 2022 precisa que al año 2021, apenas el 47.2% de viviendas propias a nivel nacional cuenta con un título de propiedad, de las cuales el 92% estarían registradas en los Registros Públicos (2022, p. 123-124).

Podemos afirmar que las dos problemáticas antes referidas pueden fundarse en la afluencia de tugurios y asentamientos urbanos precarios en las últimas décadas, los cuales, según Ortiz, son una manifestación territorial de la pobreza urbana, muchas veces impulsada por fenómenos sociales como migraciones internas y el empobrecimiento de los sectores sociales menos favorecidos, los cuales no han sido debidamente atendidos por el Estado (2017, p. 185). De más estaría decir que los asentamientos humanos concentran gran parte de los predios merecedores de saneamiento, ya sea a fin de garantizar la oponibilidad de los derechos de sus titulares o de acceder a los potenciales beneficios económicos.

En esa misma línea, otro de los aspectos a tomar en cuenta a efectos del saneamiento y regularización de la situación legal de los predios –como señalaremos posteriormente– es la situación del catastro peruano y es que, desde sus inicios, la organización de este ha sido cuanto menos deficiente. Al respecto, Portillo Flores señalaría que "la historia catastral peruana ha estado caracterizada por una diversidad de instituciones de la administración central y local que han ejercido [distintas] competencias [cada una] en materia catastral" (2009, p. 161).

Resulta consabido que no existió una cooperación adecuada entre las distintas instituciones de la administración pública que tenían a cargo determinado catastro, de modo tal que muchas veces los criterios o los procedimientos que estas llevaban a cabo a efectos de registrar los predios dentro de su respectiva área de competencia diferían el uno del otro, lo que en reiteradas ocasiones conducía al registro de información inexacta o confusa.

En atención a la información presentada líneas arriba, podemos advertir que las áreas urbanas del país se constituyen como oportunidades para la generación de riqueza a partir de la constitución de derechos sobre predios. La razón radica, nuevamente, en aspectos de plusvalía, capacidad de generar rentas de mayor alcance y, desde luego, escasez territorial.

Ahora bien, siempre que tal oportunidad se complemente con la acertada decisión de proceder al saneamiento de los predios, las probabilidades de generar riqueza aumentan de manera sustancial. A continuación, expondremos los principales aspectos a considerar en el marco del saneamiento de predios urbanos.

B. Saneamiento a nivel registral

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, Sunarp) es la entidad a cargo de publicitar derechos sobre una serie de bienes,

entre ellos, los predios en nuestro país. Lo anterior se efectúa a través de cada uno de los Registros de Propiedad Inmueble Predial correspondientes a las distintas oficinas registrales.

No podría afirmarse de manera categórica que todos los predios que se hallan en el territorio nacional se encuentran, necesariamente, inscritos en Sunarp, es decir, que cuenten con una partida registral donde consten publicados sus linderos, área, denominación, cadena de transferencias de dominio, cargas y gravámenes, entre otros aspectos.

Así las cosas, siempre que medie inscripción registral, los titulares de predios urbanos no solo merecen una partida registral específica en el registro de propiedad inmueble predial correspondiente de Sunarp para publicitar un derecho preexistente, sino que los datos que se encuentren en dicha partida registral deben ser reales y adecuados.

A continuación, desarrollaremos los aspectos que deben tomarse en consideración para un adecuado saneamiento registral de predios urbanos en atención a cada rubro que contiene la partida registral de un predio, conforme lo establece el artículo 5 del Reglamento de Inscripciones Registro de Predios.

1. Antecedente dominial – Rubro A

El antecedente dominial es el documento constituido por la partida registral o partidas registrales que originan la primera inscripción de un predio, también denominada inmatriculación. Por ejemplo, se puede abrir una nueva partida registral en mérito a una acumulación[3] entendida como la unión de dos o más predios, o a una independización[4] proceso en el cual un área parcial de un predio previamente inscrito se independiza para, en lo sucesivo, dar mérito a una nueva partida registral independiente.

En esta sección es importante revisar que las partidas registrales que se mencionan como antecedentes se encuentren libres de cargas y gravámenes al momento previo a la acumulación o independización. Lo anterior, toda vez que de acuerdo con el artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de Sunarp, las cargas y gravámenes se extienden a las partidas registrales que se originan como consecuencia de un proceso de independización.

En la práctica, existen muchos escenarios en los cuales el registrador no inscribe en las partidas registrales resultantes las cargas o gravámenes provenientes de las correspondientes partidas registrales de origen. Siendo esto así, una revisión limitada a las cargas y gravámenes de una partida registral que no contemple aquellas que puedan constar inscritas en las partidas de origen podría generar una falsa opinión respecto a la idoneidad de un predio con relación a cargas o gravámenes.

Advertida una carga o gravamen no trasladado a una partida registral resultante, corresponderá proceder al saneamiento de esta situación solicitando de parte la inscripción de la carga o gravamen correspondiente para, posteriormente, evaluar el fondo de la obligación contractual o administrativa que dio mérito a la inscripción de la carga o gravamen, procurando su cumplimiento.

Una vez que la referida carga o gravamen no tenga mayor mérito como consecuencia del cabal cumplimiento de la obligación contractual o administrativa de fondo, corresponderá que el acreedor de la obligación proceda con la suscripción de los documentos privados y públicos que correspondan para lograr oficialmente el levantamiento de la referida carga o gravamen en un asiento de levantamiento debidamente extendido en la partida registral del predio.

En ninguna circunstancia deberá considerarse como diligente el hecho de no llamar la atención de Sunarp para que pueda extender cargas o gravámenes pendientes, con cargo a su posterior levantamiento. En este punto, debe comprenderse que el contenido de las partidas registrales en

[3] Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios:

Artículo 48. Inscripción de acumulación

La acumulación es el acto registral que tiene por objeto constituir una nueva unidad inmobiliaria y se efectúa comprendiendo en una sola, dos o más partidas independientes relativas a otros tantos predios. Se realiza abriendo una nueva partida registral y cerrando las partidas de los predios acumulados, mediante anotación que consigne la partida en la cual quedan acumulados [...] (2013).

[4] Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios:

Artículo 40. Definición

Es el acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella; o, como consecuencia de la inscripción de una edificación sujeta al régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o régimen de independización y copropiedad. [...] (2013).

Sunarp no es pétreo, sino que resulta susceptible de rectificaciones que bien pueden efectuarse de oficio o a solicitud de un interesado.

2. Descripción del predio – Rubro B

Con cargo a este rubro se extiende la información correspondiente a la ubicación geográfica e inscripciones de área, linderos, medidas perimétricas y demás datos físico-materiales de un determinado predio, así como sus modificaciones[5], y otras circunstancias conforme a la normativa vigente.

En principio, los datos consignados en el rubro de descripción de un predio apuntan a ser un reflejo de la realidad. Sin embargo, en la práctica esto no suele ser así: resulta común advertir la existencia de predios que cuentan con características físicas que difieren de su descripción registral o que incluso consignan un área registral que puede encontrarse superpuesta a la prevista en otras partidas registrales o encontrarse en un supuesto de duplicidad de partidas.

Respecto a la duplicidad de partidas, el artículo 56 del Reglamento General de los Registros Públicos señala que esto ocurre cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien inmueble, la misma persona jurídica o natural, o para el mismo elemento que determine la apertura de una. Además, en el citado artículo se incluye el supuesto de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios. A efectos de tener certeza que el predio no se encuentra en ninguno de estos supuestos es recomendable solicitar un Certificado Registral Inmobiliario y/o un Certificado de Búsqueda Catastral.

Esta falta de coincidencia entre la información registral y el plano real puede atender, entre otros aspectos, a que las técnicas de medición empleadas en la etapa inicial del quehacer registral no eran necesariamente las más precisas. Recordemos que el Registro de Propiedad Inmueble Predial fue creado en el año 1888.

Tal como lo exponen Zaldívar y Duffóo y como precisamos anteriormente, otra posible explicación para sostener por qué las áreas y medidas perimétricas consignadas en la partida registral de un predio no coinciden plenamente con la realidad es porque cada gobierno local se encargaba de su propio catastro usando sus propios procedimientos y técnicas e información para generarlo y mantenerlo. Evidentemente, las técnicas empleadas variaron según el criterio y recursos de cada municipalidad con el transcurso del tiempo (2021, p. 102).

Esta situación de incertidumbre encontró una mejora sustancial el 21 de julio de 2004 con la entrada en vigor de la Ley 28294 que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, destinada entre otros aspectos a efectuar precisiones en el Registro de Predios, aspecto en el cual su reglamento constituyó un considerable aporte. Así mismo, las entidades generadoras de catastro uniformizaron los criterios de elaboración de catastro a nivel nacional, de modo que las discrepancias entre los catastros municipales y los de las demás entidades se redujeron.

Aun cuando se implementó la obligación inmediata de adecuación de toda la información gráfica anteriormente generada, los citados autores indican que solo cinco distritos cuentan con la conformidad del Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial a su catastro, siendo estas la Municipalidad de San Isidro, Miraflores, San Jerónimo de Cusco, Los Olivos y el Cercado de Lima (2021, p. 84).

a. *Área y linderos y medidas perimétricas*

En concreto, son dos aspectos por considerar en el marco del análisis de la información sobre descripción de un predio consignada en una partida registral: (i) área; y (ii) linderos y medidas perimétricas.

Por un lado, el área de un predio es la extensión espacial de un predio, consignada en hectáreas, metros y decímetros cuadrados, según corresponda, que se encuentra comprendida entre sus linderos.

De esta forma, en caso se encuentre un predio cuya área registral difiera de aquella que se presenta en la realidad física o simplemente sea imprecisa, será necesario proceder con la rectificación de áreas y linderos. A continuación, un simple ejemplo: determinada partida registral del Registro de Propiedad de Inmueble Predial de la Oficina Registral de Lima indica que el predio inscrito cuenta con un área de 17 540.00 m^2, cuando en realidad, el área real es de 17 536.00 m^2. En este caso, se necesitará inscribir un asiento de rectificación por medio del cual se precise y aclare esta incongruencia.

[5] Téngase presente que, el área, los linderos y medidas perimétricas de un predio pueden sufrir modificaciones por medio de una rectificación de áreas y linderos, aclaraciones, prescripciones adquisitivas de dominio a favor de un tercero, independizaciones, acumulaciones, entre otros.

Por otro lado, los linderos y medidas perimétricas de un predio son aquella información que permitirá determinar no solo las medidas perimétricas que éste encierra, sino también los predios colindantes a este.

Sin embargo, es usual que en las inscripciones antiguas de predios no se indiquen los linderos y predios colindantes del inmueble o, de indicarse, se encuentren desactualizados. Por ejemplo, en el asiento registral puede indicar que por el fondo del inmueble se encuentra colindante con el 'Fundo San Cayetano' cuando en la actualidad el colindante por el fondo del inmueble ahora es un edificio de propiedad de un tercero.

Evidentemente, el área o los linderos y medidas perimétricas de un predio podrían resultar susceptibles de saneamiento, en tanto se advierta que la información consignada en sede registral no coincida con la información real obtenida *in situ*, por medio de un levantamiento topográfico, por ejemplo. La normativa vigente provee herramientas oportunas para el saneamiento de estos aspectos.

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 27333, Ley complementaria a la Ley 26662, Ley de asuntos no contenciosos de competencia notarial para la regularización de edificaciones, la rectificación –entiéndase, el saneamiento– de área, linderos y medidas perimétricas de un predio puede realizarse por medio de los siguientes procedimientos:

> a) Por mutuo acuerdo:
> Mediante escritura pública suscrita por el propietario del predio y los propietarios de todos los predios colindantes, en la que éstos últimos manifiesten su conformidad con el área, medidas perimétricas y/o linderos, según corresponda.
>
> b) Procedimiento Notarial:
> Se podrá tramitar como un asunto no contencioso de competencia notarial, según los procedimientos a los que se refieren los artículos 504o y siguientes del Código Procesal Civil, en lo que sea aplicable, siempre y cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida.
>
> Cuando el área real es superior a la registrada procederá este trámite siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada.
>
> Este procedimiento se tramita de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley 27157.
>
> c) Procedimiento Judicial:
> Se tramita por el procedimiento judicial previsto en los artículos 504 -por medio de proceso abreviado- y siguientes del Código Procesal Civil, toda rectificación que suponga superposición de áreas o linderos, o cuando surja oposición de terceros.
>
> 13.2 Si, durante la tramitación de cualquiera de los procesos indicados en los incisos b) y c) precedentes, se produjese acuerdo entre los propietarios podrá otorgarse la escritura pública a la que se refiere el inciso a), dándose por concluido el proceso iniciado (2000).

Sin perjuicio de los procedimientos anteriormente señalados, a la fecha existen otros procedimientos legales para la rectificación como la rectificación por error de cálculo desarrollado en el Precedente de Observancia Obligatoria del Décimo Noveno Pleno del Tribunal Registral de la Sunarp (Resolución del Presidente del Tribunal Registral 088-2006-SUNARP/PT); rectificación unilateral contenido en el Precedente de Observancia Obligatoria del Centésimo Quincuagésimo Quinto Pleno del Tribunal Registral de la Sunarp (Resolución del Presidente del Tribunal Registral 179-2016-SUNARP/PT); renuncia de área establecida por el Precedente de Observancia Obligatoria del Centésimo Noveno Pleno del Tribunal Registral de la Sunarp (Resolución del Presidente del Tribunal Registral 240-2013-SUNARP/PT)[6].

La información resultante de cualquiera de los procesos anteriormente listados por medio de los cuales se efectuará el saneamiento de área o linderos y medidas perimétricas deberá incluirse en la partida registral del predio relevante, a través de la inscripción de un nuevo asiento en el rubro de 'Descripción del Inmueble' en el cual se expresa la nueva área del predio y los correspondientes linderos y medidas perimétricas.

b. *Declaración de edificaciones*

Las edificaciones levantadas sobre un predio son parte integrante de la propiedad, salvo que se distinga la propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo. En principio, la declaratoria de edificaciones debería constar inscrita en la partida registral del

[6] Otras normas que permiten la rectificación son (1) el Decreto Supremo 005-2006-JUS, Aprueban Reglamento de la Ley que crea el Sistema Nacional integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios - Ley 28294, precisamente el artículo 62 y (2) el Decreto Legislativo 1358, que modifica la Ley 29151 así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 008-2021-VIVIENDA para el saneamiento de Bienes del Estado.

predio. Siendo esta entendida como el documento legal que comprueba la construcción levantada sobre un terreno.

El artículo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común define a la declaratoria de edificaciones como el reconocimiento legal de la existencia de cualquier tipo de obra que se realiza mediante declaración del propietario con las formalidades y trámites previstos en la ley.

Al respecto, Peña señala que la declaración de edificaciones deberá comprender toda ampliación o modificación de fábricas. Esto a efectos de que eventualmente, el propietario del predio no se encuentre con impedimento alguno cuando pretenda disponer de este, o cuando pretenda constituir actos de gravámenes (2022, p. 466). De igual forma, más adelante, Peña precisa que mediante el proceso de regularización de edificaciones se puede declarar la demolición total de la fábrica inscrita y construida sobre un predio, entendiendo a ésta como la extinción total de todas las construcciones ubicadas dentro de un predio (2022, p. 533).

En ese sentido, si el predio cuenta con edificaciones, estas últimas deberían estar inscritas en la declaratoria de edificaciones de la correspondiente partida registral. Caso contrario, corresponderá efectuar el procedimiento correspondiente para sanear este extremo. Asimismo, se deben inscribir las ampliaciones o aclaraciones de la descripción de fábrica al igual que las demoliciones efectuadas en el predio.

c. *Reglamento interno y estatutos*

Ahora bien, es usual que en los inmuebles con edificación o sin ella se proceda a realizar una independización consistente en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de la desmembración de un terreno, o, como consecuencia de la inscripción de una edificación sujeta al régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o régimen de independización y copropiedad.

En caso una edificación se sujete al régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común o régimen de independización y copropiedad se deberá inscribir el Reglamento Interno en el rubro de descripción del predio, el cual mínimamente deberá contener la descripción de las secciones de propiedad exclusiva, usos, los bienes de propiedad común y los servicios comunes, porcentajes de participación, derechos y obligaciones de los propietarios, régimen de la junta de propietarios contemplando sesiones, quórum, votaciones y acuerdos, conforme lo establece el artículo 42 de la Ley 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común.

Es preciso indicar que en el caso de regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común es primordial enfatizar en el porcentaje de participación, porcentaje resultante del predio analizado con relación a los bienes comunes. De esta manera, en el artículo 42 de la Ley 27157 establece que en el Reglamento Interno se debe indicar los porcentajes que a cada propietario le corresponde en la propiedad de los bienes comunes con la finalidad de atender los gastos que demanden los servicios comunes, la conservación, mantenimiento y administración de la edificación, y en las votaciones para adoptar acuerdos en las Juntas de Propietarios.

Integrando los dos aspectos referidos en los literales b y c precedentes, resulta importante señalar que para la inscripción del Reglamento Interno deberá inscribirse previamente la respectiva declaratoria de fábrica, salvo disposición expresa en contrario. De igual manera, al otorgarse un Reglamento Interno se constituye simultáneamente una Junta de Propietarios, entendido esta como la reunión de todos los propietarios de secciones exclusivas. Se inscribirá en la partida matriz la Junta de Propietarios y la designación de su presidente y el periodo de su cargo.

3. Títulos de dominio – Rubro C

En este se inscriben los asientos correspondientes a traslaciones del derecho de propiedad y demás actos que constituyan, modifiquen o extingan la titularidad dominial. Así, podemos encontrar inscripciones de compraventa, adquisición por sucesión, constitución de patrimonio fideicomitido, declaración de verdadero propietario, entre otros.

En el Perú, el contrato de compraventa no reviste de alguna formalidad bajo sanción de nulidad, por lo que basta para su validez la suscripción de un contrato privado; sin embargo, por seguridad jurídica es recomendable que todos los contratos de compraventas que se suscriban sobre el predio se eleven a escritura pública y, en consecuencia, se inscriban en la correspondiente partida registral. Por ejemplo, si Alberto vendió el predio a Beto y esta compraventa fue inscrita, pero la compraventa realizada por Beto a Carlos no está inscrita, ante

una eventual venta por parte de Carlos a un tercero el contrato de compraventa no podrá inscribirse sin que previamente se inscriba la compraventa realizada por Beto a favor de Carlos, ello en virtud del principio registral del tracto sucesivo.

Respecto a este principio, el Tribunal Registral mediante Resolución 291-2021-SUNARP-TR ha señalado que:

> El carácter formal del principio de tracto sucesivo obliga al Registrador a verificar si quien efect*úa* el acto de disposici*ón* o de quien deriva el derecho aparece como titular registral del derecho, correspondiente rechazar todo acto dispositivo o de transmisi*ón* de derecho que no provenga del titular inscrito (2021, p. 4).

Asimismo, en este punto debe revisarse principalmente que los nombres de las personas jurídicas o naturales que figuren en los asientos registrales se encuentren debidamente inscritos, toda vez que un error en estos puede afectar la inscripción de una futura traslación de derechos del inmueble. Es esencial que los nombres de las personas que figuran en los asientos registrales de una partida registral coincidan exactamente con los datos que se consignan en su Documento Nacional de Identidad al igual que su estado civil y en caso de estar casado se deberá señalar si se encuentra bajo un régimen de sociedad de gananciales o de separación de patrimonio. En caso de que estos datos no guarden relación con la realidad deberá ser materia de rectificación a través de una Escritura Pública Aclaratoria a menos que se trate de un error por parte del Registrador.

Además, tratándose de la inscripción de compraventa de acciones y derechos sobre la propiedad de un predio deberá consignarse el porcentaje exacto respecto del predio que se está adquiriendo y en virtud de cual copropietario está adquiriendo dichas acciones y derechos.

4. Cargas y gravámenes – Rubro D

En este constan los asientos inscritos en virtud de la existencia de bloqueos, hipotecas, servidumbres, anotaciones de demanda, medidas cautelares, cargas administrativas, actos que contienen derechos obligacionales como los contratos de opción de compra y arrendamiento, así como otros actos inscribibles que por disposición expresa deban inscribirse en este rubro.

En el supuesto de que existan cargas y gravámenes en la partida registral, en el asiento registral se deben consignar todos los datos relevantes. Si se tratara de una medida cautelar o anotación de demanda debe consignarse los datos completos del expediente judicial y Resolución Judicial en virtud del cual se está procediendo inscribir dicho asiento. En el supuesto de que se inscriba un embargo en la partida registral además de los datos que hemos señalado anteriormente debe indicar si el embargo recae sobre todo el predio o sobre las acciones y derechos de alguno de los copropietarios.

No es materia de análisis revisar cada uno de los actos inscribibles en el rubro de cargas y gravámenes, pero en caso no se encuentren vigentes es importante cancelar estos asientos, excepto aquellos que el Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios establezca un plazo de caducidad que opera automáticamente como es el caso de los asientos que contienen bloqueos[7].

5. Cancelaciones – Rubro E

En este rubro se inscriben todas las cancelaciones de las cargas y gravámenes inscritas en la partida registral.

Así, cada asiento que se inscribe debe especificar que carga o gravamen en específico se levanta, por lo que corresponde revisar si efectivamente no existe algún error en la inscripción de este, por ejemplo, en el asiento puede indicar que se levanta la hipoteca inscrita en el asiento D0003 cuando en realidad en dicho asiento consta una anotación de demanda y no una hipoteca.

Es importante que se proceda a la cancelación de cargas, gravámenes, limitaciones o restricciones al uso de la posesión y/o propiedad que se encuentran extinguidas para evitar obstáculos en el libre uso y disponibilidad de los inmuebles.

Ahora bien, los aspectos anteriormente listados cobrarán relevancia siempre que el predio urbano

[7] Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios:

> Artículo 103. Anotación de bloqueo registral
>
> […]
>
> El bloqueo tiene una vigencia de sesenta (60) días hábiles contados desde la fecha del correspondiente asiento de presentación y caduca al vencimiento de dicho plazo o en los supuestos previstos en los literales a), b) y c) del artículo 6° del Decreto Ley 18278.
>
> […]

bajo análisis se encuentre inscrito en sede registral. De no ser el caso, corresponde proceder con un proceso de inmatriculación, siendo este el acto por el cual se incorpora un predio al Registro.

Según Gonzales Barrón, "la primera inscripción, en el derecho registral, significa el ingreso de una finca en el Registro, es decir, se trata del inicio de la vida o historia registral de las titularidades jurídicas referidas a un predio" (2022, p. 197).

Por ejemplo, la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de dominio de un predio a favor de un tercero es título suficiente para la inscripción del predio en el Registro mediante la apertura de una partida registral al igual que las independizaciones.

C. Saneamiento a nivel municipal

Preliminarmente, debemos considerar que la información registral y la municipal no siempre coinciden a plenitud. Por ejemplo, la denominación puede variar. Lo mismo puede suceder inclusive con las áreas y linderos. Para poder corroborar si existe correspondencia entre la información registral y la municipal podemos solicitar el Certificado de Zonificación y Vías y el Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios.

En el artículo 14 de la Ley 30494, Ley que modifica la Ley 29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones se define al Certificado de Zonificación y Vías como el documento emitido por las municipalidades provinciales o por la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, en las que se especifican los parámetros de diseño que regulan el proceso de habilitación urbana de un predio, así podremos encontrar, entre otros datos, la denominación, zonificación y área del inmueble, las cuales deberían coincidir con lo inscrito en Registros Públicos.

Además, en el citado artículo podemos encontrar la definición del Certificado de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios, siendo este el documento emitido por las municipalidades distritales y provinciales o por la Municipalidad Metropolitana de Lima en el ámbito del Cercado, de sus respectivas jurisdicciones, donde se especifican los parámetros de diseño que regulan el proceso de edificación sobre un predio urbano. Este documento contiene principalmente el área del lote, la altura máxima y mínima de edificación, uso de los suelos, entre otros aspectos.

A nivel municipal, debe prestarse especial atención a que los propietarios del inmueble coincidan con los propietarios registrados en la partida registral del inmueble. Usualmente, los propietarios deben verse reflejados como contribuyentes en la Hoja Resumen y Predio Urbano (en adelante, PU) emitido por la Municipalidad.

En el primer documento se detalla toda la relación de predios declarados por el propietario en el distrito y contiene los datos como la ubicación de los predios, el código catastral, el valor del autovalúo, el valor afecto y la base imponible la cual se utilizará para determinar el impuesto predial cada año, mientras que mediante el documento PU se detalla toda la información de un inmueble, tales como la ubicación, características, construcciones, niveles, materiales de construcción y metrajes de la construcción. Con este último documento se puede determinar el valor bien o también denominado autovalúo.

D. Condiciones de un predio urbano debidamente saneado

Visto así, resulta sencillo precisar las características de un predio debidamente saneado. En primer lugar, en lo referente al aspecto registral deberán verificarse los siguientes requisitos: (i) que los antecedentes dominiales, ya sea una independización o acumulación, se encuentren debidamente consignados y que, de ser el caso, las cargas y gravámenes hayan sido debidamente trasladados de las partidas antecesoras; (ii) que la descripción del predio, es decir, el área, los linderos y sus medidas perimétricas registrales coincidan con aquellas que se presentan en la realidad física, lo mismo deberá cumplirse con respecto a las declaraciones de edificaciones y reglamentos internos; (iii) que los títulos de dominio se encuentren debidamente inscritos o trasladados, y que la información consignada en estos coincida con la documentación o acto que los origina; (iv) que las cargas y gravámenes hayan sido debidamente inscritas o trasladadas y que, así mismo, los asientos respectivos contengan información relevante que permita determinar fácilmente su alcance; y (v) finalmente, en el rubro de las cancelaciones deberá especificarse con detenimiento cuál es la carga o gravamen a levantarse y, de igual forma, cerciorarse de que no se traslada ninguna que haya sido anteriormente cancelada.

Por otro lado, en lo referente al aspecto municipal se deberá verificar que la información contenida tanto en la Hoja Resumen como en el PU coincida no solo con las características reales del predio, ya sea su ubicación, construcciones, área o perímetro; si no también que esta coincida con la información consignada en su respectiva partida registral.

IV. ¿CÓMO APORTA VALOR UN PREDIO SANEADO?

Qué duda cabe que uno de los principales atributos sobre predios (en general, sobre bienes) es la posibilidad de disponer de aquellos. Evidentemente, la disposición de inmuebles se efectúa, salvo casos de liberalidad, en un entorno de corte comercial en el cual se espera recibir determinada retribución como consecuencia de la constitución de derechos en favor de terceros respecto del predio.

No existe una fórmula única para fijar el valor de un predio. Usualmente, se recurre a una tasación comercial a efectos de determinar el valor real del inmueble. En este sentido, los criterios y el procedimiento a seguir para determinar el valor comercial de un predio se encuentran recogidos en la Resolución Ministerial 172-2016-Vivienda, que Aprueba el Reglamento de Nacional de Tasaciones.

En concreto, producto de la tasación comercial se obtienen dos valores referenciales: (i) valor comercial del inmueble; y (ii) valor de realización automática del inmueble. El primero de ellos se refiere al valor del inmueble en condiciones actuales de mercado, sin premura excesiva por la venta. El segundo se refiere al monto que se podría obtener de manera inmediata por transferir la propiedad del bien. Desde luego, el segundo valor es sustancialmente menor.

Al margen del criterio que se emplee para fijar el valor de un predio, será siempre una regla que mientras menos contingencias atañen a un predio mayor podrá ser su valor en el tráfico jurídico. Así las cosas, debemos distinguir dos escenarios principales en los cuales un predio debidamente saneado puede aportar valor a la operación a ser ejercida por su titular: (i) enajenación; y (ii) constitución de derechos en favor de terceros.

A. Enajenación de predios

Por un lado, en caso se opte por vender un predio, contar con la cadena de transferencias de dominio debidamente analizada y tener la plena seguridad acerca de la inexistencia de cualquier carga o gravamen se constituirán en elementos que permitirán mejorar sustancialmente la capacidad de negociación frente al adquirente.

Frente a otras opciones donde los postores de inmuebles no hayan sido lo suficientemente diligentes, contar con la seguridad de que no existen otros dueños más que aquellos que se presentan en la operación como vendedores ni cargas ni gravámenes y poder exteriorizar esto último generará un mejor escenario contractual.

Ahora bien, cabe precisar que la validación sobre la propiedad del predio a ser vendido o la inexistencia de contingencias respecto del bien no se consagran por la simple declaración de quien vende un predio o de su asesor legal, sino que estas condiciones deben ser (en un entorno de debida diligencia) validadas por el adquirente y sus asesores legales.

A menudo se toma conocimiento de determinadas operaciones de compraventa de predios donde pese a la declaración de ser exclusivo propietario por parte del vendedor, el comprador y su asesor legal descubren, a partir de la revisión de la partida registral del predio bajo análisis, que existen o bien otras personas con legítimo derecho sobre el predio (ya sea por transferencias imperfectas o por asuntos sucesorios) o que existen cargas o gravámenes sobre el inmueble, que no fueron advertidas por su antecedente dominial.

Estas circunstancias comprometen sustancialmente las operaciones, muchas veces conduciéndolas a su extinción, ya que cualquier declaración de los vendedores que luego sea descubierta como incorrecta, falsa o imprecisa por parte del comprador habrá sembrado en este último una razonable desconfianza acerca de la buena fe con que se actúe en el negocio jurídico.

Lamentablemente, el plano reputacional no es el único que se afecta como consecuencia de contingencias inadvertidas en la partida registral del inmueble que se proyecta enajenar, sino también el plano económico. Naturalmente, un inmueble en el cual se hayan advertido cargas o gravámenes sobrevinientes como consecuencia de ausencia de saneamiento tendrá un valor mermado en una tasación comercial, por ejemplo.

B. Idoneidad para constitución de derechos a terceros

En cuanto a los supuestos de constitución de derechos en favor de terceros respecto de predios, cabe indicar que el saneamiento de predios cumple también un rol determinante.

Y es que en el saneamiento de un predio importa también la revisión de derechos previamente otorgados con relación al mismo, entre los cuales podría permanecer vigente un derecho incluso publicitado que pueda constituir una amenaza para quien procura tomar posesión temporal de un predio.

Supongamos que en determinado momento se otorgó un derecho de arrendamiento sobre un predio por el plazo de diez años y el acto fue ins-

crito en la partida registral del predio, pero por determinadas razones el contrato se frustró al quinto año. Quien procure constituirse como nuevo arrendatario del predio encontrará en sede registral la existencia de un derecho otorgado en favor de un tercero, resultando ello una seria amenaza a la posesión pacífica del predio.

Un caso más complejo será aquel en el cual el titular de un predio procure constituir una garantía sobre este último, ofreciendo al acreedor el primer rango hipotecario. Un adecuado saneamiento registral del predio permitirá contar con clara certeza sobre el rango exacto que se está ofreciendo. En el curso de la operación, podría advertirse que la obligación que dio mérito a una hipoteca previamente inscrita no ha sido cumplida satisfactoriamente.

Resulta común que en determinadas ocasiones la obligación haya sido cumplida, por ejemplo, con el pago de determinada deuda a una entidad bancaria. Sin embargo, podría haber quedado pendiente la gestión notarial y registral del banco para proceder al levantamiento de la garantía que constituyó a favor el dueño del predio en calidad de deudor. Estos casos también introducen una dosis significante de incertidumbre al negocio.

Como puede apreciarse, independientemente si se procura enajenar el inmueble u otorgar derechos temporales sobre el mismo en favor de terceros, el saneamiento constituye una herramienta por la cual se pueden mitigar circunstancias adversas en el proceso de negociación y al mismo tiempo optimizar los intereses económicos de los titulares de predios.

V. CONCLUSIONES

Como pudimos comprobar, el saneamiento de predios importa una serie de beneficios a diversos niveles, principalmente en todo lo referente a la consecución de una mayor certeza sobre el derecho de propiedad y las facultades de disposición sobre un predio.

El saneamiento legal de predios urbanos genera una serie de potenciales beneficios de carácter económico a ser aprovechados que podrían resultar en una clara ventaja para el propietario cuando éste pretenda explotar la economicidad predio, ya sea por medio de una enajenación, constitución de derechos a favores de terceros o acceder al mercado crediticio.

Un predio pendiente de saneamiento se encontrará sujeto a una serie de limitaciones que pueden limitar el ejercicio de las diversas facultades del derecho de propiedad. De aquí que, ante los ojos de los partícipes del mercado inmobiliario, eventuales acreedores, la propia administración pública, y, por supuesto, agentes del mercado inmobiliario, el valor de un predio no saneado jamás alcanzará aquel valor potencial que este podría tener en un escenario ideal.

REFERENCIAS

Banco Central de Reserva del Perú. *Indicador de Precios de Venta y Alquiler de Departamentos*. https://www.bcrp.gob.pe/estadisticas/indicador-de-precios-de-venta-de-departamentos.html

Cámara Peruana de la Construcción [CAPECO] (2018). *La realidad de la construcción informal. Nueva iniciativa de CAPECO por la construcción responsable: Construyendo Formalidad, 2*. https://www.capeco.org/store-imagenes/files/documentos/CONSTRUYENDO_FORMALIDAD_OCT_-_2018.pdf

Gonzales Barrón, G. (2022). *Derecho Registral y Notarial*. Jurista Editores.

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2022). *Encuesta Nacional de Programas Presupuestales 2011-2021*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1855/cap05.pdf

Ortiz Sánchez, I. (2017). *Introducción al derecho urbanístico.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Peña Fuentes, R. (2022). *Saneamiento en el Registro de Predios: Conceptos, legislación, casuística y jurisprudencia registral.* Gaceta Jurídica.

Portillo Flores, A. (2009). *El Catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión*. Palestra Editores.

Plusvalía (s.f.). En *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.* https://dle.rae.es/plusvalía

Zaldívar, R., & Duffóo, V. (2021). Dos Siglos Sin Ti: La falta de un verdadero catastro en el Perú y sus consecuencias. *Forseti*, *10*(14), 72-110.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 768, Código Procesal Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de marzo de 1992 (Perú).

Decreto Legislativo 1358, Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, para optimizar el saneamiento físico legal de los inmuebles estatales y facilitar la inversión pública y privada, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 005-2006-JUS, Aprueban Reglamento de la Ley que crea el Sistema Nacional integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios - Ley Nº 28294, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de febrero de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 005-2018-JUS, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley Nº 28294 que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, , aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2006-JUS, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de marzo de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley Nº 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de noviembre de 2006 (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 de Propiedad Común, Diario Oficial *El Peruano,* 20 de julio de 1999 (Perú).

Ley 27333, Ley complementaria a la Ley Nº 26662, la Ley de asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial, para la Regularización de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de julio de 2000 (Perú).

Ley 28294, Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2004 (Perú).

Ley 30494, Ley que modifica a la Ley 29090, Ley de Regularización de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano,* 2 de agosto de 2016 (Perú).

Resolución Ministerial 172-2016-Vivienda, Resolución Ministerial que Aprueba el Reglamento de Nacional de Tasaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2016 (Perú).

Resolución del Presidente del Tribunal Registral 088-2006-SUNARP/PT, Disponen publicación de precedentes de observancia obligatoria aprobados en el Decimonoveno Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de agosto de 2006 (Perú).

Resolución del Presidente del Tribunal Registral 179-2016-SUNARP/PT, Disponen publicación de precedentes de observancia obligatoria aprobados en la sesión ordinaria del Centésimo Quincuagésimo Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de setiembre de 2016 (Perú).

Resolución del Presidente del Tribunal Registral 240-2013-SUNARP/PT, Disponen publicar precedentes de observancia obligatoria aprobados en sesión ordinaria de Centésimo Noveno Pleno de Tribunal Registral de la SUNARP, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de setiembre de 2013 (Perú).

Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 097-2013-SUNARP-SN, Aprueban el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, 4 de mayo de 2013 (Perú).

Resolución 291-2021-SUNARP-TR-L, 11 de febrero de 2021 (Perú).

10.18800/themis.202301.016

EL DEBER DE IDONEIDAD Y SU ALCANCE NORMATIVO EN LA CONTRATACION INMOBILIARIA, UNA MIRADA GARANTISTA A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

THE DUTY OF SUITABILITY AND ITS REGULATORY SCOPE IN REAL ESTATE CONTRACTING, A LOOK AT THE RIGHTS OF THE CONSUMER

Julio Baltazar Durand Carrión*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In real estate contracting, a consumer relationship is established between the real estate supplier and the end consumer. This consumer relationship implies a series of duties for the supplier, such as the duty of information and the duty of suitability. This second duty will be the focus of this paper.

Within this framework, the paper will address the following points. First, we will develop, under the lens of the duty of suitability, the problem of real estate reorganization and abusive clauses. As a second point, we will make a problematization of the ad corpus clauses as abusive clauses. Finally, we will review the liability of suppliers' managers in the real estate field. Throughout the work, we will rely on resolutions of the Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (hereinafter, INDECOPI).

Keywords: Real estate market; duty of suitability; consumer law; INDECOPI.

En la contratación inmobiliaria se configura una relación de consumo entre el proveedor inmobiliario y el consumidor final. Esta relación de consumo implica una serie de deberes para el proveedor como el deber de información y el deber de idoneidad. Este segundo deber será el centro del presente trabajo.

En ese marco, el trabajo abordará los siguientes puntos. En primer lugar, se desarrollará, bajo el lente del deber de idoneidad, la problemática del saneamiento inmobiliario y las cláusulas abusivas. Como segundo punto, realizaremos una problematización respecto a las cláusulas ad corpus como cláusulas abusivas. Finalmente, revisaremos la responsabilidad de los gerentes de los proveedores en el ámbito inmobiliario. A lo largo del trabajo, nos apoyaremos de resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).

Palabras clave: Mercado inmobiliario; deber de idoneidad; derecho del consumidor; INDECOPI.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) reconocido con el Premio Nacional a la investigación doctoral en Humanidades de Asamblea Nacional de Rectores en el año 2007. Estudios de postgrado en Propiedad Intelectual en la Universidad de Buenos Aires, Argentina; Derecho Internacional en la Organización de Estados Americanos (OEA) en Río de Janeiro, Brasil; Derecho de la Competencia en la Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia del TDC, España; y Derecho de Empresa y Derechos Humanos en el Washington College of Law de American University, Estados Unidos de Norteamérica. Profesor en la Universidad San Martín de Porres, Universidad de Lima, Universidad peruana de Ciencias Aplicadas y la PUCP. Ex Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia (2002-2006), Ex Presidente (2012-2017) y Vocal (desde el 2021) de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Contacto: durand.jb@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 14 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 10 de agosto de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La casa propia es y será siempre el sueño anhelado de muchas familias en el Perú y en el mundo, por ello, adquirir un inmueble no es algo sencillo, sino que demanda de parte de los consumidores un esfuerzo importante por encontrar y financiar la compra de la casa que más se adecúe a las necesidades.

En este contexto, esta búsqueda siempre va a generar expectativas de los adquirientes por tener un inmueble con las comodidades que corresponden de acuerdo con el precio del mercado que ha pagado, muchas veces financiado por las instituciones bancarias y financieras.

Pero… ¿Qué sucede cuando el inmueble adquirido no reúne las características ofrecidas y no responde a las expectativas de los consumidores? Es en ese momento que se produce indudablemente una crisis de confiabilidad en la contratación inmobiliaria, porque los proveedores no cumplen de manera adecuada su deber de idoneidad y muchas veces no responden con buenas prácticas comerciales que puedan mitigar los perjuicios que eventualmente se hayan causado a los consumidores que han visto defraudadas sus expectativas naturales de contar con un inmueble que corresponda a aquel ofrecido por los vendedores.

Por otro lado, cuando hablamos de contratación inmobiliaria en el mundo actual, ¿de qué tipo de contrataciones estamos hablando? Este es un tema trascendental para poder articular algunos razonamientos jurídicos de este tipo de mercado, no en función solamente de las normas del Código Civil, sino fundamentalmente sobre la base de los nuevos conceptos del derecho del consumidor que es omnipresente en todo el mercado a nivel global.

La contratación clásica se aplica a nivel de una negociación interindividual, la cual existe, pero de una manera residual, porque en el mundo actual lo que más existe es la contratación masiva, estandarizada, como es la contratación con cláusulas predispuestas o preelaboradas. La contratación inmobiliaria se incorpora dentro del mundo de la contratación masiva para ser regulada y protegida por la legislación del derecho del consumidor y cualquier razonamiento que proponga exonerarla de esa regulación seria descontextualizado de la realidad y del mercado.

Estos razonamientos previos son necesarios para poder entrar a delimitar el contenido de los derechos del consumidor en el mercado inmobiliario y el alcance normativo del deber de idoneidad por parte de los proveedores, apelando a un análisis jurídico que tenga suficiencia conceptual, precisión normativa y sobre todo coherencia sistémica con la realidad del mercado peruano, teniendo en cuenta que si bien la vivienda es un derecho humano fundamental, es naturalmente en el mercado, donde podemos vivenciar si realmente se cumplen y se respetan los derechos humanos de las personas como consumidores (Durand, 2019).

En este sentido es necesario determinar jurídicamente y de manera sistémica, el alcance normativo de algunas categorías conceptuales de derecho del consumidor, en relación a la contratación inmobiliaria en el plano real del mercado peruano, tan lleno de presiones crecientes y extendidas en la hora actual.

II. EL PROVEEDOR INMOBILIARIO

Este punto es muy importante porque a veces no se entiende quien es realmente el proveedor en el mercado inmobiliario y como sabemos, puede ser una empresa constructora, una empresa inmobiliaria, una empresa de corretaje, sea que este organizada como persona jurídica o sea que se trate de una persona natural con negocio, cuya actividad sea la comercialización y construcción inmobiliaria. Según el artículo 76.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor[1] (en adelante, CPDC) se considera proveedor las empresas constructoras de unidades inmobiliarias y a las promotoras inmobiliarias y en la categoría de promotoras entran todo tipo de personas naturales o jurídicas dedicadas a promoción, venta y entrega de bienes inmuebles directa o indirectamente.

Aquí entra también en juego otro tipo de actores que si bien es cierto no son en esencia proveedores inmobiliarios porque no son ellos quienes están ofertando los bienes, si tienen un cierto novel de participación en la comercialización de los inmuebles, sean como financiadores en el caso de bancos, financieras, cajas o cooperativas; y por otro lado los llamados agentes inmobiliarios como vendedores de inmuebles.

La pregunta es si estos dos últimos actores que no venden, pero que, si participan, tiene algún grado

[1] Artículo 76.- Protección del consumidor en contratos inmobiliarios

76.1 En toda la publicidad escrita de bien inmueble futuro de primer uso, las promotoras inmobiliarias y las empresas constructoras de unidades inmobiliarias deben consignar la información establecida en el artículo 77 del presente Código. […] (2010)

de responsabilidad cuando se cumpla lo ofrecido por parte de los proveedores inmobiliarios. Particularmente considero que sí, siempre y cuando su participación sea importante en el diseño de la operación y sus obligaciones estén incluso establecidas en el contrato inmobiliario; y por otro lado, los agentes en su condición de vendedores son responsables sino cumplen adecuadamente su labor de información y entrega de documentación que corresponde a la contratación inmobiliaria.

Si bien el agente inmobiliario es aquel proveedor que se dedica a la intermediación en la compraventa de un inmueble, mas no se constituye propiamente como el vendedor propietario del mismo, al entrar en contacto con el consumidor ofreciéndole un bien inmueble que se encuentra a la venta en el mercado, le corresponde garantizar la transmisión de toda la información relevante vinculada a la transacción promovida, resultando, frente al consumidor, equiparable su situación a la del promotor inmobiliario o la constructora, encontrándose por ello bajo el ámbito de aplicación subjetiva del artículo 78 del CPDC[2].

Tal como lo he señalado en la Resolución 996-2021-SPC -INDECOPI, es pertinente resaltar que, en el mercado inmobiliario actual, los operadores que hacen propuestas ofertables a los consumidores respecto de bienes inmuebles, pueden ser llamados agentes, constructoras o promotores inmobiliarios, siendo que sin importar la nomenclatura que utilicen, se presentan como vendedores sin que el consumidor, ni el propio CPDC, establezcan diferencias entre ellos y, ergo, se encuentran obligados a cumplir con los mandatos de dicha Ley sobre los productos o servicios inmobiliarios (capítulo IV del Título IV del CPDC), debiendo asumir la responsabilidad ante eventuales daños producidos al consumidor generados por defectos en la información y documentación trasladada; además dicho traslado no generaría un sobrecosto al agente pues se entiende que ha sido considerado dentro de su esfera de actuación como proveedores encargados de la promoción o gestión de la contratación de bienes inmuebles.

Cabe indicar que la Ley 29080, Ley de creación del Registro del Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, únicamente regula de manera general el status jurídico o condición del agente inmobiliario como operador en el mercado (requisitos para acceder y permanecer en el mercado, por ejemplo), siendo que las obligaciones específicas en el establecimiento de relaciones de consumo en favor de los consumidores, las establece el CPDC, ello implica que debemos hacer un ejercicio adecuado de interpretación del texto normativo de la ley, sin hacer diferencias ahí donde la ley no las hace, ni mucho menos hacer extensivos los alcances normativos de la norma, hacia un supuesto jurídico no previsto por ella, porque sería actuar en contra del propio mandato tutelar a favor de los consumidores que tiene la Sala como órgano resolutivo.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor no establece la diferencia de proveedores en materia de productos y servicios inmobiliarios, lo que constituiría una contravención al mandato proveniente de la Constitución Política del Perú sobre la tutela a los consumidores e inclusive perjudicándolos en sus derechos, afectando sobre todo su derecho a la información relevante para tomar una adecuada y eficiente decisión de consumo en el mercado, tal como lo establece el artículo 2 del CPDC[3].

Un punto que considero importante señalar, es aquel relacionado con los operadores económicos inmobiliarios que podríamos llamar 'informales', en la medida que si bien es cierto se dedican a la construcción, refacción y adecuación de inmuebles para vivienda, lo hacen a través de actividades sin asesoramiento técnico y sin la observancia de los estándares técnicos del Reglamento Nacional de Edificaciones y dan como resultado muchas veces inmuebles que no reúnen las condiciones adecuadas de habitabilidad y con ello evidencia una falta de idoneidad palpable. Consecuentemente, las denuncias a este tipo de proveedores suelen ser infructuosas informalidad. Muchas veces son personas naturales que no reúnen los requisitos legales para ser considerados proveedores.

Estas construcciones suelen ser hechas por trabajadores albañiles cuyo trabajo no está formalizado y las relaciones de ambas partes no tiene sustento documentario. ¿Cómo le reclamas al albañil si no hay contrato, y el dinero pagado es generalmente

[2] Artículo 78.- Información mínima del contrato de compraventa

78.1 Los proveedores deben establecer, implementar y mantener procedimientos para evidenciar que el contrato sea accesible y contenga como mínimo la siguiente información: […] (2010)

[3] Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. […] (2010)

no bancarizado? En esa situación es muy difícil la probanza de la relación de consumo y de las prestaciones sobre la base de las cuales pueda evaluarse eventualmente una falta de idoneidad.

Una de las situaciones más frecuentes por las cuales se suelen declarar improcedentes las denuncias, son aquellas donde es muy difícil identificar con suficiencia conceptual, precisión normativa y coherencia sistémica, la llamada relación de consumo, que es una categoría conceptual de vital importancia para evaluar si una denuncia procede o no en el fuero tutelar del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI). En efecto, la relación de consumo no es una relación línea de carácter netamente contractual, sino que se trata de un concepto complejo que abarca distintas situaciones de mercado, en las cuales incluso puede estar exenta la relación contractual, sin embargo, si está presente la relación de consumo.

Por tanto, hay relaciones comerciales en el mercado inmobiliario en las cuales se torna difícil identificar si estamos realmente frente a una relación de consumo, porque generalmente se hacen arreglos informales o acuerdos verbales y no hay documento donde se establezcan las reglas bajo las cuales se hará la obra constructiva, ni las prestaciones u obligaciones de las partes. A veces se hace bajo un sistema comunitario tipo colaborativo rememorando las jornadas comunales de la *minka* y el *ayni* andino, sistema es usual en las zonas urbanas periféricas donde hay migración andina generalmente, y en las cuales es muy común construir las casas de manera colaborativa a través de trabajo comunitario donde todos los integrantes de un sector o comunidad van construyendo la casa de cada miembro comunitario de manera coordinada y luego siguen la construcción de otro miembro y así sucesivamente. Aquí, como se puede apreciar, resulta muy difícil identificar una relación de consumo propiamente dicha en los términos del CPDC.

Por otro lado, también es muy común también las construcciones hechas bajo una relación contractual de *joint venture*, contrato que se ha popularizado y que beneficia tanto a operadores inmobiliarios, como a personas naturales y familias que tienen un patrimonio generalmente heredado, constituido por un terreno amplio que reúne las condiciones para una edificación, pero no tienen el capital para hacerlo. Es ahí entonces donde surge la figura del *joint venture* que permite a un constructor hacer una edificación en terreno ajeno a cambio de entregar una o algunas unidades inmobiliarias a los titulares del terreno, y el problema se presenta cuando el inmueble entregado en compensación no reúne las condiciones ofrecidas. Entonces en este caso frente a qué tipo de relación jurídica estamos; una relación civil contractual o una relación de consumo, y al respecto ya el INDECOPI ha señalado en su jurisprudencia que se trata de una relación civil que escapa a la tutela del sistema de protección al consumidor.

III. CONSUMIDOR INMOBILIARIO

'Consumidor' es una categoría conceptual claramente definida en el CPDC y en ese sentido alude a 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.

Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. En materia inmobiliaria siempre un microempresario será un consumidor porque es evidente que existe una asimetría informativa por la naturaleza altamente especializada de la construcción civil y comercialización inmobiliaria, salvo que la microempresa sea una dedicada al rubro constructivo e inmobiliario. En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

En este punto siempre se hace la pregunta si las personas que celebran un contrato de *joint venture* por el cual ponen a disposición de una empresa inmobiliaria su terreno para que esta construya un proyecto de viviendas a cambio de recibir como contraprestación un inmueble de determinadas características; son o no son consumidores y al respecto ya el INDECOPI a través de su jurisprudencia de larga data ha señalado que en estos vasos estamos frente a una relación civil y no una relación de consumo bajo los requisitos establecidos por el CPDC.

Una situación frecuente es cuando el consumidor fallece y esa condición jurídica pasa a ser de los legítimos herederos, situación que tiene que ser dilucidada en el seno de la relación contractual con el proveedor inmobiliario. También suele presentarse la figura jurídica de la subrogación en aquellos casos en que un consumidor no pueda continuar y su lugar sea ocupado por otra persona en la relación con el proveedor inmobiliario.

IV. RELACIÓN DE CONSUMO

Tal como establece el CPDC, es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica, concepto que en nuestra opinión es errático y puede crear confusión en los consumidores y los proveedores, porque se define la relación de consumo como sinónimo de relación contractual, sin embargo el concepto es muy más amplio, más complejo y comporta varias situaciones especiales como las que veremos a continuación.

Se señala también que están también comprendidas en el CPDC las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo, de tal manera que si un consumidor recibe como premio o se gana en un sorteo promocional una vivienda que ha sido ofrecida en la publicidad comercial con determinadas características y luego se le entrega un inmueble que no corresponde a aquello que fue ofrecido, tiene expedito derecho para reclamar.

Es evidente que los ofrecimientos que se hacen vía publicidad comercial siempre tienen como objetivo final promover la venta de bienes y servicios en el mercado, es decir hay en esencia una finalidad netamente mercantil en estos ofrecimientos, no se trata de 'ayudas' o de filantropía propiamente dicha. En ese sentido, si se ofrece un inmueble de determinadas características y se entrega otro totalmente diferente, se puede reclamar en el sistema de protección al consumidor.

La relación de consumo en la doctrina del derecho del consumidor es un concepto complejo, con mucho contenido y propiedad, no se trata de una relación horizontal simple y pura de carácter natamente contractual, como si fuera solamente un acto traslativo de 'cosa precio' o 'servicio precio', sino que dicha relación conlleva en sí misma una serie de componentes que determinan el entregable final del proveedor frente al consumidor y al propio mercado. La relación de consumo es una relación de correspondencia, de atención y de responsabilidad del proveedor frente a los consumidores (Durand, 2007, p. 228).

Puede que un consumidor no termine comprando a un proveedor, pero éste mantiene frente a él deberes de atención y de correspondencia. Esto se debe a que la relación de consumo del proveedor es a su vez con el mercado, porque hay consumidores potenciales y consumidores expuestos frente a él, que en cualquier momento se vincularan jurídicamente.

En este sentido, el primer entregable de un proveedor frente a una relación de consumo es la calidad de sus bienes y servicios; segundo, la seguridad para que sus bienes y servicios ofrecidos no conlleven en situaciones normales ningún tipo de riesgo o peligro a los consumidores; y tercero, la funcionalidad u operatividad de aquello que ofrece para satisfacer las necesidades de los consumidores, es decir la correspondencia entre lo que ofrece y lo que entrega.

En los contratos de *joint venture,* es frecuente que una vez firmado el contrato la empresa inmobiliaria construye su proyecto y le entrega a las personas que entregaron el terreno, un inmueble que no reúne las características ofrecidas en el contrato, por ejemplo se prometió entregarles un departamento de 200 metros cuadrados y de cinco habitaciones y se les entrega uno de 150 metros con 4 habitaciones. ¿Qué sucede en este caso? ¿Se tutela o no a través del CPDC este tipo de relaciones?

Al respecto, la primera inquietud es la determinación de la relación jurídica establecida por las partes, es decir si estamos frente a un contrato civil y por ende una relación civil pura o si estamos frente a un contrato de consumo y por ende si estamos frente a una relación de consumo en las condiciones jurídicas establecidas por el CPDC. Al respecto ya el INDECOPI en sus resoluciones ha establecido que en este caso las personas que celebran un contrato de *joint venture* con empresas inmobiliarias, constituyen una relación contractual de carácter civil y no existe de por medio una relación de consumo. En consecuencia, están fuera del ámbito de aplicación del CPDC, lo cual no quiere decir que no sean tuteladas por el sistema jurídico, porque tendrán que dirimir sus controversias en el fuero judicial por incumplimiento de contrato.

El problema del *joint venture* es que se ha popularizado y tiene determinadas reglas contractuales que si no están bien estructuradas desprotegen ambas partes a la hora de formalizar jurídicamente los entregables de cada una de las partes y cuando existe una evidente falta de idoneidad o información no puede canalizarse la discusión jurídica vía el sistema de protección del consumidor del INDECOPI, sino que tiene que acudir a la vía civil, y someterse a la secuela procesal civil y todas las peripecias que ello conlleva.

Para algunos autores, si estamos frente a un proveedor inmobiliario cuya modalidad de actuación en el mercado es puramente la de *joint ventures*, y en sus formatos contractuales establece una serie de condiciones y cláusulas abusivas e inequitativas que no han sido objeto de negociación individual y

causan un perjuicio importante a sus contrapartes, sí estaríamos frente a una cláusula abusiva sancionada por el CPDC. El problema es que el debate para determinar los requisitos que ha de cumplir una cláusula no negociada y predispuesta para ser considerada abusiva, es un debate en el fuero del sistema de protección al consumidor o en el fuero civil. No en el 'fuero' doctrinario.

Al respecto, considerando que el contrato inmobiliario es un contrato masivo con cláusulas predispuestas y si la modalidad de actuación en el mercado, aunque fuere de *joint venture* es masiva. Ese debate en nuestra opinión debe llevarse en el fuero de protección al consumidor. Obviamente este es un tema nuevo y, como tal, opinable; pero considero que es necesario analizar las cosas desde la perspectiva de la contratación masiva, la buena fe y responsabilidad de los operadores de mercado para crear un mercado transparente y competitivo, porque no es admisible el abuso del derecho en estos casos, ya que acceder a una vivienda digna es hoy en día un derecho fundamental tutelado por la Constitución.

Otra situación muy usual en la que se discute la relación consumo es cuando el consumidor fallece y esa condición jurídica pasa a ser de los legítimos herederos. En este caso la situación jurídica tendrá que ser establecida y dilucidada al interior de la relación contractual con el proveedor inmobiliario, pero si el éste establece e impone nuevas condiciones inequitativas y de difícil cumplimiento que terminan finalmente desnaturalizando el contrato primigenio, con el objeto de resolver el contrato, estaríamos frente a una situación de abuso y falta de idoneidad.

También suele presentarse situaciones de subrogación en aquellos casos en que un consumidor no pueda continuar su relación inicial y su lugar sea ocupado por otra persona en la relación con el proveedor inmobiliario. En este caso de la misma manera la nueva relación de consumo debe ser establecida con el nuevo contratante y si las condiciones contractuales varían colocándolo en una grave situación de desventaja e inequidad, también estaríamos frente a una relación de consumo y una falta de idoneidad por parte del proveedor inmobiliario.

En los dos casos referidos anteriormente en la cual la relación de consumo pasa de un consumidor a otro, no estamos diciendo que las condiciones deban mantenerse iguales, porque es obvio que al existir un nuevo consumidor, pueden establecerse nuevas condiciones o requisitos. Pero estos deben estar dentro de la razonabilidad para mantener la lógica y la estructura inicial del contrato y, en ese sentido, no pueden establecerse nuevas condiciones y requisitos que coloquen a los consumidores en una situación de grave desventaja o que anulen sus derechos porque se estaría cayendo en falta de idoneidad y abuso.

V. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

¿Qué debe informar el proveedor inmobiliario a los consumidores para que puedan decidir con conocimiento y de manera eficiente un inmueble? En principio se debe informar todo: no olvidemos que según el artículo 2 del CPDC el proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. Dicha información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 76.2 del CPDC[4] el alcance normativo del derecho a la información en materia inmobiliaria es de gran contenido, tan es así que el proveedor de productos y servicios inmobiliarios está en la obligación de informar todo sobre las características del inmueble cuya venta está promoviendo, así como también está obligado a proporcionar toda aquella información que acredite la existencia de todo tipo de permisos, licencias, certificados y autorizaciones municipales, las dimensiones y el área del inmueble, las gestiones relacionadas con el proceso de titulación, habilitación urbana, saneamiento, materiales empleados en la construcción.

Un tipo de información muy importante y que a veces no suele ser ofrecida es aquella relacionada con los acabados y detalles finales de ornamentación del inmueble, quizá porque se considera

[4] Artículo 76.- Protección del consumidor en contratos inmobiliarios

[…]

76.2 El derecho del consumidor a la información obliga al proveedor de productos y servicios inmobiliarios a informar sobre las características sobre el inmueble que está adquiriendo así como a proporcionar toda aquella información que acredite la existencia de autorizaciones municipales, el área del inmueble, el proceso de titulación, habilitación urbana, saneamiento, materiales empleados en la construcción y en los acabados, inscripciones registrales del terreno y declaratoria de fábrica o de edificación, reglamento interno, independización y toda aquella documentación relevante (2010).

irrelevante. También se debe informar, obviamente, todo lo relacionado con el proceso legal de la inscripción registral del terreno y declaratoria de fábrica o de edificación, reglamento interno, independización y toda aquella documentación de capital importancia para los propietarios, a fin de que puedan ejercer plenamente su derecho de propiedad sobre el inmueble adquirido.

Aquí entra en juego la llamada información relevante; es decir, aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos, por lo que, en este caso, siempre se debe examinar, por ejemplo, si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor. INDECOPI ya he tenido sendos pronunciamientos donde se ha sancionado a empresas que ofrecieron inmuebles y se entregó información difusa o errónea que inducia a error a los consumidores respecto de los servicios básicos como por ejemplo el agua potable o instalaciones eléctricas o sanitarias.

Podemos revisar en este caso la Resolución 3091-2015/SPC-INDECOPI que sancionó a un proveedor inmobiliario por la afectación y defraudación de las expectativas de los consumidores por (i) las condiciones de prestación de los servicios de agua y desagüe, sancionándolo por infracción del artículo 76 del CPDC, toda vez que quedó acreditado que la denunciada omitió informar a los consumidores sobre las condiciones de acceso a los servicios de agua y desagüe prestados por SEDAPAL de los inmuebles del proyecto inmobiliario Villa Club de Carabayllo, etapas 2, 3, 4 y 5, durante los años 2012, 2013 y 2014; y (ii) por infracción del artículo 78.2 del CPDC[5], toda vez que quedó acreditado que omitió incorporar en los contratos de compraventa de bien futuro del proyecto inmobiliario Villa Club de Carabayllo, etapas 2, 3 y 4, las condiciones de acceso a los servicios de agua y desagüe prestados por SEDAPAL, durante los años 2012, 2013 y 2014.

Lo importante de esta resolución es que determino medidas correctivas que el proveedor debió cumplir de inmediato para mitigar los efectos negativos de su infracción, en ese sentido se ordenó que cumpla con las siguientes medidas correctivas:

> (i) Brindar a los adquirentes e interesados en adquirir unidades inmobiliarias, información clara y precisa sobre el estado del acceso de los inmuebles a los servicios de agua y desagüe prestados por SEDAPAL en todas las etapas del proyecto inmobiliario "Villa Club de Carabayllo";
>
> (ii) Exhibir en sus módulos de atención al cliente un aviso que indique el estado actualizado del acceso de los inmuebles a los servicios de agua y desagüe prestado por SEDAPAL en todas las etapas del proyecto inmobiliario "Villa Club de Carabayllo";
>
> (iii) Incluir en sus contratos de compraventa de bien futuro un párrafo en el cual se detalle de forma clara y precisa información actualizada, a la fecha de suscripción, respecto al estado del acceso a los servicios de agua y desagüe prestado por SEDAPAL en el proyecto inmobiliario "Villa Club de Carabayllo" e informar a la Comisión de Protección del Consumidor - Sede Lima Norte, sobre el cumplimiento de dichas medidas correctivas en el plazo de 15 días hábiles.

También existe la obligación de informar cualquier situación que esté relacionada con la entrega del inmueble, como algunas restricciones municipales, la entrega de información sobre el saneamiento e inscripción en los registros públicos, la declaratoria de fábrica, suministros de servicios públicos, la independización, la numeración municipal, entre otras obligaciones que tiene el proveedor, quien debe informar de manera integral y oportuna toda esa información a los consumidores.

Otra situación que suele presentarse es cuando un agente inmobiliario ofrece en venta un inmueble y hay documentos que debe entregar para que el consumidor decida eficientemente su opción de compra. Así uno de los puntos es la entrega de planos y al respecto no hay un criterio univoco de parte de la sala Especializada en protección al Consumidor del INDECOPI, En efecto, en la Resolución 0996-2021-SPC/INDECOPI hemos emitido un voto en discordia por el cual consideramos que acuerdo con el principio de Primacía de la Realidad, correspondía que un proveedor inmobiliario entregara a los denunciantes copia de los planos del bien adquirido aun cuando los consumidores no lo hayan solicitado.

Tal como lo hemos dicho expresamente en la resolución referida anteriormente, el inciso 2 del artículo 78 del CPDC dispone que los proveedores de servicios inmobiliarios deben entregar a los compradores, entre otros, –a la firma de los con-

[5] Artículo 78.- Información mínima del contrato de compraventa

[…]

78.2 A la firma de los contratos de compraventa debe entregarse al comprador la siguiente información: […] (2010)

tratos de compraventa que suscriban– copia de los planos de las instalaciones de los servicios del inmueble. Como se aprecia, el artículo 78 del CPDC contempla la obligación que tienen los proveedores –en general– del sector inmobiliario, de entregar a los consumidores copia de los planos de las instalaciones de los servicios del inmueble adquirido, sin hacer alguna diferenciación en cuanto a la condición del proveedor, pudiendo ser la constructora, el promotor o un agente inmobiliarios como en el presente caso.

En efecto, si bien el agente inmobiliario es aquel proveedor que se dedica a la intermediación en la compraventa de un inmueble, mas no se constituye propiamente como el vendedor propietario del mismo, al entrar en contacto con el consumidor ofreciéndole un bien inmueble que se encuentra a la venta en el mercado, le corresponde garantizar la transmisión de toda la información relevante vinculada a la transacción promovida, resultando, frente al consumidor, equiparable su situación a la del promotor inmobiliario o la constructora, encontrándose por ello bajo el ámbito de aplicación subjetiva del artículo 78 del CPDC, ergo, se encuentran obligados a cumplir con los mandatos de dicha Ley sobre los productos o servicios inmobiliarios (capítulo IV del Título IV del CPDC), debiendo asumir la responsabilidad ante eventuales daños producidos al consumidor generados por defectos en la información y documentación trasladada; además de que dicho traslado no generaría un sobrecosto al agente pues se entiende que ha sido considerado dentro de su esfera de actuación como proveedores encargados de la promoción o gestión de la contratación de bienes inmuebles.

Cabe indicar que la Ley 29080, Ley de creación del Registro del Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, únicamente regula de manera general el status jurídico o condición del agente inmobiliario como operador en el mercado (requisitos para acceder y permanecer en el mercado, por ejemplo), siendo que las obligaciones específicas en el establecimiento de relaciones de consumo en favor de los consumidores, las establece el CPDC.

Considero que si existe la obligación de los agentes inmobiliarios de entregar los planos de un inmueble ofertado para su venta, porque ahí hay información relevante para el consumidor, caso contrario considero que en este caso traería como consecuencia que se vacíe de contenido el principio de Primacía de la Realidad y generaría desprotección en los consumidores del mercado inmobiliario sobre la información mínima que deben proporcionarles los proveedores de dicho sector económico, pues resulta razonable asumir que los consumidores identifican como tales a las constructoras, promotores inmobiliarios, o agentes inmobiliarios, sin establecer una distinción, pues todos de igual forma persiguen la venta de un bien inmueble y, en ese contexto, asumen las mismas obligaciones legales.

Como se puede apreciar el cumplimiento del deber de información es fundamental en la contratación inmobiliaria y cualquier situación que signifique una omisión o la entrega de información errática genera sin duda una responsabilidad por parte del proveedor.

VI. LA IDONEIDAD EN LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

Conforme al CPDC se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

Conforme al deber de idoneidad ya señalado el proveedor debe responder por la funcionalidad, operatividad, seguridad, idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda. Para tal efecto la norma establece las llamadas garantías que pueden de tres tipos: legal, expresa e implícita.

La idoneidad tiene que ver fundamentalmente con estándares de funcionamiento, calidad y seguridad de un producto o servicio. En ese sentido, existen en el mercado una serie de estándares e indicadores de calidad, así como certificaciones que los proveedores deben asumir para poder entregar a la sociedad de consumo, bienes y servicios de calidad, debidamente garantizados, un adecuado nivel inocuidad a la salud e integridad física de los consumidores.

Dicho lo anterior, el entregable de un proveedor inmobiliario, es decir, la unidad inmobiliaria entregada, debe reunir condiciones de calidad que tiene que ver con la habitabilidad, y eso es mensurable, de acuerdo a las reglas y los parámetros constructivos establecidos por la ingeniería y la arquitectura, así como los requisitos del Reglamento Nacional de Edificaciones, de tal manera que si el inmueble tiene deficiencias constructivas en su diseño, estructura, medidas, etcétera, estamos frente a una infracción al deber de idoneidad.

Otro de los requisitos que debe cumplir el inmueble entregado es la funcionalidad u operatividad, de modo que si el entregable no reúne esas condiciones estamos también frente a una infracción. Por ejemplo, ¿qué pasa si un vehículo no entra en una cochera porque esta no tiene las medidas establecidas en el Reglamento Nacional de Edificaciones? Es obvio que existe una disfuncionalidad y ese hecho debe ser sancionado como infracción al deber de idoneidad.

El deber de seguridad es vital, es decir que el inmueble entregado además de la calidad y funcionalidad sea seguro. Esto es que no conlleve en sí mismo un riesgo que pueda afectar la integridad física de las personas. Por ejemplo, si estamos frente a un ascensor que tiene mucha inestabilidad y vibración porque el bastidor de la máquina o las bisagras o guías de deslizamiento no han sido adecuadamente instalados, resulta innegable que estamos frente a una grave infracción al deber de idoneidad, no solamente porque el ascensor no es seguro y no sirve para los fines para los que fue puesto, sino porque estaría sometiendo a los consumidores a un grave riesgo que puede afectar su integridad física.

Existen muchas situaciones que ya el INDECOPI ha señalado como infracciones al deber de idoneidad de parte de los proveedores inmobiliarios. Así tenemos las siguientes situaciones que son las más frecuentes en el mercado inmobiliario y que han sido debidamente sancionadas por el INDECOPI

En la Resolución 1971-2018 SPC/INDECOPI, se sancionó infracciones al deber de idoneidad como habría cumplido con iniciar las obras de construcción en los plazos acordados con los consumidores, por lo que se generó un incumplimiento del plazo contractual para la entrega de diversas unidades inmobiliarias.

Otra infracción común que suele ser sancionada es no atender las solicitudes contenidas en cartas de los consumidores, lo cual es grave porque evidencia un desinterés y una desatención a los consumidores defraudando muchas veces sus expectativas. Asimismo, cuando se compromete a pagar una penalidad por la demora en la entrega del bien y no se cumple con ello se da lugar a una infracción sancionable como falta de idoneidad, además de no entregar información mínima obligatoria en el marco de la adquisición de bienes inmuebles.

En la Resolución 2086-2021 SPC/INDECOPI, se sancionó a proveedores que no cumplieron con entregar inmuebles de acuerdo a la estructura acordada con los consumidores, lo que evidencia una construcción al margen de los intereses del cliente y fuera de los parámetros y características ofrecidas antes de la entrega del bien, donde es muy común que se construya adicionalmente en los aires cuando se ha ofrecido los aires libres al consumidor o se construya un semisótano que no estaba previsto en el diseño original.

En el plano administrativo es también una infracción al deber de idoneidad no realizar los trámites de independización de las unidades inmobiliarias, ni realizar los trámites y gestiones para efectos de la constitución de la Junta de Propietarios, el Reglamento Interno y de la declaratoria de fábrica en los Registros Públicos.

Una infracción grave relacionada con los servicios básicos es por ejemplo la sancionada en la resolución referida líneas arriba, es aquella que habría abastecido al edificio con agua, durante el período de cuarentena, mediante un camión cisterna descargando agua en el tanque del edificio de la etapa I y de ese mismo tanque habría compartido al edificio de la etapa II, sin consultarle previamente y, en fechas anteriores, el abastecimiento de agua se habría dado mediante una conexión clandestina. Esta infracción es muy grave porque expone a los consumidores a ser afectados en su salud por las condiciones en las que se suministraba el agua.

Asimismo, en el plano del cumplimiento de reglas de construcción establecidas por ley , es infracción vender un departamento que vulnera lo dispuesto en los artículos 26[6] y 28[7] de la Norma A.010 del Reglamento Nacional de Edificaciones, puesto que la escalera sería integrada mas no de evacuación; además de que las áreas comunes no cumplen con la Ley 29090 ya que no contaría con un sistema de bombeo de agua contra incendio, con un sistema de agua potable ni tampoco con un sistema de alarma contra incendio plenamente operativo;

[6] Artículo 26.- Las escaleras pueden ser: […] (2009).

[7] Artículo 28.- En edificaciones residenciales, por cada edificación: […] (2009).

además de vender un departamento dentro de un edificio que no cumple con el artículo 69 de la Norma A.130 del Reglamento Nacional de Edificaciones[8] ya que el sistema contra incendios no estaría en funcionamiento; y lo más grave aún es vender un departamento en un predio con zonificación R3-A (Plan de Desarrollo Urbano) que permite solo viviendas de tres (3) pisos más azotea.

En cuanto a los estacionamientos, en la Resolución 2816-2019 SPC/INDECOPI se sancionó a un proveedor inmobiliario por vender un estacionamiento como un estacionamiento doble lineal dificultando el ingreso y salida del vehículo del propietario, toda vez que no se ajustaba a los parámetros del Reglamento Nacional de Edificaciones.

En cuanto a las características de los inmuebles, en la Resolución 2886-2016 SPC/INDECOPI se determinó que es una infracción al deber de idoneidad la instalación de antideslizantes no idóneos, no instalar la puerta principal de cedro como se ofreció a los consumidores, tener defectos en las puertas corredizas del departamento, así como instala pisos, mayólicas y sanitarios que no corresponden a los ofrecidos por la empresa a los clientes.

Otras infracciones de la misma naturaleza son aquellas relacionadas con no cumplir con lo ofrecido y no instalar la puerta del garaje del edificio del material ofrecido; no instalar las luces de emergencia; no señalizar las rutas de evacuación del edificio; e instalar una escalera de acceso al tanque elevado peligrosa.

En el plano de la estructura contractual también se ha sancionado severamente la inclusión de cláusulas abusivas que colocan a los consumidores en situación de desventaja o anulan sus derechos, sobre todo cuando se trata de estipulaciones no negociadas meridianamente abusivas e inequitativas que no solo afectan la esfera patrimonial de los consumidores, como aquellas penalidades excesivamente rigurosas y desproporcionadas, sino que también defraudan fundamentalmente sus expectativas como la entrega de menos metraje de lo ofrecido, o considerar entregado el inmueble cuando aún le falta construir o está pendiente su regularización administrativa, entre otras

En la Resolución 1549-2021/SPC-INDECOPI, se referencia un caso donde el proveedor, sin consentimiento del consumidor, varió una condición bajo la cual se pactó el contrato de compraventa que suscribió con el denunciante, pues al nombrar como nuevo titular de las letras de cambio para efectos de su cobro –correspondientes a las cuotas pendientes de pago por concepto del crédito que le otorgó para la adquisición de un lote– a una entidad financiera regulada por la SBS, se estableció que ineludiblemente sería reportado ante la Central de Riesgos de la SBS ante un incumplimiento de pago, lo cual no iba a ocurrir de haberse mantenido la denunciada como titular incumplió con el pago del crédito que le otorgó la Inmobiliaria, lo cierto es que dicha circunstancia no puede ser considerada como válida para justificar que no existió una variación unilateral de las condiciones o términos del contrato que suscribieron. Ello, en la medida que conforme a lo desarrollado, el consumidor no debió estar sujeto a algún reporte ante la SBS, pues dicha condición no fue pactada inicialmente. Este caso si bien es cierto no tuvo un voto univoco, toda vez que el suscrito hizo un voto en discordia, no deja de tener importancia por el fondo del asunto, que es la variación unilateral de las condiciones o de las cláusulas contractuales inicialmente pactadas, que ponen a los consumidores en situación de serias desventajas o anulan sus derechos.

Por otro lado, es muy común que en los contratos de inmobiliarios por los cuales se adquiere un inmueble en planos, es decir cuando se encuentra en pleno proceso de construcción o inclusive antes, se pacte la llamada 'cláusula *ad corpus*' que si bien es cierto esta establecida en el Código Civil, si no se estipula de manera coherente y sistémica con la realidad del mercado, genera tremendas desventajas para los consumidores y los afectan económicamente defraudando sus expectativas en relación a lo que esperaban recibir como unidad inmobiliaria, cuando se les entrega un inmueble por debajo del metraje inicialmente prometido o pactado en el contrato . Este tema merece un comentario aparte, tal como se lee en los párrafos subsiguientes.

A. Problemática del saneamiento inmobiliario

Un tema muy frecuente de falta de idoneidad es entregar inmuebles, dejando pendiente el saneamiento inmobiliario de carácter legal y registral, es decir se quedaba pendiente la declaratoria de fábrica, la independización y la suscripción de la correspondiente escritura pública que otorga la titularidad a los consumidores. Este tema lamentablemente no ha tenido una evaluación y un pronunciamiento del INDECOPI de acuerdo a su mandato tutelar de los consumidores y se han emitido

[8] Artículo 69.- Las edificaciones de vivienda multifamiliar de más de 10 hasta 20 niveles, deberá estar equipada con los siguientes componentes: […] (2012).

resoluciones, a nuestro entender, erráticas, toda vez que se consideraba que estabas obligaciones inherentes a los proveedores inmobiliarios podrían prescribir y si se pasaba dos años y no cumplían con sus obligaciones ya no se les podía exigir su cumplimiento en el fuero de protección al consumidor del INDECOPI y debería acudir al Poder Judicial.

Esa interpretación era, a nuestro juicio, descontextualizada de la realidad y desprotegía a mucha gente, por lo que siempre mantuve una opinión contraria tal como expresé en mis votos en discordia como vocal de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del INDECOPI, cuando se resolvían temas de esta naturaleza. Afortunadamente, a partir del mes de marzo de 2023 la actual Sala Especializada en Protección del Consumidor ha cambiado el criterio y lo que era antes mi voto en minoría, hoy es la posición unánime del colegiado, de tal manera que, a partir de esta fecha, se considera que las obligaciones de saneamiento inmobiliario que corresponden a los proveedores, constituyen una infracción continuada y, como tal, no prescriben. De esa manera, si no se efectúa la independización, la declaratoria de fábrica o no se suscribe la escritura pública que determina la titularidad del consumidor adquiriente de un inmueble, y pasan más de dos años, dichas obligaciones no prescriben y perduran en el tempo, de tal manera que siempre podrá acudirse al INDECOPI a buscar la tutela para exigir su complimiento a los proveedores inmobiliarios.

El mensaje de la sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI es muy claro y lo que se busca es no dejar desamparados a los consumidores perjudicados por el excesivo transcurso del tiempo a la espera de que los proveedores cumplan con regularizar los inconvenientes relacionados con el saneamiento físico o legal de los inmuebles adquiridos (independización, declaratoria de fábrica, instalación de redes eléctricas, agua y desagüe, suscripción y entrega de escritura pública, entre otros), para cuyo cumplimiento usualmente los proveedores no establecen un plazo en el contrato bajo la justificación de que la culminación de los trámites no se encuentra enteramente bajo su esfera de control dada la intervención de, por ejemplo, las municipalidades, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP); situaciones que generan que los consumidores se encuentren impedidos de ejercer a plenitud sus derechos como propietarios y es así como se ha expresado en la Resolución 0848-2023/SPC-INDECOPI.

Esta decisión es saludable para el mercado, porque es obvio que si un proveedor se compromete con un consumidor a entregar un inmueble debe hacerlo con todo aquello que le corresponde de hecho y de derecho, es decir con los documentos y la inscripción registral que corresponde, para que el nuevo propietario del inmueble pueda ejercer a plenitud sus derechos como legitimo titular, caso contrario sería entregar un inmueble donde el propietario ejerce a medias sus derechos porque no podría disponer del bien como corresponde legitimante a sus derechos. Por ello este pronunciamiento de la actual sala es sin duda muy relevante para el mercado en general.

Este nuevo criterio es sin duda un gran avance, hace justicia y, sobre todo beneficia, a las personas, quienes, bajo el criterio anterior, no podían ejercer sus derechos como titulares de inmuebles. Esta decisión de la Sala es un sistémica, justa, inclusiva y de alcance social amplio. En ese sentido, merece ser destacada.

B. Información mínima y cláusulas abusivas del contrato de compraventa inmobiliaria

De conformidad con el artículo 78.1 del CPDC:

> Los proveedores deben establecer, implementar y mantener procedimientos para evidenciar que el contrato sea accesible y contenga, como mínimo, la siguiente información:
> a. Identificación de las partes contratantes señalando sus respectivos domicilios legales.
> b. Identificación del inmueble materia de venta.
> c. Identificación de la partida registral del inmueble; en los casos de bien futuro, del inmueble matriz.
> d. Área exclusiva y común, de ser el caso; medidas perimétricas; acabados del inmueble y las características relevantes del inmueble.
> e. Precio de venta del inmueble ofertado.
> f. Forma de pago y plazo.
> g. Plazo, fecha o condiciones expresas de entrega del inmueble y penalidades por incumplimiento que se hubieran pactado.
> h. Supuestos en los cuales se aplican penalidades y el monto de las mismas.
> i. La obligación del vendedor de firmar todos los documentos que sean necesarios para perfeccionar la transferencia del inmueble.
> j. Mecanismos para la solución de controversias.

Esta es la información mínima que debe contener un contrato inmobiliario, aunque puede agregarse más data sobre algún proyecto constructivo, y descripciones o características propias de cada inmueble, lo que generalmente va en un anexo que forma parte integrante del contrato. El problema se presenta cuando hay una diferencia entre el inmueble entregado y la información o características señaladas en el contrato.

Una situación muy frecuente es cuando en el tríptico o encarte publicitario se establecen y se informan una serie de características del inmueble a construirse y luego al momento de la entrega el consumidore se da con la sorpresa que lo recibido en su inmueble difiere de lo ofrecido en la publicidad. Aquí cabe preguntarse si se trata de licencias publicitarias permitidas por la ley o se trata de información objetiva sujeta a verificación que pueda exigir el consumidor. En estos casos prima lo que se ha informado en la publicidad porque es generalmente sobre la base deesa información que el consumidor se sintió atraído y motivado para celebrar posteriormente el contrato, por ello el proveedor debe cumplir lo ofrecido.

C. Cláusulas Abusivas

Otro caso que también se ha considerado como falta de idoneidad en a la contratación inmobiliaria es la inclusión de ciertas cláusulas contractuales inequitativas que facetan negativamente al consumidor, de tal manera que se han declarado eventualmente como cláusulas abusivas y, por lo tanto, inaplicables en las relaciones de consumo con los clientes. En efecto, se han declarado abusivas las cláusulas que establecen una penalidad del 30% o más en algunos casos, respecto al incumplimiento y resolución de los contratos. En relación al tema de las cláusulas penales se presenta un panorama que es interesante señalar , porque la Sala de Protección al Consumidor del INDECOPI a través de la Resolución 1692-2021/SPC-INDECOPI del 27 de julio de 2021 estableció que las cláusulas penales establecidas en los contratos de consumo cualquiera sea su naturaleza no podían ser discutidas y debatidas en la sede administrativa del INDECOPI, sino que debían discutirse y reclamarse en el Poder Judicial, pero dicha decisión no fue inánime porque en aquella oportunidad emití un voto en discordia al respecto.

En efecto, en aquella oportunidad establecí en mi voto, que el 'rol tuitivo' del Estado en protección de los derechos de los consumidores, por lo tanto, no se puede desplazar la defensa de los derechos del consumidor en materia de cláusulas penales abusivas hacia el Poder Judicial, cuando es el INDECOPI quien tiene la competencia para hacerlo según el mandato del propio CPDC. Además, establecer que es en la vía jurisdiccional en donde se deben conocer las denuncias de los consumidores por cláusulas penales contenidas en contratos por adhesión –que evidentemente no han sido negociadas individualmente por los ciudadanos– significaría un sobrecosto y una vía que eventualmente resultaría más gravosa para los consumidores ante la rémora y falta de especialización en materia de protección al consumidor por parte del Poder Judicial. Es obvio que en la contratación civil interindividual las cláusulas penales se entienden negociadas, conversadas y por ende consensuadas entre las partes, de tal manera que ya se conoce el contenido de las mismas, en tanto hay una aceptación expresa previamente acordada, por ello cualquier discusión al respecto se lleva a cabo en la vía judicial, al tratarse de intereses privados propios de una relación contractual. Sin embargo, en la contratación masiva y en especial en la inmobiliaria estamos frente a contratos por adhesión y es desde esta perspectiva que debemos analizar el carácter abusivo de las cláusulas penales, tal como lo establece el CPDC

Este razonamiento expresado en mi voto en discordia en julio del 2021 ha sido considerado por la Sala Especializada en Protección al Consumidor ahora en el 2023 a través de la Resolución 0160-2023 SPC/INDECOPI, en la que se ha establecido que la cláusula penal del 30% sobre el precio total de un inmueble es abusiva. Asimismo, debe quedar claro que no se está diciendo que toda penalidad es en esencia abusiva. Eso quiere decir que no en todos los casos en que se estipulen cláusulas que establezcan penalidades económicas a los consumidores ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales, éstas deban ser calificadas como abusivas, sino que la abusividad debe ser analizada y estudiada en cada caso en concreto, no se trata de generalizar.

La cuestión de las cláusulas abusivas en la contratación de consumo es relevante y hoy la doctrina moderna del derecho civil está profundizando en su tratamiento, tan es así que en la Unión Europea se está legislando de manera sostenida sobre este tipo de disposiciones contractuales. En primer lugar, para hablar de cláusulas abusivas debemos hablar de contratos masivos, cuya expresión más acabada son los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, y para establecer su carácter abusivo debe tratarse una estipulación no negociada, establecida unilateralmente por el predisponente y que conlleva en esencia una desventaja para el consumidor, anulando o limitando sus derechos y afectando su esfera económica patrimonial, y tal como establece Blanco Pérez-Rubio (2015), en esos contratos el consumidor está desprovisto de la posibilidad de discutirlas y negociarlas y para obtener las ventajas materiales del contrato (como adquirir una vivienda) no tiene más remedio que aceptarlas y en palabras de dicho autor, ello ha llevado al legislado a establecer una adecuada protección o tutela del consumidor contra los abusos del profesional para impedir la exigencia dela rigidez y la inmodificabilidad de las cláusulas unilateralmente predispuestas que se traducen en reglas negociales que son perjudiciales o que causan un daño al consumidor.

La legislación sobre clausulas generales de contratación y su carácter abusivo, en países como Alemania, Portugal, y Francia, ha llevado a la Comunidad Europea a propiciar la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores para favorecer un mercado único y para proteger al ciudadano europeo en su papel de consumidor de bienes y servicios. En este contexto, autores como Llamas Pombo (2005), hablan de la buena fe como un valor que trasciende los meros intereses individuales de un contratante para evitar el desequilibrio propio de una cláusula abusiva. Hay un deber de tratar al consumidor de manera leal y equitativa en las relaciones contractuales, expresa Gonzales Pacanowska (1999).

En cuanto al control de la abusividad, Carrasco Perera (2007), establece que algunos estados miembros de la Unión Europea podrían establecer el control del carácter abusivo de una estipulación contractual, a través de la jurisprudencia y no mediante una previsión legal expresa, tal como lo tiene nuestro Código. Por su parte Marín López (2013), señala que para medir el desequilibrio algunos tribunales hablan de la 'voluntad virtual' del consumidor , es decir, debe valorarse si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber habido una negociación individual entre ambas partes, y analizarse si el empresario podría haber advertido esa circunstancia, de haber tratado de manera leal y equitativa al consumidor, lo cual es en opinión de este autor un parámetro subjetivo difícil de constatar y acreditar y que no sirve para determinar el carácter abusivo de una cláusula.

En nuestra opinión, el control de la abusividad de una cláusula se analizará en cada caso en concreto según lo estipulado en cada contrato, atendiendo a la naturaleza del contrato y el carácter de cada una de las estipulaciones establecidas a lo largo del texto contractual elaborado por el proveedor predisponente y suscrito por los consumidores a través de los mecanismos de adhesión.

VII. LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA Y LA CLÁUSULA AD CORPUS COMO CLÁUSULA ABUSIVA

La contratación inmobiliaria ha dejado de ser ya una contratación fundamentalmente interindividual, la cual existe, pero de una manera residual, porque en el mundo actual lo que más existe es la contratación masiva, estandarizada, como es la contratación con cláusulas predispuestas o preelaboradas y que se hacen evidentes con el boom inmobiliario en el Perú.

Estos razonamientos y estas nuevas líneas de pensamiento jurídico en torno a la naturaleza jurídica de la cláusula *ad corpus* y su utilización en el mercado inmobiliario, es un tema de larga data, sobre el cual mantengo una posición solida que he defendido incluso a nivel de Fiscalía, cuando en algunas ocasiones al defender nuestra posición y plasmarla en pronunciamientos como vocal de la Sala Especializada en Proteccion al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, fuimos denunciados por abuso de autoridad. Luego, logramos que se dejen sin efecto esas denuncias, pues eran claramente recursos infructuosos de algunos proveedores que se opusieron a lo que en su momento señalamos en relación al carácter en algunos casos abusivo de las clausula *ad corpus* en contratos de compra venta inmobiliaria de bien futuro o llamados también compra en planos.

Por ello algunas de las ideas, conceptos y razonamientos que compartiré posteriormente han sido desarrollados en un artículo de autoría de quien escribe estas líneas denominado "La contratación inmobiliaria frente a los nuevos desafíos del Derecho del Consumidor", publicado en Dialogo con la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica 264 en septiembre de 2020. En aquel trabajo, realicé un fuerte pronunciamiento sobre los retos y desafíos del contrato inmobiliario en relación a la protección de los derechos del consumidor en el Perú y el rol tuitivo que debe tener el INDECOPI en su tarea de cumplir con el deber especial de protección a los consumidores[9] que ha sido dispuesto por mandato constitucional. Hecha esta precisión metodológica, procedo a compartir nuestra posición al respecto a la idoneidad de la cláusula *ad corpus* en la contratación inmobiliaria.

Cuando se lanza el programa de vivienda, se venden cientos de departamentos. Todos tienen un solo formato, un solo estándar de contratación, eso lo convierte en una contratación masiva y el consumidor debe tener todas las garantías en relación con que dicho contrato sea lo más justo, equilibrado, simétrico, proporcional y ético para garantizar su acceso a una vivienda digna para cumplir su proyecto vital. En este tipo de acuerdos estamos frente a un contrato que el consumidor no elaboró ni negoció, y que ha sido predispuesto por su contraparte, es por eso que la contratación inmobiliaria se encuentra dentro del gran mundo de la contratación masiva, por lo que debe ser regulada por la legislación del derecho del consumidor.

[9] Véase a la Resolución 008-2003 TC, en la cual se plantea el deber especial de protección al consumidor por parte del Estado y el derecho subjetivo a los consumidores en el mercado.

Si esta contratación es masiva, eso determina que tenga ciertas cláusulas predispuestas o preelaboradas por el predisponente, que es en este caso la inmobiliaria o el agente que vende los inmuebles, en ese esquema hay un elemento importante que es la información, de allí que la información debe caracterizarse por ser precisa, coherente, amplia y oportuna para que el consumidor tome una decisión adecuada y eficiente, de modo que se garanticen todos sus derechos. Asimismo, debe evitarse que se le impongan cláusulas contractuales, las cuales pueden ser vejatorias o abusivas, minimizando su capacidad de decisión. Es obvio que en un contrato masivo, los consumidores solo se adhieren a lo que ya está estipulado, aunque puede quedar eventualmente un pequeño margen donde el consumidor pueda ponerse de acuerdo con el proveedor en relación al objeto principal del contrato que es el bien inmueble entregable en la contratación.

En este contexto es muy común que, en los contratos inmobiliarios de bien futuro, es decir compra de inmuebles que están aún en planos, listos para su construcción o en pleno proceso de construcción se pacte la cláusula *ad corpus*, que en buena cuenta significa 'lo que viene adherido al cuerpo'. Al respecto, dicha figura legal se encuentra recogida el artículo 1577 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

> Artículo 1577.- Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando ésta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.
>
> Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional.

Sobre esta cláusula es preciso señalar que la Sala Especializada en Proteccion al Consumidor del Tribunal del INDECOPI había establecido hasta octubre de 2019 , el criterio que consideraba las cláusulas *ad corpus,* como abusivas[10] en tanto se estipularan en desventaja del consumidor, toda vez que se observó que en el mercado se ofertaban inmuebles con metraje determinado y se les entregaba a los consumidores inmuebles con metros cuadrados faltantes y a la hora de reclamar, pidiendo la compensación en el precio, se les oponía la cláusula *ad corpus*, lo cual generaba un seria desventaja para los consumidores.

No obstante, el mes de octubre de 2019, la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del INDECOPI, a través de la Resolución 2816-2019/SPC-INDECOPI, dejó sin efecto un criterio establecido por el colegiado anterior con relación a la famosa cláusula *ad corpus*, muy utilizada en la contratación inmobiliaria, dejando atrás una interpretación que tenía su razón de ser en los contratos masivos de carácter inmobiliario, cuyas cláusulas de adhesión colocan al consumidor en una situación de desventaja cuando adquiere un inmueble y no recibe el metraje que le habían ofrecido al suscribir su contrato, es decir, dicho criterio fue cambiando por la Sala.

Este es sin duda un tema muy debatible, y, como tal, ha generado mucha controversia, pero es necesario interpretar las normas sobre la base de realidad y no quedarse en el pasado en formulas y categorías jurídicas clásica y romanistas creadas para otros tiempos, sin tener en cuenta que el Derecho evoluciona y debe recoger de manera sistémica los nuevos fenómenos sociales y económicos que revolucionan el mundo jurídico para responder de manera eficiente ante los retos del mercado, sin perder de vista que la ley siempre buscara la equidad y la justicia.

En este sentido, algunos autores consideran que, si en la minuta o escritura pública de compraventa de un inmueble, se menciona el termino *ad corpus,* eso basta para decir que estamos comprando un bien con el metraje que sea. Si te ofrecen 100 m² y pagas el precio por m², no importa si al final el departamento tiene 90 m² o 95 m², ya que el contrato dice *ad corpus* y entonces estás comprando un cuerpo inmobiliario, una unidad.

Particularmente considero que no es apropiado usar la cláusula *ad corpus*, toda vez que ésta es una categoría conceptual propia de las bases romanistas del Derecho y que en el fondo significa adquirir un corpus, una cosa y está prevista para la compra de bienes generalmente rurales, aunque no se descartan también los predios urbanos, donde no se puede determinar con precisión las dimensiones exactas como, por ejemplo, las chacras, los lotes, haciendas en el campo, etc. Tan es así que el Código Civil, usando esta categoría conceptual antigua, habla de fincas, porque se trata de una figura de carácter agrarista puesta en el Código Civil para otro contexto tiempo espacial.

Un proveedor debe cumplir lo prometido en el contrato y si ofrece un metraje determinado en un contrato de venta de inmueble en planos,

[10] Véase a la Resolución 2320-2016 SPC-INDECOPI, del 27 de junio de 2016.

debe cumplir su prestación entregando el metraje ofrecido; lo contrario, implicaría una afectación al deber de idoneidad; ello, independientemente de que se haya celebrado la compraventa del bien bajo la modalidad *ad corpus*, figura legal recogida en el artículo 1577 del Código Civil y si fuera así consideramos que lo más ético, justo y equilibrado contractualmente es que se pacte a su vez la reducción proporcional del precio por los metros que se están entregando de menos en función de la cláusula *ad corpus*, para mantener así la equidad en las prestaciones de ambas partes. El consumidor casi nunca verifica las medidas exactas de un bien, porque siempre tendrá la legítima confianza que le entregaran el metraje ofrecido e informado por el proveedor.

Lo establecido en relación a la modalidad *ad corpus* fue prescrito en el Código Civil del año 1984, y obedecía a un tiempo espacio distinto al regulado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En efecto, dicha figura legal (compraventa *ad corpus*) resultaba mucho más compatible con los bienes comercializados en aquella época (fundos, lotes, fincas, terrenos), siendo perfectamente comprensible que un bien fuera vendido fijando el precio por un todo y no por su extensión; no obstante, hoy en necesita una reflexión de mayor rigor que permita la equidad y el equilibrio contractual que beneficie a ambas partes y en ese sentido seguir con la famosa clausula *ad corpus* no ayuda a crear un mercado inmobiliario más transparente y competitivo porque dicha cláusula alberga una tremenda inequidad y desventaja para los consumidores que esperan confiados recibir el metraje por el cual han pagado, más aún si hoy en el mercado inmobiliario el metro cuadrado es la unidad de medida sobre la base del cual se llevan a cabo la mayoría de las transacciones de compra venta inmobiliaria en planos o de bienes futuros como se les suele llamar.

Si revisamos la doctrina del derecho civil , autores como Messineo (1971, p. 95), expresan que la venta *ad corpus* es aquella en la cual se tenga en consideración un inmueble determinado, considerado no en su extensión, sino como una entidad, con referencia al cuerpo del inmueble y el precio es global, es decir existía de por medio un *corpus fisicum* y en la venta *ad corpus* dice Messineo, las partes prescinden de la efectiva extensión del inmueble, puesto que lo toman en consideración por caracteres diversos de los de su extensión (como ejemplo, la vista, la ubicación en esquina, la cercanía a un río, un parque, un lago, una calle o una avenida, etc.). Hay una especie de *instuitus rei*, por el cual, la extensión del inmueble es hasta cierto punto indiferente. Es obvio que la referencia de la compraventa *ad corpus* estaba referida a la venta de bienes inmuebles cuya existencia física era real, no de inmuebles de existencia virtual o en planos, por ello se debe contextualizar el tema cada vez que se hable de compra venta *ad corpus* cuando esta contratación es por la venta d en inmueble en planos o en lena construcción.

Lamentablemente hoy en día se sigue usando a veces de manera irracional en las notarías y en muchos formularios y modelos de contratos inmobiliarios el termino *ad corpus*. Una palabra con un gran contenido de inequidad para estos casos no puede desnaturalizar la esencia misma de las cosas, eso no se puede aceptar y debe aplicarse el principio de Primacía de la Realidad.

Hay una línea de pensamiento de ciertos juristas que expresan que esta situación podría considerarse un vicio oculto, pero la categoría de vicio oculto, saneamiento por evicción, excesiva onerosidad de la prestación y todo ese tipo de figuras que en el derecho civil se defiende, son figuras que se crearon para un mundo distinto donde la contratación era distinta a la actual. Antes era una contratación interindividual estructurada sobre la base de normas clásicas de derecho civil, pero ahora con el desarrollo del derecho del consumidor tenemos otras soluciones, otro tipo de formas de resolver estos conflictos, porque estamos frente a casos de contratación evidentemente masiva y predispuesta por los proveedores inmobiliarios. No es un vicio oculto porque un vicio oculto es aquel que no se puede prever. Vicio oculto es el que ni el propio vendedor conoce. No es posible que podamos creer que un promotor u agente de ventas de inmuebles que ofrece un bien que dice que tendrá 100 m² y realmente tiene 90 m² al terminar la construcción, no sabía que tendría 90 m².

Según lo señalado en los párrafos anteriores, es en las unidades inmobiliarias físicamente existentes a la hora de celebrar el contrato de compra venta, en las que se aplica con mayor rigurosidad y frecuencia la cláusula *ad corpus*, porque tiene sentido, tiene lógica y es comprensible su estipulación, porque a la hora de adquirir el inmueble existe un *'corpus physicum'*, es decir una unidad corpórea, un inmueble real y existente al momento de la compra, la misma que se realiza por sobre todo el cuerpo independientemente de la medida o cabida, no dando derecho a reajuste salvo que la diferencia de la medida aproximada prevista sea superior a la tolerancia del 10% establecida por ley (Durand & Flores, 2021).

En la venta de inmuebles en planos o llamados de bienes futuros, se trata de la compra venta de un inmueble con existencia virtual en planos o diseños arquitectónicos, es decir una venta donde

no hay la existencia real de un bien en concreto, sino que existe en la expectativa y en la proyección del inmueble expuesta en el contenido del plano al momento de comprar, por lo que es válido admitir que no podemos habar aquí de venta *ad corpus*, porque es evidente que al momento de la transacción no existe un cuerpo material o físico del inmueble adquirido y lo virtual no tiene corpus evidentemente.

La doctrina es clara en este tema, así podemos citar al jurista Max Arias Schreiber (2006), quien ha señalado que

> […] cuando se hace esta clase de contratos, se indica que se trata de una venta *ad corpus* y esta es una cláusula de estilo, empleada usualmente en nuestro tráfico contractual, habida cuenta de las deficiencias catastrales existentes y del hecho de que en numerosas circunstancias se dan diferencias entre la extensión o cabida real y la que figura eventualmente en el contrato.

Hoy la tecnología nos permite saber con precisión cuántos metros tendrá un inmueble desde antes de construirse, por lo tanto la cláusula *ad corpus* en venta de bienes inmuebles en planos es disfuncional, ya que las constructoras contando con la logística adecuada saben con precisión el metraje que tendrá cada unidad y si hubiera eventualmente alguna diferencia que puede generarse incluso por razones administrativas, que escapan a la voluntad de los constructores, como parámetros constructivos, disposiciones municipales o restricciones del Ministerio de Cultura por tratarse de zonas arqueológicas, entre otros, debería informarse esta situación a los consumidores, pudiendo incluso ajustar proporcionalmente el precio, porque la diferencia de metros cuadrados tiene un valor y es susceptible de ser monetizada para que exista equilibrio en las relaciones contractuales; caso contrario se defrauda las expectativas de los consumidores, con una seria desventaja para sus derechos como consumidor.

Las diferencias de metraje suelen ser de 4% a 6% o de 8% a 10% y esa diferencia representa un porcentaje importante en un inmueble, sobre todo ahora que los departamentos son pequeños, pues recordemos que antes el metraje mínimo era de 60 metros cuadrados, pero hoy la norma permite construir departamentos de menor tamaño y si aun así se restan metros, aunque sea uno o dos, eso es afectar a los consumidores. Pero no se trata de los metros entregados, sino del valor económico que representa esa diferencia y también de lo que significa para el consumidor, porque 2 m², 3 m², 4 m² o 5 m² es un espacio importante que puede constituir una sala o un dormitorio de un departamento y eso, en esencia, resulta en una afectación a la expectativa del consumidor. Más aún si hoy los departamentos son pequeños como expresamos antes, porque un metraje regularmente pequeño es en esencia una pérdida de espacio importante para el adquirente, más aún si la cláusula *ad corpus* está estipulada dentro de un contrato por adhesión que lo coloca en un situación de desventaja.

En este caso, la pregunta es la siguiente: ¿Qué puede hacer el consumidor en estos casos? ¿Cómo proceder frente a una situación real en la que se da cuenta que ha sido engañado y se siente insatisfecho, frustrado e impotente ante un sistema que minimiza sus derechos? Aquí la respuesta obvia es acudir a la institución tutelar en la protección y defensa de ellos derechos de ellos consumidores.

Desde el punto de vista jurídico, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 del CPDC[11], al momento de recibir a unidad inmobiliaria el consumidor tiene todo el derecho de poder de expresar por escrito su aprobación respecto a las características, condiciones y estado en general del bien que se le entrega, por tanto si verifica la existencia de menos metros cuadrados que los ofrecidos y pactados en el contrato, estaría facultado para pedir una reajuste proporcional de lo precio pagado o incluso decidir la resolución del contrato , si ve que el inmueble entregado no responde a las expectativas creadas al momento de suscribir el contrato de bien futuro.

A mayor abundamiento, inclusive el propio artículo 79.2 del CPDC[12] señala expresamente que: "En el caso de venta de bienes futuros, el consumidor

[11] Artículo 79.- Obligación de saneamiento del proveedor

Al momento de la entrega del inmueble, el consumidor tiene el derecho de expresar por escrito su aprobación respecto a las características, condiciones y estado en general del bien que se le entrega. De igual modo, el consumidor puede expresar su desaprobación siempre que esta entrega no corresponda a características y condiciones previstas en el contrato, según las siguientes reglas: […] (2010).

[12] Artículo 79.- Obligación de saneamiento del proveedor

[…]

2. En el caso de venta de bienes futuros, el consumidor puede expresar su desaprobación sobre desperfectos, deficiencias u otras condiciones que desmejoren el valor del inmueble que se le entrega, o que impidan o limiten su uso […] (2010).

puede expresar su desaprobación sobre desperfectos, deficiencias u otras condiciones que desmejoren el valor del inmueble que se le entrega, o que impidan o limiten su uso". Es evidente que recibir un inmueble con menos metros cuadrados que los contratados, es en esencia una condición que desmejora y disminuye el valor del inmueble, además de mediatizar el uso adecuado del inmueble, porque al existir menos metros cuadrados de los ofrecidos en el contrato de bien futuro, los consumidores reducen a su vez sus expectativas de uso y distribución de los muebles y enseres del hogar.

Quienes postulan el valor de las cláusulas *ad corpus* en la venta de benes futuros en planos sin ningún tipo de compensación por la diferencia de metros, se debe a que siguen razonando la contratación inmobiliaria desde la lógica del derecho civil y no han reparado que en el mundo actual estamos frente a las reglas de la contratación de consumo y las reglas del derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma que contiene otro tipo de soluciones parala inequidad y el abuso generado por las cláusulas no negociadas que colocan a los consumidores en clara situación de desventaja y yo diría desventura en su compra de inmuebles para materializar el famoso sueño de la casa propia.

Establecer la cláusula *ad corpus* en contra de los intereses del consumidor en mi concepto significaría vaciar de contenido las normas de tutela y de protección del consumidor y por ende una contravención al principio de Protección Mínima establecido en el CPDC[13] y significa desconocer y no aceptar la realidad de la posición de debilidad estructural del ciudadano consumidor al interior de un contrato inmobiliario.

Lo expuesto *ut supra* es una situación grave, que desalienta y crea una situación de impotencia y desesperanza en las familias de los consumidores, porque se está recibiendo algo menor a lo que se tenía como expectativa y además algo por lo cual ya se ha pagado un precio en función de determinado metraje y se recibe algo menor; eso en esencia es una situación que coloca al consumidor en una situación de desventaja y que anula o mediatiza sus derechos, por ello considero que estas cláusulas pueden considerarse incluso como abusivas, porque en mi opinión reúnen los elementos que establece el artículo 49.1 del CPDC, es decir son: "estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad, o anulen sus derechos".

Es obvio que las condiciones de venta *ad corpus* sin ningún tipo de compensación o reajuste del precio pagado por cada metro cuadrado, es en esencia una estipulación contractual diseñada por los proveedores inmobiliarios en contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, por lo tanto si dicha cláusula es ostensiblemente inequitativa, se torna en una cláusula abusiva y por ende inexigible como establece el Código.

Por otro lado, el artículo 49.2 del CPDC establece que para evaluar u analizar las cláusulas abusivas, se debe tomar en consideración "la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración" y, en efecto, si analizamos la forma y circunstancias en las que se firma un contrato de compra venta inmobiliaria de bienes futuros, nos damos cuenta que el consumidor está en una clara situación asimétrica, porque está comprando un inmueble con la condición de *ad corpus*, cuando en realidad no existe un *corpus*, porque no hay de por medio un bien inmueble real, sino solamente un bien inmueble de existencia virtual representado en un plano y un diseño arquitectónico ofrecido por el proveedor; y por otro lado, si se le entrega un inmueble con menos metros cuadrados que los ofrecidos, es muy difícil para los consumidores resolver los contratos porque se trata generalmente de operaciones con financiamiento bancario y con garantía hipotecaria, y resolver este tipo de contratos es muy complejo y tendrán que volver a buscar otro inmueble y a veces el tiempo es muy corto para volver a calificar para una nueva operación de financiamiento.

En líneas generales no es sencillo resolver un contrato inmobiliario de bienes futuros, por lo tanto lo que les queda los consumidores generalmente es aceptar estoicamente la cláusula *ad corpus* impuesta por el proveedor sin que haya de por medio ningún tipo de compensación o reajuste de precio y ello en sí mismo un acto de abuso que lo coloca en situación de desventaja y minimiza sus derechos. Por ello, en el ejercicio de evaluación de las cláusulas abusivas, tratándose una compra de bienes futuros en la modalidad *ad corpus* debe tomarse

[13] Artículo V.- Principios El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

[…]

6. Principio de Protección Mínima. - El presente Código contiene las normas de mínima protección a los consumidores y no impide que las normas sectoriales puedan dispensar un nivel de protección mayor […] (2010).

en cuenta esta situación que coloca al consumidor en una clara situación de desequilibrio contractual y desventaja económica en su transacción.

Otro punto importante de reflexionar es que en los contratos inmobiliarios de venta de inmuebles en planos o en plena construcción se les denomina bienes futuros y si bien es cierto se trata de un inmueble cuya existencia a la hora suscribirse el contrato es virtual, no es propiamente un bien futuro tal como lo establece la doctrina del derecho civil.

En efecto, Guillermo Borda (1995, p. 185), en su Tratado de Derecho Civil, señala que cuando las cosas futuras fueren objeto de contratos, la promesa de entregarlos está subordinada al hecho de si llegase a existir. Se contrata sobre una cosa que no existe, pero se espera que existirá (por ejemplo, la compra de una cosecha antes de que se encuentre en estado de recogerse). Esta compra se entiende subordinada a la condición si llegase a existir y esa posibilidad de llegar a existir no está en el dominio o control del vendedor, sino que depende de la futuridad e incertidumbre, por ejemplo, si cae granizo y se pierde la cosecha, se resuelve el contrato, en este caso el comprador asume el riesgo de que no llegase a existir, por ello se prevé la resolución del contrato si la cosa no llega a existir.

Es obvio que la venta de un inmueble en planos no es propiamente la venta de una cosa futura porque la existencia del inmueble a futuro depende del proveedor, depende de cómo avance las obras de construcción, él tiene la responsabilidad, control y dominio de que la cosa llegue a existir. En consecuencia, no se puede hablar de venta de bienes futuros tal como lo establece el Código Civil. Particularmente, considero que se trata de un contrato de compra venta inmobiliaria con entrega diferida al momento de terminar su construcción, si queremos hablar con propiedad y en la dimensión real y existencial de las cosas, debemos llamarlas por su nombre y no utilizar categorías conceptuales que son para otros supuestos y para otros tiempos, tratando de manera forzosa de encajar categorías conceptuales e instituciones del derecho civil a las relaciones de consumo en el mercado actual, las mismas que son totalmente diferentes y al hacerlo desnaturalizamos las instituciones jurídicas del derecho civil y paradójicamente desprotegemos a los consumidores como contratantes inmobiliarios.

VIII. RESPONSABILIDAD DE LOS GERENTES DE LOS PROVEEDORES INMOBILIARIOS BAJO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En una decisión de suma importancia, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de INDECOPI ha establecido recientemente[14] que los gerentes de los proveedores inmobiliarios tienen responsabilidad funcional y como tal responden de manera personal frente a las infracciones al CPDC de parte de sus representadas.

Esta medida es muy importante y da un mensaje claro al mercado, porque el gerente de una empresa es quien la conduce, quien está al tanto de la propuesta ofertable de negocio que ofrece al mercado y como tal es quien ejerce la dirección, administración o representación del proveedor y su responsabilidad estará dada por la acción, omisión o comisión por omisión de sus funciones y quien dirige una empresa no puede esconder su responsabilidad con excusas intrascendentes, por lo tanto es obvio que si no se cumple con el deber de idoneidad y el gerente conoce esta situación hay sin duda dolo, si es que estaba al tanto de la infracción o culpa inexcusable si omite ejercer su autoridad para hacer que las cosas se hagan bien en las prestaciones a su cargo frente a los consumidores

Al respecto, el artículo 111 del CPDC[15] establece claramente que, de manera excepcional y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa. Esta disposición normativa establece que para la determinar de manera concreta la responsabilidad solidaria de las personas naturales es necesaria la concurrencia de algunos elementos: (i) que el proveedor incurra en una infracción del CPDC; (ii) que la persona natural involucrada se desempeñe en la labor de dirección, administración o repre-

[14] Véase a la Resolución 0719-2023 SPC/INDECOPI y Resolución 0722-2023 SPC/INDECOPI del 15 de marzo de 2023

[15] Artículo 111.- Responsabilidad de los administradores

> Excepcionalmente, y atendiendo a la gravedad y naturaleza de la infracción, las personas que ejerzan la dirección, administración o representación del proveedor son responsables solidarios en cuanto participen con dolo o culpa inexcusable en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
>
> En los casos referidos en el primer párrafo, además de la sanción que, a criterio del Indecopi, corresponde imponer a los infractores, se puede imponer una multa de hasta cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos de dirección o administración según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas (2010).

sentación del proveedor infractor; y (iii) que dicha persona participe en el planeamiento, realización o ejecución de la conducta infractora, con dolo o culpa inexcusable

Tanto el dolo como la culpa inexcusable son dos criterios de imputación subjetiva establecidos en el Código Civil[16] y entre ellos existe una obvia diferencia, mientras que en el dolo se necesita una inejecución deliberada e intencional (sea por comisión u omisión) de las obligaciones que le corresponden legalmente a una persona; la culpa inexcusable un actuar negligente y de incumplimiento de reglas básicas y de las funciones que ordinariamente debe hacer una persona según las facultades que le corresponden.

En materia inmobiliaria es obvio que existen una serie de normas, y de reglas básicas y esenciales que un gerente debe cumplir, porque se trata de una actividad económica compleja que requiere una labor de sumo cuidado, porque es necesario cumplir una serie de preceptos técnicos obligatorios, por lo que la autoridad administrativa debe determinar en cada caso la diligencia mínima requerida de las personas naturales referidas en la infracción del proveedor involucrado.

La doctrina es clara en señalar que la culpa inexcusable implica una acción negligente, imperita, imprudente de un sujeto de derecho. Así, por ejemplo, el maestro Osterling Parodi (2006, p. 358) expresaba que: "[…] incurre en culpa grave quien por negligencia y sin intención no procede como cualquiera hubiera procedido, quien actúa con una torpeza, abandono o descuido extremo […]".

Así, en la evaluación que se efectúa para determinar la responsabilidad de un gerente en la infracción administrativa, es necesario establecer el criterio subjetivo de su actuación frente las actividades del proveedor inmobiliario. Es decir, si actuó con dolo, la responsabilidad será evidente. Si su actuación fue con culpa inexcusable, corresponde hacer el análisis referido a si el gerente general omitió cumplir con sus funciones de administración o gestión establecidas en la Ley General de Sociedades y en el estatuto del proveedor o en el documento de nombramiento respectivo.

El gerente general de un proveedor inmobiliario no es un cargo simple, como si fuera un agente vendedor o un agente promotor, sino que se trata de un cargo importante con funciones gerenciales establecidas estatutariamente y legalmente en la Ley General de Sociedades y ante las cuales quien ejerce ese cargo no puede negar ni discutir su conocimiento, en tanto que se trata defunciones que constituyen en esencia reglas básicas para el desenvolvimiento del proveedor de servicios inmobiliarios, y es obvio que su omisión va a generar responsabilidad solidaria del referido gerente por infracción del artículo 111 del CPDC, por ello la omisión del cumplimiento de las labores de gestión y administración propias de un gerente , determina sin duda la culpa inexcusable del representante del gerente y no puede negar ni discutir esa situación.

Al respecto, el artículo 152 de la Ley General de Sociedades[17] prescribe que la administración de la empresa está a cargo del directorio y de uno o más gerentes. A su turno, el artículo 188 de la referida ley[18] señala que, salvo disposición contraria, el gerente general tiene, entre otras, la función y atribución de celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios que corresponden al objeto social del proveedor. Es decir el gerente esta a cargo de las actividades de gestión de la empresa, es quien conduce el negocio y verifica el cumplimiento de las prestaciones u obligaciones a su cargo y entre ellas la más importante en el negocio inmobiliario es verificar que los entregables correspondan a lo ofrecido contractualmente para no caer en infracciones frente a su deber de idoneidad.

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley General de Sociedades[19] establece también que, salvo estipulación en contrario, el gerente general goza a su

[16] Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación (1984).

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación (1984).

[17] Artículo 152.- Administradores

La administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, salvo por lo dispuesto en el artículo 247 (1997).

[18] Artículo 188.- Atribuciones del gerente

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: […] (1997).

[19] Artículo 14.- Nombramientos, poderes e inscripciones

El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.

vez de todas las facultades de realizar y suscribir todos los documentos públicos o privados requeridos para el cumplimiento del objeto de la empresa, es decir firmar minutas, escrituras y todo tipo de documentación necesaria para la entrega y el saneamiento de las unidades inmobiliarios ofrecidas por el proveedor y como tal tendrá ineludiblemente la función de ejecutar los actos y contratos de su objeto social, así como la función de supervisar y asegurar que se cumplan las actividades ordinarias vinculadas con la realización de las actividades operacionales y comerciales de la entidad inmobiliaria, tales como construir, reconstruir, entregar la posesión y trasladar oportunamente la propiedad de los inmuebles que comercializa, entre otras prestaciones.

Podemos concluir en este punto que la omisión de realizar funciones inherentes a las labores propias e inaplazables de un gerente general, constituye una falta de diligencia que sin duda contribuye a la realización de conductas infractoras al deber de idoneidad en materia de protección del consumidor, respecto de actividades negociales del proveedor inmobiliario.

Si bien es cierto cada caso es una realidad que debe ser analizada con cuidado, es obvio que si el gerente general omitió sus funciones de gestión y supervisión, aunque trate de justificar sus omisiones, a fin de exonerarse de responsabilidad por infracción del artículo 111 del CPDC, caerá en culpa inexcusable, por no hacer lo que le corresponde hacer como líder y como gerente de una empresa que tiene a cargo labores importantes y trascendentes para el mercado, como es la planificación, ejecución, comercialización y entrega de unidades inmobiliarias para los consumidores.

IX. COORDINACIÓN DE INDECOPI CON EL MINISTERIO DE VIVIENDA Y CONSTRUCCIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGISTRO DE INFRACTORES INMOBILIARIOS

La protección y defensa del consumidor es sistémica, y si bien es cierto INDECOPI es el ente principal a quien por mandato legal se le ha conferido la tutela de los derechos del consumidor, existen en la escena del Derecho Público, otros actores que también velan por lo derecho de los consumidores como son los reguladores y otras entidades del Estado.

En ese contexto, el INDECOPI cada vez que sanciona a un operador de mercado, pone en conocimiento de los órganos sectoriales la sanción impuesta para que los demás órganos actúen dentro del marco de sus competencias y hagan una vigilancia administrativa sectorial.

En ese orden de ideas, por ejemplo, el INDECOPI cada vez que sanciona a una empresa constructora o inmobiliaria, envía una copia de su resolución al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para que la inscriba en el registro especial de infractores inmobiliarios, de conformidad con la Ley 29203, Ley que crea la Central de Información de Promotores Inmobiliarios y/o Empresas Constructoras de Unidades Inmobiliarias. Esta información es vital para el mercado, para generar transparencia en el mercado inmobiliario que es un rubro donde hay mucha conflictividad en matera de consumo.

No obstante, INDECOPI envía y envía sus resoluciones a los sectores, pero nunca se ha recibido de parte de las demás instituciones una información que dé cuenta de lo que están haciendo con esa valiosa información que el INDECOPI les comparte. Sería bueno conocer que hacen con esas resoluciones, que medidas están tomando para actuar de manera coordinada, armonizada y sistémica en la protección de los consumidores. Hacer algo al respecto será un gran mensaje para los ciudadanos, que reclaman un rol más proactivo de sus instituciones tutelares a quienes el Estado y la Constitución les ha confiado la protección de sus derechos fundamentales.

X. CONCLUSIONES

Podemos concluir recordando que, dentro de los documentos de trabajo del Perú para su acceso a la OCDE, se exige que la clase empresarial deba tener un trato justo, información adecuada, transparencia y responsabilidad; lo cual es lógico, porque necesitamos proveedores con más responsabilidad social empresarial y con más compromiso ético con

---

Estos actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso.

Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar.

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto (1997).

aquellos que le dan vida al mercado, es decir los consumidores; con buenas prácticas y buen manejo de gobierno corporativo de cara al cumplimiento de las reglas de mercado. El buen nivel de gobierno corporativo, no solo significa rentabilidad para el negocio, sino también compromisos con el mercado y los consumidores, porque como expresa Juan Pablo II (1991), hacer empresa es servir al prójimo, cumplir deberes éticos, suministrar productos y servicios de calidad para llevar una vida digna.

El Derecho no está en las normas, sino en la vida misma. Carnelutti hablaba de la simetría para aplicar la ley, la simetría debe ser de la norma con la realidad para garantizar los derechos de los ciudadanos. Por otro lado, es preciso señalar también que el mercado necesita imágenes y motivaciones nuevas de parte de sus órganos tutelares como el INDECOPI, para crear confiabilidad ciudadana en sus instituciones. El INDECOPI debe desarrollar nuevas líneas de pensamiento jurídico para interpretar el CPDC de manera más coherente con la realidad del mercado, con el influjo de la contratación masiva y de manera más cercana con las expectativas ciudadanas.

Creo que el Código de Protección y Defensa del Consumidor debe tener disposiciones más concretas de cara a la realidad del mercado peruano, más aterrizadas en el mundo contractual inmobiliario. Que haya coherencia entre lo que estipula la norma y lo que realmente pasa en el mercado. Cuando haya situaciones confusas e imprecisas, o no previstas en la ley, lo ideal es que no haya un vacío normativo, sino que el que el propio Código brinde la salida, aplicando principios generales del derecho como la equidad y la buena fe, para no encapsular tanto la contratación.

Finalmente, lo expuesto en este artículo es en esencia una nueva línea de pensamiento jurídico que busca generar equidad y equilibrio contractual en las transacciones inmobiliarias de compraventa de bienes inmuebles futuros en planos, a fin de que haya equivalencia en las prestaciones y con ello podamos promover un mercado inmobiliario más transparente, creciente y competitivo para beneficio de todos los operadores de mercado.

BIBLIOGRAFIA

Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Contratos: Parte General. Exégesis* (Tomo I). Gaceta Jurídica.

Blanco Pérez-Rubio, L. (2015). El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo. *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, (749), 1099-1142.

Borda, G. (1990). *Tratado de Derecho civil*. Editorial Perrot.

Carrasco Perea, Á. (2007). Invalidez e Ineficacia en los Contratos con proveedores. En J. Delgado Echeverria (coord.), *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (pp. 163-192). Thomson Reuters Aranzadi.

Durand Carrión, J.B., & Flores Flores, P. (2021). *Análisis jurisprudencial sobre la protección al consumidor a través de las resoluciones emitidas por el INDECOPI*. https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/9314/duran_cjbflores_fpj.pdf?sequence=3

Durand Carrión, J.B. (2007). *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.

(2019). Aproximación a una teoría de los derechos humanos del consumidor en el mercado global y su tratamiento en el derecho constitucional peruano. *Revista Prolegómeno, 22*(44).

Gonzales Pacanowska, I. (1999). Comentarios al artículo 10, inc. a y b de la Ley de Condiciones Generales de Contratación. En R. Bercovitz (coord.), *Comentarios Ley de condiciones Generales de Contratación* (669-683). Thomson Reuters Aranzadi.

Juan Pablo II (1991). *Encíclica Centesimus Annus*. Editorial San Pablo.

Llamas Pombo E. (2005). *Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Comentarios y Jurisprudencia veinte años después*. La ley.

Marin Lopez, M. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de contratación En U. Nieto Carol (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas abusivas* (pp. 109-218). Association Littéraire et Artistique Internationale.

(2013). La voluntad virtual del consumidor ¿Un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (5).

Messineo, F. (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Tomo V). Ediciones Jurídicas Europa América.

Osterling Parodi, F. (s.f.). *Inejecución de obligaciones: dolo y culpa*. osterlingfirm.com/Docu-

mentos/articulos/Inejecucion%20de%20Obligaciones.pdf.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2010 (Perú).

Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, Aprueban Reglamento Nacional de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, de 05 de mayo de 2006 (Perú).

Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Boletín Oficial del Estado, 5 de abril de 1993 (Esp.).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).

Ley 29080, Ley de creación del Registro del Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de abril de 2016 (Perú).

Ley 29203, Ley que crea la Central de Información de Promotores Inmobiliarios y/o Empresas Constructoras de Unidades Inmobiliarias, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de marzo de 2006 (Perú).

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de setiembre de 2010 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 30 de setiembre del 2015, Resolución 3091-2015/SPC-INDECOPI, Expediente 0122-2014/ILN-CPC-SIA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 5 de mayo de 2021, Resolución 0996-2021/SPC-INDECOPI, Expediente 0398-2019/CPC-INDECOPI-AQP (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 20 de setiembre de 2021, Resolución 2086-2021/SPC-INDECOPI, Expediente 0066-2020/CPC-INDECOPI-JUN (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 8 de julio de 2021, Resolución 1549-2021/SPC-INDECOPI, Expediente 0051-2019/CPC-INDECOPI-ICA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 27 de julio de 2021, Resolución 1692-2021/SPC-INDECOPI, Expediente 1154-2018/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 6 de agosto de 2018, Resolución 1971-2018/SPC-INDECOPI, Expediente 202-2017/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 9 de octubre de 2019, Resolución 2816-2019/SPC-INDECOPI, Expediente 0226-2018/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 27 de junio de 2016, Resolución 2320-2016/SPCINDECOPI, Expediente 44-2015/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 22 de marzo de 2023, Resolución 0811-2023/SPC-INDECOPI, Expediente 0002-2021/CC3-SIA (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 18 de enero de 2023, Resolución 0160-2023 /SPC-INDECOPI, Expediente 0893-2019/CC2 (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de marzo de 2023, Resolución 0722-2023/SPC-INDECOPI, Expediente 1075-2020/CC2 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

10.18800/themis.202301.017

EL ROL DEL BANCO COMO INTERMEDIARIO FINANCIERO PARA LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES DENTRO DEL MARCO DE DESARROLLO DE PROYECTOS INMOBILIARIOS

THE BANK'S ROLE AS FINANCIAL INTERMEDIARY FOR THE ACQUISITION OF REAL ESTATE WITHIN THE FRAMEWORK OF REAL ESTATE PROJECT DEVELOPMENT

Mónica Jeanette Arteaga Reátegui*
Observatorio Inmobiliario y Mercantil

The purpose of this article is to enable the reader to understand the context in which a real estate project is developed, the existing financing alternatives, the legal relationships that arise in connection with it, as well as the various events that may occur and affect the end consumers.

For the analysis of this context, the bank will be a fundamental actor, since its role in the development of these real estate projects is not limited only to being a financial agent, but, in fact, it plays an active control role that will extend until the completion of the project. Notwithstanding the active role played by the bank, it is considered that it should not be held responsible for any event that may interrupt the normal development of the real estate project, proposing as an alternative for the protection of the end consumer, the constitution of an escrow deposit.

Keywords: Bank; finance; real estate; projects.

El presente artículo tiene como objetivo que el lector pueda comprender el contexto en el que se desarrolla un proyecto inmobiliario, las alternativas de financiamiento existentes, las relaciones jurídicas que se originan en torno a este; así como también, los diversos eventos que pudieran presentarse y afectar a los consumidores finales.

Para el análisis de este contexto, el banco será un actor fundamental, pues su rol en el desarrollo de estos proyectos inmobiliarios no se limita únicamente a ser un agente financiero, sino que, en realidad este desempeña un rol de control activo que se extenderá hasta la culminación del proyecto. No obstante, reconocerse el rol activo que desempeña el banco, se considera que no debería atribuírsele responsabilidad por cualquier evento que pudiese interrumpir el normal desarrollo del proyecto inmobiliario; proponiéndose como una alternativa para la protección del consumidor final, la constitución de un depósito en garantía.

Palabras clave: Banco; financiamiento; inmueble; proyectos.

* Abogada. Miembro del Observatorio Inmobiliario y Mercantil (OIM). Asociada en Barrios & Fuentes Abogados (BAFUR) (Lima, Perú). Contacto: monica.arteaga@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 17 de abril de 2023, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Una premisa innegable y con la que consideramos conveniente iniciar el presente artículo es que el mercado inmobiliario, desde hace algunos años atrás, se ha convertido en uno de los principales motores de la economía peruana y de varios países en Latinoamérica.

En efecto, el crecimiento que ha venido experimentado este sector ha sido acelerado, dando lugar a la presentación de distintos escenarios y a la interacción de diversos actores que han coadyuvado a los fines del tráfico inmobiliario. Sin embargo, como cualquier otro sector de la economía, el crecimiento acelerado que ha experimentado el sector inmobiliario no ha sido ajeno a los embates propios de esta actividad, habiendo experimentado una evolución que le ha permitido, hoy en día, contar con un escenario que brinda una mayor solidez y provee de mejores condiciones para su comercio.

Es en este punto en el que corresponde introducir a uno de los más grandes responsables del crecimiento del mercado inmobiliario: los proyectos inmobiliarios. Al respecto, cuando nos referimos a un proyecto inmobiliario, debemos partir de la idea de que se trata de una representación o proyección de lo que será una edificación con un diseño determinado y que será destinado para fines de vivienda, oficinas, almacenes, entre otros.

El responsable de este tipo de proyectos es el denominado promotor inmobiliario, quien tiene a su cargo el diseño y la ejecución de la obra hasta su culminación; sin embargo, estos proyectos inmobiliarios requieren de una fuente esencial para ser ejecutados: inversión. En efecto, se va a requerir de dinero para invertir en la construcción de un proyecto inmobiliario; en ese sentido, el promotor inmobiliario tiene dos opciones: (i) recurre al dinero proveniente de sus propias arcas; o (ii) recurre a un financiamiento otorgado por un tercero.

Al mencionar a un tercero, nos estamos refiriendo a cualquier persona, natural o jurídica o a un patrimonio autónomo que le preste al promotor inmobiliario los recursos suficientes para ejecutar su proyecto. Tal y como puede advertirse, los recursos pueden provenir de diversas fuentes; sin embargo, resulta innegable que la fuente a la que la mayoría de los promotores inmobiliarios recurre es a una entidad bancaria[1].

Como ya hemos señalado, la inversión puede provenir de diversas fuentes; sin embargo, al igual que cualquier mercado, el mercado inmobiliario, ser rige por la ley de la oferta y la demanda; así como también, a la especialización propia del producto, resultando innegable que una de las mejores ofertas que tiene el mercado inmobiliario, es la ofrecida por los bancos.

Así pues, existe un factor fundamental y que produce que confluyan los intereses del promotor inmobiliario y los del banco: las ventas de los inmuebles que conforman el proyecto inmobiliario. Efectivamente, el promotor inmobiliario tendrá como uno de sus principales objetivos, el que se vendan los inmuebles y, por su parte, el banco buscará participar en las ventas de estos inmuebles, a través del otorgamiento de financiamientos a los compradores o consumidores finales.

Tal y como se podrá advertir hasta este momento, se puede identificar a tres actores claves: (i) promotor inmobiliario; (ii) banco; y (iii) consumidor final. Precisamente, las relaciones jurídicas que se generen como consecuencia de la interacción de estos tres actores durante el desarrollo de los proyectos inmobiliarios son las que serán objeto de análisis en el presente artículo; las mismas que serán enmarcadas, dentro de un escenario en que el mismo banco que financia el proyecto inmobiliario es el que otorga los financiamientos para las compraventas de los inmuebles con los consumidores finales.

Así pues, puede ocurrir que, durante el proceso de construcción del proyecto inmobiliario, que debería finalizar con la independización de cada unidad inmobiliaria, se susciten una serie de eventos que provoquen –entre otros– que la obra se pueda paralizar durante un periodo prolongado, que tenga defectos, que no se cumpla con la fecha de entrega de las unidades inmobiliarias o que, en el escenario más extremo, no se culmine con la obra.

Precisamente, ante la presentación de los eventos antes descritos, es que nos surgen los siguientes cuestionamientos: (i) ¿Cuál es el rol que desempeña el banco en los proyectos inmobiliarios que

[1] Sobre este punto es importante precisar que, a nivel del sistema financiero, son diversas las empresas que ofrecen financiamientos como son las Cooperativas de Ahorro y Crédito, las Cajas Municipales y las Cajas Rurales, y otras empresas sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Asimismo, dentro del mercado financiero, existen también otras alternativas como; por ejemplo, la obtención de un financiamiento a través de un fondo de inversión o mediante la emisión de instrumentos de deuda, entre otros.

financia?; (ii) ¿el banco sólo se encarga del financiamiento o tiene un rol más activo en el desarrollo del proyecto?; (iii) ¿se le podría extender algún tipo de responsabilidad al banco ante la producción de este tipo de eventos o la única responsable es la inmobiliaria?; (iv) ¿la imagen de solidez y confianza que proyecta un banco como entidad que financia un proyecto inmobiliario frente a un consumidor final es determinante para atribuirle responsabilidad?; y (v) ¿qué ocurre con el consumidor final que se ve comprometido a pagar un crédito por un inmueble que –en un escenario extremo– nunca le será entregado?

La absolución de las interrogantes planteadas son el objetivo central del presente artículo; las cuales tienen como correlato, el análisis de determinadas garantías. Analizaremos las garantías conocidas como 'tradicionales' como lo son la hipoteca y la fianza, y otra, no tan 'tradicional', el depósito en garantía. Ciertamente, consideramos que la presencia de todas estas garantías, así como también, la de una mayor regulación contractual; podría generar un mayor equilibrio de intereses entre el promotor inmobiliario, el banco y el consumidor final.

II. MARCO DE DESARROLLO DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

Cuando se habla de la realización de proyectos inmobiliarios y de su financiamiento, no podemos hablar de un único esquema; sino que, en realidad, se pueden presentar una serie de esquemas que dependerán fundamentalmente de las dimensiones del proyecto y del capital que se requiera para su desarrollo.

Lo cierto es que, para todo proyecto inmobiliario, se debe tener presente lo establecido en la normativa vigente que regula los procedimientos de habilitación urbana y de edificación –Ley 29090 con su respectivo Reglamento– a partir de la cual, se pueden identificar dos etapas que abarcan el procedimiento administrativo de edificación: (i) la aprobación del proyecto edificatorio (que culmina en la obtención de la licencia de edificación); y (ii) la conformidad de obra o declaratoria de fábrica.

Estos hitos son importantes en el desarrollo de todo proyecto inmobiliario, pues representan, su punto de partida y su conclusión; aspectos que son fundamentales, tal y como veremos más adelante, no solo para el promotor inmobiliario y el consumidor final, sino también, para el banco.

Pues bien, en esta primera sección, analizaremos los diferentes esquemas y el marco de las relaciones jurídicas que se originan a partir de la interacción de estos tres actores (promotor inmobiliario, banco y consumidor final) en las compraventas de inmuebles futuros que serán el resultado de la construcción de proyectos inmobiliarios.

A. Financiamiento de los proyectos inmobiliarios

Como punto de partida, consideramos conveniente iniciar con la definición de uno de nuestros principales actores, que es el promotor inmobiliario; al respecto, el artículo 9 del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobado mediante Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA[2], lo define como la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

A partir de esta definición es que podemos inferir que dependerá del promotor inmobiliario determinar si es que requiere o no del financiamiento de un tercero para el desarrollo del proyecto inmobiliario. En efecto, como ya habíamos adelantado, uno de los factores fundamentales para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, es el contar con el financiamiento necesario para su construcción; es así que, según las características del proyecto y de los recursos que tenga el promotor inmobiliario

[2] Articulo 9.-

Es la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

Para el desarrollo de su actividad, el promotor inmobiliario deberá contar con lo siguiente:

a) Tener la titularidad del terreno sobre el que se ejecutará la edificación o tener un derecho que lo faculte a ello.

b) Cumplir con las responsabilidades señaladas en el Capítulo I, para el propietario.

c) Obtener las licencias y autorizaciones necesarias para la ejecución de la edificación.

d) Responder ante los clientes o usuarios finales, por los daños que pudieran existir en la edificación, dentro de los plazos establecidos.

e) Entregar al cliente final, la documentación completa relativa a la individualización de su derecho de propiedad.

nos podemos encontrar, básicamente, ante escenarios distintos, dependiendo si es que se requiere o no de un financiamiento o también, si es que se requiere o no de la intervención de una entidad bancaria para su obtención; puesto que, como ya habíamos precisado, existen diversas fuentes de financiamiento.

En la mayoría de los proyectos inmobiliarios resulta necesaria la participación de una entidad que los provea del capital suficiente para llevar a cabo su construcción; no obstante, lo señalado, debemos precisar que también existen proyectos inmobiliarios que son autofinanciados; es decir, que es el propio promotor inmobiliario el que cuenta con los recursos suficientes para llevar adelante la ejecución del proyecto.

Para fines del presente artículo, como ya habíamos adelantado en la parte introductoria, se analizará –únicamente– la intermediación financiera de los bancos, como agentes financieros que otorgan el financiamiento, tanto para la construcción de los proyectos inmobiliarios como para las compraventas de las unidades inmobiliarias a los consumidores finales.

En tal sentido, consideramos importante brindar un marco general para el otorgamiento de financiamientos y para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios en el Perú, el cual nos permita tener una visión más amplia de la dinámica que se sigue al momento de realizar este tipo de operaciones.

1. Crisis financiera internacional y su impacto en la regulación bancaria

La crisis financiera que se desencadenó en el año 2008 fue el resultado del colapso experimentado por el sistema financiero de Estados Unidos debido a la explosión de una burbuja inmobiliaria sostenida, a su vez, por un 'boom crediticio'. Esta crisis tuvo su correlato en países como España, Irlanda y Reino Unido, originándose una gran crisis en las economías avanzadas que inevitablemente repercutió en las demás economías del mundo.

El origen de esta crisis se debió principalmente a los préstamos hipotecarios 'basura' que otorgaron los bancos, lo cual conllevó a una subvaloración del riesgo crediticio. Esto generó una cadena de incentivos incorrectos, al ser los mismos bancos los que impulsaron las hipotecas *subprime,* como una modalidad crediticia que se caracterizaba por contar con tasas de interés muy bajas, que fueron las que alimentaron la burbuja inmobiliaria.

Esta subvaloración del riesgo se vio agravada al no tenerse en cuenta el riesgo sistémico que podría producirse en un contexto como el detalladlo, utilizándose como base únicamente modelos mecánicos de valoración del riesgo que funcionan dentro de un rango de parámetros bastante limitados (Vives, 2010).

El escenario antes descrito se caracterizó por la toma de riesgos excesivos, reduciéndose –prácticamente eliminándose– la aversión al riesgo por parte de los agentes económicos. Esta aversión estuvo acompañada de comportamientos oportunistas que provocaron un efecto negativo en la reputación de los bancos.

Resulta posible advertir, entonces, que la crisis financiera mundial sería, fundamentalmente, el resultado de la liberalización financiera de las últimas dos décadas, la cual no se encontró acompañada de una nueva regulación adecuada[3].

En este contexto, es en el que el Comité de Basilea cobra gran relevancia, pues se trata de una organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria, teniendo como principal función, la de fortalecer a los sistemas financieros, mediante la instauración de principios y recomendaciones que, si bien carecen de fuerza legal, son directrices orientadoras cuyo objetivo es "propiciar la convergencia regulatoria hacia estándares más avanzados sobre medición y gestión de los principales riesgos en la industria bancaria" (Superintendencia de Banca y Seguros, s.f.).

Los Acuerdos de Basilea son los que recogen los referidos principios; los mismos que actualmente llevan la denominación de Basilea I, Basilea II y Basilea III, publicados en los años 1988, 2004 y 2010, respectivamente. Al respecto, se debe precisar que, en el caso de Basilea I y Basilea II, estas se encontraron vigentes antes de desatarse la crisis financiera; razón por la cual, se puede concluir que, en realidad, estas no fueron tomadas en consideración por los Estados Unidos.

En lo que respecta al Perú, los principios establecidos en Basilea II, se introdujeron a partir de julio de 2009, mediante el Decreto Legislativo 1028, siendo que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) es la encargada de determinar las metodologías para la medición (determinación) y gestión del riesgo de crédito que deben ser empleados por las empresas del sistema financiero.

En ese sentido, resulta innegable que, para los operadores financieros, Basilea II, que introdujo la

[3] Véase a Steinberg (2008).

medición (determinación) y gestión del riesgo de crédito, representó un fortalecimiento en la solidez del sistema financiero al coadyuvar a un mayor sinceramiento del riesgo y a promover que los bancos optimicen su capacidad de gestión de riesgos[4].

Por lo tanto, podemos advertir que, si bien la crisis financiera no ocurrió en el Perú, sin embargo, esta fue muy relevante, pues sirvió para que los bancos tomen en cuenta que requieren tener un mejor y mayor control sobre los financiamientos que otorgan, a fin de poder evitar situaciones como las que se presentaron con la denominada 'burbuja inmobiliaria'.

Los antecedentes descritos sobre la crisis financiera resultan bastante útiles para los fines del presente artículo, pues nos permite abordar un factor que es fundamental en este tipo de negocios y que es precisamente el de la medición de riesgos que realiza el banco al momento en que va a otorgar un financiamiento, ya sea al promotor inmobiliario para la construcción del proyecto o al consumidor final.

2. La gestión de riesgos de crédito del banco y el financiamiento de los proyectos inmobiliarios

Resulta importante señalar que la actividad realizada por los bancos es una de intermediación financiera, lo cual significa que el banco capta los excedentes de dinero del público a través de depósitos (agentes superavitarios) y los presta a aquellos que lo requieren a través de las colocaciones (agentes deficitarios). Evidentemente, los intereses que percibe por esta intermediación a través de las colocaciones son significativamente mayores a los que otorga por los depósitos que capta y precisamente este margen diferencial entre las dos operaciones es lo que representa su ganancia, denominado *spread*.

Por lo tanto, los bancos, como toda empresa, van a buscar competir en el mercado por tener el mayor número de operaciones posibles y de esa manera generar mayores ganancias. Sin embargo, existe un elemento fundamental y cuya omisión fue determinante para que se produjera la crisis financiera del año 2008, esta es la evaluación del riesgo crediticio; la cual es realizada por los bancos para poder determinar el perfil crediticio del agente que solicita el financiamiento, la medición de sus riesgos y respecto del cual determinarán, dependiendo del apetito de riesgo de cada banco, si es que se le otorga o no el financiamiento y, con ello, la tasa de interés y la forma de pago que se fija para la operación.

Al respecto, se debe entender que el banco, al cuantificar el riesgo de crédito; tal y como puede observarse de lo dispuesto en el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, aprobado mediante Resolución SBS 11356-2008, toma en cuenta como indicadores, su probabilidad de ocurrencia e incumplimiento y su impacto en la entidad (a estos indicadores se les asigna categorías). Sobre esta base es que se puede medir qué riesgo resulta ser más crítico.

La correcta medición de sus riesgos va a tener como correlato, una correcta gestión de los mismos; para lo cual, va a ser fundamental el empleo de un esquema de garantías que permitan la mitigación del riesgo en las operaciones. Este esquema de riesgos y de garantías es utilizado para todo sujeto de crédito. En este caso, será realizado tanto para el financiamiento de los proyectos inmobiliarios como para los consumidores finales.

3. Financiamiento del proyecto inmobiliario: relación entre el banco y el promotor inmobiliario

Como todo proyecto, un proyecto inmobiliario requiere de una evaluación financiera, económica y legal que permita determinar su viabilidad; la cual incluye, principalmente, un análisis del entorno (oferta y demanda), un presupuesto (costos del proyecto y valor de las ventas), y un plan de marketing y de ventas. Todos estos son factores que el banco toma en consideración al momento de la medición de sus riesgos, a fin de decidir si es que otorgará o no el financiamiento para la construcción de un proyecto inmobiliario.

En ese sentido, resulta fundamental y acorde a sus intereses, la evaluación que realiza el banco respecto a la viabilidad del proyecto inmobiliario. Como ya habíamos adelantado, en este tipo de negocios, el banco tiene como objetivo, no solo tener una única colocación (financiamiento del proyecto inmobiliario) sino el de obtener el máximo de colocaciones posibles respecto a cada una de las unidades inmobiliarias que se vendan, toda vez que el otorgamiento de los créditos hipotecarios a los consumidores finales va a servir, a su vez, para el pago del financiamiento otorgado para el

[4] La finalidad de la regulación prudencial es que las empresas del sistema financiero sean más sólidas y no quiebren para proteger el ahorro del público: para estos efectos es que requieren de solvencia (a través de patrimonio efectivo) y la gestión de riesgos

desarrollo del proyecto inmobiliario. Esto último, ciertamente, dependerá de los consumidores finales, de su capacidad económica o de si deciden o no financiar la compra del inmueble a través del banco que financia el proyecto, pues bien podrían realizarlo con una entidad bancaria distinta, ya sea porque le ofrece una tasa de interés menor, porque las condiciones de la aprobación le convienen más o por otro tipo de razones.

Como se podrá advertir, para el otorgamiento de este tipo de financiamientos, se va a requerir de una evaluación crediticia, tanto de la empresa inmobiliaria, como del proyecto inmobiliario en sí. Ello con el objetivo de obtener un flujo que permita maximizar las ganancias y mitigue la mayor cantidad de riesgos posibles; de acuerdo con las condiciones particulares que se presenten para cada operación.

Otros factores que influyen para que el banco determine si financiará o no el proyecto inmobiliario, es la antigüedad y la experiencia del promotor en el mercado inmobiliario y el flujo de ventas proyectado. Dependiendo del cliente y del proyecto, entonces, es que se pueden pactar una serie de garantías o se puede determinar la constitución de estructuras que doten de mayor solidez a la operación; como sería, por ejemplo, la constitución de un fideicomiso inmobiliario. Al respecto, debemos precisar que el fideicomiso inmobiliario es una estructura que está teniendo –cada vez más– una mayor acogida en el mercado, sin embargo, su uso es aún minoritario y para un perfil de proyectos inmobiliarios que por su magnitud o por su experiencia requieren de una figura que permita una mayor mitigación de riesgos.

La estructura y la garantía que el banco utiliza por excelencia es la del crédito hipotecario; es decir, el banco otorga el financiamiento para la construcción de un proyecto inmobiliario y, como principal garantía, el propietario del terreno – comúnmente es el promotor inmobiliario– constituye una hipoteca sobre el predio matriz; es decir, constituye hipoteca sobre el terreno en el que se construirá el proyecto.

Como podremos inferir, al banco le va a interesar que todos los flujos que este otorgue para el desarrollo del proyecto sean efectivamente destinados para el avance de la obra de este y no se use para otros fines (incorrecta canalización de flujos). Al respecto, para asegurar esta correcta canalización de los flujos, el banco va a pactar una serie de términos con el promotor inmobiliario que le permitan –entre otros– supervisar de forma efectiva los avances de obra y en base a estos, ir desembolsando recursos para la construcción del proyecto. En efecto, esto significa que el desembolso del financiamiento al promotor para la construcción del proyecto, no se da en una sola oportunidad, sino que este se va realizando de forma periódica, según el banco vaya supervisando los avances de obra, lo cual se realiza regularmente por un especialista, supervisor o perito (seleccionado por el banco).

A continuación, para poder graficar y tener un mayor alcance de las obligaciones que pactan el banco y el promotor inmobiliario, procederemos a presentar el tenor de algunas de las cláusulas más usuales en este tipo de contratos:

– La empresa se obliga a la apertura de una cuenta corriente en la cual depositará el íntegro de los ingresos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias y constituye al banco como administrador exclusivo de esta cuenta recaudadora.

– La empresa tendrá la libre disponibilidad de los fondos existentes en la Cuenta Recaudadora una vez que: (i) la construcción del Proyecto haya culminado; (ii) haya obtenido el Certificado de Finalización de obra del Proyecto; (iii) haya cumplido con el pago íntegro de las Obligaciones; (iv) haya cumplido con las demás obligaciones previstas en el contrato.

– Una vez que se culmine con la construcción se mantendrá un porcentaje de las retenciones hasta la Independización e inscripción registral de las unidades inmobiliarias integrantes del Proyecto Inmobiliario.

– La empresa desarrollará el proyecto según los planos, el cronograma de obra y el presupuesto, sin poderlos modificar salvo que cuente con autorización expresa del banco.

– El banco estará facultado para dictar los lineamientos generales para el diseño de la estrategia publicitaria para la venta de las unidades inmobiliarias, así como para designar a una o más personas naturales o jurídicas que actúen como promotores de dichos actos con cargo a los fondos de la cuenta recaudadora.

– La empresa deberá proporcionar al banco información relativa al progreso en la venta de unidades inmobiliarias.

– La empresa deberá proporcionar al banco la información financiera del proyecto de forma periódica.

- La empresa deberá informar al banco respecto a cualquier cambio en sus órganos de administración y/o en su composición accionaria.

- La empresa deberá obtener y mantener vigentes todas las licencias, aprobaciones, autorizaciones y permisos que sean necesarios para el desarrollo del proyecto.

- En caso de incumplimiento, la empresa deberá asumir las obligaciones comprometidas en los contratos de compraventa del proyecto de vivienda, suscritos con los beneficiarios, incluyendo la obligación de culminar la obra y entregar a estos las viviendas

- La empresa debe: (i) brindar al supervisor el acceso a toda la información relacionada con las ventas de las unidades inmobiliarias, así como del progreso de ésta; (ii) brindar al supervisor acceso permanente al inmueble y a las obras del proyecto a fin de que este lleve a cabo sus funciones así como las tasaciones mensuales a su cargo.

- Las partes acuerdan expresamente que, en caso se requiera, el banco pagará los honorarios del nuevo constructor con cargo a la cuenta recaudadora, los cuales, en principio, serán los necesarios para la conclusión del proyecto en función del presupuesto.

- La empresa autoriza de manera expresa al banco a sobregirar la cuenta de libre disposición o cualquier otra cuenta abierta a su nombre en caso de que los fondos existentes en la cuenta recaudadora no fuesen suficientes para cubrir los honorarios del nuevo constructor, estando la empresa obligada al pago del monto así sobregirado.

Tal y como podrá apreciarse de una lectura de estas cláusulas modelo, la entidad bancaria busca, a través del pacto de diversas obligaciones, garantizar la culminación del proyecto inmobiliario. Ante esta premisa, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Por qué para el banco resulta tan importante la culminación de la obra de un proyecto inmobiliario financiado por este?

Ante esta pregunta, resulta oportuno señalar que, para el banco, la importancia que le ha conferido a la culminación de un proyecto inmobiliario financiado por este, se ha traducido en la regulación de una serie de obligaciones y la estructura de diversas garantías dentro de cada operación que le han permitido una debida gestión de los riesgos a los que conllevan la construcción de este tipo de proyectos; los cuales, desde su inicio hasta su culminación, se encuentran expuestos a una serie de riesgos inherentes al negocio. Pero esta gestión de riesgos realizada por el banco no siempre se ha presentado de la misma manera, sino que ha sido el resultado de una evolución y especialización que se ha venido dando con el transcurrir del tiempo y con las diferentes situaciones que se han presentado ante proyectos inmobiliarios inconclusos.

Pero, regresando a la pregunta planteada, las razones por la cuales, para el banco resulta fundamental la culminación del proyecto inmobiliario que es financiado por este, pueden reducirse al hecho de que la entidad bancaria –así como cualquier otra empresa– lo que va a buscar es proteger sus intereses, lo cual, a su vez, significa lo siguiente: (i) proteger el financiamiento otorgado al promotor inmobiliario; (ii) proteger el financiamiento otorgado a los consumidores finales; y (iii) proteger su reputación. Al respecto, se debe precisar que la protección del financiamiento tanto del promotor inmobiliario como de los consumidores finales consiste en asegurar que los préstamos (capital más intereses) sean repagados.

La protección de estos intereses por parte del banco –como veremos más adelante– se va a ver traducido en una serie de factores que van a contribuir con la culminación de los proyectos inmobiliarios.

D. Financiamiento de las unidades inmobiliarias del proyecto inmobiliario: relación entre el banco y el consumidor final

Como ya habíamos adelantado, cuando el banco financia un proyecto inmobiliario no busca una sola colocación (financiamiento al promotor inmobiliario) sino varias colocaciones (financiamientos a los consumidores finales). Al respecto, se podría inclusive afirmar que el verdadero negocio del banco es la colocación de estos créditos particulares para financiar las compraventas de cada una de las unidades que se construyen en estos proyectos inmobiliarios; pues se trata de colocaciones a plazos bastante más prolongados (promedio de 20 a 25 años) que permiten fijar tasas más altas que la de los financiamientos otorgados al promotor inmobiliario y que, en general, son bastante más atractivos a nivel comercial, pues permiten al banco la fidelización de estos consumidores para el otorgamiento de otro tipo de productos financieros.

Al igual que para el financiamiento del proyecto inmobiliario, para lo que concierne a los financiamientos de las compraventas de las unidades

inmobiliarias (para pagar la totalidad del precio de venta), el banco va a pedir el otorgamiento de garantías hipotecarias. En ese sentido, el banco tendrá dos garantías hipotecarias provenientes de dos distintos financiamientos: (i) financiamiento al promotor inmobiliario para lo cual se constituye una hipoteca sobre el predio matriz; y (ii) financiamiento a los consumidores finales para lo cual se constituyen hipotecas sobre cada una de las unidades inmobiliarias que se construirán sobre el proyecto inmobiliario (bienes futuros)

Sobre este financiamiento hipotecario, cabe precisar que, en sus inicios –hasta antes del año 2000– se trataba de un producto bastante exclusivo al que muy pocas personas podía tener acceso; sin embargo, en la medida que este producto se fue flexibilizando, un mayor número de personas pudo tener un mayor acceso a este, a lo cual también contribuyó, de forma sustancial, la creación del Fondo Mivivienda a finales de los años 90.

Asimismo, cabe precisar, que este tipo de financiamiento hipotecario al consumidor final se puede presentar en los siguientes escenarios: (i) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en el proyecto inmobiliario financiado por el mismo banco; (ii) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en el proyecto inmobiliario financiado por otro banco; o (iii) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en proyectos inmobiliarios autofinanciados. Sobre el particular, como ya habíamos adelantado, el desarrollo del presente artículo se enmarca en el primer escenario; sin embargo, también va a resultar importante describir las principales características de los otros dos escenarios a fin de poder tener una visión más integral de la problemática abordada.

El primer supuesto –que es en el que se centra el desarrollo del presente artículo– en el que el consumidor final decide adquirir la unidad inmobiliaria mediante un financiamiento del banco que financió el proyecto, se advierte la existencia de dos relaciones jurídicas distintas; siendo una de estas, la que se dará entre el banco y la empresa inmobiliaria para el financiamiento del proyecto –que ya hemos desarrollado en el acápite anterior– y la otra es la que surge de la relación entre el banco y el consumidor final por el financiamiento para la adquisición de la unidad inmobiliaria. Al respecto, mediante Resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Segunda Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), señaló lo siguiente:

> Existen dos relaciones contractuales que involucran al Banco respecto de los bienes del señor Baca. La primera, es el financiamiento del proyecto inmobiliario, que fue garantizado por Revolle con una hipoteca otorgada hasta por la suma de US$ 936 000,00 a favor del Banco. La segunda, es la compraventa de los bienes inmuebles mediante préstamo dinerario entre el señor Baca y la entidad financiera, por la suma de S/ 150 000,00, con el otorgamiento de una garantía hipotecaria por parte del denunciante a favor del Banco.

En ese sentido, conforme a lo desarrollado, el banco otorga dos financiamientos diferentes, uno al promotor inmobiliario y otro al consumidor final. En ambos casos, estos préstamos son garantizados mediante la constitución de dos hipotecas que se otorgan en momentos distintos; una primera, sobre el predio matriz y la otra, constituida de forma posterior, sobre la unidad inmobiliaria independiente. Al respecto, se debe precisar que al momento en el que se celebra contrato de crédito hipotecario con el consumidor final, la unidad inmobiliaria tiene la calidad de bien futuro y; por lo tanto, según lo establecido en el artículo 1534 del Código Civil[5], el contrato se encuentra sujeto a la condición suspensiva de que la unidad inmobiliaria llegue a tener existencia, lo cual se cumplirá cuando se otorgue la conformidad de obra al proyecto inmobiliario.

III. ALCANCES Y LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN DEL BANCO EN EL FINANCIAMIENTO DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS

Tal y como podrá advertirse de lo desarrollado hasta el momento en el presente artículo, al celebrar este tipo contratos con los promotores inmobiliarios, los bancos lo que van a buscar es el resguardo de sus intereses; sin embargo, lo cierto es que, al hacerlo, indirectamente también se encontrarían resguardando los intereses de los consumidores finales, pues ambos intereses coincidirían.

Así pues, como ya se había indicado, podría ocurrir que, durante el proceso de construcción del proyecto inmobiliario, se susciten una serie de eventos que provoquen –entre otros– que la obra se pueda paralizar durante un periodo prolongado, que tenga defectos en la construcción, que no se cumpla con la fecha de entrega de las unidades

[5] Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia (1984).

inmobiliarias, o que, en el escenario más extremo, no se culmine con la obra. Estos eventos pueden producirse por diferentes razones, como son el de una desviación de los flujos del proyecto, por una deficiente administración de los flujos, por un sobredimensionamiento del proyecto inmobiliario, etc.

A nivel nacional, este tipo de eventos se han materializado en diferentes casos, que se han desarrollado en el marco de las relaciones de consumo en el que los usuarios o consumidores finales suelen atribuir responsabilidad, tanto a los promotores inmobiliarios como a las entidades bancarias, ante eventos o supuestos de incumplimientos en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios; situaciones que son puestas en conocimiento del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Propiedad Intelectual, en su calidad de autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Al respecto, debemos precisar que, dentro de los alcances de la presente investigación, la problemática abordada en este artículo no ha sido objeto de tratamiento a nivel judicial; razón por la cual, hemos delimitado el desarrollo de este a la casuística abordada por el ente administrativo.

A. Entrega tardía y defectos en la construcción de las unidades inmobiliarias

Para tratar este punto, resulta oportuno citar como referencia, la denuncia seguida bajo el expediente 2343-2009/CPC presentado por el señor Marco Antonio Baca Calderón (consumidor final) contra Revolle Constructores S.A.C. (promotor inmobiliario) y el Banco Continental (ahora, BBVA), por presuntas infracciones al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor (normativa vigente en ese momento).

Respecto a Revolle Constructores S.A.C., señaló que esta: (i) habría incumplido con entregar el inmueble en la fecha pactada; (ii) habría construido el inmueble de acuerdo un diseño distinto al ofrecido; y (iii) habría incumplido con realizar el pago de la penalidad acordada por el retraso en la entrega del inmueble. Asimismo, en lo que respecta al banco, señaló que este no se habría hecho responsable por el incumplimiento de la constructora, pese a ser el banco promotor del proyecto inmobiliario.

Mediante Resolución 698-2011/CPC, la Comisión declaró infundada la denuncia contra el banco, debido a que no había quedado acreditado que este haya asumido responsabilidad frente a un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas directamente por Revolle respecto a los defectos en la construcción del proyecto inmobiliario. Al respecto, el señor Baca formuló un recurso de apelación contra la citada resolución indicando entre otros aspectos, los siguientes:

> […] la Comisión no tuvo en cuenta el contrato suscrito entre el Banco y Revolle, donde se demostraba la real y activa intervención de la entidad financiera en el negocio de la constructora […]
>
> […] el Banco realizó diversos desembolsos directos a Revolle, en su calidad de Banco promotor del proyecto inmobiliario […]

En atención a ello, mediante resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Sala de Defensa de la Competencia 2 desarrollo el siguiente análisis:

> […] Obra en el expediente el Contrato de Préstamo Contipuente – Conticasa mediante el cual el Banco otorgó un préstamo al señor Baca para la adquisición de los inmuebles. En dicho contrato se estableció lo siguiente:
>
> […] EL BANCO no asumirá responsabilidad alguna por la calidad, idoneidad, entrega o cualquier otro factor relacionado al bien inmueble que EL PRESTATARIO adquiera con el monto del préstamo concedido […]
>
> […] El Banco se limitaba a prestar el financiamiento para la adquisición de los bienes, sin que se haya establecido grado alguno de responsabilidad por parte de la entidad financiera en la ejecución de la misma obra. […]
>
> […] A consideración de la Sala, ello no involucra capacidad de dirección alguna por parte del Banco en el proyecto inmobiliario, siendo que dicha facultad encontraría sustento únicamente en el hecho de que la entidad financiera necesita de una constructora que culmine el proyecto a efectos de inscribir las hipotecas establecidas en los contratos de financiamiento suscritos con cada uno de los adquirentes de las unidades inmobiliarias […]
>
> […] Dicha facultad no fue ejercida, debido a que fueron los mismos adquirentes de los inmuebles los que negociaron directamente con Revolle, asumiendo la responsabilidad de la culminación de la construcción […]

Respecto a esta primera resolución, se puede observar que el problema suscitado se debió respecto a tres supuestos que resultan ser bastante comunes durante el desarrollo de los proyectos inmobi-

liarios: (i) defectos en la construcción; (ii) retraso en la entrega del inmueble; y (iii) el incumplimiento en el pago de la penalidad. Ante la ocurrencia de estos eventos es que el consumidor final interpuso una denuncia en contra de la vendedora (Revolle Constructores S.A.C.) y del Banco Continental (entidad que financiaba el proyecto) atribuyéndoles responsabilidad a ambos sujetos.

Resulta evidente en este tipo de casos, la responsabilidad contractual (contrato de compraventa) que existe entre la promotora inmobiliaria (vendedora) y el consumidor final (comprador) respecto a la entrega del bien; sin embargo, respecto al banco y al comprador (sea que este último haya o no celebrado un crédito hipotecario con dicha entidad) cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿El banco es responsable?

Conforme al criterio esgrimido por la Sala, el banco no tendría responsabilidad de que se hayan suscitado estos eventos, pues no contaría con capacidad de dirección sobre el desarrollo del proyecto inmobiliario. Cabe precisar que, si bien la Sala no define lo que debe entenderse por capacidad de dirección, consideramos que esta debería entenderse como la capacidad de planificar, dirigir y controlar las actividades que desarrolla la promotora inmobiliaria durante la construcción del proyecto inmobiliario.

Al respecto, debemos señalar que, si bien coincidimos con la Sala en el hecho de que el banco no tiene –como tal– la capacidad de dirección respecto a la construcción de la obra; sin embargo, resulta innegable el rol activo que este tiene durante su desarrollo, lo cual incluye contar con supervisores en el proyecto, ostentar la facultad de cuestionar el avance de obras, tener acceso a la información financiera y del accionariado de la empresa (de forma periódica) y lo más importante, tener un control sobre los flujos que ingresan y los desembolsos parciales que van realizándose contra el avance de la obra.

Tal y como puede advertirse, este control y supervisión del que es partícipe el banco tiene un objetivo, sobre todo, de carácter financiero y que obedece –lógicamente– a su rol de intermediario para el financiamiento del proyecto inmobiliario; por esta razón, es muy común que los bancos establezcan cláusulas en los contratos de crédito celebrados con los consumidores finales, en los que se eximen de todo tipo de responsabilidad respecto a la construcción de los inmuebles.

En efecto, dentro de las actividades realizadas por el banco, consideramos que se encuentran fuera de su campo de acción, el poder verificar los defectos en la construcción de los inmuebles o los acabados, así como tampoco, el poder verificar los retrasos en las entregas de los inmuebles o los pagos de las penalidades. Son estos supuestos en los que la vendedora es la única responsable.

Así pues, con relación a los tres supuestos analizados en el presente apartado, los cuales son bastante recurrentes ante INDECOPI y mediante los que se busca atribuir responsabilidad administrativa por una falta en el deber de idoneidad establecido en el artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor[6], consideramos que no podría extendérsele responsabilidad al banco, no solo porque a nivel contractual, se establezcan cláusulas que así lo señalen de forma expresa, sino también, porque en la realidad, no se encuentran dentro de su campo de acción.

En efecto, si bien los bancos cuentan con la experiencia y los profesionales especializados para el desarrollo de sus actividades, no se debe perder de vista que su giro de negocio es el de la intermediación financiera; razón por la cual, si bien, como hemos señalado, ostentan una serie de facultades durante el desarrollo de un proyecto inmobiliario, estos no se encuentran orientados a garantizar el cumplimiento de este tipo de obligaciones inherentes propiamente a la construcción del proyecto, para las cuales hay un agente especializado (promotora inmobiliaria).

B. Obra no culminada y la no entrega de las unidades inmobiliarias

Para esta sección, nos plantearemos como escenario aquellos casos en los que la obra no es entregada a los consumidores finales debido a que esta no se culmina; para estos efectos, tomaremos

[6] Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor (2010).

como referencia la Resolución Final 1209-2016/CC1, mediante la cual, el INDECOPI resuelve declarar infundada la denuncia seguida contra el Banco Financiero del Perú S.A. (ahora, Banco Pichincha S.A.). Según se desprende de la citada resolución, la denuncia es formulada contra el banco bajo el siguiente argumento:

> […] la entidad bancaria habría otorgado, en forma indebida, un crédito hipotecario a los denunciantes para la adquisición de un inmueble, a sabiendas que este proyecto no se llevaría a cabo por problemas financieros de la empresa encargada de su construcción.

En atención a ello, el banco en sus descargos dedujo una excepción por falta de legitimidad para obrar alegando lo siguiente:

> […] la vinculación generadora de responsabilidad se originó de lo dispuesto en el contrato de compraventa celebrado entre los denunciantes y la Inmobiliaria.
>
> […] El Banco, como intermediario financiero, cumplió con lo establecido en el contrato de préstamo hipotecario, es decir, con la entrega del dinero a desembolsar. […]
>
> […] El Banco no intervino en la construcción y/o financiamiento del proyecto inmobiliario de la Inmobiliaria, tan es así que en ninguno de los contratos suscritos se estipuló que iban a financiar el mencionado proyecto o se comprometió a la supervisión e idoneidad de la construcción. […]
>
> […] Tampoco es responsabilidad del Banco que la Inmobiliaria no haya podido culminar con la construcción del inmueble. […]

Por su parte, el INDECOPI, al realizar el análisis del caso, decidió resolver bajo las siguientes consideraciones:

> […] se aprecia que los denunciantes declararon que el saldo del precio lo iban a financiar mediante un crédito hipotecario otorgado por el Banco y, además, declararon conocer que el proyecto inmobiliario era financiado por el Interbank […]
>
> […] existe una discrepancia entre las entidades que financiaron tanto la adquisición del departamento como la construcción del proyecto inmobiliario. Asimismo, de la revisión del mencionado contrato de compraventa no se estableció obligación alguna por parte de la entidad financiera denunciada respecto a la construcción del proyecto inmobiliario […]
>
> […] ambas partes han coincidido en señalar que la falta de la construcción del bien inmueble se debió a que la Inmobiliaria no logró obtener financiamiento para su culminación, dado que Interbank revocó su decisión, habiéndole sido imposible a la vendedora obtener nueva financiación por alguna otra entidad financiera; por tanto, el Banco tampoco tendría responsabilidad por la paralización o falta de culminación del mencionado proyecto inmobiliario […]
>
> […] ha quedado acreditado que el Banco no es responsable por el detenimiento de la construcción del departamento adquirido por los denunciantes […]

Respecto a esta segunda resolución**,** resulta importante señalar que nos encontramos ante un supuesto distinto al analizado en el presente artículo; este supuesto es aquel en el que el banco que financia el proyecto inmobiliario (Interbank) es distinto al banco que otorgó el crédito al consumidor final (en ese momento, el Banco Financiero); razón por la cual, efectivamente, al no haber participado en el financiamiento del proyecto inmobiliario, no correspondería discutir si es que se le podría atribuir algún tipo de responsabilidad al Banco Financiero, pues su rol se limitó a otorgar el crédito al consumidor final para la cancelación del precio de venta de la vivienda.

En efecto, en este supuesto, la relación jurídica que vinculaba al banco y al consumidor final era únicamente respecto al financiamiento para la adquisición de la vivienda; en ese sentido, no podría atribuírsele al Banco Financiero –en este caso– la obligación de informarse respecto a supuestos problemas financieros que podría tener un proyecto inmobiliario financiado por otro banco y que debieron haberse tratado de forma confidencial.

No obstante, lo indicado, un punto que es importante analizar es que la defensa en la que se basó el Banco Financiero y que fue gran parte del razonamiento que siguió el INDECOPI fue precisamente el hecho que este no fue el banco que financió el proyecto; lo cual podría considerarse, *contrario sensu,* que el banco que financió el proyecto, que en este caso fue el Interbank, sí resultaría responsable.

En este punto, corresponde absolver la interrogante si es que ante este tipo de supuestos en los que la vivienda no llega a ser entregada al consumidor el final, corresponde atribuírsele responsabilidad al banco que financia el proyecto inmobiliario. Al respecto, debemos señalar que, aunque resul-

te más complicado tomar una decisión ante este escenario, consideramos que tampoco bajo este supuesto, correspondería la atribución de responsabilidad al banco.

Si bien, como ya hemos señalado, el banco que financia el proyecto inmobiliario cuenta con una serie de facultades y atribuciones, establecidas a través de los contratos de financiamiento, que incluyen, fundamentalmente, el tener un control sobre los desembolsos que se van realizando dependiendo del porcentaje del avance de obra; lo cierto es que, precisamente el tener esta facultad es lo que permite al banco a ya no efectuar más desembolsos ante eventos de incumplimiento que se presenten con la promotora inmobiliaria; tal y como ocurrió, en el caso en el que el Interbank dejó de financiar el proyecto inmobiliario.

En efecto, como ya habíamos señalado, si bien el banco es una entidad con una amplia experiencia y con una serie de filtros que reducen el riesgo en este tipo de casos, ello no obsta para que existan situaciones que excedan de la capacidad de control del banco y que finalmente no solo le causan un perjuicio al consumidor final, sino también a la misma entidad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el rol del banco en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios va a depender, en gran medida, de la magnitud del proyecto, de la experiencia de la promotora inmobiliaria, del capital inicial de la obra y de un punto muy importante también que es de la experiencia del banco en el otorgamiento de este tipo de financiamientos y del personal que disponga para el control de determinado proyecto inmobiliario.

Es por esta razón que los bancos deben ser bastante diligentes con la publicidad que aprueban cuando financian un proyecto inmobiliario, así como también en la redacción de sus contratos, a fin de dejar claro al consumidor final de que, a pesar de que financien la obra, no son los responsables de su construcción.

No obstante, lo indicado, con relación a la importancia en la actividad que realizan los bancos, debe tenerse presente que estos, "en el ejercicio de la intermediación en el crédito desempeñan una función social que compromete el interés público" (Benelbaz, 2013); es decir, que la actividad bancaria, es de carácter privado, pero de interés público, precisamente porque la actividad de intermediación que realizan es con el ahorro del público (bien protegido constitucionalmente).

Ahora bien, resulta también relevante la generación de confianza creada por los bancos; la cual es fundamental para las contrataciones que se llevan a cabo, no solo con los que inicia una relación jurídica obligacional, sino también con terceros que a causa de esta confianza generada deciden contratar.

En efecto, resulta innegable que, para un potencial comprador (consumidor razonable), el hecho de tener conocimiento que una vivienda que desea adquirir forme parte de un proyecto inmobiliario financiado por un banco, podría inclinar la balanza a que tome la decisión de comprarla o no. Sin embargo, consideramos que, a pesar de ello, no resultaría correcto atribuirle responsabilidad al banco por eventos que sean de responsabilidad íntegramente del promotor inmobiliario, salvo que se demuestre que se debió a un incumplimiento imputable al banco; como sería, el suspender los desembolsos del dinero contra los avances de obra, sin justificación alguna.

No obstante, lo señalado, consideramos que tampoco resultaría razonable un escenario en el cual, un consumidor final, además de verse perjudicado por una obra paralizada y una vivienda que no ha sido entregada, se vea obligado a pagar un crédito hasta por un plazo inclusive de 25 años (plazo máximo aproximado de duración de un crédito); por esa razón, consideramos que la forma más eficiente y que en la práctica comercial, muchas entidades bancarias realizan es la de establecer una óptima estructura de garantías que permitan una correcta distribución de riesgos entre cada una de las partes.

IV. ESTRUCTURA DE GARANTÍAS EN EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO INMOBILIARIO

La estructura de garantías, como ya habíamos adelantado, resulta clave para una correcta distribución de riesgos entre cada uno de los actores. En tal sentido, se puede observar que, con la finalidad de garantizar todas las obligaciones que se generen en virtud del contrato de crédito celebrado entre el banco y la promotora inmobiliaria, se constituirán garantías que buscarán disminuir el riesgo del crédito; siendo la constitución de una hipoteca sobre el predio matriz, una garantía fundamental en este tipo de proyectos.

Respecto a la hipoteca, se debe tener presente que este "es un derecho real de garantía por el que se afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación propia o de un tercero" (Avendaño, 2019, p. 131). En ese sentido, en caso la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, el acreedor hipotecario (el banco) puede ejecutar la garantía para hacerse pago del crédito debido.

Corresponde señalar entonces, que en este tipo de proyectos se busca constituir dos hipotecas; una sobre el predio matriz y la otra sobre cada una de las unidades inmobiliarias que existirán en un futuro. Es decir que, al momento de la celebración del contrato de crédito hipotecario entre el banco y el consumidor final, este tiene la condición de bien futuro, requiriéndose para la inscripción de la hipoteca que este inmueble llegue a tener existencia, siendo que dicho momento se verificará con la conformidad de obra y la independización de las unidades inmobiliarias que forman parte del proyecto inmobiliario.

No existe duda alguna de que la garantía hipotecaria es una pieza clave en este tipo de operaciones; sin embargo, existe otra garantía que resulta también fundamental y que es utilizada continuamente en la práctica comercial; esto es el depósito en garantía, que resulta ser la constitución de una garantía mobiliaria sobre los depósitos dinerarios provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias que forman parte del proyecto.

Conforme a lo señala en el Decreto Legislativo 1400, Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, esta puede ser definida como la afectación que recae sobre cualquier bien mueble mediante acto jurídico constitutivo, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones.

Por lo tanto, el depósito en garantía tendrá como principal objetivo que el acreedor (la entidad financiera) mantenga un control pleno del íntegro de los ingresos provenientes de las preventas y las ventas de las unidades inmobiliarias; para lograr ello, previamente, las partes deberán acordar que el deudor (la promotora inmobiliaria) solicite la apertura de una cuenta recaudadora en la entidad financiera, nombrándola administradora exclusiva de esta. Cabe precisar que, a nuestra consideración, esta sería una de las características más relevantes y que dota de mayor eficacia a este tipo de garantía, pues permite al acreedor canalizar, de forma efectiva, los ingresos de su deudor, al ser estos depositados de forma directa en esta cuenta y tener la facultad de administrarlos conforme a la verificación del cumplimiento de las obligaciones que garantiza.

Para estos efectos, resulta importante poder distinguir los siguientes tres supuestos que son los más habituales en la estructura de garantías para la adquisición de unidades inmobiliarias en un proyecto:

– Un mismo banco es el que financia el proyecto inmobiliario y la adquisición de las unidades inmobiliarias que forman parte de este: en este supuesto, se constituye una hipoteca sobre el predio matriz y un depósito en garantía, mediante este último se retiene un porcentaje de los montos que ingresan por las ventas de las unidades inmobiliarias.

– Es un banco distinto el que financia el proyecto inmobiliario y la adquisición de las unidades inmobiliarias que forman parte de este: en este supuesto, dado que el banco que se encontraría financiando la unidad inmobiliaria no cuenta con una garantía real sobre el predio matriz, se solicita al otro banco –que es el que financia el proyecto– que emita una carta fianza de fiel cumplimiento hasta la independización de la unidad inmobiliaria e inscripción de la hipoteca.

– El proyecto inmobiliario es autofinanciado, pero la adquisición de las unidades inmobiliarias, se financian mediante un banco: en este supuesto, el porcentaje de retención sobre los flujos (depósito en garantía) sería respecto a la totalidad del monto desembolsado producto del financiamiento de las unidades inmobiliarias.

Tal y como podrá advertirse, esta estructura de garantías son las que se utilizan hasta que se puedan inscribir las hipotecas sobre cada unidad inmobiliaria, lo cual ocurrirá, una vez finalizada la obra. Al respecto, debe precisarse que, en lo que corresponde a la línea para la emisión de cartas fianzas, estas garantizan ante la otra entidad bancaria, que se realizará la independización y el levantamiento de las hipotecas vinculadas a las ventas de las unidades inmobiliarias del proyecto.

En el caso de la constitución del depósito en garantía, existen una serie de obligaciones que esta asegura y que se encuentra fundamentalmente orientadas a la finalización del proyecto inmobiliarito. En ese sentido, una vez que se verifique el cumplimiento de estas obligaciones, el promotor inmobiliario tendría la libre disponibilidad de los fondos existentes en la cuenta respecto de la cual se constituyó el depósito en garantía.

De acuerdo con lo indicado, a nivel práctico puede observarse que el flujo regular de este tipo de garantía se realiza de la siguiente forma:

– Retenciones: se retiene un porcentaje del precio de las ventas de las unidades inmobiliarias (el porcentaje dependerá de los términos en los que haya sido aprobada la operación)

– Liberaciones: se procederá con la liberación de porcentajes de las retenciones realizadas, conforme se vaya verificando el cumplimiento de una serie de etapas, como son la presentación del certificado de finalización de obra, la independización inscrita en SUNARP, la inscripción de las hipotecas individuales y devolución de cartas fianzas.

A. Experiencia Española

En España, mediante la Sentencia 733/2015 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015, se aborda el tema de la responsabilidad de la entidad bancaria que financia la construcción y que tiene abierta una cuenta por el promotor en el que los interesados ingresan las cantidades anticipadas por el futuro precio de la vivienda. En tal sentido, el fundamento quinto de la citada sentencia establece lo siguiente:

> La aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial **deber de vigilancia sobre el promotor** al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad, pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una **colaboración activa de las entidades de crédito** [el énfasis es nuestro].

Al respecto, debe precisarse que la referida Ley 57/1968, Ley sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en base a la cual se resolvió el anterior pronunciamiento fue derogada con fecha 01 de enero del 2016, mediante esta se estableció:

> con carácter general normas preventivas que garantizaban tanto la aplicación real y efectiva de las cantidades anticipadas por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto (Villatoro, 2015).

Concretamente, esta ley garantizaba dos cosas: (i) la devolución de las cantidades entregadas, más un seis por ciento de interés anual, para el supuesto de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin por cualquier causa en el plazo acordado; y (ii) que las cantidades anticipadas sean depositadas en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para la construcción de las viviendas; para la apertura de las cuentas, la entidad financiera, bajo su responsabilidad, debía exigir la contratación del seguro o aval solidario.

Los diversos comentarios respecto a esta ley son realmente positivos, pues según se indica, tuvo una respuesta verdaderamente efectiva y útil, sobre todo, ante la crisis financiera del 2008 que tuvo un gran impacto en España, fue en este contexto y ante la desaparición de numerosos promotores lo que motivó que se fuera generando jurisprudencia en el sentido que se condenaba a las entidades financieras a devolver el dinero adelantado por viviendas que no se llegaron a construir.

Han surgido muchas críticas alrededor de la derogación de esta ley, pues ha suplido su regulación una serie de dispositivos que tienen un carácter más flexible respecto a las exigencias que imponía la ley derogada. Sin embargo y a pesar de que actualmente no se encuentre en vigencia la referida ley, la regulación española igualmente busca conservar este esquema mediante el cual se garanticen las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas futuras.

B. El depósito en garantía como una alternativa de solución

Las cuentas especiales a las que hacía referencia la derogada ley española pueden muy bien equipararse a los depósitos garantía o cuentas garantías que abren las promotoras inmobiliarias en nuestro país y en el que deberían ingresar todos los fondos provenientes de las ventas.

Como ya hemos señalado, el principal objetivo de estos depósitos en garantía es que la entidad bancaria posea un control íntegro de los ingresos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias; permitiendo al acreedor canalizar, de forma efectiva, los ingresos de su deudor.

A diferencia de la experiencia española, aquí no existe una ley que, de forma imperativa, ordene a las entidades bancarias la apertura de una cuenta que garantice que los fondos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias sean utilizados, efectivamente, para la culminación de la construcción de la obra ni que le ordene al banco la devolución de estos fondos a los compradores de las futuras unidades inmobiliarias.

No obstante, lo indicado, como hemos señalado, en la práctica comercial, estos depósitos en garantía son utilizados precisamente para asegurar una correcta canalización de flujos, siendo una herramienta bastante importante y cuyo uso en este tipo de financiamientos consideramos que debería ser de carácter obligatorio.

En ese sentido, consideramos que lo que actualmente se realiza como una práctica comercial, debería ser de obligatorio cumplimiento –bajo una adecuada regulación– para las entidades bancarias que se encargan de financiar los proyectos inmobiliarios; de forma tal que no desincentive el financiamiento otorgado por parte de las entidades bancarias pero que a la vez proteja al consumidor final ante un supuesto en el cual la obra no se finalice, debiendo servir este depósito en garantía para la cancelación de la deuda y también para la devolución de los aportes que haya realizado el consumidor final.

Por lo tanto, creemos que esta alternativa de solución a la problemática abordada podría ser canalizada como una disposición de protección al consumidor, a fin de que se puedan establecer obligaciones regulatorias que permitan corregir fallas en el mercado, como ocurriría en el presente caso.

V. CONCLUSIÓN

Resulta innegable el rol activo que tiene el banco en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios; sin embargo, consideramos que ello no debería significar que se le atribuya responsabilidad por distintos eventos que puedan afectar la culminación de la obra.

Sin perjuicio de lo indicado, existen alternativas que permiten proteger al consumidor final, como es el de la constitución de un depósito en garantía; a través del cual, ante un supuesto en el que la obra no se finalice, con estos fondos se pueda realizar la cancelación total de la deuda que este tenga frente al banco y también le permita la devolución de los aportes que haya realizado para la adquisición de la unidad inmobiliaria.

BIBLIOGRAFÍA

Avendaño, J. & Avendaño, F. (2019). *Derechos reales*. Fondo Editorial de la PUCP.

Benelbaz, H. (2013). La responsabilidad de las entidades financieras. *Revista de la Universidad de Mendoza*, (14), 17-71.

Espinoza, J. (2005). La tutela jurídica del consumidor frente a la responsabilidad civil y administrativa de los bancos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (50), 313-322.

Mato M. & Ángel, M. (2009). El Fideicomiso. En M. Mato & M. Ángel (coords.), *Los fideicomisos en los tiempos modernos* (s.p.). Cengage Learning.

Porthé, L. (2005). Responsabilidad de las entidades bancarias ante el consumidor. *Lecciones y Ensayos*, (84).

Steinberg, F. (16 de octubre de 2008). *La crisis financiera mundial: causas y respuesta política*. Portal del Real Instituto el Cano. https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-crisis-financiera-mundial-causas-y-respuesta-politica/

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.). *Basilea II y Basilea III*. Página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. https://www.sbs.gob.pe/regulacion/basilea-ii-y-basilea-iii

Villatoro, T. (17 de mayo de2015). Responsabilidad de las entidades bancarias ante el consumidor. *Ius Aequitas*. https://iusaequitas.net/efectos-de-la-derogacion-de-la-ley-5768-se-reduce-la-proteccion-de-las-entregas-a-cuenta-de-adquirentes-y-cooperativas-de-viviendas/

Vives, X. (2010). *La industria financiera y la crisis: el papel de la innovación*. (Occasional paper 178). https://media.iese.edu/research/pdfs/OP-0178.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Central, 13 de abril de 2011, 698-2011/CPC, Expediente 2343-2009/CPC (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Central, 15 de junio de 2016, 1209-2016/CC1, Expediente 11062015/CC1 (Perú).

Decreto Legislativo 1028, Decreto Legislativo que modifica la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1400, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, Diario Oficial *El Peruano*, 07 de setiembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, Aprueban Reglamento Nacional de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, de 05 de mayo de 2006 (Perú).

Ley 26887, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2007 (Perú).

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de setiembre de 2010 (Perú).

Ley 57/1968, Ley sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (B.O.E. 1968, 181) (Esp.).

Resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Segunda Sala de Defensa de la Competencia

Resolución SBS 11356-2008, Reglamento para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones, 19 de noviembre de 2008 (Perú).

S.T.S., 21 de diciembre de 2015 (No. 733/2015) (Esp.).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución N° 375-2012/SC2-INDECOPI, Expediente 375-2012/CPC-INDECOPI-LAL (Perú).

MESA REDONDA

10.18800/themis.202301.018

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

ROUND TABLE: THE TRANSFER OF REAL ESTATE IN PERU, ARTICLES 1135 AND 2014 OF THE CIVIL CODE REGARDING THE ACQUISITION THROUGH NON-DOMINO PARTIES

Héctor Enrique Lama More*
Corte Suprema de Justicia de la República del Perú
Rómulo Moisés Arata Solís**
De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados, Abogados
Raúl Ravina***
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría
Gilberto Mendoza del Maestro****
Pontificia Universidad Católica del Perú
Luis Felipe del Risco Sotil*****
Jorge Avendaño Abogados
Guillermo José Arribas Irazola******
Ex editor General de THĒMIS-Revista de Derecho
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

What is the legal status of acquisitions by 'non-owners'? Do they have constitutional protection? Does good faith relate to this? If so, would possessory verification be established?

The purpose of this roundtable is to answer these and more questions so that the reader can contribute to the debate in the area of real estate.

Keywords: Owner; acquisitions; protection; possession; good faith.

¿Cuál es la situación jurídica de las adquisiciones de los 'no propietarios'? ¿Tienen protección constitucional? ¿La buena fe guarda relación con ello? De ser así entonces ¿se estaría consagrando la verificación posesoria?

La presente mesa redonda tiene como finalidad responder a estas y más interrogantes con el fin de que el lector pueda contribuir al debate en el área de reales.

Palabras clave: Propietario; adquisiciones; protección; posesión; buena fe.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (Lima, Perú). Contacto: h.enrrique.lama.pj@gmail.com

** Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Profesor de Derecho Registral y Notarial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica (PUCP). Socio de De La Flor, García Montufar, Arata & Asociados (Lima, Perú). Contacto: rarata@pucp.pe

*** Abogado. Magíster en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la PUCP. Socio de CMS Grau (Lima, Perú). Contacto: raul.ravina@ppulegal.com

**** 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). Miembro del Observatorio de Derecho Deportivo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ). Contacto: gmendoza@pucp.edu.pe

***** Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio de Jorge Avendaño Abogados. Correo electrónico: luisfelipe.delrisco@eja.com.pe

****** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor del curso de Reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú). Contacto: gar@prcp.com.pe

1. ¿Está de acuerdo en que el ordenamiento jurídico admita adquisiciones de un 'no propietario' (*non domino*)? Ejemplo: caso de los artículos 1135 y 2014 del Código Civil

HÉCTOR LAMA MORE: Una regla de sentido común señala que nadie puede dar a otro lo que no tiene; en materia jurídica tal regla se relativiza; pues si bien, en principio, se puede afirmar que si alguien sin ser dueño pretende transferir a otro la propiedad de un bien, en estricto no transfiere propiedad alguna; no obstante, en determinadas situaciones y bajo ciertas condiciones claramente previstas, dicha transferencia puede producir el efecto de una transferencia válida. Ello es posible gracias a que, en virtud del principio de seguridad jurídica, que pone a buen recaudo la eficiente circulación de bienes (muebles e inmuebles) y su apropiado aprovechamiento económico, se permite la eliminación de cualquier incertidumbre referida a la eficacia del acto de transferencia.

Ahora bien, el valor seguridad no es un asunto baladí; pues, a decir del maestro Recaséns Siches, certeza y seguridad resultan ser el sentido formal de la función del Derecho; señala, con exacta precisión, que si bien la justicia debe expresar el criterio axiológico que debe inspirar el Derecho, y que éste no quedara justificado sino en la medida en que se cumplan las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha 'nacido' en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Por ello coincido que tales adquisiciones –*non domino*– deben admitirse de modo excepcional, en tanto nuestro ordenamiento jurídico no asuma que la adquisición de la propiedad de un bien inmueble se constituya con la inscripción en el registro.

MOISÉS ARATA: Tales supuestos son un dato imprescindible en nuestra normativa vigente. Nadie me preguntaría si estoy de acuerdo en que se regule la compraventa, la donación o la dación en pago, porque tanto estos contratos como otras operaciones de intercambio de bienes son tan necesarios para el funcionamiento del sistema económico, del mismo modo en que lo son las hipótesis en las que un *non dominus*, por efecto de una previsión legal expresa y bajo la concurrencia de diversas exigencias, queda 'legitimado' en el tráfico jurídico para producir la transferencia que, ordinariamente, debería haber sido hecha por el *dominus* a través de alguna de las operaciones mencionadas. En un mundo que se sigue sustentando en la libre circulación de los bienes, como presupuesto de una economía de mercado, las primeras no fluirían con la intensidad que queremos si no existieran las segundas.

Lo que debemos entender, en todo caso, es que existe una relación de regla y excepción entre las operaciones que regularmente sirven para justificar el traslado del dominio o la constitución de algún derecho a favor de tercero y los supuestos en los que a dichas operaciones les ha faltado únicamente el **poder de disposición** que la ley supone ínsito en quien actúa como disponente en las mismas para causar el efecto práctico perseguido, pero se decide que dicha falencia no las convierta en inocuas en la medida que están presentes ciertos presupuestos tasados por la ley en cada caso (apariencia de derecho, importancia del bien en juego, buena fe del adquirente, el carácter oneroso de la adquisición, la solidez o debilidad de la prueba de la propiedad del bien, etc.) que se consideran valiosos como para justificar lo que no tenía *per se* justificación. El interés social en que ello ocurra así prima sobre el interés individual y es por ello que cada sociedad, en cada tiempo, define con qué amplitud recoge la actuación de estos supuestos.

Sólo una precisión adicional, cuando hablo de excepción a la regla según la cual el *dominus* es quien puede producir la trasferencia o gravamen, no estoy diciendo que en las hipótesis de excepción sea el *non dominus* el que puede transferir o gravar, porque no es él quien pasa a tener el **poder de disposición** que sólo pertenece al dueño, sino que es la ley la que conjugando diversos presupuestos (incluida la actividad del *non dominus*) genera un supuesto complejo en el que el efecto ocurre, aun sin la participación del *dominus.*

Finalmente, me parece pertinente advertir que en el supuesto de la 'doble venta' o, con mayor amplitud, el del 'concurso de acreedores' previsto en el artículo 1135[1] del Código Civil, reafirmado por el artículo 2022[2] en el supuesto del título primeramente inscrito, estamos ante un conflic-

[1] 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).

[2] Artículo 2022.-
Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.
Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común (1984).

to entre terceros interesados en tener derechos sobre el mismo bien que derivan sus títulos de un mismo causante, pero incompatibles entre sí, en los que la solución consiste en jerarquizar la prueba del título para preferir a alguno de ellos: sea el primeramente inscrito o, en su defecto, el de fecha cierta más antigua, debiendo en ambos casos tenerse buena fe y, sólo finalmente, el título que se pueda probar como el más antiguo; caso en el que, cualquiera sea la preferencia aplicable, el título vencedor será el único eficaz y los otros, o bien serán definitivamente ineficaces, como en la doble venta, o temporal y parcialmente ineficaces (como cuando un título de usufructo vence a un título de compraventa), pero no podemos hablar de adquisición a *non domino* porque el vencedor, aunque su título sea de fecha posterior, está siendo considerado –en este supuesto conflictual excepcional– desde el momento mismo en que se le otorgó el título vencedor y con efectos declarativos, como el receptor del único título inmediatamente eficaz otorgado por el propio *dominus* que actuó como su transferente o constituyente.

RAÚL RAVINA: La adquisición de un 'no propietario', conocida como adquisición a *non domino*, se encuentra regulada tanto para los casos indicados como para los artículos 948[3] y 1136[4] del Código Civil y debe analizarse en el contexto integral la regulación de los derechos reales en el Código Civil.

Dado que nuestro Código Civil no considera a la inscripción registral de la transferencia derechos como constitutiva, naturalmente se van a generar situaciones de conflicto de derechos donde va a ser necesario determinar que adquirente debe ser preferido. En ese sentido, considero ineludible que se regulen los mecanismos de adquisición especial o a *non domino* que permitan determinar quién debe ser preferido en base a la posesión y el registro, en tanto mecanismos de oponibilidad, y la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: En sí los supuestos de adquisición a non domino está regulado en todas las diferentes regulaciones en el derecho comparado. Hay un reconocimiento que existen situaciones, independientemente que nos encontremos en sistemas constitutivos o declarativos de transmisión de derechos patrimoniales, que deben de tolerarse en función del tráfico jurídico.

En este sentido, en nuestro ordenamiento existen diferentes artículos que admiten dichos supuestos como el de los artículos 948, 194[5], 2014[6]. Aquellos los considero adecuados. Sin embargo, en el caso del artículo 1135 considero que no debería regularse tomando en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) del 05 de marzo del año 2020 (Sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC).

LUIS FELIPE DEL RISCO: Es indispensable que las admita. Me explico.

Para una persona ajena a la materia, parecería extraño el postulado de querer validar y otorgar eficacia a adquisiciones derivas de un 'no dueño', circunstancia que ocurre en los artículos 1135 y 2014 del Código Civil. ¿Por qué el ordenamiento quisiera hacer esto? ¿Acaso todas las adquisiciones no deberían provenir de un legítimo propietario?

Idealmente sí, por supuesto. Las adquisiciones deben tener su origen en el propietario. Quien contrató con otra persona diferente a él, no podría conseguir ser dueño. Esta premisa, a primera vista, no admitiría mayor discusión legal. Sin embargo, esta mirada no observa con cuidado la realidad en la circulación de bienes: en el tráfico de titularidades muchas veces no resulta posible identificar al verdadero dueño.

---

3 Artículo 948.-

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).

4 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 (1984).

5 Artículo 194.-

La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (1984).

6 Artículo 2014.-

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 (1984).

En efecto, pueden existir vicios en la cadena de dominio del enajenante que no pueden ser advertidos por los operadores y, frente a ello, los sistemas de publicidad en derechos reales reconocen su imperfección y limitaciones. Véase al respecto los artículos 912[7] y 2013[8] del Código Civil, los cuales confirman que no hay una publicidad absoluta ni convalidante en materia de publicidad de titularidades, por lo que siempre cabe un margen de error en la identificación del dueño.

De este modo, puedo haber desplegado mis mejores esfuerzos y confiado en la publicidad señalada por ley (posesoria o registral) para adquirir un bien determinado, pero aun así no di en el blanco de ubicar al dueño. Finalmente con quien contraté resultó ser un no propietario, por una falencia de su derecho o el de su antecesor. ¿El adquirente debe resultar afectado a pesar de haber hecho todo lo que le pedía el ordenamiento jurídico para contratar correctamente? Esta es la problemática que busca solucionar la regulación sobre las adquisiciones a non domino (protección del tercero de buena fe) y considero que su tutela es indispensable si se quiere fomentar la circulación pacífica de bienes en una sociedad moderna.

GUILLERMO ARRIBAS: Sí, estoy de acuerdo. No obstante, se debe considerar que la adquisición de propiedad por un 'no propietario' es excepcional.

La adquisición de propiedad puede ocurrir a título derivativo u originario. El primero implica que alguien transfiere el derecho de propiedad, mientras que en el otro tus solos actos conforme a lo previsto en la ley generan la adquisición. En un sistema legal como el peruano, en dónde prácticamente no existen bienes de nadie (*res nullios*), la regla general de transferencia es a título derivativo (947[9] y 949[10] del Código Civil).

No obstante, existen supuestos de adquisición por un 'no propietario'. Por ejemplo, los artículos citados en la pregunta (1135 –concurso de acreedores– y 2014 –tercero adquirente de buena fe registral–) pueden generar bajo ciertos supuestos la adquisición por un 'no propietario'. Lo mismo puede ocurrir con los artículos 948 y 1542[11] del Código Civil (título derivativo), o los artículos 938[12], 950[13] y 952[14] (título originario).

Cada uno de estos artículos de excepción tiene una justificación. El 2014, por ejemplo, busca proteger la seguridad jurídica en la transferencia del derecho de propiedad. Prioriza que se realicen transferencias en el mercado sobre la protección estática del derecho de propiedad de una persona. El 1135 busca una solución a un problema del derecho de obligaciones: ¿Qué pasa cuando un solo deudor se obliga a transferir el mismo bien a más de un acreedor? No será posible que cumpla con todos, por lo que la ley establece un orden de prelación en base a buena fe, y estatus de la adquisición (documento privado, escritura pública, e inscripción en registros públicos).

La adquisición de un 'no propietario' es un efecto colateral de los artículos antes indicados. La ley permite que esto ocurra porque prioriza otro aspecto clave que compone el sistema de derecho

---

7 Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito (1984).

8 Artículo 2013.-

El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.

El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.

La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes (1984).

9 Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (1984).

10 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).

11 Artículo 1542.-

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).

12 Artículo 938.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él (1984).

13 Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe (1984).

14 Artículo 952.-

Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (1984).

de propiedad. No obstante, cuando ello ocurre, la aplicación e interpretación se debe realizar caso a caso y de forma restrictiva, en tanto estamos ante una norma de excepción: un 'no propietario' elimina el derecho de propiedad de un propietario.

2. ¿Considera que las adquisiciones a un 'no propietario' tienen protección constitucional?

HÉCTOR LAMA MORE: Solo por excepción, determinadas normas que regulan la adquisición proveniente de un 'no propietario', tienen protección constitucional; entonces la pregunta, en estricto, se orienta a establecer: si las normas contenidas en los artículos 1135 y 2014 del Código Civil, constituyen o no una regulación inconstitucional, al permitir la eficacia jurídica de una transferencia a *non domino*; creo que tal regulación no lo es, ni en lo formal ni en lo sustantivo; veamos, en lo formal: tales normas no podrían ser objeto de acción de inconstitucionalidad, pues se ha vencido el plazo para interponer tal acción que es de seis años contados a partir del día siguiente de la publicación del Código Civil –noviembre del año 1984–; sin perjuicio del control difuso que sobre dichas normas pueda ejercer el juez ordinario o constitucional, de preferir, en el caso concreto, la Constitución frente a la ley.

En cuanto al fondo: a) el TC, en la sentencia recaída en el expediente 00018-2015-PI/TC del 05 de marzo del año 2020, declaró que el nuevo texto del artículo 2014 del Código Civil, modificado por Ley 30313[15] es conforme a la Constitución, estableciendo reglas para la configuración de la buena fe; entonces tales normas, que regulan la transferencia por un 'no propietario', prevista en nuestro ordenamiento jurídico civil, tienen protección constitucional; y b) el TC en reiterada jurisprudencia estableció que los derechos fundamentales, entre ellos el de propiedad, no son derechos absolutos; en relación al derecho de propiedad, la Constitución establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley; con las normas citadas del Código Civil y otras, como el Decreto Legislativo 1373[16] y su reglamento[17], otorgan protección a la buena fe en la adquisición de bienes basado en la publicidad registral, frente a la incertidumbre originada en la ausencia de publicidad en la titularidad de los derechos del verdadero dueño, a efecto de dar fluidez a la libre circulación de bienes en beneficio económico de la sociedad; procurando con ello, parafraseando al TC, alcanzar la concordancia practica entre el derecho de propiedad y la seguridad jurídica.

MOISÉS ARATA: En principio la pregunta me parece ociosa, en primer lugar, porque no existe derecho alguno, ni el más fundamental, que pueda ser considerado absoluto y respecto del cual no puedan darse supuestos de excepción en los que dicho derecho deba ser limitado o, incluso, sometido a alguna de esas decisiones trágicas que el sistema debe tomar para preservar precisamente su propia subsistencia y funcionalidad; y, en segundo lugar, porque la expansión del ordenamiento jurídico, después de la Constitución, es el resultado de sucesivos procesos de aplicación y creación, a través de los cuales el legislador ordinario va escogiendo unos u otros caminos dentro de los varios posibles para dicho desarrollo y, por consiguiente, es iluso pensar que cada disposición normativa que conforma el ordenamiento pueda tener un 'encaje' directo, predestinado y explícito en el texto constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional en diversos casos y, en particular, en la sentencia recaída en el expediente 0018-2015 PI/TC referido a la discusión sobre la validez de algunos artículos de la Ley 30313, ha señalado la existencia en nuestra Constitución de un principio implícito de seguridad jurídica que justifica la fuerza protectora del registro en general y, en particular, la figura del tercero registral de buena fe, incluso, en los casos de fraude inmobiliario (un supuesto de adquisición a *non domino*).

Pienso que, si más allá del análisis funcional y pragmático del que da cuenta nuestra respuesta a la primera pregunta, se quiere encontrar el sustento analítico de la constitucionalidad de las múltiples figuras de 'adquisición a *non domino*' que encontramos desarrolladas en el bloque de legalidad (sólo por citar algunos ejemplos, ver

[15] Ley 30313, Ley de Oposición al Procedimiento de Inscripción Registral en Trámite y Cancelación del Asiento Registral por Suplantación de Identidad o Falsificación de Documentación y Modificatoria de los Artículo 2013 y 2014 del Código Civil y de los Artículos 4 y 55 y la Quinta y Sexta Disposición Complementarias Transitorias y Finales del Decreto Legislativo 1049 (2015).

[16] Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre la Extinción de Dominio (2018).

[17] Decreto Supremo 007-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio (2019).

los artículos 194, 197[18], 903[19], 937[20], 941[21], 942[22], 944[23], 948, 1542, 2014 y 2038[24] del Código Civil), no podemos limitarnos a hablar de un principio implícito de seguridad jurídica, porque eso no nos dice nada de hacia dónde debe apuntar ese principio en nuestro derecho, de cuál es el equilibrio que se debe alcanzar en el mundo de los derechos patrimoniales para que los mismos puedan fluir en el tráfico jurídico.

En efecto, nadie dudaría que, en nombre de la seguridad jurídica, ningún propietario o titular de cualquier otro derecho patrimonial deba perderlo si no ha dado su consentimiento para que ello ocurra, pero todos sabemos que esa intensidad de protección estática sería demasiado rígida y resultaría contraria los fines del propio régimen económico consagrado por nuestra Constitución, porque si todos tuviéramos temor de no llegar a alcanzar la información certera sobre el origen y la legitimidad de los derechos que invocan quienes nos los ofrecen, no tendríamos circulación de bienes, no habría mercado del que hablar, lo que es lo mismo que decir que no habría forma de satisfacer los bienes y servicios que requerimos para desenvolvernos en un hábitat en el que nadie puede ser autosuficiente y todos somos interdependientes.

Nuestra Constitución no menciona siquiera a los Registros Públicos, menos a sus posibles efectos protectores y, mucho menos, a los supuestos de adquisición a *non domino* no necesariamente vinculados al funcionamiento del sistema registral; sin embargo, si se alude –bajo la impropia frase política de 'inviolabilidad de la propiedad'– a la tutela de la propiedad (artículo 70[25]) la que es contemplada dentro del contexto de un régimen económico de economía social de mercado en el que la iniciativa privada es libre (artículo 58[26]), en el que se garanti-

---

18 Artículo 197.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe (1984).

19 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).

20 Artículo 937.-

El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus valores respectivos (1984).

21 Artículo 941.-

Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno (1984).

22 Artículo 942.-

Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno (1984).

23 Artículo 944.-

Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943 (1984).

24 Artículo 2038.-

El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos (1984).

25 Artículo 70.-

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio (1993).

26 Artículo 58.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (1993).

za la libertad de empresa (artículo 59[27]), se facilita y vigila la libre competencia (artículo 61[28]) y se garantiza la libertad de contratar (artículo 62[29]), de todo lo cual bien puede deducirse un implícito principio de seguridad jurídica en favor del tráfico de los derechos patrimoniales en el que, teniendo como regla la seguridad estática de los derechos (regla) no se dejen de contemplar las necesarias y acotadas excepciones que permitan proteger a quienes, actuando bajo los cánones de la ley y bajo específicas circunstancias merecedoras, no deben ver frustrada su adquisición por 'verdaderas' titularidades o legitimaciones que no pudieron advertir, aun siguiendo las pautas del buen actuar en el mercado.

RAÚL RAVINA: Ha surgido cierto debate sobre si algunas de las figuras regulas en el Código Civil, como la adquisición a *non domino* y la prescripción adquisitiva de dominio, transgreden el carácter inviolable del derecho de propiedad que la constitución de 1993 establece.

En mi opinión, la regulación y protección constitucional del derecho de propiedad en la constitución está centrada en la protección del propietario frente a potenciales afectaciones realizadas por el Estado y no para la relación entre particulares.

De hecho la Constitución de 1993, además de declarar la inviolabilidad del derecho de propiedad, regula una serie de 'excepciones' como la expropiación, el abandono, las afectación del derecho de propiedad de los extranjeros en zonas de frontera, todos casos en relacionado a la interacción entre los propietarios y el Estado. En mi opinión, esto no implica que existan situaciones especiales en donde la ley debe determinar que titularidad debe ser preferida, en especial cuando a pesar de que la adquisición se realiza de un no propietario, está se ve avalada por la buena fe y por algún mecanismo de oponibilidad.

GILBERTO MENDOZA: Sí. Y esto se da a partir de los requisitos para aplicar la apariencia jurídica en nuestro ordenamiento. La no exposición dolosa o negligente del propietario no puede ser tutelada por nuestro ordenamiento. Por ejemplo, en el caso del artículo 194, no se puede tutelar que la parte que simula alegue la protección del artículo 70 de la Constitución frente a los terceros de buena fe, cuando aquella fue la que dolosamente realizó el negocio simulado generando la situación de apariencia.

LUIS FELIPE DEL RISCO: En el Perú, cada vez que se presenta un caso de fraude inmobiliario se abre la discusión sobre la constitucionalidad del artículo 2014 del Código Civil y de las adquisiciones a *non dominio* en general.

Dentro de la reacción inmediata del momento y muchas veces de manera irresponsable y desproporcionada, se pierde de vista la importante razón de la incorporación de esta figura en el sistema jurídico peruano, que no es otra que proteger comportamientos leales y de buena fe en el tráfico patrimonial (fundamentales para el desarrollo de cualquier país), los cuales se realizan en base a la confianza en la información contenida en la publicidad de los registros públicos (a cargo del Estado). No es una herramienta para quitarle la propiedad a los verdaderos dueños. Esta sería una mirada muy corta de la problemática involucrada.

La figura del tercero naturalmente es perfectible y los sistemas de detección de fraude también lo son; pero juzgar una tutela tan esencial del sistema al punto de tacharla de inconstitucional, es insostenible. Felizmente este asunto ya fue zanjado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 5 de marzo de 2020, sobre el 'caso del tercero de buena fe'.

[27] Artículo 59.-

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (1993).

[28] Artículo 61.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares (1993).

[29] 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).

Más allá de discrepar en lo que respecta a las características que debe tener el tercero para ser tutelado, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional deja claro que dicha protección tiene pleno sustento constitucional, pues el Estado debe estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de comercio (artículo 59 de la Constitución), reconociendo, a su vez, que el derecho de propiedad (artículo 70 de la Constitución) tiene limitaciones en su relación con otras instituciones de interés público.

GUILLERMO ARRIBAS: Sí. Tal como comento en el artículo que desarrollo en esta entrega de la revista Themis, la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI-TC, otorga protección constitucional a cualquier derecho de contenido patrimonial que el sistema legal reconozca en una persona. Más aún en este caso, una vez que se active cualquiera de estas normas de excepción, el derecho adquirido será como la propiedad legal de cualquier tercero y, por lo tanto, debe tener una protección constitucional.

3. ¿Cuáles deberían ser los requisitos mínimos para amparar las adquisiciones de un 'no propietario'?

HÉCTOR LAMA MORE: Dada la excepcionalidad de estas adquisiciones, respecto de su validez, los requisitos mínimos son aquellos que están previstos en la ley; el más importante en la buena fe del adquiriente, en cuanto cree que está adquiriendo el bien del propietario; el otro no menos importante, es la ausencia de publicidad de la titularidad del verdadero dueño; y no solo nos estamos refiriendo a la ausencia de publicidad registral, sino además, según la sentencia recaída en el expediente 0018-2015-PI/TC, a la ausencia de la publicidad emanada de la posesión misma del bien; en esta sentencia el TC, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, establece que para la configuración de la buena fe del tercero debe haberse desplegado una conducta diligente y prudente.

MOISES ARATA: No existe un sólo escenario bajo el cual se presenten los supuestos de adquisición a *non domino*, en algunos casos importa si se trata de bienes muebles sin registro (artículos 903, 948 y 1542 del Código Civil), en otros será la fe pública registral la que servirá de soporte al tercero (artículos 2014 y 2038 del Código Civil), en algunos supuestos la atribución legal del carácter de principal para uno de los bienes comprometidos será lo que determine la suerte de lo actuado sobre lo ajeno (artículos 941, 942 y 944 del Código Civil), mientras que si ninguno tiene dicha atribución, podrá contar la acción transformadora del sujeto (primer párrafo del artículo 937 del Código Civil) o si ella no concurre se considerará solo el valor de cada insumo (segundo párrafo del artículo 937 del Código Civil).

Es usual que los ejemplos de adquisición a *non domino* los pensemos en clave de negocios jurídicos, pero no es extraño que la legislación considere simples actos voluntarios que determinan la adquisición de lo que no era nuestro (por ejemplo, el supuesto de la especificación contemplado en el primer párrafo del artículo 937) en el que será posible hablar del requisito de la buena fe en el actuar, pero resultaría imposible adicionar la exigencia de la onerosidad. Es más, en algunos supuestos negociales la ley pide onerosidad (artículos 194, 197, 2014 y 2038 del Código Civil) mientras que en otros omite dicha exigencia (artículo 948).

No creo que se requiera construir una regla general, pero sí debería exigirse coherencia en la construcción, como sería precisar que el artículo 948 sólo aplica tratándose de bienes no registrados o que los supuestos de los artículos 194 y 197, aplicables indistintamente a bienes muebles e inmuebles, inscritos o no, se extiendan también a otros supuestos de invalidez o ineficacia en los que sea posible considerar la existencia de terceros de buena fe, como en los casos de falta de manifestación de voluntad o fin ilícito, porque ello no podría deducirse, por el sub adquirente, de la revisión del título del primer adquirente.

RAÚL RAVINA: Las reglas de adquisición a *non domino* resuelven un conflicto entre dos personas afectadas, el propietario 'original' que podría perder su derecho y el 'adquirente' que podría ser preferido. Cuando se opta por proteger al adquirente, se busca proteger la dinámica del mercado y que los potenciales vicios en la adquisición no afecten a los potenciales siguientes adquirente.

Para ello, hay dos elementos claves para que la adquisición a *non domino* sea justificable, el uso de alguno de los mecanismos de oponibilidad que nuestro sistema reconoce, es decir la posesión y la inscripción registral, y la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: Primero que exista una situación de apariencia, en el cual sea razonable que el tercero crea en la legitimación aparente (ya sea fáctica artículo 948 o jurídica artículo 194). En segundo lugar, que exista un dispositivo normativo que autorice el poder de disposición. En tercer lugar, que el tercero sea de buena fe. Finalmente, que el propietario haya expuesto negligente o dolosamente su esfera jurídica.

LUIS FELIPE DEL RISCO: El concepto de tercero debe ser construido en base a un sujeto que ha

obrado de manera honesta, correcta y leal. Es alguien del que pueda decirse que se ha conducido con 'buena fe' en sus negocios y operaciones.

Solo el que ha actuado así goza del privilegio que venimos comentando, asignándosele la propiedad sin haber contratado con el dueño. Nótese que es una situación de particular gravedad, donde el sistema opta y decida a favor del tercero de buena fe, haciendo claudicar el derecho del propietario. Visto de este modo y lo que está en juego, queda claro que no pueden existir adquisiciones a *non domino* de mala fe. La razón de la protección se enfoca pues en la buena fe del adquirente.

Ahora bien, ¿en qué se basa esa buena fe? Naturalmente el juicio de esta conducta no debe realizarse desde el plano moral o interno, ni a través de fórmulas genéricas o abstractas, sino que debe partir de parámetros objetivos previstos en el ordenamiento jurídico, el cual precisamente debe recoger los valores y principios que, como sociedad organizada, creemos esenciales para garantizar la eficiente circulación de bienes.

Entonces, la 'buena fe' del sujeto es la que determina el sistema legal. En nuestro caso y refiriéndonos a los bienes inscritos, dicha conducta está regulada en el artículo 2014 del Código Civil y tiene su pilar en la confianza que ha despertado en el tercero la información registral. De ahí el nombre: 'principio de buena fe pública registral'.

Siguiendo esta lógica, el requisito mínimo para amparar adquisiciones 'a *non dominio*' es que el tercero haya contratado confiando en la información de los registros públicos. Nuestro sistema precisa que tal convicción debe estar formada necesariamente por la diligente revisión de los asientos registrales y de los títulos archivados, y que solo se protegerán aquellas adquisiciones donde hubiera mediado un sacrificio económico (onerosas) y que hayan sido debidamente inscritas. Termina puntualizando que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (buena fe equiparada a 'desconocimiento' del vicio de la cadena de dominio; –quien pretenda postular la mala fe del tercero conocimiento del vicio– debe probarlo).

Los requisitos anteriores pueden formar parte o no de cualquier sistema legal de protección de adquisiciones a *non domino*, pero lo que nunca puede perderse de vista es el aspecto central de la figura: proteger al tercero que contrató confiando en la publicidad registral, lo cual no viene ocurriendo en el Perú, donde al tercero le son opuestos una variedad de elementos extra registrales para perjudicar su buena fe.

GUILLERMO ARRIBAS: Para responder esta pregunta debemos referirnos a alguno de los artículos de excepción mencionados en la respuesta a la primera pregunta. Cada uno de ellos tiene un fundamento específico y, por tanto, los contornos de la regla son distintos. La ley ya prevé los requisitos aplicables en cada uno de estos, por lo que la pregunta sería más bien si estamos de acuerdo o no con estos. En resumen, considero que lo clave es confirmar si esa otra institución que la ley quiere proteger al crear la norma de excepción se tutela de forma efectiva, y si es que no existía otra forma de generar esta protección sin desproteger el derecho de propiedad legal que potencialmente se extinguiría.

4. ¿Considera acertado o eficiente que se requiera información posesoria para que el adquirente tenga 'buena fe'?

HÉCTOR LAMA MORE: Para la adquisición de inmuebles a *non domino*, el derecho positivo no ha consagrado expresamente la verificación posesoria, conforme se puede apreciar de los artículos 1135 y 2014 del Código Civil; sin embargo, a raíz de las prácticas fraudulentas que provocaron el despojo masivo de predios de particulares y del Estado, por parte de una organización criminal, se detectó la fragilidad de nuestra regulación normativa respecto de las adquisiciones de bienes inmuebles; se evidenció que la buena fe no podía quedar circunscrita a la verificación registral; para solución de los casos surgidos en la modalidad usada por dicha banda criminal, consistente en una inicial adquisición fraudulenta seguida de sucesivas transferencias en el registro sin que el verdadero propietario poseedor del bien lo note, la Corte Suprema estableció en sendos pronunciamientos casatorios, lo que se ha denominado '**buena fe diligencia**'.

Tal jurisprudencia entendía que el adquiriente, en tales circunstancias, con un mínimo de diligencia hubieran podido constatar que el bien que estaban comprando estaba siendo poseído por terceros con título de propietarios; concluyendo en tales casos, se había desvirtuado la buena fe; pues, señala además, por los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado del bien que adquiere y quien o quienes tienen la posesión. El TC, en la sentencia citada en las respuestas a las anteriores preguntas, aceptó la validez de los referidos argumentos, puestos en la ya mencionada jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte Suprema, y estableció que además de dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 2014 del Código Civil, debería verificarse una conducta diligente y prudente del adquiriente.

MOISÉS ARATA: Me parece que podemos convenir en que todos –incluido el legislador– estamos de acuerdo en que las adquisiciones a *non domino* tengan, como uno de sus elementos configuradores –quizás el único siempre presente– del complejo supuesto de hecho que ellas representan, la exigencia que la actividad negocial o el simple actuar voluntario con el que participa el adquirente deba ir acompañado de la buena fe. No ha sido la ley, sino fundamentalmente la doctrina, la que nos ha ido diciendo qué debemos entender por buena fe y para ello el recurso a clasificaciones parece sin duda, una manera útil de empezar a ponerle fronteras a un concepto, sin duda, abierto, a través del cual se permite la adaptación del derecho a las concepciones morales de cada sociedad según el momento y las circunstancias que se vivan y, muchos también opinan, que se trata de un vehículo para encontrar justicia en el caso concreto.

Ahora bien, la mayoritaria vocación de la doctrina por la polaridad en las clasificaciones suele decirnos que todo se simplifica dividiendo la categoría de la buena fe en dos: la objetiva (efectiva actuación del sujeto conforme a un paradigma de lealtad en el actuar) y la subjetiva (convicción del sujeto de haber actuado conforme al paradigma). La primera con amplia aplicación en el mundo de las obligaciones (como cuando hablamos del comportamiento de las partes en todo el *iter* de la relación contractual) y la segunda con preferente aplicación en el mundo de los derechos reales (como cuando hablamos de la posesión ilegítima de buena fe o de la buena fe requerida en los supuestos de concurso de acreedores y adquisiciones a *non domino*).

Para la doctrina no hay supuestos intermedios, pero para la jurisprudencia (ver especialmente la sentencia recaída en el expediente 0018-2015 PI/TC) la buena fe del adquirente no puede limitarse a un simple estudio de títulos en el registro, porque si se mira la práctica inmobiliaria se puede apreciar que los sujetos realizan más comprobaciones como la verificación posesoria y otras averiguaciones no circunscritas a lo registral como, por ejemplo, la inusual frecuencia de las transferencias, los precios subvaluados, la inusitada intervención de familiares, etc., en apoyo de lo cual se cita jurisprudencia de la Corte Suprema así como la reglamentación de la normativa especial sobre pérdida de dominio.

Si dicha decisión que, por cierto, data del año 2012 (época de mayor ebullición del fraude inmobiliario en el país) es acertada o eficiente, es quizás la cuestión más relevante. No interesa si la doctrina está presta a rasgarse las vestiduras por haberse apartado la jurisprudencia de los cánones derivados de la clasificación dogmática de la buena fe y que ahora no baste tener la convicción de haber estudiado la titulación en el registro, incluyendo títulos archivados e incluso cualquier otra fuente de información a la que nos pudiera llevar la publicidad registral, sino que, como lo establece la sentencia antes citada:

> Para la configuración de la buena fe del tercero se debe haber desplegado una conducta diligente y prudente, según los fundamentos de esta sentencia, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de haber dado pleno cumplimiento a todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313.

Particularmente no creo en el dogma de la 'única interpretación correcta' de la ley, usualmente existen dos o más interpretaciones que no son ciertas o falsas sino simplemente lo suficientemente debatibles como para ser razonables y lo que corresponde al intérprete no es razonar para 'invalidar' una de ellas y quedarse con otra, sino pasar a un análisis funcional que le permita tomar la interpretación más útil para resolver, en el aquí y ahora, el conflicto al que se enfrenta, considerando, incluso, los efectos de su decisión más allá del caso. Me parece que eso es lo que hizo la Corte Suprema en el año 2012 en que decidió, en un giro de 180 grados, dejar de considerar que bastaba la convicción del sujeto fundada en la información registral y consideró que se debía haber obtenido también información extra registral, incluida la situación posesoria del bien materia de adquisición. El resultado práctico de dicha decisión fue privar a los estafadores de la posibilidad de salirse con la suya fácilmente. No diría que la convicción dejó de ser convicción, sino que se amplió el espectro de las fuentes de información en las que fiarse y si algo sí se 'afectó', jurisprudencialmente, es la presunción de buena fe civil o extra registral que siempre estuvo presente en el artículo 2014, porque la apreciación razonada (artículo 197 del Código Procesal Civil[30]) de los medios probatorios sobre los hechos (adquisición en el mercado inmobiliario) le dice al juez que no es posible –ante la supuesta inacción del tercero– presumir su buena fe.

En suma, considerar que el canon de convicción del sujeto de haber considerado toda la informa-

[30] Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión (1992).

ción posible para realizar la adquisición, incluya la apreciación de la situación posesoria, no me parece acertado (no creo en la respuesta correcta) sino simplemente eficiente en el momento en que se adoptó y acorde con nuestros usos y costumbres en el mercado inmobiliario en particular. Lo que me parece cuestionable, especialmente en la jurisprudencia el TC son dos cosas: i) haber 'congelado' la natural evolución de la jurisprudencia en la apreciación de un concepto abierto como es la buena fe, porque si bien hoy contratamos mirando la posesión del inmueble (al menos en adquisiciones de propiedad), bien podría ocurrir que en el futuro nuestras costumbres cambien y, por ejemplo, nos fiemos más de la información que a través de la tecnología nos pueda transmitir y habrá que pensar en soluciones eficientes para ese momento; y ii) haber hecho abstracta y general la exigencia de tener en cuenta la situación posesoria, cosa que puede ser un exageración si se tienen en cuenta los casos paradigmáticos y hasta patéticos que dieron lugar al cambio de orientación de la Corte Suprema, que son casos en los que nos enfrentábamos a una posesión que se le presentaba como más que evidente al adquirente, no se trata de buscar al poseedor como dueño sino de no encontrar a un poseedor en concepto de dueño y en contacto material patente sobre el bien (un ocupante).

RAÚL RAVINA: La buena fe que se requiere para proteger al adquirente en los casos de adquisición a *non domino*, equivale al desconocimiento absoluto de la existencia de un vicio en la adquisición. En mi opinión, en algunas circunstancias, se puede tener buena fe sin reparar en la condición posesoria del bien, es decir, la verificación posesoria no es condición ni necesaria ni suficiente para acreditar la buena fe.

En segundo lugar, la existencia de alguna posesión ajena en el bien no tiene que significar que el adquirente vea 'manchada' su buena fe, pues puede haber diversas explicaciones a esa situación posesoria.

Finalmente, dado que la buena fe se presume, incorporar la verificación de la condición posesoria del bien termina invirtiendo la carga de la prueba y obligando a realizar una investigación adicional que puede complicar los procesos de adquisición.

Por ello, discrepo con la idea de incorporar la verificación posesoria como un requisito indispensable para acreditar la buena fe.

GILBERTO MENDOZA: La respuesta depende de si nos encontramos en un supuesto de legitimación aparente fáctica o jurídica. En el primer caso, evidentemente la respuesta tiene que ser positiva. Si en el caso del artículo 948 se produce la transferencia de un no propietario a un tercero de buena fe, es porque este último confía que el poseedor es propietario. Esto es distinto, en los supuestos de legitimación aparente jurídica. En el caso del artículo 194, se confía en la titularidad de legitimado aparente, no porque necesariamente posee, sino porque tiene un título de propiedad.

LUIS FELIPE DEL RISCO: Más allá de ser el criterio uniforme que hoy rige en la jurisprudencia peruana, no lo considero acertado ni eficiente.

No es acertado porque el requerimiento de información posesoria no es una exigencia del ordenamiento para generar terceros de buena fe. No lo establece así el artículo 2014 del Código Civil, por donde se le mire. Se ha tenido que recurrir a una interpretación que desnaturaliza esta norma, donde al tercero se le dice que no basta con las exigencias puntuales de este artículo, sino que también debe ser 'diligente'. Y esa 'prudencia' comprende verificar posesión.

Se trata de una interpretación muy peligrosa, pues aquella preocupación constitucional sobre la circulación de bienes será juzgada a través de un parámetro gaseoso y genérico de diligencia, del cual nunca se está seguro si se cubrió de manera adecuada. ¿Comprende la revisión de información municipal? Y si ello fuera así, ¿la información municipal prevalece sobre la de los registros públicos? Por otra parte, ¿qué ocurre con la demás información que obra en diversas dependencias del Estado, vinculada con el predio y con los sucesivos adquirentes? ¿También debe ser preferida sobre la información registral? No sabe bien dónde acaba esa diligencia del tercero; no hay reglas claras y simples sobre esa prudencia, siendo una nefasta respuesta del sistema legal hacia el mercado inmobiliario.

Lo cierto es que actualmente la posesión en el Perú frustra la información registral, lo que determina una elección de la judicatura donde se prefiere a un mecanismo de publicidad sobre otro. Si ello es así, ¿para qué tenemos registros públicos? Por qué gastamos en él si no le vamos a dar una utilidad concreta para la circulación de bienes? ¿Por qué los terceros van a confiar en él si no van a ser protegidos? ¿Acaso el artículo 912 del Código Civil no establece claramente que la publicidad posesoria no puede oponerse eficazmente a la publicidad registral?

Todas las interrogantes anteriores quedan abiertas y se ha avanzado hacia una dirección incierta, al punto que hoy increíblemente puede hablarse de un 'tercero de fe pública **posesoria**'. Hay un desprecio hacia la información registral que es alar-

mante, cuando debería ser el mecanismo de publicidad preferido por su grado de especialización y sofisticación. Parece que toda la información que difiera a la registral debe ser preferida sobre esta última, al punto de imponer al operador la tarea de confirmar la veracidad y exactitud de los asientos registrales, dejando de lado la presunción establecida en el artículo 2013 del Código Civil.

Finalmente, debemos anotar que la verificación posesoria tampoco es eficiente. Incrementa los costos de transacción en las operaciones inmobiliarias y, muchas veces, la información que se obtiene de dicha verificación es imprecisa. En efecto, con un examen posesorio en el predio no se puede determinar, a primera vista, la legitimidad o no del poseedor, si es servidor o no, si hay una coposesión, si hay un relación de posesión mediata e inmediata, entre otras modalidades posesorias mixtas. La propia naturaleza dinámica de la posesión no debería servir como un postulado para la adquisición de titularidades inmobiliarias. Por eso el legislador optó en su momento por la publicidad registral (artículo 2014 del Código Civil), pero ya nos hemos olvidado de eso.

GUILLERMO ARRIBAS: El Código Civil emplea la buena fe en distintas secciones (posesión, contratos, tercero adquirente de buena fe). La referencia a la información posesoria para determinar si un adquirente tiene o no buena fe se ha utilizado en especial respecto del artículo 2014, el mismo que se encuentra en el libro IX del Código Civil, de los registros públicos.

En doctrina se ha discutido mucho si la buena fe registral debería incluir solo los asientos registrales o si también debe considerar los títulos archivados o la realidad posesoria del bien. El 2014 vigente (modificado el 26 de marzo de 2015) resuelve ambos puntos, indicando que sí es necesario validar ambos. No obstante, la pregunta relevante es si estamos de acuerdo con ello, o si sería conveniente una modificación.

Limitar la buena fe registral a la revisión de los títulos archivados tiene como fundamento reducir los costos de transacción de quienes acuden a los registros públicos para adquirir un derecho sobre un bien registrado. Al ser el asiento un resumen de, por ejemplo, el contrato de compraventa que lo causó, es fácil revisarlo y concluir sobre si el vendedor tiene o no un derecho de propiedad que transferir. Sin embargo, la práctica registral nos muestra también que no siempre la información prevista en los asientos registrales es correcta y que, más aún, puede existir una clara desvinculación entre la información registral y la realidad (quién está poseyendo el bien).

Como indico en mi artículo en este número de la revista, conforme con el último censo nacional, más de la mitad de las viviendas en el Perú no cuentan con un título legal de propiedad, mucho menos con inscripción en registros públicos. Considerar la información registral y no la realidad posesoria podría implicar cerrar los ojos ante la gran mayor parte de nuestra sociedad.

5. ¿Considera que el sistema peruano consagra la verificación posesoria?

MOISÉS ARATA: No. Repito lo antes señalado: nuestro sistema (el todo y no sólo el marco normativo) consagra la exigencia de la buena fe tanto registral (la que se agota con la fuente registral) como la civil (la que incluye diversos datos que se deben apreciar según los usos y costumbre del mercado inmobiliario). La posesión o, más precisamente, esa posesión que calificaríamos como directa sobre el bien, de forma tal que sea patente su percepción (ocupación es la palabra que muchos usarían) es la que se nos pide no encontrar. No basta ver papeles, las exigencias del mercado confirman que existen y comulgan con el perfil de todo comprador diligente, comprobaciones que no se extinguen con la averiguación posesoria.

RAÚL RAVINA: A nivel de la regulación del Código Civil la verificación posesoria no es una obligación de los adquirentes, sin embargo, a partir de varias situaciones mediáticas donde se ha identificado bandas delictivas que aprovechando el marco legal vigente han perpetrado masivos casos de afectación a legítimos propietarios abusando de la figura del adquirente de buena fe, la jurisprudencia ha reaccionado tratando de incorporar dicha verificación de la situación posesoria como requisito para acogerse a la adquisición de buena fe.

En mi opinión, estamos ante un caso de 'populismo jurisdiccional' que, con la intención de atender el reclamo de la población, incorporan por la vía de la jurisprudencia lo que en la práctica sería una modificación del marco normativo de la adquisición de buena fe.

GILBERTO MENDOZA: Depende en cual supuesto nos encontremos. Si por ejemplo nos referimos al artículo 2014, considero que no. Sería esto contra sistema. La verificación posesoria no desvirtúa la buena fe del tercero en el 2014, dado que el adquirente puede mediante un desalojo lograr la restitución del bien. La única excepción es el caso de la prescripción adquisitiva de domino, pero en este caso no nos encontramos frente a un mero poseedor, sino frente a un propietario originario frente a uno que tiene su derecho inscrito en el registro.

LUIS FELIPE DEL RISCO: Es un requisito creado y desarrollado por la jurisprudencia, pero no por la ley. El Código Civil no establece que en la producción de terceros registrales deba intervenir la verificación posesoria.

El primer párrafo del artículo 2014 del Código Civil establece los requisitos específicos que debe cubrir el tercero para alcanzar la protección legal de su titularidad, y alude de manera expresa a una buena fe 'registral' ("**causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan**"). El segundo párrafo de dicho artículo se refiere a otro tipo de buena fe: al desconocimiento de la inexactitud registral, señalando que dicha circunstancia se presume. Ninguno de los dos párrafos establece una regla de diligencia 'genérica' al tercero, por la cual se pueda desprender la necesidad de la verificación posesoria. Es más, no hay ninguna sola norma en el sistema civil que determine que para la circulación de bienes inmuebles es necesaria dicha verificación.

Pero como hemos advertido y a espaldas de la legislación, actualmente es pacífico en la jurisprudencia el criterio de que para comprar un inmueble uno debe ser diligente y, como parte de este comportamiento razonable, uno debe verificar posesión. Se trata de un requisito nuevo, ajeno a cómo se concibió el Código Civil. Tan es así que su incorporación produce una serie de inconsistencias a nivel sistemático. Así, si es imprescindible la posesión para la buena fe, el artículo 1135 del Código Civil varía, siendo el victorioso en la concurrencia no el que de buena fe inscribió primeramente su derecho, sino aquél que lo recibió, migrando al sistema de concurrencia de bienes muebles (artículo 1136 del Código Civil). Del mismo modo, si tan imprescindible es la posesión para la transmisión de este tipo de bienes, debió prescindirse de un sistema consensualista de dominio (artículo 949 del Código Civil) y optarse por uno que imponga la entrega de la posesión como modo de la transmisión (artículo 947 del Código Civil).

La verificación posesoria ha entrado de manera forzada a nuestra realidad jurídica en materia de circulación de bienes inmuebles y, como se ha evidenciado, ha generado un desajuste normativo en nuestro ordenamiento, acercando el sistema de transmisión de bienes inmuebles a los muebles, cuando funcionan a través de reglas y lógicas distintas. Todo estos puntos deberían ser considerados para una eventual reforma del sistema de transferencia de propiedad en el país.

GUILLERMO ARRIBAS: No existe una norma específica que lo indique. No obstante, el artículo 907[31] respecto de la posesión de buena fe indica que esta se mantiene siempre y cuando las circunstancias permitan al poseedor creer en el error de hecho o derecho que causa su ilegitimidad. La posesión sobre los bienes es el mecanismo primario de publicidad de los derechos que se puede tener sobre los mismos, por lo que su verificación debería considerarse para determinar si uno tiene o no buena fe. En tanto la buena fe es un requisito esencial en muchas de las normas de excepción para la adquisición de un 'no propietario' en el Código, cuando ello ocurra, podríamos decir que sí se consagra indirectamente este principio de verificación posesoria.

Sin perjuicio de lo anterior, enfocándonos solamente en la transferencia de propiedad de terrenos registrados, la práctica incluye por regla general validar que el inmueble que se está comprando efectivamente está desocupado. De hecho, es común incluir en el contrato de compraventa de inmueble una declaración del vendedor indicando que el bien está libre de poseedores. Ello es porque más allá de lo previsto en el Código Civil, el mercado es consciente que comprar un terreno con poseedores ilegítimos puede resultar en no comprar nada. Ya sea porque esos poseedores ya hayan adquirido el bien por prescripción adquisitiva de dominio, o por el largo proceso que se tendría que desarrollar por el comprador para adquirir la posesión del bien comprado, es una preocupación prevista y regulada de forma privada por el mercado en los contratos correspondientes.

[31] Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada (1984).

ALVAREZ YRALA ABOGADOS

Estudio Jurídico especializado en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Av. General Trinidad Moran 308
Lince, Lima - Perú

772-4918
963-054-926

alvarezyrala.adm@gmail.com

MISCELÁNEAS

10.18800/themis.202301.019

LOS DERECHOS DE PREFERENCIA (VORZUGSRECHT) A PROPÓSITO DEL CONFLICTO DE DERECHOS DE TRANSMISIÓN ENTRE LA FPF Y ALGUNOS CLUBES DE FUTBOL

PREFERENTIAL RIGHTS (VORZUGSRECHT) REGARDING THE BROADCASTING RIGHTS DISPUTE BETWEEN THE FPF AND SOME SOCCER CLUBS

Gilberto Mendoza Del Maestro*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Contracts with preference clauses are agreements adopted by the parties to voluntarily continue to be bound at the end of the contract, with either party unilaterally exercising the right to enter into a new contract. Currently, the Federación Peruana de Fútbol *has problems with certain clubs in the framework of transmission rights contracts containing this type of clauses.*

This paper will address the following points. First, we will explain what are the preference rights and how they are configured. Next, we will analyse the concept of 'tacit representations' in relation to pre-emptive covenants. Finally, we will frame the two previous points in the case of the Federation in order to understand the problems that revolve around the contracts that regulate transmission rights.

Keywords: Federación Peruana de Fútbol*; preference rights; tacit manifestation; transfer rights; legal standing.*

Los contratos con cláusulas de preferencias son acuerdos que adoptan las partes para continuar voluntariamente vinculándose al término del contrato ejerciendo cualquiera de las partes, unilateralmente, la celebración de un nuevo contrato. En la actualidad, la Federación Peruana de Fútbol tiene problemas con ciertos clubes en el marco de contratos de derechos de transmisión que contienen este tipo de cláusulas.

Así, en este trabajo se abordarán los siguientes puntos. En primer lugar, se explicará lo que son los derechos de preferencia y su configuración. Acto seguido, se analizará la concepción de 'manifestaciones tácitas' en relación con los pactos de preferencia. Finalmente, enmarcaremos los dos puntos anteriores en el caso de la Federación Peruana de Fútbol a efectos de entender los problemas que giran en torno a los contratos que regulan derechos de transmisión.

Palabras clave: Federación Peruana de Fútbol; derechos de preferencia; manifestación tácita; derechos de transmisión; situaciones jurídicas subjetivas.

* 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. Miembro del Observatorio de Derecho Deportivo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ).

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 21 de julio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos con cláusulas de preferencias son acuerdos que adoptan las partes para continuar voluntariamente vinculándose al término del contrato ejerciendo una de ellas (o ambas), mediante una decisión unilateral, la celebración de un nuevo contrato. Debe tenerse en cuenta que en caso existan otras propuestas, se privilegiará el ejercicio de la preferencia –en general– cuando quien la ejerce iguale o supere las condiciones de aquellas.

Estos pactos, que pueden ser simples o muy detallados, se mantienen vigentes incluso cuando los efectos del contrato han cesado. Ahora bien, es importante tomar en cuenta la distinción entre la mera decisión unilateral de querer seguir vinculados y la configuración contractual del nuevo contrato.

Si bien es importante la decisión del ejercicio del pacto de preferencia, en contratos cada vez más sofisticados, estos pactos merecen un desarrollo mucho más detallado, por lo que se configuran desde variables objetivas como el valor de la contraprestación (precio) hasta las condiciones sobre las cuales se va a realizar la prestación (calidad de instrumentos, prestaciones complementarias o adicionales).

En la actualidad, la Federación Peruana de Fútbol (en adelante, FPF o 'la Federación') tiene un conflicto con algunos clubes de fútbol profesional, dado que desea reasumir el control de los derechos de transmisión de los cuales son titulares, pero que cedieron a los clubes tácitamente por muchos años, recibiendo un porcentaje de la contraprestación.

Dentro de este ejercicio de autonomía privada, los clubes y la empresa de transmisión celebraron un contrato que tenía incluido un pacto de preferencia con la tolerancia o aquiescencia de la FPF, el cual no se reduce –a mi consideración– a la decisión de ejercer la preferencia o no, sino que existe la posibilidad de subrogarse en la posición de quien realiza una propuesta siempre y cuando iguale o mejore la propuesta. De esto surgen algunas interrogantes: ¿Por qué dicho pacto vincula a un sujeto (la Federación) a pesar de no haber suscrito documento alguno? ¿Cuáles son los alcances de dicha vinculación?

Estas preguntas nos brindan la oportunidad de, en primer lugar, entender qué son los derechos de preferencias y cómo se configuran. En segundo lugar, verificar la existencia de contratos producto de manifestaciones tácitas y entender su vinculación con los pactos de preferencias. Finalmente, aterrizar esto analizando la situación legal de la Federación, y luego revisar los problemas alrededor de los contratos respecto a los derechos de transmisión.

En este sentido, el presente trabajo busca demostrar que las manifestaciones tácitas vinculan a las partes que dan comportamientos concluyentes de aceptación, como el cobro de porcentajes de la prestación. Asimismo, que los derechos de preferencia vinculan a quienes suscriben los contratos, así como a aquellos brindan manifestaciones tácitas de aceptación. Finalmente, que los pactos de preferencia no se pueden incumplir al ser derechos potestativos, sino que lo que se incumple son los propios contratos que se originan por el ejercicio de dichos pactos.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PREFERENCIA, ORDEN DE PRELACIÓN Y DERECHO DE PREFERENCIA

Existe un concepto de preferencia extra legal, el cual es definido por la Real Academia Española (RAE) como: "primacía, ventaja o mayoría que alguien o algo tiene sobre otra persona o cosa, ya en el valor, ya en el merecimiento" (2023). Esto puede traducirse en las motivaciones que se tienen sobre conductas o bienes a fin que se satisfagan intereses que se concretan en el Derecho a través de dos requisitos básicos: escasez del objeto materia del interés y concurso de titularidades de derechos sobre dicho objeto.

Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la previsión legal de concurrencia de acreedores entre bienes muebles e inmuebles, en el cual, se discute a quién debe entregarse el bien o quién es propietario del bien. En caso se trate de un bien que es escaso, en principio, sólo puede entregarse a un acreedor, por lo que el artículo 1135 del Código Civil[1] nos indica un orden: (1) Título inscrito,

1 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).

(2) Título de fecha cierta más antiguo, (3) Título anterior. Sin embargo, un requisito que trasciende a cada uno de los supuestos es el de buena fe (subjetiva). En el caso del artículo 1136 del Código Civil[2], el orden tiene un matiz: (1) A quién se hizo tradición, (2) Quién tiene el título de fecha más antigua, (3) Quién tiene título. El requisito de la buena fe (subjetiva) también es requerido en los tres supuestos.

En ambos dispositivos normativos se ha establecido una preferencia a través de un orden de prelación, el cual se agota en tanto el objeto está diseñado para satisfacer el interés solo de uno de los acreedores.

Distinto es el supuesto en el que el bien puede satisfacer a más de un acreedor, pero no necesariamente de forma plena. Esto lo podemos observar en el rango hipotecario, artículo 1112 del Código Civil[3], en el cual se indica que en función de la antigüedad se establecerá la preferencia, pero como el bien a ejecutar es realizable en dinero, este puede beneficiar a más de un acreedor.

Es importante señalar que el orden de prelación es útil para la determinación de la preferencia, más no son conceptos iguales. En el caso de los derechos de preferencia, estos evocan una situación jurídica de ventaja, es decir, una exigencia de comportamiento para aquel que es titular del derecho. En cambio, en el orden de prelación, se incluyen situaciones jurídicas de desventaja, es decir, es más amplio, como en el caso de alimentos en el artículo 475 del Código Civil[4]: (1) El cónyuge, (2) los descendientes, (3) los ascendientes, (4) los hermanos.

De igual forma, en los derechos de preferencia, hay intereses previos que son evaluados y prevén su tutela de forma subordinada. Por tanto, en el caso del artículo 1670 Código Civil[5] que nos coloca el supuesto de hecho de arrendadores, se evalúa que es preferible tutelar al que inscribe y si no hubiese sido inscrito, al que posee, subordinando a los que tuviesen títulos de fecha cierta y a los que no los tienen. El ordenamiento establece la prelación tomando en consideración los conflictos que pueden existir entre sujetos otorgándoles preferencia para ejercer su derecho, toda vez que sus títulos son incompatibles.

Caso distinto es la previsión legal de la prelación de los herederos regulada en el artículo 816 del Código Civil[6]: (1) Los hijos y demás descendientes, (2) los padres y demás ascendientes, (3) el cónyuge (4) parientes colaterales del segundo grado de consanguinidad, (5) parientes colaterales del tercer grado de consanguinidad, (6) parientes colaterales de cuarto grado de consanguinidad. En este caso, la prelación legal se hace más como una cuestión de orden, a partir del cual surgen derechos, los cuales no son necesariamente incompatibles entre sí, al punto que la cónyuge puede estar conjuntamente en el (1) y (2) orden.

Por otro lado, no siempre existe prelación en los derechos de preferencia. Puede darse el caso que en un contrato entre privados (satisfactivo) se establezca un derecho de preferencia para la celebración de otro, por lo que no es necesario que exista otra propuesta (en la cual se origine una jerarquía u orden de prelación) para el ejercicio del derecho de preferencia.

---

[2] 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 (1984).

[3] Artículo 1112.- Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango (1984).

[4] Artículo 475.- Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:

1.- Por el cónyuge.
2.- Por los descendientes.
3.- Por los ascendientes.
4.- Por los hermanos (1984).

[5] Artículo 1670.-

Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta (1984).

[6] 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).

Tenemos entonces que existe un concepto de preferencia extrajurídico, el cual tiene vinculación con las motivaciones, pero que cuando estas se juridifican, lleva a identificar previamente intereses jurídicamente relevantes que son incompatibles, por lo que debemos de revisar el orden de prelación (en caso exista).

III. EL CONCEPTO DE DERECHO DE PREFERENCIA

En principio, debemos entender al derecho de preferencia como un privilegio, el cual podemos ubicar tanto en el ámbito público como el privado. A fin de aproximarnos a dicho concepto podemos tomar la definición de privilegio de Gierke, quien lo entiende como relación jurídica (*Rechtsverhältnisse*) consistente mayoritariamente en derechos, por lo que justifican preferencias de los sujetos favorecidos por ellos sobre otros sujetos, ya sea como privilegios 'afirmativos' que otorgan una autoridad especial (*Gewerberecht*) o como privilegios 'negativos' que expresan una liberación de una obligación general (liberación de impuestos) (1896, p. 303).

Estas preferencias de los sujetos favorecidos sobre otros, puede leerse de forma objetiva, según Regelsberger, como la existencia de derechos más fuertes (*stärker*) que otros, que los hacen retroceder (1893, p. 232), o en términos de Zitelmann, como el ejercicio de derechos débiles (limitados) junto con derechos más fuertes (restrictivos o limitadores) (1906, p. 34).

En el caso de los derechos de preferencia, a pesar de que puede graficarse su significado al enfocarlos como derechos fuertes o limitadores, consideramos que más allá del contenido de los derechos, la jerarquía la encontramos en una decisión previa voluntaria o legal. Esta decisión nos coloca en una situación de potencial cotitularidad conflictiva frente a bienes escasos, por lo que es necesario determinar un orden de ejercicio del derecho.

En ese sentido, en doctrina se define al derecho de preferencia como aquel derecho subjetivo subordinado que, por desenvolvimiento de una precedente facultad ajena a la causa de preferencia, nace en virtud del concurso de varios derechos patrimoniales sobre un mismo bien, el cual es insuficiente para la satisfacción de todos aquellos derechos, y produce el efecto –en beneficio del derecho preferido– de sacrificar los derechos pospuestos, cuyos titulares habrán de tolerar la satisfacción de los preferentes (López, 1960, pp. 41 y 42).

Algunas características que podemos rescatar en esta definición son: (i) Previsión legal y autónoma, (ii) relaciones y subordinación de ejercicio de derechos, (iii) derechos subjetivos, (iv) concurso de derechos patrimoniales, (v) un mismo bien, (vi) sacrificio de derechos pospuestos.

A continuación, vamos a abordar algunas de ellas, a fin de poder entender no sólo el contenido del concepto, sino también el contorno del mismo.

A. Previsión legal y autónoma

La regulación de los derechos de preferencia se manifiesta en distintos dispositivos normativos, no sólo establecidos en el ámbito civil, sino en el mercantil, ambiental y otras áreas del derecho. Asimismo, esta previsión no sólo es establecida por leyes también pueden ser pactadas por la autonomía privada, con lo cual su contenido tal como lo hemos adelantado, es cada vez más sofisticado y detallado[7].

Legalmente se han establecido criterios para que se ordenen los sujetos de forma singular o que concurran para ejercer la preferencia. En el primer caso, tenemos los supuestos de la inscripción registral en el artículo 2016 del Código Civil[8], el cual enfoca la atención en la inscripción a partir de la cual se determina la preferencia de los derechos en el registro. De igual forma, según lo dispuesto por el artículo 1798 del mismo cuerpo normativo[9], cuando un mandatario haya concluido nego-

[7] No obstante lo mencionado, existen casos en los que legalmente se ha prohibido su aplicación como lo dispuesto por el art. 1582 de nuestro Código Civil en los contratos de compraventa. Veamos: Artículo 1582.- Puede integrar la compraventa cualquier pacto lícito, con excepción de los siguientes, que son nulos:

> 1.- El pacto de mejor comprador, en virtud del cual puede rescindirse la compraventa por convenirse que, si hubiera quien dé más por el bien, lo devolverá el comprador.
>
> 2.- El pacto de preferencia, en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo (1984).

[8] Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro (1984).

[9] Artículo 1798.-

> El mandatario tiene derecho a satisfacer los créditos que le corresponden según el artículo 1796 con los bienes que han sido materia de los negocios que ha concluido, con preferencia sobre su mandante y sobre los acreedores de éste (1984).

cios y no hayan sido satisfechos sus créditos, este podrá cobrarse con los bienes obtenidos, con preferencia a su mandante, e incluso sobre los acreedores de éste.

En otros casos, la concurrencia se da para dar una participación conjunta e igualitaria de sujetos con cierta condición: copropietarios, accionistas. Es así que, en el artículo 989 del Código Civil[10] sobre subasta de las alícuotas, se da la oportunidad para que los otros copropietarios puedan adquirir alícuotas proporcionales o las que estos establezcan, a fin de reducir el número de copropietarios sobre el bien.

De igual forma, en la Ley General de Sociedades, se establece el derecho de suscripción preferente en el artículo 207[11]. Conforme a este artículo, en el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen a fin de no mantener el porcentaje de participación de cada uno para la toma de decisiones.

Entonces tenemos que el ordenamiento prevé situaciones de preferencia por diferentes criterios: Ordenación singular, a partir de hechos jurídicos (inscripción registral); ordenación conjunta, tomando en cuenta las situaciones jurídicas subjetivas (copropietarios, accionistas); y, en función de la calidad de acreedor (artículos 1135 y 1136 del Código Civil, entre otros) sobre prerrogativas previstas (adquisición preferente del Estado de bienes ubicados en zonas de reservas naturales Ley 26834).

Ahora bien, por autonomía privada también se pueden regular situaciones de preferencia. Entonces tenemos cláusulas como:

> [...] finalizado el contrato de arrendamiento, el arrendatario dentro del término de un mes tendrá preferencia para la celebración de un nuevo contrato o [...] En caso el cedente reciba una propuesta para la explotación de los derechos, deberá comunicar inmediatamente al cesionario. En caso este iguale o mejor la propuesta, deberá tener preferencia para la celebración de un nuevo contrato.

Son algunas cláusulas tipo que vinculan contractualmente contratos coligados de forma sucesiva (Mendoza y García, 2018, pp. 259-265); es decir, que una de las cláusulas del primer contrato va a generar un derecho potestativo, para una o ambas partes, de vincularse nuevamente a través de un nuevo contrato. Se genera entonces una especie de cadena de contratos.

B. ¿Derecho subjetivo o potestativo?

En la definición citada líneas arriba de López Alarcón, se indicó que estamos frente a un derecho subjetivo y no de un derecho potestativo. Si bien la definición es útil, nos apartamos de dicha consideración esencialmente porque en la estructura del derecho subjetivo, para que exista ejercicio eficaz del derecho de preferencia se requiere el comportamiento de ambas partes, mientras que en el del derecho potestativo, el solo ejercicio unilateral vincula.

Podemos definir el derecho subjetivo como la exigencia que realiza un sujeto a otro de un comportamiento cuyo cumplimiento es necesario para que sea satisfecho su interés. En cambio, el derecho potestativo (Sohm, 1923, p. 28) da la posibilidad de modificar de forma unilateral la esfera jurídica de otro sujeto, sin la necesidad de esperar alguna actuación de la otra parte.

En la previsión legal, cuando se establece el ejercicio de la preferencia en el caso de los copropietarios y accionistas, en primer lugar, debemos señalar que dicho ejercicio es voluntario, no es obligatorio. Dichos sujetos, si tienen interés en adquirir las alícuotas o las acciones comunicarán esta decisión de forma libre, siendo esta comunicación vinculante.

[10] Artículo 989.-

> Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que trata el artículo 988 y adquirir su propiedad, pagando en dinero el precio de la tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes (1984).

[11] Artículo 207.- Derecho de suscripción preferente

> En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley.
>
> No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia.
>
> No existe derecho de suscripción preferente en el aumento de capital por conversión de obligaciones en acciones, en los casos de los artículos 103 y 259 ni en los casos de reorganización de sociedades establecidos en la presente ley (1997).

Siempre y cuando la comunicación cumpla las formalidades, esto bastará para que se produzca la vinculación legal. Esta vinculación depende del comportamiento ni del copropietario que desea transferir su cuota, ni del accionista que desea transferir sus acciones, ni de los terceros que adquieren las mismas y que luego ven subordinados sus derechos. A diferencia de los casos de vinculación entre derechos subjetivos y deberes jurídicos, en los que ambos sujetos deben realizar comportamientos, en los casos indicados es suficiente que se comunique su ejercicio para vincularse y adquirir a prorrata los derechos.

En igual sentido, cuando se pactan preferencias en sus contratos para la celebración de nuevos negocios jurídicos, los sujetos que tienen a su favor el ejercicio pueden ejercerlo o no. Su actuación no es obligatoria, sin embargo, en caso la ejerzan, es decir que se comunique que se hace valer dicho pacto a la otra parte, esto la vincula a un nuevo contrato. Si esta no desea seguir vinculada, en principio, no podrá oponerse al ejercicio de la preferencia dado que no se encuentra en un deber jurídico, sino en un estado de sujeción. En estos casos, se muestra nuevamente que la decisión unilateral va a generar un nuevo vínculo contractual.

Entonces podemos afirmar, dadas las características del ejercicio de la preferencia, que nos encontramos ante un derecho potestativo, cuyo ejercicio da lugar a la celebración de un nuevo contrato. Es relevante resaltarlo porque el ejercicio de la preferencia no depende del deudor, por lo que no puede evitar que se genere un nuevo negocio jurídico. Lo que sí puede hacer es incumplir el nuevo contrato.

Por lo que, cuando se pretenda desconocer la cláusula de preferencia, al finalizar el primer contrato y se ejecute aquella, lo que se incumple no es la cláusula de preferencia en sí, sino el nuevo contrato estando en terreno de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, si busca incumplirse la cláusula de preferencia, durante la ejecución del contrato del primer contrato, ya sea porque se celebra contrato con otro sujeto o se pretenda desconocer su eficacia, el incumplimiento contractual se daría respecto al primer contrato.

La diferencia entre una y otra reside en el tipo de penalidad y en la cuantificación del daño. La penalidad del incumplimiento de la cláusula o del contrato depende de las partes y no necesariamente es la misma. Ahora bien, en términos de cuantificación del daño, en el primer caso, nos encontraríamos daños producidos en función del incumplimiento de todo el programa contractual del nuevo contrato. En el segundo caso, el daño debería cuantificarse en función de la imposibilidad de concluir el segundo contrato y también de identificar el costo de la cláusula en el primer contrato.

C. Fuente de preferencia y vínculo de preferencia

Antes de desarrollar esta parte, nos será útil el criterio de distinción entre derechos de preferencia de satisfacción y de adquisición (López, 1960, p. 7). El primero referido a la concurrencia de derechos de crédito y el segundo a la concurrencia de posibles adquirentes de derechos sobre bienes.

Imaginemos los contratos que celebran instituciones y empresas especializadas de servicio de comida para el personal. En estos, para el final del término del contrato, se pactan los derechos de preferencia, los cuales se traducen en el compromiso de continuar vinculadas en caso alguna ejerza dicho derecho. Ahora bien, en caso las instituciones reciban propuestas de otras empresas con mejores condiciones, la entidad deberá igualar o mejorar las condiciones para continuar vinculada. A este tipo de preferencias las denominamos de satisfacción.

Distinto es el caso de preferencias adquisitivas, como por ejemplo en el supuesto de los predios privados que están ubicados en zona de reserva natural. En ese sentido en la Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, se señala que en caso se deseen transferir los predios privados dentro de un área natural protegida, debe darse preferencia al Estado y si este no desea adquirir, podrá realizarse la transferencia. Ahora bien, en el supuesto que se dé la transferencia, queda en potestad del Estado (artículo 5[12]) ejercer el derecho de retracto conforme al Código Civil, es decir que podrá subrogarse en nombre del privado adquirente.

[12] Artículo 5.-

El ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas. El Estado evaluará en cada caso la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos. Cualquier transferencia de derechos a terceros por parte de un poblador de un Área Natural Protegida, deberá ser previamente notificada a la Jefatura del Área. En caso de transferencia del derecho de propiedad, el Estado podrá ejercer el derecho de retracto conforme al Código Civil (1997).

La distinción entre preferencias de satisfacción y de adquisición son importantes, dado que normalmente en las primeras puede incumplirse el nuevo contrato teniendo en la responsabilidad civil y penalidades, mecanismos de resarcimiento ante posibles daños. En el caso de las segundas, toda vez que regularmente están vinculadas a derechos reales (en los casos que no exista extinción del bien, ni falta de publicidad registral), el ejercicio de la preferencia subordinaría los derechos de terceros, incluso cuando la transferencia a terceros se haya dado antes del ejercicio del derecho potestativo.

Teniendo esta distinción planteada, corresponde formalizar los distintos tipos de relaciones que se generan en mérito a que se constituyan derechos de preferencia.

A continuación, vamos a formalizar supuestos para entender las diversas relaciones que surgen y cómo se vinculan entre sí. Así pues, en el caso de las previsiones legales de concurrencia que se establecen, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de retracto, tenemos el supuesto de que si alguno de los copropietarios decide trasladar sus alícuotas a terceros sin darles la posibilidad de adquisición a los demás copropietarios, estos podrán sustituirse en vez de los adquirentes (dada la situación de preferencia) reduciendo el número de copropietarios totales sobre el bien.

Tenemos entonces:

i) C1, C2, C3 son copropietarios del bien X.
ii) C1 transfiere su alícuota a Z.
iii) Disposición legal del artículo 1592[13] del Código Civil.

En i) existe una cotitularidad del derecho de propiedad entre C1, C2 y C3 respecto al bien X. En ii) tenemos una relación jurídica entre C1 y Z. Sin embargo, legalmente al existir el derecho de retracto, en nuestros términos, derecho de preferencias adquisitivas legales de concurrencia, se crea una relación legal por la que C2 y C3 se subrogan en lugar de Z, siendo que el resultado final es que X será copropiedad sólo de C2 y C3. En estos casos, iii) sería la fuente de preferencia legal, y la posibilidad de subrogarse de i) en ii) sería el vínculo de preferencia.

Veamos los supuestos de preferencias de satisfacción. En el siguiente ejemplo, la secuencia natural sería:

i) Relación entre A y B, en la que existe una cláusula de preferencia de ejecución dentro de los 3 meses de finalizado el contrato.
ii) Ejecución de cláusula de preferencia ejercida por A.
iii) **Resultado:** Nuevo contrato entre A y B.

Puede ocurrir la presentación de una nueva propuesta:

i) Relación entre A y B, en la que existe una cláusula de preferencia de ejecución dentro de los 3 meses de finalizado el contrato.
ii) Un tercero X le ofrece una mejor propuesta a B para la celebración de un nuevo contrato.
iii) A debe por lo menos igualar la oferta de X.
iv) **Resultado:** Nuevo contrato entre A y B.

En estos casos, i) sería la fuente de preferencia y la mejora de propuesta de A respecto a la situación ii), sería una manifestación del vínculo de preferencia.

¿Si alguna de las partes no desea cumplir con el ejercicio de la cláusula de preferencia, la única solución es la resarcitoria?

Tenemos lo siguiente:

i) Relación entre A y B, en la que existe una cláusula de preferencia de ejecución dentro de los 3 meses de finalizado el contrato
ii) Un tercero X le ofrece una mejor propuesta a B para la celebración de un nuevo contrato. B acepta la celebración del contrato.
iii) A ejerce la cláusula de preferencia.
iv) B no desea cumplir con el ejercicio de la preferencia, debiendo pagar una indemnización.

A pesar de que este no es un supuesto de preferencias adquisitivas, consideramos que podemos ejercitar efectos similares a la subordinación en la posición y exigir la ejecución forzosa, además evidentemente del resarcimiento por daños y perjuicios.

[13] Artículo 1592.-

El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El retrayente debe reembolsar al adquiriente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados. Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público (1984).

En tales circunstancias tenemos que: i) sería la fuente de preferencia, ii) sería una relación obligatoria distinta, y iii) sería el ejercicio del vínculo de preferencia, el cual permite la subordinación del interés de X, ya no mediante la subrogación como en el caso de las preferencias adquisitivas, sino mediante la ineficacia del contrato en ii) En razón de ello, la vinculación entre A y B por el ejercicio de iii) sería válida y eficaz.

Entonces podemos señalar que la fuente de preferencia legal (fuente de preferencia heterónoma) contiene relaciones jurídicas principales en virtud de actos de autonomía privada. Asimismo, gracias a la cláusula de preferencia (fuente de preferencia autónoma), se generan vínculos incidentales que pueden concretizarse en relaciones mediatas (vínculo de preferencia). Estas relaciones mediatas definen quién tiene preferencia en el ejercicio de un derecho, pudiendo generar efectos de suspensión en la ejecución contractual o la ineficacia del mismo.

D. Sacrificio de derechos subordinados

Respecto a los terceros que se ven perjudicados por efecto de la preferencia, debemos indicar que existen dos situaciones. La primera es que estos conozcan o puedan conocer la existencia de la cláusula de preferencia y asumir el riesgo de la misma. Así pues, cualquier sujeto que desea adquirir alícuotas de un copropietario es consciente que los demás pueden ejercer el derecho de retracto y subrogarse en su lugar. En estos casos, consideramos que, al conocer la supuesta víctima de ello, esto no daría lugar a algún supuesto de resarcimiento ni de indemnización, salvo que nos encontremos en el caso de la promesa del hecho de un tercero.

La segunda es que estos desconozcan la misma, dado que tiene fuente voluntaria (y normalmente existen cláusulas de confidencialidad). Consideramos que en estos casos es importante el nivel de oponibilidad, por lo que normalmente se establecen cláusulas que obligan a las partes cuando inician negociaciones con otras a informar la existencia de estas, con penalidades de por medio. De ser así, si se llega a ejercer la preferencia subordinando los derechos de terceros, el afectado puede requerir a la otra parte el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato. Puede advertirse en ambos supuestos los efectos de los pactos de preferencia a terceros que tienen interés en vincularse con alguna de las partes sobre un bien.

No obstante lo antes mencionado, creemos que en los casos de preferencias de fuente autónoma pasibles de inscripción pero que no sean inscritos en el registro, por los efectos del mismo, no podrán oponerse a terceros.

Ahora bien, los contratos que se celebran a pesar de la existencia de un contrato de preferencia, mientras no se ejerzan, pueden ser válidos y tener efectos precarios. Pero en el momento que se ejercen, este contrato cesa en sus efectos jurídicos. Esto es interesante porque el vínculo de preferencia tal como lo hemos indicado es ajeno a su contrato, no pactado por las partes, pero tiene efectos en el mismo incluso para tornarlos ineficaces.

Entonces tenemos que los terceros ajenos al pacto de preferencia se encuentran en un estado de expectativa de subordinación de su interés, y luego en caso de que se ejerza dicho pacto, se encuentran en un estado de sujeción realizado por un tercero al segundo contrato. No obstante, como está afectado por el vínculo de preferencia, dicho segundo contrato se tornará ineficaz.

IV. EL CASO DE LA FEDERACIÓN PERUANA DE FÚTBOL: CUANDO LA PUBLICIDAD REGISTRAL ES APARIENCIA

La publicidad registral que se emana de los Registros de Personas Jurídicas si bien es declarativa (salvo en los casos de constitución de las personas jurídicas) es de utilidad para la legitimación activa o pasiva ya sea en un procedimiento administrativo, en un proceso judicial, así como en la relación que pueda tener dicha persona jurídica con terceros.

Ahora bien, esta publicidad puede ser distorsionada dado que hay situaciones que existen en el ámbito civil o comercial que ponen en cuestionamiento las titularidades en las personas jurídicas. Sin embargo, en virtud de supuestos de legitimación aparente, se da por cierto lo que informa el registro para realizar las transacciones.

No obstante ello, estas situaciones de apariencia jurídica a través del registro no siempre generan sus efectos legitimadores, dado que estos pueden cuestionarse, siendo la diligencia y buena fe elementos necesarios para su despliegue.

En el caso de los representantes de la FPF, la legitimidad actual debe de estudiarse, dado que hay documentación con decisiones vinculantes que no han llegado al registro, o si lo han hecho, lo han hecho muchos años después. Por ende, deberá analizarse si los negocios jurídicos intermedios tuvieron efectos, y si los tuvieron, si mantienen o cesan los mismos.

Todo lo indicado es relevante para determinar si actualmente la Federación puede exigir el incumplimiento de los contratos de preferencia. Para

ello, hemos tratado de revisar todos los documentos materia de comentario, pero al tener algunos carácter privado, ha sido difícil el acceso. Entonces en los casos en los que no tengamos la fuente directa, citaremos la fuente indirecta que menciona su contenido.

La FPF es una persona jurídica creada el 23 de octubre de 1922 inscrita como asociación civil sin fines de lucro en la ficha registral 19302 (14 de octubre 1996) que continúa en la partida electrónica 03000162 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral número IX.

Esta asociación si bien se encuentra afiliada a la Fédération Internationale de Football Association (en adelante, FIFA), se rige bajo el ordenamiento peruano, por lo que se encuentra vinculada con el Instituto Peruano del Deporte (en adelante, IPD)[14] el cual a partir del Decreto Legislativo 135, Ley de Organización y Funciones del Sector Educación, formó parte como organismo público descentralizado del sector público educación.

En el año 2003, entró en vigencia la Ley 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte. Esta norma tiene efecto no sólo en el deporte en general sino también en el fútbol y en la FPF. Para efectos de nuestro texto, es relevante mencionar que dicha norma establece la necesidad para el nombramiento de una nueva Junta Directiva, de la aprobación previa o reconocimiento del Consejo Directivo del IPD.

En el año 2009, se modificaron los estatutos de la FPF (título número 181698 del 16 de marzo de 2009 inscrito en el asiento A0006 por mandato del Tribunal Registral a través de la Resolución 1269-2009-SUNARP-TR-L) no estableciéndose límites para la reelección de los miembros de su junta directiva. En consecuencia, el Ministerio de Educación (MINEDU) inició un proceso contencioso administrativo (expediente 03824-2009-0-1801-SP-CA-02) teniendo entre las pretensiones la nulidad de: (i) La Resolución 1269-2009-SUNARP-TR-L; (ii) la Modificación de Estatuto de la FPF; (iii) el reconocimiento de las Juntas Directivas de la FPF; y, (iv) la inscripción Registral de la Modificación de Estatuto y las Juntas Directivas de la FPF.

En segunda instancia, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió el 13 de septiembre de 2016 declarar nula la Resolución 1269-2009-SUNARP-TR-L y la inscripción registral de la adecuación del estatuto a la Ley 28036 y de la junta directiva de la FPF que obra en el asiento A0006[15].

Uno de sus considerandos más importantes es el Octavo el cual indica:

> Que, de lo expuesto se concluye que para la inscripción en los Registros Públicos de la modificación del estatuto de la Federación Peruana de Fútbol, así como del nombramiento, renuncia y recomposición de los miembros de la Junta Directiva, constituye requisito previo la aprobación o reconocimiento del Consejo Directivo del Instituto Peruano del Deporte [...][16].

Entonces mediante Resolución 18[17], se dispuso cursar los partes judiciales para que se anule el asiento A0006, los cuales no se verificaron en el acervo documentario del registro. Es así que, se buscó su inscripción a través de solicitudes de rectificación de oficio tal cual se verifica en la resolución 1864-2021-SUNARP-TR del 24 de septiembre de 2021, lo cual fue denegado. Sin embargo, recién en el asiento A00023, se inscribió la anulación del mencionado asiento.

El 2 de febrero de 2018 se promulgó la Ley 30727, Ley de Fortalecimiento de la Federación Peruana de Fútbol, la cual declara que la FPF se rige por sus estatutos, por dicha ley, por los reglamentos y decisiones de la FIFA y de la Confederación Sudamericana de Fútbol (en adelante, CONMEBOL), que priman respecto de cualquier normativa.

Asimismo, enfatiza que la FPF es una persona jurídica de derecho privado (artículo 2[18]), que goza

[14] Este vínculo pasó de ser intenso a uno de coordinación tal cual indica el artículo 5 de la Ley 30727, Ley de fortalecimiento de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol. Artículo 5.- Relación con el IPD. La Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol mantiene un vínculo de coordinación con el Instituto Peruano del Deporte, al que le informa sobre su calendario de actividades (2018).

[15] No hemos tenido acceso a la resolución, sin embargo a través de la Resolución 339-2018-SUNARP-TR-L.

[16] Esto fue tomado en consideración por el Tribunal Registral, el cual mediante Resolución 339-2018-SUNARP-TR-L declaró nula la Resolución 1269-2009-SUNARP-TR-L.

[17] Véase a Segunda Sala Contenciosa Administrativa (2019).

[18] Artículo 2.- Autonomía

> La Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol es una persona jurídica de derecho privado, que goza de plena autonomía e independencia en materia deportiva, administrativa, económica, financiera, organizacional y de solución de controversias en los asuntos de su competencia, conforme a los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA y de la CONMEBOL (2018).

de plena autonomía e independencia en materia deportiva, administrativa, económica, financiera, organizacional y de solución de controversias en los asuntos de su competencia, conforme a los estatutos, reglamentos y decisiones de la FIFA y de la CONMEBOL.

Es importante señalar que los cambios son posteriores a los requisitos indicados en la modificación de los estatutos del año 2009, por lo que sus efectos no son retroactivos ni convalidan el asiento A00006.

Posteriormente, la asamblea de bases extraordinaria del 14 de octubre de 2019 adoptó el acuerdo de la modificación de estatuto, lo cual se inscribió en el asiento A00020, pero que fue anulado por el Tribunal Arbitral del Deporte (en adelante, TAS), por Resolución de fecha 14 de septiembre de 2021.

En el punto 4 de dicha Resolución se indica:

> Se anulan los acuerdos adoptados en la Asamblea Extraordinaria de la Federación Peruana de Fútbol del 14 de octubre de 2019, fijando la vigencia de los Estatutos anteriores de la Federación Peruana de Fútbol, desde la fecha de notificación del presente laudo.

Si se tiene en cuenta que el asiento A0006 y lo contenido en él era nulo y el TAS no se pronunció sobre el mismo, sólo hay posibilidad que al anularse el asiento A00020 se reconozca la vigencia de los estatutos de 1996, y que sólo sobre este (o su adecuación), se pueda gestionar los acuerdos posteriores.

En los asientos 24 y 25 se encuentran inscritas modificaciones de estatutos. En el primero en función de la adecuación a la Ley 28036 el cual entró en vigencia el 23 de octubre de 2021 con la precisión que señala que el IPD "[…] no tiene competencia para aprobar o reconocer los estatutos y sus modificaciones, y Juntas Directivas de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol." En este caso, se ha tratado de subsanar aquello que se inscribió en el 2009, apelando a una especie de conservación de un negocio jurídico estatutario.

Si bien esto último es creativo, el problema más importante que observo para dicha solución es que no solo nos encontramos frente a un asiento nulo sino también a un acto nulo, el cual no puede volver a tener efectos salvo que exista otra asamblea que desee regirse por reglas similares al estatuto del 2009, lo cual no quiere decir que se va a tener una vigencia ultractiva.

El asiento registral 25 bajo las reglas del ordenamiento peruano tiene un problema que acarrean la sanción de nulidad, y es que la convocatoria presentada en el título archivado 01751909-2022 indicó de forma expresa:

> SEGUNDO: LA CONVOCATORIA A LA SESIÓN DE ASAMBLEA DE BASES EXTRAORDINARIA DE FEDERACIÓN DEPORTIVA NACIONAL PERUANA DE FUTBOL DE FECHA 22 DE OCTUBRE DEL 2021, FUE EFECTUADA POR MI PERSONA Y SE REALIZÓ CONFORME A LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS TANTO POR EL ESTATUTO DE LA FEDERACIÓN DEPORTIVA NACIONAL PERUANA DE FÚTBOL DEL AÑO 2009 COMO DEL AÑO 2019 (VIGENTE PARA EFECTOS REGISTRALES) […].

Si tenemos en cuenta que el Estatuto del 2009 fue declarado nulo por el poder judicial, siendo inscrito el 22 de octubre de 2022, es decir, un día antes de la asamblea, que el artículo 2012 del Código Civil[19] señala claramente que lo indicado en el registro es conocido por todos, y que el estatuto del 2019 fue declarado nulo por el TAS, no queda dudas que la manifestación de voluntad de esta modificación de estatutos es nula.

¿Entonces, cuál es la razón por la que se pudo inscribir? El registrador realizó una calificación documental y tuvo como sendero el principio de legitimación, es decir, lo inscrito. La resolución del TAS que declaró la nulidad del asiento A00020 no fue inscrita, entonces el registrador se basó en apariencia, para poder inscribir el asiento A00025.

Debe enfatizarse que el registro no convalida nulidades, por lo que si una asamblea no forma su voluntad de forma adecuada, así incluso se inscriba, tendrá esa patología que no sólo afecta a la existencia del nuevo estatuto, sino también las relaciones con terceros.

Por todo lo indicado, de acuerdo a los documentos examinados, considero que nos encontramos en supuestos de apariencia jurídica, dado que lo inscrito respecto a los estatutos no es lo que corresponde a la realidad. En razón de ello, es necesaria una regularización y eventualmente una ratificación de actos y nombramientos, toda vez que estos tienen como fuente estatutos cuestionados. Debe tenerse en cuenta si los estatutos no tienen validez

[19] Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (1984).

ni eficacia, las facultades otorgadas y los contratos que se han celebrado pueden tener contingencias de ineficacia.

A. La titularidad de los derechos transmisión

De lo señalado en el punto anterior se puede advertir la crisis de legitimidad que existe actualmente, en especial de lo que se visualiza en la partida registral. No obstante ello, dado que la ineficacia o nulidad ronda alrededor de las manifestaciones negociales, vamos a analizar los derechos de preferencia más allá de si quien autoriza esté legitimado.

Ahora bien, la titularidad de los derechos se atribuye a la FIFA como a sus federaciones según el artículo 66.1 de los estatutos de la FIFA:

> 66.- Derechos en competiciones y actos
> 1. La FIFA, sus federaciones miembro y las confederaciones serán los propietarios originales de todos los derechos de competiciones y otros actos que emanen de sus respectivas jurisdicciones, sin restricción alguna en lo que respecta al contenido, el tiempo, el lugar o la legislación. Estos derechos incluyen, entre otros, todo tipo de derechos patrimoniales, de grabación y difusión audiovisuales, multimedia, promocionales y de comercialización y marketing, así como los derechos inmateriales tales como los derechos de marcas y los de autor [...].

Hay diversas situaciones jurídicas que se verifican en este artículo, toda vez que se menciona que las federaciones, la FIFA y las confederaciones son los propietarios originales de todo tipo de derechos patrimoniales, no prohibiendo expresamente su transferencia ni su cesión temporal ni su explotación.

El Estatuto de 1996 señala de forma expresa en su artículo 6:

> Patrimonio y rentas de la Federación
> Artículo 6.- La Federación tiene como Patrimonio Social y Rentas, el constituido por los siguientes bienes:
> [...] b) El 10% de los derechos que se cobran por televisar y/o radio difundir partidos de fútbol organizados por los Clubes, Federaciones Departamentales y la Asociación Deportiva de Fútbol profesional que se disputen en el Perú o en el extranjero [...].

El contenido de este artículo en los diferentes estatutos es muy similar (hasta el asiento A00024), siendo que autorizan a explotar económicamente los derechos y obtener un porcentaje por ellos.

De lo que tenemos conocimiento es que en ningún contrato de los derechos de transmisión participaron la FPF, los clubes de fútbol y las empresas que brindan el servicio, sino sólo que sólo participaban estos dos últimos.

La FPF si bien no suscribió los contratos de transmisión, por lo menos aceptaba su contenido dado que durante años no sólo toleró la celebración de los mismos, sino que recibía el porcentaje según lo dispuesto en el artículo 6 del estatuto no realizando cuestionamiento alguno sobre los contratos.

La FPF en su último estatuto inscrito en el asiento A00025 ha incluido nuevos artículos 77 y 78:

> Artículo 77.- Derechos
> La FPF es propietaria original de todos los derechos que emanan competiciones de fútbol asociación y de todas sus disciplinas y otros actos que se realizan en su jurisdicción sin ningún tipo de restricción respecto al contenido el tiempo el lugar o legislación. Estos derechos comprenden entre otros, toda clase de derechos de orden económico, de grabación, reproducción y difusión audiovisuales, derechos multimedia, derechos de marketing y promocionales y derechos inmateriales como los emblemas y otros derechos que emanen del derecho de propiedad intelectual.
> La Junta Directiva decidirá cómo y en qué medida se utilizarán estos derechos y sin ningún tipo de restricción.
>
> Artículo 78.- Autorización
> La FPF tiene la responsabilidad exclusiva de autorizar la distribución de imágenes, sonidos y otros datos de partidos de fútbol y actos bajo sus jurisdicciones.

Debe tenerse en cuenta que estos artículos no modifican los contratos ya celebrados, ni tiene la facultad de dejarlos sin efecto. Debe tenerse en cuenta que no tenemos conocimiento de ningún proceso que se desconozca la titularidad de los derechos de transmisión de la FPF, sino por el contrario es la FPF la que ha presentado en el Séptimo Juzgado Comercial de Lima la pretensión declarativa sobre sus derechos en el expediente 23494-2022-63.

Por todo lo indicado, tomando en consideración los documentos analizados, los derechos de transmisión nunca dejaron de pertenecer a la FPF. La modificación de los estatutos en el A00025 no cambia dicha situación. Ahora bien, esto no implica que los contratos celebrados puedan dejarse sin efecto de forma unilateral.

B. Vinculación de contratos por manifestación tácita

Nuestro Código Civil señala en su artículo 141[20] que existen dos tipos de manifestaciones: expresas o tácitas. La manifestación expresa es la que se realiza a través del lenguaje ya sea escrito o no escrito (verbal, señas, etc.), y las tácitas que refieren a comportamientos concluyentes.

Tal como indicamos en este caso no tenemos conocimiento que exista una manifestación expresa por parte de la FPF en los contratos de transmisión, pero sí tenemos en los hechos que la FPF ha recibido el porcentaje indicado en el estatuto.

Esta aceptación de dicho monto consideramos que es un comportamiento concluyente de su aceptación del contrato entre clubes y empresas de transmisión, lo cual es ratificado por una interpretación global:

> La FPF reconoce y valida los contratos firmados por los Clubes con el Consorcio Fútbol Perú (CFP) antes de la aprobación del actual Estatuto FPF y que tienen vigencia hasta el 31 de diciembre del 2025. En esa línea, la FPF mantiene su posición firme de respetar que los clubes Universitario de Deportes, C.A. Mannucci, Sport Boys y Deportivo Municipal transmitan sus partidos de local de la Liga 1 a través de la señal de GOLPERU [...] (El Comercio, 2023).

Por lo tanto, tenemos que se reconoce la validez y eficacia de dichos contratos. Si bien le ponen un plazo, estos son exigibles por las partes y son oponibles a terceros. Esto es importante preguntarnos, para saber cuál es el rol de la FPF: ¿es un tercero beneficiado o es un cedente dentro de una cesión de derechos? A fin de responder esta cuestión, es necesario partir de 2 supuestos: (i) El 10% se entrega directamente por la empresa de transmisión; y, (ii) el 10% se entrega por el club.

En el primer supuesto, toda vez que la FPF se ve beneficiada sin participación alguna en el contrato podemos interpretar dicho comportamiento bajo la figura del contrato en favor de tercero. En este caso que las partes (Clubes y empresas de transmisión) benefician parcialmente a terceros cualificados (la Federación), los cuales se someten al contenido del contrato siempre que le brinden beneficios. La celebración de una cláusula de preferencia no desvirtúa la naturaleza de este contrato a favor de terceros, dado que, si existen mejores propuestas, está obligado la parte a igualarla o mejorar las condiciones, lo cual va a ser beneficioso para el tercero cualificado.

En el segundo supuesto, consideramos que nos encontramos en una coligación contractual, en la cual tenemos primero una cesión de derechos (tácita) que se ratifica con la aceptación del abono mensual del 10% de lo obtenido en el segundo contrato de derechos de transmisión.

En este caso, los pactos de preferencia no sólo permiten una vinculación lateral (cesión y transmisión), sino que aquel permite la continuación de la prestación a través de otro contrato en ejercicio de la cláusula de preferencia.

En ambos casos, consideramos que se produce vinculación de la FPF a los contratos de transmisión de forma tácita, toda vez que este percibe el monto establecido en los estatutos, no existiendo una contra declaración que desvirtúe dicho comportamiento concluyente.

1. ¿Vinculación parcial?

Hemos indicado previamente que los contratos de transmisión son vinculantes para la FPF, quien hizo de estas diversas manifestaciones expresas sobrevenidas, una ratificación de ello.

La pregunta ahora es si la vinculación es total sobre cada una de las cláusulas del contrato, o puede existir una vinculación parcial. O en otros términos, se debe determinar si la FPF también está vinculada con las cláusulas de preferencia.

Cuando se celebra un contrato, el artículo 1359 del Código Civil[21] indica que las partes deben ponerse de acuerdo en todo, incluso en los temas secundarios, es decir la conformidad debe ser

[20] Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario (1984).

[21] Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria (1984).

total. Hay casos, en la coligación contractual, que las cláusulas no vinculan a todas las partes por la naturaleza del vínculo. Por ejemplo, en el caso del *leasing*, el contrato –que realiza el sujeto que va al banco para solicitar que se le pueda realizar leasing de una maquinaria que no puede adquirir al contado (contrato 1)– si bien se vincula por el fin con la adquisición que realiza el banco con la empresa titular de la maquinaria (contrato 2), este segundo contrato no está vinculado con el íntegro del primero.

Ahora bien, en el caso del pacto de preferencia, en principio, se realiza una vinculación sucesiva. Es decir, el primer contrato permite en el ejercicio de aquel, el nacimiento de un nuevo contrato con el mismo sujeto.

En el caso concreto, la FPF aceptó tácitamente el contrato de transmisión y este también le es vinculante en el extremo del pacto de preferencia. Si no hubiese deseado dicho efecto, podría haberse opuesto o realizado observaciones, salvo que no haya tenido acceso al contrato o no haya sido informado.

Lo dispuesto en el estatuto dispone más en función de un plano objetivo de recibir un 10% de los contratos suscritos por los clubes que por las condiciones del mismo. Si fuese un contrato a favor de tercero, se debe denotar que los beneficios objetivos siempre van a ser para el tercero (en este caso, la Federación) dado que el 10% sería del monto de los contratos y que en caso exista una mejor propuesta el ejecutante del derecho de preferencia, debería mejorarlo o al menos igualarlo.

En caso de ser una cesión de derechos, existe una autorización tácita para que sean los clubes los que negocien los derechos de transmisión, siendo la única condición que se estableció estatutariamente la exigencia del 10% de los mismos.

De no desearse la vinculación total al contrato, al momento inicial deben realizarse las observaciones, y no al final pretender desconocer el contenido de los contratos. Por lo que nos encontramos en contratos que son vinculantes para las partes, clubes y empresas de transmisión, en los cuales la FPF por años ha brindado su consentimiento no haciendo reserva alguna, siendo las cláusulas de preferencia vinculantes tanto para las partes como para la FPF.[22]

2. La cláusula de preferencia: ¿Puede inducirse a su incumplimiento?

Si ya hemos señalado que existen contratos vinculantes para la FPF, y que estos se extienden incluso hasta la cláusulas de preferencia, esto no se desvirtuó por la modificación de estatutos en el asiento A00025 dado que los contratos fueron suscritos con anterioridad.

Lo cierto es que las cláusulas vinculan, y salvo que deseen incumplirse e indemnizar por ello, lo regulado por estos contratos deben de cumplirse. A continuación vamos a analizar en primer lugar si estas cláusulas pueden ser perpetuas. Luego se debe analizar si existe posibilidad de subrogación en los contratos. Y finalmente, se verifica quienes serían los llamados a responder por el incumplimiento.

¿Estas cláusulas vinculan siempre de forma perpetua? Considero que no, por lo que su duración inicialmente es lo que determinen las partes. Por tanto, puede indicarse en el contrato que la cláusula se puede ejercer al finalizar, o también que la misma se pueda ejercer tantas veces se renueven.

En estos casos, el beneficio será para el acreedor toda vez que el ejercicio de la preferencia implica una mejora o por lo menos igualar una mejor oferta, por lo que siempre estará en mejores condiciones.

Los medios de extinción de la preferencia, los podemos encontrar en la manifestación de voluntad del propio beneficiario a través de la renuncia, o el no ejercicio dentro del plazo, por lo que la misma caduca. Asimismo, en la creación de una nueva relación obligatoria que prescinda del pacto de preferencia, y que sustituya la originaria (novación) es otra forma de extinción.

Ahora bien, en las cláusulas de preferencia de satisfacción, he adelantado que puede ejercerse la subrogación de los contratos, dejando a los contratos celebrados con terceros ineficaces. No obstante ello, si bien existe esta posibilidad, según el modelo que propone actualmente la FPF, no podrá aplicarse la subrogación.

[22] Existen casos que normativamente se han prohibido estas cláusulas de preferencia en concordancia con el artículo 882 del Código Civil cual no es aplicable a nuestro caso.

Artículo 1582.- Puede integrar la compraventa cualquier pacto lícito, con excepción de los siguientes, que son nulos:

[...]

2. El pacto de preferencia, en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

La subrogación implica que el que ejerce el derecho de preferencia pueda hacer prevalecer su contrato sobre el celebrado con otros, por lo que los celebrados con terceros se dejarán sin efectos. Ahora bien, ¿qué sucede si las condiciones para la subrogación no son posibles?

La FPF ha propuesto un modelo al que denomina asociativo. Es decir, los contratos ya no serán individuales con cada club, sino que será uno solo entre la FPF y una empresa de transmisión, por lo que los diferentes clubes de fútbol recibirán un porcentaje.

Este tipo de contrato no permite algún supuesto de subrogación, dado que es un tipo contractual distinto, y no puede verificarse ex ante cuáles son las condiciones a mejorar. Por ende, esto imposibilita tanto la subrogación, como evidentemente el cumplimiento.

¿Quién es responsable del incumplimiento? Si los contratos de transmisión fueron entre clubes y una empresa dedicada a ello, el incumplimiento sólo puede ser atribuido a las partes. No obstante ello, es la FPF la que desconoce los contratos en ejercicio de las cláusulas de preferencia, conminando de forma expresa[23] a que incumplan dicho contrato, como por ejemplo la modificación en pleno desarrollo del campeonato de los artículos 158[24] y 171[25] del reglamento de la Liga 1 Betsson, edición 2023, mediante el cual sancionan que no se permita ingreso y transmisión de otra empresa con la cual los clubes no han celebrado contrato alguno (Federación Peruana de Fútbol, 2023).

Toda vez que he indicado que la FPF está vinculada a la preferencia, y es esta la que exige el incumplimiento del contrato, considero que estamos frente a un supuesto de ruptura de nexo causal por hecho determinante de tercero. Por lo que la responsabilidad civil se va a trasladar a la FPF.

¿Las penalidades también se pueden trasladar? Considero que no. Las penalidades son aplicables sólo para los sujetos que suscribieron el contrato, no considero que pueda aplicarse para los terceros. ¿Por qué la preferencia sí puede aplicarse a terceros y las penalidades no? En el caso de los pactos de preferencia van de la mano con mejoras en los contratos, por lo que el tercero va a ser beneficiado con mejores condiciones en caso de ejercerse. En cambio, las penalidades son sanciones que requieren expresamente el consentimiento de las partes, no pudiéndose trasladar a sujetos que no han suscrito el contrato.

No obstante ello, lo que sancione por penalidades, puede trasladarse bajo supuestos de la responsabilidad civil una vez ejecutadas las mismas, toda vez que implicarán la generación de daños y perjuicios.

V. CONCLUSIONES

- Los pactos de preferencia de satisfacción pueden hacer uso de la facultad de subrogación que están pensados en los pactos de adquisición.

- La situación registral de la FPF es más de apariencia que de legitimación, siendo que actualmente bajo la legislación peruana los estatutos válidos y eficaces son los de 1996.

- La FPF ha dado su consentimiento para la celebración de los contratos de transmisión entre los clubes y la empresa que se dedica a este rubro, siendo vinculante todo el contrato en lo que corresponde.

- En caso la FPF impida el cumplimiento del contrato renovado, los clubes podrán alegar ruptura del nexo causal a fin de trasladar el costo del daño a la FPF. Ahora bien, lo que no se puede trasladar es la penalidad como tal, salvo en vía de responsabilidad civil por las consecuencias de la ejecución de la penalidad.

REFERENCIAS

Equipo Editorial del diario El Comercio. (16 de enero de 2023). El comunicado de la FPF sobre los derechos de TV: se mantienen firmes en su posición. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/deporte-total/futbol-peruano/fpf-sobre-derechos-de-tv-universitario-y-los-clubes-que-si-pueden-transmitir-sus-partidos-por-golperu-noticia/

[23] Aquella conminación se dio a través de un comunicado público titulado “Comunicado sobre modificaciones al reglamento de la Liga 1 Betsson 2023” emitido el 06 de marzo de 2023 por la Liga de Fútbol Profesional (LPF).

[24] Artículo 158.- Responsabilidad de los clubes para la transmisión de los partidos [...] (2023).

[25] Artículo 171.- Multas

171.1. La escala de multas para las diversas infracciones establecidas en el presente reglamento serán las siguientes: [...] (2023).

Gierke, O. (1896). Deutsches Privatrecht. En B. Karl (ed.), *Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft*. Leipzig, Duncker & Humblot.

Lopez Alarcón, M. (1960). *El Derecho de Preferencia*. Universidad de Murcia.

Sohm, R. (1923). Die Subjektiven Rechte in Deutsche Bürgerlichen Gesetzbuch. En C.F. von Gerber & *R. Jhering* (coords.)*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* (p. 28). Fischer.

Zitelmann, E. (1906). *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Decreto Legislativo 135, Ley de Organización y Funciones del Sector Educación Diario Oficial *El Peruano*, 12 de junio 1991 (Perú).

Ley 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de junio de 1997 (Perú).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1997 (Perú).

Ley 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de julio de 2003 (Perú).

Ley 30727, Ley de Fortalecimiento de la Federación Peruana de Fútbol, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de enero 2018 (Perú).

Resolución 1269-2009-SUNARP-TR-L, 14 de agosto de 2009 (Perú).

Resolución 339-2018-SUNARP-TR-L, 13 de febrero de 2018 (Perú).

Segunda Sala Contenciosa Administrativa, 11 de 2019, Resolución 18, Expediente 03824-2009-0-1801-SP-CA-02 (Perú).

Séptimo Juzgado Comercial de Lima, 16 de diciembre de 2022, Expediente 23494-2022-63 (Perú).

10.18800/themis.202301.020

EL DERECHO Y LA IMPORTANCIA DE SU DIMENSIÓN FORMAL

LAW AND THE IMPORTANCE OF ITS FORMAL DIMENSION

Félix Francisco Morales Luna*
Pontificia Universidad Católica del Perú

This article highlights the importance of the formal dimension of legal systems for the full realization of the purposes of Law in a society, in view of the changes they have undergone due to the process of their constitutionalization. Based on the systemic theory of life, which highlights the form and pattern of organization of living beings, and projecting it to social systems, Law is presented as an emergent property of social systems, defined from its forms, on which its effectiveness depends.

From this theoretical framework, it also analyzes the change of paradigm in the theories of Law and suggests that the identity of legal positivism must be reconstructed around the formal dimension of legal systems to maintain its validity in current debates.

Finally, a reflection on the moral commitment of the jurist to the forms and procedures of the legal system with which he works is included.

Keywords: Systemic vision of life; autopoiesis; formal dimension; legal positivism.

Este artículo destaca la importancia de la dimensión formal de los sistemas jurídicos para la plena realización de los fines del Derecho en una sociedad, a propósito de los cambios que han sufrido por el proceso de su constitucionalización. Apoyándose en la teoría sistémica de la vida, que destaca la forma y el patrón de organización de los seres vivos, y proyectándola a los sistemas sociales, se presenta al derecho como una propiedad emergente de los sistemas sociales, definido desde sus formas, de las que depende su eficacia.

Desde este marco teórico, además, se analiza el cambio de paradigma en las teorías del derecho y se sugiere que la identidad del positivismo jurídico debe ser reconstruida en torno a la dimensión formal de los sistemas jurídicos para mantener su vigencia en los debates actuales.

Se incluye, finalmente, una reflexión sobre el compromiso moral del jurista con las formas y procedimientos del sistema jurídico con el que trabaja.

Palabras clave: Visión sistémica de la vida; autopoiesis; dimensión formal; positivismo jurídico.

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante (Alicante, España). Docente del curso Introducción a las Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho de la PUCP (Lima, Perú). Contacto: fmorales@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 16 de febrero de 2023, y aceptado por el mismo el 17 de abril de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los ordenamientos jurídicos de raíz romano-germánica han experimentado una serie de transformaciones resumidas en torno al proceso denominado constitucionalismo; entendiendo por ello a la consolidación de la Constitución como norma suprema y efectiva de los sistemas jurídicos y, con ello, la relevancia de la dimensión moral de tales sistemas en la forma de principios y derechos constitucionales. Se trata de un proceso trascendental, que algunos estudiosos no dudan en considerar un cambio de paradigma, definido por la crisis y superación del positivismo jurídico y que, además de los desafíos que supone para quienes se desempeñan en la práctica jurídica de tales sistemas normativos, constituyen un inmejorable escenario de estudio en relación con la naturaleza del derecho.

En el trasfondo de este proceso subyace el problema radical de la filosofía jurídica: la relación entre el derecho y la moral, expresada en esta coyuntura como la tensión entre la dimensión formal (autoritativa, institucional y procedimental) y material (valorativa y sustantiva) de los sistemas jurídicos. El pulso entre ambas almas del derecho, que desde la consolidación del positivismo jurídico y su distintiva tesis de la separación entre el derecho y la moral se había definido a favor de la dimensión autoritativa, hoy ha tenido un giro que, en las versiones moderadas, ha equilibrado la relación o, en las más extremas, la ha invertido. Quienes promueven esta transformación destacan que con ella se supera la eventual injusticia en que podrían sucumbir los sistemas normativos que solo se basen en la autoridad, introduciendo elementos valorativos y criterios de corrección al modo como se puede ejercer el poder y las competencias jurídicas. Sus críticos, por el contrario, recelan de las bondades que implicaría el cambio y temen, más bien, que los nuevos elementos socaven y, eventualmente, superen elementos importantes y hasta definitorios del derecho.

Los mencionados cambios en nuestras prácticas jurídicas han impactado directamente en las formas del derecho, hasta ahora definidas en torno a la centralidad del Estado, su soberanía y la sistematización de las normas emanadas desde sus autoridades. Sin embargo, el encumbramiento de los derechos fundamentales, como la razón de ser de los Estados constitucionales y de sus respectivos sistemas jurídicos, altera por completo esta imagen. Se trata de un nuevo y supremo marco normativo que desborda lo estatal y la idea de soberanía, para situarnos en una práctica más parecida a un derecho común, de difícil sistematización, al menos desde las formas en las que nos reconocíamos desde la teoría positivista.

Aunque en este nuevo escenario resulten inciertas las nuevas formas que tiene el derecho, seguidamente aportaré argumentos orientados a recordarnos la importancia de las formas en el derecho, principalmente, concretadas en torno a su dimensión procedimental. Para ello, apelaré a un nuevo marco teórico con categorías ulteriores a lo jurídico, y, por ello, inusuales en las reflexiones de los juristas. Se trata de categorías que se remontan a los paradigmas científicos y a la comprensión de lo vivo: la denominada visión sistémica de la vida[1]. Tales argumentos destacarán la importancia de las formas para los seres vivos y, por extensión, para los sistemas que los alojan, entre ellos, los sistemas jurídicos.

Así, apoyado en la teoría sistémica de la vida, sostendré que, si las formas son indispensables para la vida y si el derecho está asociado a necesidades vitales de los seres humanos, entonces sus formas serán determinantes para que el derecho logre sus fines sociales. Será un recorrido extenso y que, por apelar a categorías no jurídicas, temo que su alcance sea solamente aproximativo. Por ello, pido un poco de paciencia, pues, aunque el punto de partida sea uno muy alejado y a primera vista inconexo con el derecho, confío en que todo vaya cobrando sentido a medida en que avance con la explicación.

Este recorrido se iniciará con la presentación de la teoría sistémica de la vida, paradigma que define lo vivo en función de un cierto patrón de organización, visión que intentaré aplicar a los sistemas sociales, que me permita presentar al derecho como una propiedad emergente de los sistemas sociales. Con base en lo anterior, ofreceré una reconstrucción del derecho en torno a la teoría sistémica destacando la importancia de su dimensión formal. Seguidamente, relacionaré la identidad del positivismo jurídico con la defensa de la dimensión formal del derecho, lo que me permitirá sugerir que la identidad del positivismo jurídico debería ser reconstruida en torno a este aspecto de lo jurídico para mantener su vigencia en los debates

[1] El análisis del Derecho desde la teoría de la vida de Maturana y Varela, principalmente desde la idea de autopoiesis, no es nuevo, aunque sí infrecuente. Al respecto, véase los textos de Neves, 'De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho' (1996), y Teubner, 'Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society' (1998). Es más difundido el análisis del Derecho desde la idea de la autopoiesis social, principalmente desarrollada por Luhmann, concibiendo a la sociedad como un sistema de comunicaciones. En este texto la teoría del Derecho de Luhmann será caracterizada desde la presentación que de ella hace García Amado (1997).

actuales en el derecho. Finalizaré este recorrido destacando el compromiso moral del jurista con las formas y procedimientos del sistema jurídico con el que trabaja.

II. LA VISIÓN SISTÉMICA DE LA VIDA

Los grandes problemas de nivel planetario que enfrenta la humanidad, como el cambio climático, las crisis humanitarias, la seguridad alimentaria, la gestión de los recursos energéticos, la deforestación de los bosques, las epidemias, etc., no pueden ni deben ser comprendidos de manera aislada, sino que han de ser vistos como interconectados e interdependientes. La complejidad de estos problemas requiere verlos como distintas manifestaciones de una sola gran crisis; una crisis sistémica. Esto ha impulsado un cambio de paradigma en la ciencia, orientada a pasar de atender en aislado cada parte de un problema, para fijarse en el todo (Capra & Luisi, 2014, p. 11).

La tensión entre las partes y el todo define dos maneras de ver las cosas en el mundo. El énfasis sobre las partes determina una perspectiva mecanicista, reduccionista o atomista, y es el modelo que ha inspirado la ciencia tradicional. El nuevo paradigma, por el contrario, centra su atención en lo vivo, en un interés denominado holístico, organicista o sistémico. En el modelo de ciencia clásico, el ideal consiste en alcanzar la certidumbre, descubrir lo inmutable, permanente e intemporal, más allá de las apariencias de cambio. Esta visión cuantitativa de lo existente determinó el éxito de la física, a partir de su capacidad para explicar, predecir y actuar sobre los fenómenos naturales, y sobre ella se construyó el objetivismo de la modernidad. Sin embargo, el horizonte de esta agenda de conocimiento es finito, pues llegará el punto en que se conozcan todas las regularidades de los fenómenos naturales.

Los logros basados en este modelo de ciencia clásico son indudables y están reflejados en el desarrollo tecnológico que extendió nuestro conocimiento desde el mundo microscópico hasta la exploración espacial. Sin embargo, si algo queda fuera de la ciencia tradicional es la complejidad de lo vivo, asociada al devenir, a lo espontáneo y variable, al alejamiento del equilibrio; en suma, al caos, que no es apto para construir con base en él algún conocimiento cierto y estable, ya que está asociado al desorden y a lo imprevisible (Prigogine, 1997, p. 15). La consideración científica del caos exigiría reformular las leyes de la naturaleza, generando así una nueva coherencia, pero ya no de leyes absolutas e inmutables, sino de un orden basado en sucesos que, apreciados en una gran escala estadística, revelen una nueva simetría, acogiendo la emergencia de lo nuevo. Entonces, el orden actuaría junto con el desorden, introduciendo desequilibrios, cambios, adaptaciones y un nuevo orden que, contrastado con un nuevo desorden, replicará el proceso (Prigogine, 1997, pp. 8-10).

En este contexto, cobra particular interés las investigaciones de Ilya Prigogine, quien obtuvo el Premio Nobel de Química en 1977 por estudiar el modo como ciertas estructuras moleculares eran capaces de autoorganizarse en situaciones alejadas del equilibrio termodinámico[2]. Contra lo que asumía la termodinámica clásica, que asociaba disipación de energía con pérdida, las estructuras estudiadas por Prigogine demostraron que, en los sistemas abiertos alejados del equilibrio termodinámico, la disipación es una fuente de orden[3].

Sus investigaciones permitieron desarrollar una nueva termodinámica que describiera el fenómeno de la autoorganización en sistemas alejados del equilibrio: las denominadas estructuras disipativas. Estos sistemas, ante un incremento sostenido del flujo de materia y energía, pueden llegar a evolucionar, transformando sus estructuras iniciales por unas nuevas de incrementada complejidad. Se trata de un sistema que se ordena a partir del desorden; es un orden generado desde el ruido (Capra, 2012, pp. 102-107).

Todo lo anterior resulta relevante para una mejor comprensión de los sistemas vivos, en tanto sistemas que mantienen el orden en su interior sin que crezca la entropía. Esto, incluso, obliga a replantearse qué define lo vivo. La amplitud y complejidad de esta pregunta impide lograr una respuesta universalmente aceptada, por lo que una mejor

[2] La obra de Prigogine, aunque referida a temas complejos y de difícil comprensión para legos en la ciencia, cuenta con algunos textos de divulgación orientados al público en general, como los que citan en la bibliografía. En este texto me basaré en la presentación que realiza Capra (2012) de su teoría.

[3] Prigogine se ocupó del fenómeno de la convección térmica conocido como la **inestabilidad de Bénard**, en el que el calentamiento de una fina capa de líquido originaba la aparición de estructuras extrañamente ordenadas. Con ello, demostró que, a medida que el sistema se alejaba del equilibrio termodinámico (determinado, en este caso, por el incremento progresivo de la temperatura a la que se expone el líquido) y alcanzaba un punto crítico de inestabilidad, aparecía un sorprendente patrón ordenado de células hexagonales, semejante a las colmenas, el cual permitía que el líquido caliente ascendiera por el centro de las células, mientras que el líquido más frío descendía por las paredes de las mismas (Prigogine, 1997).

estrategia podría ser la sugerida por Luisi, quien apunta a explicitar lo que intuitivamente asociamos a lo vivo. Tras descartar una serie de elementos para dicha definición, concluye que todos los seres vivos, y solo ellos, consumen energía para mantenerse y regenerar, desde dentro, su propia estructura (Luisi, 2010). En sus términos: "se puede decir que un sistema está vivo si es capaz de transformar materia/energía externa en un proceso interno de auto mantenimiento y producción de sus propios componentes" (Luisi, 2010, pp. 50-52).

Así, desde una perspectiva biológica y fenomenológica, la pregunta por aquello que caracteriza y distingue lo vivo se asocia a lo que Humberto Maturana y Francisco Varela han denominado autopoiesis y que etimológicamente equivale a 'hacerse a sí mismo' (Capra & Luisi, 2014, p. 129). De acuerdo con este planteamiento, la principal característica de la vida es el automantenimiento del organismo a partir de una red interna de sistemas en el que tienen lugar continuas transformaciones químicas que permiten la regeneración de sus componentes, dentro de unos límites establecidos por el propio organismo; es decir, que "la vida es una factoría que se hace a sí misma desde dentro" (Capra & Luisi, 2014, p. 132).

Al ser aplicada a la vida, la visión sistémica implica mirar al organismo vivo en la totalidad de sus interacciones mutuas. Si bien los organismos vivos están hechos de compuestos, como átomos, moléculas o células, la vida es definitivamente 'algo más', algo inmanente e irreducible, que estaría determinado por el patrón de organización del organismo. De esta manera, si tomamos en cuenta, por ejemplo, la estructura de un microorganismo, apreciaremos un patrón que resulta distintivo; se trata del patrón ordenado en forma de red. Su importancia es tal que, dice Capra, "si vemos vida, vemos redes" (2012, p. 100).

Si algo distingue un sistema reticular es su no linealidad, pues, desde cada nodo, la red no sigue hacia alguna dirección señalada, sino que avanza hacia distintas direcciones, de tal forma que la ubicación en alguno de sus nodos, antes que determinar un sentido necesario de avance, ofrece distintas posibilidades de movimiento. Esto permite que todos los estímulos que ingresan y se propagan por el circuito estén en relación y afectación continua; es decir, que desde cualquier punto de la red se puede afectar a la red en su totalidad y viceversa. Esto garantiza la retroalimentación y, con ello, la autorregulación y conservación del sistema (Capra, 2012, p. 100; Capra & Luisi, 2014, p. 130).

Esta capacidad de autoconservación es posible, sobre todo, debido a que todo organismo vivo está alojado dentro de los límites que define una membrana esférica semipermeable que él mismo se construye y que actúa como una frontera que lo discrimina del mundo externo que desde entonces le rodea. Internamente, se verifican múltiples y complejas interacciones y transformaciones constantemente retroalimentadas, pero la identidad del organismo se preserva en los límites definidos por su membrana. Esta selecciona, mediante un reconocimiento químico, qué es lo que puede ingresar, atravesándola, pues será útil para el funcionamiento celular, y qué no (Capra & Luisi, 2014, p. 130).

En esta línea, todo organismo vivo es un sistema operacionalmente cerrado, pues no necesita ninguna información provista por el mundo externo para ser lo que es, sino que todo ello depende de las propiedades con las que cuenta o que pueden surgir de su propio conjunto. Por ello, es autónomo en relación con el ambiente que le rodea.

No obstante, es dependiente de los materiales que se encuentran en el exterior de su membrana para poder sobrevivir, tomando materia y energía, y expulsando desechos. En consecuencia, no es autárquico en relación con su medio. Así, la vida de un organismo no se encuentra en una situación de equilibrio en relación con su entorno, sino que el estado vital requiere situarse lejos del equilibrio termodinámico, generándose flujos continuos de energía, permitiéndole construir y mantener su propio orden (Capra & Luisi, 2014, p. 134).

Este organismo interactúa 'cognitivamente' con el ambiente, al punto que 'crea' él mismo su propio ambiente a través de una serie de interacciones que se han producido durante una recíproca evolución. No hay, pues, un ambiente aislado, porque así como no hay un organismo sin entorno, no hay entorno sin algún organismo que lo conforme; cada uno crea al otro recíprocamente (Capra & Luisi, 2014, p. 141). La interacción que el organismo mantiene con el entorno está estructuralmente determinada, es decir, que la organización interna del organismo vivo determina las posibilidades y límites en las que ésta puede tener lugar.

De lo expuesto, para la comprensión de lo vivo, la autopoiesis es necesaria, pero no suficiente. La vida se representa, más propiamente, como una trilogía donde la estructura orgánica viviente interactúa con el entorno mediante un proceso cognitivo que es el resultado de la evolución. Así, unidad autopoiética, entorno y cognición constituyen la denominada 'trilogía de la vida' (Capra & Luisi, 2014, pp. 141-143).

¿Qué relación puede tener esta información referida a la conformación de los seres vivos con la so-

ciedad y, más aún, con el derecho? Consideremos que, en el nivel específico de los seres humanos, las interacciones entre organismos y sus entornos incluye tanto las interacciones de los humanos con la naturaleza, como las interacciones de los humanos entre sí. Lo primero nos sitúa en un escenario integrador de lo vivo y lo no vivo en un todo sistémico. Lo segundo, nos sitúa en el escenario de la denominada autopoiesis social (Neves, 1996, pp. 403-408).

En efecto, así como los sistemas vivos interactúan articuladamente con otros sistemas, orgánicos o no, en una gran trama reticular de vida de alcance planetario, los seres humanos recrean en sus propios entornos sociales y culturales los rasgos análogos de la autoorganización de los seres vivientes. Tales entornos humanos tienden a reproducir en su composición (no por necesidad, sino por funcionalidad) una propia autoorganización que los haga sostenibles y apropiados para la autopoiesis de los sistemas que alojan. Así, los sistemas sociales humanos no solo existen integrados en un ámbito físico, sino también simbólico o cultural; es decir, que se integran en redes sociales que les proveen de un entorno vital tan determinante como lo es su entorno natural.

Un autor relevante para la comprensión de esta idea es Niklas Luhmann, para quien la sociedad puede caracterizarse como una red autopoiética basada en las comunicaciones (Capra & Luisi, 2014, pp. 136-137). Desde esta perspectiva, los sistemas sociales exhiben los mismos principios generales que los sistemas biológicos, entre ellos, un acoplamiento estructural organizado mediante reglas internas, las cuales no solo constituyen la red misma del sistema, sino que también definen su frontera, que en este caso se trata de límites culturales. Al igual que los sistemas orgánicos, los sistemas sociales necesitan sostenerse a sí mismos de un modo estable, pero dinámico; permitiendo a nuevos miembros, materiales o ideas, entrar a su estructura y ser parte del sistema, sin alterar su identidad. En este proceso, tales nuevos elementos son afectados o transformados por la organización interna del sistema, es decir, por sus reglas (Capra & Luisi, 2014, pp. 136-137).

III. LA SOCIEDAD COMO UN SISTEMA AUTOPOIÉTICO

¿Cómo es posible el orden social? Se pregunta Niklas Luhmann, como punto de partida a su teoría de los sistemas sociales y que, en misma línea de la visión sistémica de la vida (en algún momento su obra se vio influida por los trabajos de Maturana y Varela), caracteriza a las sociedades como sistemas autopoiéticos, que replican en sus formas y función a los análogos sistemas que se presentan en la naturaleza, integrándose a la ya presentada trama de la vida. En su teoría, el surgimiento del orden social está signado por dos conceptos estrechamente relacionados: la complejidad y la doble contingencia. Seguiré en este punto la explicación que ofrece García Amado (1997) de la teoría de Luhmann.

La contingencia está determinada por el conjunto de todos los sucesos posibles. En un inicio, estamos ante un escenario de posibilidades, donde nada está determinado causalmente de modo inevitable. Es el caos, a la espera de un criterio de ordenación que lo transforme en cosmos. Únicamente con la introducción de alguna forma de orden se habría sentado las bases para establecer un criterio de prelación en medio de la complejidad que permita afirmar como real alguno de los mundos posibles. En este sentido, para Luhmann, la reducción de la complejidad es el origen de todo orden, de toda interacción social y, por lo tanto, el motor de la evolución de los sistemas sociales (García Amado, 1997, p. 105).

En este escenario de complejidad se plantea el problema de la doble contingencia, determinado por la hipótesis de un primer contacto entre dos individuos en un trasfondo de complejidad aún no reducida. No hay hasta entonces alguna pauta que les oriente cómo actuar ni qué esperar de la actuación del otro. Solo se puede esperar lo inesperado. Donde todo es contingente y posible, todo se torna imprevisible. No hay expectativas ni comunicación (García Amado, 1997, p. 106).

Este angustioso encuentro, definido por la paralizante complejidad, es la génesis del propio orden, el cual surge una vez que alguno de los individuos en la escena haga algo. Tal primer acto implica ya una elección que será tomada como referencia. Se habrá elegido algo entre todo lo que era posible, extendiéndose una oferta implícita estructurada en clave binaria: atenerse o no a lo elegido. Surgió así la comunicación, empezando a generarse expectativas compartidas, que es el componente central de toda estructura social (García Amado, 1997, pp. 107-108).

Se ha dado así el primer gran paso en el proceso de reducción de la complejidad que es lo que hace posible la interrelación social. Sin embargo, será necesario ulteriores y sucesivas acotaciones de lo que aún es posible en ese sistema social, sobre todo ante el incremento del número de personas en el mismo y la multiplicidad de sus comunicaciones y posibles comportamientos. Tal entropía es fuente de un nuevo orden con la generación de nuevos sistemas, que serán subsistemas del sistema social que le sirve de entorno, pero sin dejar

de ser autónomos debido a la función específica por la que surgen y de la que se ocupan (García Amado, 1997, p. 116).

Cada sistema cuenta con un sentido, entendido como un criterio selectivo en forma binaria, por el cual cada elemento de la realidad deba ser atribuido al sistema (dentro) o a su medio (fuera), sin que quepa una tercera opción. Este criterio es contingente, mudable, imprevisible y fruto de concatenaciones azarosas (García Amado, 1997, p. 122). Solo con la reducción de complejidad que supone la constitución del nuevo sistema se consigue la estabilización de expectativas. El diseño estructural de cada sistema depende del modo como se oriente a conseguir que una comunicación siga a otra según un cierto orden o esquema, y con el cual hacerlas previsibles. Así, estas estructuras expresan las expectativas relacionadas con las comunicaciones de las que se ocupan.

Desde entonces, y en relación con las comunicaciones que caen en su ámbito, cada persona sabe qué se espera de ella y qué puede esperar de los demás. Para asegurar la estabilidad del sistema, estas expectativas han de ser generales, compartidas e intercambiables, debiendo sustraerse a las peculiaridades de cada situación individual. Además, la no linealidad de sus estructuras permite la recreación constante de los elementos que caen en su ámbito. Así, a cada comunicación en un sistema no le sigue una comunicación idéntica, sino una nueva comunicación, que enlaza con el sentido comunicativo que define el sistema, constantemente actualizado a partir de las comunicaciones anteriores que han acontecido dentro de él (García Amado, 1997, p. 133).

Finalmente, es necesario destacar que todo sistema social es operacionalmente cerrado, lo cual, paradójicamente, es condición de su apertura al medio (García Amado, 1997, p. 135). En efecto, el sistema puede relacionarse con su medio solo si previamente ha establecido él mismo la forma de dicha relación. La identidad y continuidad de un sistema exige compatibilizar su independencia en relación con su función, con su dependencia del modo como los sistemas restantes realizan sus propias funciones (García Amado, 1997, p. 137). El propio sistema selecciona los datos que recibe del medio, reduciéndolo a un estado simple que permita expresarlo en término de afirmación o negación para su admisión en el sistema (García Amado, 1997, p. 139). Así, el sistema es cerrado, en tanto que selecciona los datos que considera relevantes y, también, abierto, pues funciona a partir de datos provenientes del medio. Con base en este marco teórico, es posible referirnos ahora al derecho.

IV. EL DERECHO COMO UNA PROPIEDAD EMERGENTE DEL SISTEMA SOCIAL

La necesidad de que la vida en sociedad cuente con un sistema jurídico, en continuidad con el orden social, está expresada en el aforismo *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo, ubi homo, ibi ius*. El hecho de que una sociedad cuente con derecho reduce la complejidad en un área determinante para la supervivencia y surge como una propiedad emergente del sistema social.

El surgimiento del derecho en una sociedad no suele ser abordado por los juristas, quienes, recuerda Jori, despliegan con solvencia sus conocimientos, pero una vez situados en un sistema jurídico concreto, cuyas normas estudia y aplica, aunque sin saber cómo llegaron ahí (2010, p. 53). No obstante, si atendemos a relatos que pretenden reconstruir el surgimiento de un orden jurídico, advertiremos la simetría entre su emergencia y el aumento de la complejidad de las estructuras de autoorganización en sistemas en crecimiento y evolución.

Así, a la reconstrucción que sugiere Luhmman, del surgimiento de un orden social y un subsistema jurídico, cabría añadir otros relatos. Una primera referencia la podemos ubicar en la antropología jurídica, la cual, asumiendo lo jurídico como una propiedad emergente y gradual de los sistemas sociales, logra identificar la sucesiva aparición de las instituciones legales, en una secuencia de creciente complejidad. Lo jurídico, entonces, se revela como algo graduable, pues su complejidad se ve incrementada según el crecimiento de dicha sociedad, que demanda una mayor sofisticación de las estructuras de tal sistema.

En esta línea, un sistema jurídico, en un primer grado, solo contendría mecanismos de mediación o de heterocomposición de conflictos. En un segundo grado, se cuenta con la presencia de tribunales cuyas decisiones, a diferencia de las del mediador, son vinculantes. En el tercer grado, se cuenta con una fuerza coactiva (policía) que respalda el cumplimiento efectivo de las decisiones de los tribunales. En un cuarto más, se cuenta con la presencia de un cuerpo técnico especializado en el conocimiento e interpretación de las decisiones vinculantes, es decir, juristas y abogados. En un quinto grado, surge la legislación, y así sucesivamente (Luhmman, citado en Atienza, 2001, pp. 29-30).

En la anterior secuencia podríamos añadir la división entre las distintas áreas del derecho, que conllevan especializaciones temáticas (por ejemplo, civil, penal, laboral, tributario, etc.), las cuales pueden verse como subsistemas de aquel sistema jurídico. A esto habría que añadir la necesaria ar-

ticulación que debe mediar entre las normas estatales con las originadas en otros ámbitos, como las normas del derecho internacional o el derecho consuetudinario. El sistema jurídico, por lo tanto, llega a ser un complejo sistema que integra y articula otros sistemas normativos. La realización de su función en la sociedad dependerá del modo como pueda gestionar esta complejidad.

Sin embargo, hay algo que identifica y distingue a todo derecho al margen de su sofisticación estructural, que tiene que ver con su función; es decir, con la reducción de complejidad social de la que se ocupa. Si algo resulta esencial al derecho es que se trata de "una empresa colectiva que sirve para regular de algún modo los conflictos más agudos y vitales, mediante un conjunto de reglas" (Jori, 2010, p. 24) [traducción libre][4]. En términos de Luhmann, "consiste en la utilización de perspectivas conflictuales para la formación y reproducción de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social" (citado en García Amado, 1997, p. 169). Sin embargo, aclara este último autor, el derecho no es un medio para evitar conflictos, sino para anticiparlos, prepararlos y encausarlos.

Es interesante este planteamiento, pues presenta al derecho de un modo mucho más cercano al entorno físico y social del que emerge y en el que se despliega en complejidad a medida que la sobrecarga de expectativas requiere una canalización cada vez más eficiente y sofisticada, hasta llegar a los diseños estatales de un aparato judicial y legislativo. Solemos situarnos directamente en el escenario estatal moderno y desatender formas mucho menos complejas del mismo fenómeno. Curiosamente, los rasgos que asumimos como esenciales en toda idea del derecho (legislación y coacción) no aparecen, sino en estadios intermedios o avanzados de esta progresión emergente.

Esta explicación guarda relación con la descripción que realiza Austin, y que recuerda Bobbio, de lo que considera la ley histórica que determinó la formación del derecho en la sociedad y que se desplegó en las siguientes seis fases:

> a) la primera fase está representada por la **moralidad positiva**: se trata de una fase prejurídica, porque no existe todavía auténticas normas de derecho, sino solamente normas consuetudinarias. Posteriormente existen tres fases de desarrollo **de Derecho judicial**, que son:
> b) primero, los jueces acogen y hacen valer como Derecho las mismas normas de la moralidad positiva (Derecho judicial con fundamento consuetudinario);
> c) posteriormente, los jueces integran las normas de la costumbre transformadas en Derecho con otras normas elaboradas por ellos en base al principio de analogía (Derecho judicial con fundamento consuetudinario);
> d) por último, los jueces crean ellos mismos el Derecho teniendo en cuenta sus propios criterios de valoración (creación judicial del Derecho). En este punto aparece **el Derecho legislativo**, que se desarrolla a través de dos fases:
> e) primero, el Derecho legislativo emana de forma ocasional, para integrar al judicial en materias concretas;
> f) finalmente, la ley se convierte en la única fuente de producción del Derecho y regula sistemáticamente, con normas generales y abstractas, todas las relaciones sociales: es decir, la legislación culmina en la **codificación** (Austin citado en Bobbio, 1998, p. 124) [el énfasis es nuestro].

Esta misma lógica es la que expresa la caracterización que hace Hart del sistema jurídico como "la unión de reglas primarias y secundarias" (1998, p. 99), siendo las primeras aquellas dirigidas a las personas para regular sus acciones en el mundo (por ejemplo, protegiendo del homicidio, robo o engaño), mientras que las segundas serían normas que regulan normas (por ejemplo, estableciendo criterios para identificarlas, modificarlas o aplicarlas en casos concretos). Para Hart, solo una pequeña comunidad que se encuentre estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias compartidas, asentada en un ambiente y circunstancias estables, puede vivir eficazmente con base en reglas primarias. Sin embargo, a medida que crezca el grupo social de referencia, empezarán a surgir dudas que desborden el ámbito de las reglas primarias; por ejemplo, preguntas acerca de los criterios de lo que vale como una norma primaria, cómo pueden ser estas cambiadas o cómo podrán ser aplicadas. Como respuesta, el sistema produce una nueva generación de normas, las secundarias, que disipan las dudas mencionadas y que serían la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación (Hart, 1998, pp. 114-115).

La emergencia de este nuevo tipo de reglas jurídicas canaliza la creciente incertidumbre que afecta sus estructuras, gestionando mejor dicha complejidad. Nuevamente, a mayor sociedad (interaccio-

[4] Texto original: "è impresa collettiva che serve a regolare in qualche modo i conflitti più acuti e vitali, mediante un corpo di regole".

nes, expectativas, contingencia, incertidumbre), mayor complejidad o sofisticación de las instituciones jurídicas.

De estas reglas secundarias es particularmente relevante la regla de reconocimiento, por ser la que provee los criterios para identificar qué vale como una norma jurídica dentro del sistema. En términos del autor:

> [la regla de reconocimiento] especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce […] Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque de forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica (Hart, 1998, pp. 117-118).

En esta caracterización, la regla de reconocimiento dota al sistema jurídico de unidad y distinción, por lo tanto, define los límites de dicho sistema, validando a las autoridades que actúan en el mismo, creando y aplicando sus normas. Su presencia nos permite establecer qué está dentro o fuera del sistema jurídico, quiénes y cómo pueden, tomando datos del entorno, producir resultados institucionales en el propio sistema (por ejemplo, para crear una norma jurídica válida). En términos de la visión sistémica de la vida, se trataría de la membrana semipermeable, que recubre un sistema operativo estructurado en torno a un patrón de red[5]. Con ello, se define como 'uno mismo', algo propio y distinto del resto, con funciones específicas de las que ocuparse. Esta regla de reconocimiento le permite al sistema jurídico discriminar qué tomar en cuenta del exterior para procesarlo a través de sus estructuras. Gracias a ella, el sistema puede decirse autónomo y operacionalmente cerrado.

El éxito de la función de un sistema jurídico dependerá de su capacidad para mantener los conflictos en el mismo, siendo una situación patológica aquella en la que el conflicto versa sobre el sistema jurídico y en cuyo caso solo cabe su restablecimiento mediante el reforzamiento de sus estructuras que contengan el desborde o su definitivo decaimiento y extinción (Jori, 2010, p. 54). Son situaciones patológicas típicas una guerra civil, una revolución o luchas por la independencia de un territorio. En todas ellas se puede dudar, en el momento más álgido del conflicto, cuál es el derecho en dicho territorio, pues los criterios de identificación se encuentran en disputa.

Aplicando categorías de la visión sistémica de vida en las estructuras de un sistema jurídico, las comunicaciones fluyen por el circuito, pero de un modo no lineal, permitiendo la constante retroalimentación de los mensajes, lo que le permite al sistema aprender de sus errores anteriores, corrigiéndolos. Así, por ejemplo, la relación entre el creador de la norma (legislador) y su aplicador (juez) está en un constante fluir, pues las normas legales son interpretadas y dotadas de sentido por los jueces en actos concretos.

Desde entonces, la norma ya no dirá lo que literalmente señaló el legislador, sino que lleva adherido el sentido judicialmente generado, lo que podría motivar un cambio de la ley para una nueva aclaración, la cual será luego aclarada por los jueces y así sucesivamente. Para ello, tanto la elaboración de las leyes como las propias decisiones judiciales han estado influidas y condicionadas por los trabajos dogmáticos del tema en cuestión. A su vez, las decisiones de los jueces en cada caso concreto, una vez revisadas por los altos tribunales, constituyen criterios vinculantes en casos similares, quienes podrían apartarse del criterio justificándolo, lo cual deberá ser revisado por un alto tribunal que modifique el criterio anterior o lo reafirme anulando la decisión que se apartó de él. Estas tensiones dialécticas entre el legislador, el juez, los juristas y entre los jueces entre sí, constituyen auténticos bucles de retroalimentación que permiten la autorregulación de un sistema[6].

---

[5] Es interesante apreciar las distintas representaciones con las que se ha pretendido ilustrar la imagen del derecho, siendo la más conocida de ellas la imagen piramidal, atribuida a Kelsen (que en su teoría se presenta más bien como un orden escalonado) (Kelsen, 1982, pp. 232 y ss.). Es una imagen, que por la rigidez y linealidad de sus formas no parece corresponderse apropiadamente a lo que el derecho es desde una perspectiva sistémica. Sería una mejor representación del derecho la sugerida por Ost, quien promueve una idea del derecho representada como red (Ost & Van de Kerchove, 2018).

[6] Capra se refiere a los bucles de retroalimentación (*feedback loop*) al caracterizar el funcionamiento de sistemas cibernéticos. Así, señala que:

> un bucle de retroalimentación es una disposición circular de elementos conectados causalmente, en la que una causa inicial se propaga alrededor de los eslabones sucesivos del bucle, de tal forma modo que cada elemen-

V. LA VISIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO

Una vez constituido, el derecho introduce en las relaciones interpersonales de la sociedad una necesaria cuota de seguridad. Aquella permite a cada una de ellas esperar un determinado comportamiento de la otra, estabilizando las expectativas que cada uno tenga respecto a los actos propios y ajenos bajo determinadas pautas comunes.

Su complejidad es impulsada por el hecho de que toda expectativa conlleva una cuota de inseguridad ante la posibilidad de que se vea defraudada. A diferencia de las expectativas cognitivas, propias de la ciencia, donde la frustración es fuente de un nuevo conocimiento y conlleva la variación del criterio que determina lo verdadero; en el caso de expectativas normativas y jurídicas, el sistema no se adapta a la transgresión de actos particulares, sino que lo resiste, defendiendo sus estructuras contra ellas. Así, el derecho existe para asegurar que las expectativas que establece no se modifiquen por actos particulares (García Amado, 1997, pp. 170-171). De ahí que, entre sus componentes, en estadios complejos, se encuentre el recurso a la fuerza como respaldo disuasivo u operativo ante transgresiones eventuales o efectivas.

Lo que vale como jurídico para el sistema es algo que él mismo determina, en tanto que sistema autorreferencial. Sin embargo, frustraría la estabilización de expectativas si se limitase a proclamar que lo legal es lo legal. Siguiendo con la teoría de Luhmann, para salir de la circularidad, el sistema requiere tomar algunas referencias externas, sin afectar por ello su autorreferencialidad normativa. Lejos de tratarse de las usuales remisiones a un contrato social o voluntad originaria (que Luhmann rechaza), el sistema soluciona el problema valiéndose del código propio y de los programas (García Amado, 1997, pp. 176-177).

Así, su código binario (legal/ilegal) impone una primera limitación de la contingencia, lo que es complementado con lo que disponen las normas del derecho positivo, que equivalen a 'programas' y permiten asignar el código binario a los datos que se reciben del exterior, por ejemplo, para calificar un determinado acto como contrato legal o ilegal, pues así está normativamente programado. La presencia simultánea de código y programas determina que el sistema jurídico sea normativamente cerrado, pero cognitivamente abierto: es cerrado, pues no hay normas jurídicas fuera del sistema jurídico; pero abierto, pues su funcionamiento se relaciona con los datos provistos desde el exterior, cuyo análisis requiere una actividad cognitiva (García Amado, 1997, p. 178).

En esta línea, la función del sistema jurídico implica la sujeción del juez a las normas (el imperio de la ley); es decir, que el juez califique un acto como legal o ilegal, de acuerdo con lo establecido en la norma jurídica, tras la verificación fáctica de su condición de aplicación, debiendo abstenerse de emplear técnicas basadas en su discrecionalidad en la aplicación de las normas jurídicas. Entonces, el recurso a la discrecionalidad dificulta la función del derecho como asegurador de expectativas, impidiendo la reducción de complejidad que pretende asegurar la división de tareas entre el creador de la norma (legislador) y el aplicador (juez), poniendo incluso en riesgo la autonomía del sistema jurídico frente a otros sistemas como el político o moral (García Amado, 1997, pp. 179-180). Esto explica y justifica, en el sistema, que las normas jurídicas cuenten con una estructura condicional o hipotética, pues enlaza un acontecimiento fáctico externo con una calificación normativa interna.

A su vez, la validez del derecho como contingente y mutable se explica porque es el mismo derecho el que regula las condiciones de su propia modificación. De este modo, "el Derecho puede cambiar con el tiempo, puede adoptar contenidos nuevos y puede llegar a más personas y situaciones" (García Amado, 1997, p. 181). Por ello, en aras de la preservación de su autonomía, no tendría sentido la aportación de valoraciones externas a las que el sistema jurídico genera, siendo la única racionalidad posible la que resulta consistente con la configuración interna del sistema jurídico que le permite cumplir con su función de reducción de la complejidad (García Amado, 1997, p. 183).

El derecho podrá aumentar su complejidad, pero solo hasta el punto en que ese proceso no impida que las decisiones que genera sean consistentes, es decir, que llegue a tratar todos los casos iguales de modo igual. En caso no lo haga, el derecho dejaría de servir como garantía de expectativas fiables y estables (García Amado, 1997, p. 184).

VI. EL NUEVO PARADIGMA EN EL DERECHO DESDE LA TEORÍA SISTÉMICA

¿Cómo explicar las transformaciones en el modo de identificar y trabajar con el derecho en los actuales estados constitucionales desde la teoría

to tiene un efecto sobre el siguiente, hasta que el último «retroalimenta» el efecto sobre el primer eslabón en que se inició el proceso (Capra, 2012, p. 75).

sistémica de la vida? Considero que los nuevos contenidos y exigencias morales que se han incorporado a los sistemas jurídicos los sitúan en un estado lejos del equilibrio[7], ampliando una gran cuota de complejidad que debe ser adecuadamente canalizada, pues, de no hacerlo, el derecho se vería desbordado por las crecientes expectativas que ha acogido y que no logra aún estabilizar.

En efecto, el derecho del Estado constitucional se ha visto sobresaturado por las crecientes expectativas que recaen sobre sus estructuras, generando un gran aumento de la complejidad e incertidumbre. Como toda transformación, este episodio puede verse como un escenario de crisis, si se compara con la seguridad que ofrecía la situación anterior, con el consiguiente intento de un imposible retorno a ella por parte de sus defensores; pero puede verse, a su vez, como una oportunidad de evolución, desarrollo y crecimiento, en la medida que se logre una adecuada adaptación canalizando la nueva información introducida, permitiendo al sistema jurídico hacerse cargo de ella sin afectar por esto la función propia del derecho, que justifica su presencia en la sociedad. Corresponde generar un nuevo orden desde el ruido.

Los hitos que destacan en el surgimiento del nuevo paradigma sistémico nos enseñan que la entropía no ha de ser asociada con pérdida, sino que ha de generar un nuevo diseño de organización del sistema que permita canalizar toda la nueva energía recibida. Así, como en toda autoorganización, los sistemas jurídicos constitucionalizados han de adaptar el diseño de sus estructuras para canalizar debidamente el incremento de expectativas en su ámbito.

En esta línea, una tarea central de la teoría del derecho actual consiste en reconstruir nuestras prácticas jurídicas, por ejemplo, reconstruyendo el nuevo sistema de fuentes o institucionalizando los esquemas argumentativos por los que se justifica las nuevas exigencias, como la ponderación o la derrotabilidad de las reglas, haciendo de estos procedimientos algo cierto y previsible. Como bien señalan Atienza y Ruiz Manero:

> a nuestro juicio, uno de los criterios centrales desde los que evaluar distintas teorías del Derecho es el de su capacidad para dar cuenta de cómo, y en qué punto intermedio, se articula y resuelve la tensión entre lo que podríamos llamar el polo de las reglas –vinculado a la predecibilidad y a la reducción de la complejidad en la toma de decisiones– y el polo de los principios –vinculado a la coherencia valorativa de esas mismas decisiones (2009, p. 235)[8].

En esta misma línea, la teoría de la argumentación jurídica debe ser vista como un esfuerzo por reglar el razonamiento jurídico, por someterlo a ciertos procedimientos, normas y criterios que deba respetar quien trabaja con el derecho para considerar justificada su decisión. Esta teoría concreta de mejor forma los valores de certeza y predictibilidad en la aplicación del derecho que el recurso a la discrecionalidad judicial.

Es el caso, por ejemplo, del test de ponderación, que supone un procedimiento por el que se institucionaliza un determinado protocolo para llevar a cabo una operación altamente discrecional como el balance entre principios. Aun cuando no se llegue a suprimir completamente tal discrecionalidad, el que se encauce a través de un determinado procedimiento acota su complejidad y confiere una mayor previsibilidad, permitiendo que el derecho vaya recuperando sus formas perdidas; unas nuevas formas adaptadas a la nueva configuración del sistema.

VII. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA DIMENSIÓN FORMAL DEL DERECHO

¿Encuentra esta dimensión formal y procedimental de lo jurídico acogida en alguna de las concepciones del derecho? La dimensión formal y procedimental de los sistemas jurídicos es un lugar común de las teorías iuspositivistas. Más aún, considerando la tesis de las fuentes sociales del derecho que enuncia Hart como distintiva del positivismo jurídico, no es posible ser iuspositivista y no considerar ni ocuparse de esta dimensión formal, procedimental o institucional del derecho. Entre las referencias más destacadas está la mencionada de

[7] Esto se deja notar, por ejemplo, en que, en los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados, las reglas no constituyen un conjunto de supuestos cerrados, sino que siempre han de ser leídas como si incluyesen una cláusula de derrotabilidad moral precedida por la expresión: 'a menos que […]'. Esto no enerva su condición de regla pues, como dice Hart, "una regla que concluye con la expresión 'a menos qué […]' sigue siendo una regla" (Hart, 1998, p. 174). Una cláusula de este tipo hace del sistema uno necesariamente vivo, cuya estabilidad lo será solo en tanto no se derrote la formulación que una regla tenía por nuevas exigencias asumidas como válidas por el sistema. Esta dialéctica entre estabilidad y derrotabilidad define la dinámica de los sistemas jurídicos actuales, pero su funcionalidad requiere una adecuada cobertura procedimental por la que discurrir.

[8] En esta línea, a propósito de los planteamientos expuestos en **ilícitos atípicos**, señalan que "constituyen ejemplos no simplemente de argumentos o de premisas (normas) derrotables, sino, cabría decir, de institucionalización de la derrotabilidad en el Derecho" (Atienza & Ruiz Manero, 2009, p. 254) [el énfasis es nuestro].

las reglas secundarias de Hart y, principalmente, la reconstrucción de la nomodinámica de los sistemas jurídicos que realiza Kelsen.

La dimensión formal y procedimental de los sistemas jurídicos no resulta tan solo un aspecto más de lo jurídico; llega a ser lo distintivo en él, asumiendo que el derecho consiste, principalmente, en canalizar la solución de los conflictos más agudos de la sociedad, proveyéndolos de una vía procedimental para su gestión y solución. Como dice Celano, el derecho transforma todo problema sustantivo en uno procedimental. En sus términos:

> […] el derecho transforma, o tiende indefinidamente a transformar, todo problema sustantivo en una cuestión de procedimiento […] Dado un problema sustantivo («Aquí, ¿quién tiene razón y quién no la tiene?»; «¿La norma N ha sido violada o no?»; ¿«Qué es lo que requiere la justicia en un caso de este tipo?», «¿Cuáles son los derechos inviolables de los seres humanos?», etc.), desde el punto de vista jurídico problema no es nunca, exclusivamente, ni tampoco prioritariamente cuál es la respuesta correcta, sino quién (qué órgano), y de qué manera (conforme a qué procedimiento), es competente para tomar la decisión, de forma autoritativa y –en última instancia– definitiva, del caso. En otras palabras, **el derecho tiene un carácter nomodinámico: regula su propia producción.** Uno de sus aspectos centrales es la institución de poderes normativos: poderes, instituidos mediante normas, de producción, modificación, aplicación de normas […] (Celano, 2013, p. 157) [el énfasis es nuestro].

Podríamos convenir que, mientras que el iusnaturalismo se ocupó de los contenidos morales en los sistemas jurídicos, el positivismo jurídico habría hecho lo propio con sus formas. Si esta reconstrucción es correcta, solo por ello sería preocupante declarar superado –o invocar la superación– del positivismo jurídico. En particular, me refiero a la posición expresada por Atienza y Ruiz Manero en el texto 'Dejemos atrás el positivismo jurídico' (2007). En él, consideran que el positivismo jurídico ya agotó su ciclo histórico y que los retos que plantea para el jurista el actual Estado constitucional de derecho no pueden verse como la culminación del modelo positivista, sino como el final del modo cómo entender el derecho, que, a su entender, plantea esta concepción (2007). Para los autores, el positivismo jurídico "no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 205).

En estricto, apoyados, respectivamente, en los planteamientos de Bobbio (1961) y de González Vicén[9] (1979), caracterizan al positivismo jurídico como un enfoque o modo de aproximarse al estudio del derecho (aproximación descriptivista, libre de valoraciones) y como una teoría normativista, "[que ve] a las normas jurídicas, de forma casi exclusiva, como directivas de conducta y a estas directivas de conducta como constituyendo en todo caso, por otro lado, el resultado de otros tantos actos de prescribir" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 23).

Para los autores, si bien, sobre la base de estos rasgos, el positivismo jurídico contribuyó decididamente a clarificar su objeto de estudio y, de ahí, su legado (con su aproximación analítica, sus técnicas de análisis del lenguaje, la precisión y claridad de sus distinciones conceptuales, etc.) generó, además, una teoría desconcertante, pues, si por una parte se refería a un objeto humanamente diseñado, se vedaba a sí misma la dimensión justificativa de tal artefacto y la prescripción de su buen uso. Su labor se limitaba a "elaborar los conceptos que posibilitaran la descripción axiológicamente neutral del artefacto" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 23).

Esta limitación de su enfoque y su concepción normativista, consideran los autores, le hacía "ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y estas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 24), todo lo cual lo inhabilita para intervenir competentemente en discusiones centrales en el contexto del actual Estado constitucional de derecho como los conflictos entre derechos constitucionales o las excepciones implícitas a las reglas. De este modo, afirman, el positivismo jurídico "resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 21).

Caracterizado desde las tesis hartianas, la situación no mejoraría para el positivismo jurídico, pues, en cualquiera de sus versiones, se definiría a partir de la tesis de las fuentes sociales (el derecho es un fenómeno social, creado y modificado por seres humanos) y la tesis de la separación entre el derecho y la moral (que, mínimamente, supone que el valor moral de una norma no es condición necesaria de validez jurídica de la misma). Consideran entonces los autores que estas tesis no son falsas, sino que son obvias, tanto que, asentado

[9] Particularmente, en su obra 'Estudios de filosofía del Derecho' (1979).

sobre ellas, el positivismo jurídico se vuelve una teoría irrelevante.

Advierten como problema adicional que, en todas sus variantes, el positivismo jurídico asume un enfoque del derecho exclusivamente como sistema y no (también) como una práctica social. Para los autores, el derecho no solo es una práctica social, sino que, como práctica, exige, además, justificar decisiones. No se trata, pues, de una realidad dada, sino de una actividad en la que se participa y el jurista contribuye a desarrollar.

El problema de fondo, aclaran los autores, no es un tema de teoría, sino de metateoría del derecho, es decir, la discusión acerca de "cuáles son las cuestiones de las que merece la pena ocuparse, qué teoría del derecho merece la pena esforzarse por elaborar" (Atienza & Ruiz Manero, 2007, p. 8). En esta línea, comparto la invocación de los autores en cuanto a la necesidad de superar una teoría así formulada; en lo que discrepo es que dicha teoría deba ser asociada plenamente con toda la tradición iuspositivista (aunque hay que reconocer que los propios autores positivistas han contribuido a este resultado por lo poco esclarecidos que resultan sus fundamentos teóricos y epistemológicos). Es más, considero muy riesgoso para el derecho exhortar la superación del positivismo jurídico (dejando a salvo, como lo hacen los autores mencionados, su método analítico y distinciones conceptuales), dejando fuera del horizonte del jurista la dimensión formal y procedimental en torno a cuya defensa debe entenderse la identidad del positivismo jurídico.

Se estaría asumiendo, me parece, que la identificación del derecho es algo obvio, que se da por supuesto, pues ya estamos en él y, además, no tiene sentido empeñarnos en discusiones sobre si el derecho puede ser injusto (en algún lugar, en alguna época), pues nuestros sistemas jurídicos ya reconocen exigencias morales y reclaman de sus operadores criterios de justificación de sus decisiones sobre la base de tales criterios. Por ello, la dimensión formal y procedimental constituiría el entramado que nos haría ver dónde está el derecho y qué normas contiene, pero, de ahí en más, el camino habría de ser de tipo sustantivo. De ser así, considero que el error está en suponer que la dimensión formal y procedimental se agota en la identificación de lo jurídico, de los criterios de identificación de normas mediante criterios formales y que resultaría prescindible para el jurista que ya trabaja en un determinado derecho y conoce cuáles son sus normas, pero que no tiene claridad sobre su aplicación, más aún cuando algunas de ellas (los principios) no expresan cursos de acción precisos.

Por el contrario, la dimensión formal y procedimental se extiende también a la toma de las decisiones en la práctica jurídica, acto que discurre en torno a procedimientos jurídicamente dispuestos. A ello se debería, como fuera sugerido, el auge de la teoría de la argumentación jurídica, que proveería al operador los procedimientos necesarios a través de los cuales pueda justificar sus decisiones jurídicas. Así, el cambio de interés en la práctica jurídica (de su identificación a su aplicación) no supone pasar de una dimensión formal a una sustancial, sino de extender la dimensión formal y procedimental al ámbito de la toma de las decisiones. En este nuevo escenario hay que atender tanto a cuestiones sustantivas como procedimentales y si, como sostengo, el positivismo jurídico se identifica con la atención y defensa de esta última dimensión, es un indudable protagonista también en los actuales debates del Estado constitucional de derecho.

No obstante, para esta conclusión, he de poder revertir, previamente, la imagen presentada por el positivismo jurídico, para caracterizarla no como una teoría descriptiva, sino normativa, que expresa el punto de vista interno de quien participa en la práctica jurídica y que defiende en dicha práctica un determinado diseño institucional por considerarlo justificado.

Es esta la caracterización del positivismo jurídico que formuló Uberto Scarpelli en 1965 y que comparto –y a la que me remito– por considerarla la más esclarecida, principalmente, porque fue generada a propósito de un intenso debate en un contexto particularmente adverso a esta concepción (la posguerra, donde fueron acusados de haber contribuido con sus tesis a la obediencia de las normas injustas de los regímenes totalitarios). Para Scarpelli, el positivismo no puede ser definido o interpretado desde la actividad científica, sino desde la política. Ello porque el aparato conceptual que construye no puede considerarse independientemente de su finalidad, la cual es la aplicación de normas cuya temporalidad no se corresponde con el ideal de la ciencia. Así, dice este autor, el jurista positivista no es un científico movido por el interés de hacer ciencia, sino que hace ciencia (o al menos adopta ciertos procedimientos y actitudes científicas) para concretar los fines e intereses políticos del Estado moderno (Scarpelli, 2001, p. 114). Se trata, pues, de un jurista políticamente comprometido con la finalidad hacia la que orienta su actividad y a la cual supedita sus formas científicas de pensar, de expresarse y de actuar. En sus términos, "los juristas no pueden reducirse al papel de simples espectadores, sino que deben considerarse como actores de la historia del Estado moderno, políticamente com-

prometidos a favor de su afirmación y su mantenimiento" (Scarpelli, 2001, pp. 49-50).

En la interpretación política, el positivismo jurídico no se limita a determinar un criterio de validez que establece la pertenencia de las normas al sistema, sino que a dicha determinación le acompaña una toma de posición política a favor de los modos de producción de normas del derecho positivo. Esta toma de posición política consiste en la elección del derecho positivo, identificado a través de sus características formales y en la elección de una ciencia y una práctica del derecho que, una vez aceptado el derecho positivo, se comprometen a estudiarlo y a aplicarlo de manera fiel, prescindiendo de juicios de valor sobre su contenido, más allá de aquellos que intervienen dentro de los límites admitidos en la interpretación (Morales, 2013, p. 168).

Esta caracterización permite superar la extrañeza que para Atienza y Ruiz Manero suponía la teoría positivista, pues daba cuenta de un artefacto, pero vetándose a sí misma su participación para limitarse a aportarle un esclarecido aparato conceptual. Desde el enfoque scarpelliano, dicho aporte conceptual constituye más bien su participación en la práctica, pues representa el modo como destacar las estructuras que constituyen el entramado de los sistemas jurídicos y cuya defensa permite concretar sin interferencias la voluntad política del legislador.

Sin embargo, aunque este planteamiento podría salvar el cuestionamiento sobre el supuesto carácter descriptivo del positivismo jurídico, no soluciona todos los problemas, pues la intrínseca relación de la versión scarpelliana del positivismo jurídico con la organización política del Estado liberal de derecho determina que la crisis de este modelo de Estado y su superación por el del Estado constitucional conlleve igualmente la crisis y superación del positivismo en tanto que concepción que le sostuvo jurídicamente, aunque con distintas razones, llegaríamos al mismo resultado.

De hecho, el propio Scarpelli se percató de esta circunstancia, en la que la transformación de la estructura política sobre la que asentaba el fundamento y su adhesión al positivismo jurídico afectó drásticamente su teoría hasta el punto de declararse, casi dos décadas después de haber postulado su interpretación política del positivismo jurídico, como "un creyente en la ley y defensor del positivismo jurídico algo arrepentido" (Scarpelli, 1987, p. 10).

Posiblemente, el cambio más significativo para su teoría haya sido el traslado de la centralidad en los sistemas jurídicos de la ley a los principios y, por extensión, del legislador a los jueces, en sentido estricto, a una corte constitucional. Entonces, Scarpelli llegó a expresar su simpatía por un sistema jurídico:

> capaz de desarrollarse en una tradición jurisprudencial basada en una fidelidad no rígida a los precedentes, con una racionalidad que no es aquella de la «razón artificial» de un legislador monocrático, sino aquella de una razón histórica a la que contribuyen (según las palabras de Coke) «muchos hombres grandes y doctos», precisamente los jueces (Scarpelli, 1987, pp. 11-12).

Por ello, se considera partidario de "un estado mixto con una integración aristocrática de la democracia, mejor dispuesto a un gobierno del parlamento y de los jueces" (Scarpelli, 1989, p. 475).

A pesar de que, en un primer momento, apremiado por el replanteamiento de sus tesis, Scarpelli adelantó su arrepentimiento por su adhesión al positivismo jurídico, años después, moderando ese ánimo inicial, el propio autor consideró que su teoría puede seguirse calificando aún como positivista, a pesar de este replanteamiento. Distanciándose de una línea que asocia con Hobbes, en la que el derecho se reduce a leyes emanadas del soberano, se identifica con aquella representada por la obra de Kelsen y de Hart, centrada en la dimensión formal y procedimental de los sistemas jurídicos. En sus términos:

> Las reglas que distribuyen, coordinan y organizan las competencias adquieren una particular importancia: la teoría de estas normas, de sus interconexiones y de las conexiones con las normas producidas en el ejercicio de las competencias determina en el positivismo jurídico el paso de la concepción del derecho como ley al concepto del derecho como un conjunto correlacionado de distintos tipos de normas establecidas en diferentes niveles, es decir, del derecho como un ordenamiento jurídico (Scarpelli, 1989, p. 463).

Esto supone que Scarpelli se aleja de una noción de positivismo jurídico que Bobbio resume como "el movimiento histórico en favor de la legislación […] cuyo resultado último está representado por la codificación" (1998, p. 131), para asumir una caracterización que, en términos de Fuller, supone ser "un apóstol del derecho creado" (1969, p. 199).

Scarpelli, entonces, repliega el fundamento que caracteriza al positivismo jurídico, desde su forma más emblemática (la ley), a la categoría realizada a través de ella: el diseño o entramado procedimen-

tal, deliberadamente creado, como un artefacto, como un orden, como un sistema, como un conjunto de deliberaciones coordinadas en un ordenamiento, cuya unidad y articulación doten de sentido y racionalidad al conjunto, haciendo previsibles los productos generados a través de tales circuitos. Asume, así, una caracterización formal y procedimental del positivismo jurídico. En sus términos:

> podemos todavía ser iuspositivistas llamando derecho y reconociendo como derecho cuanto y sólo cuanto es producto de las deliberaciones de órganos competentes en un ordenamiento: los actos de la legislación constitucional, los de legislación ordinaria, las decisiones judiciales y los demás actos jurídicos (Scarpelli, 1989, p. 475).

Nótese, entonces, que en este punto de su pensamiento el positivismo jurídico se asocia con el diseño que debe tener el derecho para concretar sus finalidades. Esto se corresponde claramente con lo que implica tener derecho; como un entorno a través del cual los seres humanos podamos gestionar, procesar o canalizar la gran incertidumbre que generamos con nuestras relaciones con el fin de que nos sean devueltas a través de su filtro binario legal/ilegal. Aunque el mayor entusiasmo del positivismo se haya dado con ocasión de la consolidación del Estado liberal de derecho, su identidad no depende de este modelo de organización política, sino, en general, de la preocupación por un diseño o entramado formal, procedimental e institucional que, en cada contexto sociopolítico, le permita cumplir de forma eficiente las funciones por las que lo tenemos; que sea capaz de crear orden desde el ruido.

En sintonía con lo explicado de la teoría sistémica de la vida, destacaba Scarpelli en alusión al modelo de competencias adoptada en el modelo italiano de su época (fines de los años 80 del siglo pasado), definida por los nuevos poderes asumidos por la Corte de Casación, que "introduce orden en el desorden, actuando como un poderoso racionalizador *ex post* de la ley, que nace pobre en razón" (1989, p. 474).

Considero que este es el reto del positivismo jurídico en el contexto actual, en concreto del jurista positivista, quien trabaja en la dimensión formal e institucional de los sistemas jurídicos, defendiendo los procedimientos a través de los cuales el derecho debe canalizar las expectativas de las que hoy se ocupa y haciéndose responsable por la defensa de los procedimientos que promueve.

VIII. LA FORMA DEL DERECHO Y EL COMPROMISO DEL JURISTA

Un último punto consiste en destacar que, en el ámbito social y humano, el funcionamiento de un sistema autopoiético no es un proceso naturalmente determinado. Como se indicó, en este ámbito se replican las formas reticulares que, de manera exitosa, generan los seres vivientes; por ello, la preservación de las formas y los procedimientos constituidos por el sistema jurídico están sostenidos 'únicamente' en la convicción y en el compromiso de quienes actúan en la práctica social así definida, principalmente los juristas. Este es un compromiso claramente moral, de ceñir los propios comportamientos a lo que tales formas les exige.

La presencia del derecho no asegura la justicia en una sociedad, pues puede haberlo en una sociedad injusta. Es más, puede haber derecho injusto, es decir, que el derecho puede ser la causa de la injusticia o, en todo caso, imponer coactivamente un orden injusto. El derecho no hace que una sociedad sea justa, pero no hay sociedad justa sin derecho. Por otro lado, la sociedad puede seguir siendo injusta, aunque tenga un derecho justo. El derecho no puede resolver todos los problemas sociales, pero su presencia es necesaria, mas no suficiente, para la solución de los problemas que comprometen la justicia en una sociedad.

De ahí que la pregunta que cada quien que participe en cualquier rol de la práctica jurídica debería plantearse es: ¿a qué sistema jurídico estoy dispuesto a servir con mis actos? Una vez aceptado el sistema en el que se actúa, el compromiso exige someterse a los criterios reconocidos en tal sistema y que determinan qué vale como una norma jurídica y, por ello, como una razón para sustentar posiciones en una discusión en su ámbito. A partir de ese acto, uno se compromete a discutir en el derecho y con el derecho, es decir, solo con los recursos válidamente admitidos en dicho sistema.

Es un compromiso que conlleva la institucionalización de una determinada práctica social[10]. La exigencia moral de este compromiso es severa, pues, por razones morales, la gestión del espacio jurídico (lo que sus fuentes admiten, en última instancia,

[10] En línea husserliana, institucionalizar supone que:

> cada acción y decisión que el yo toma teniendo conciencia de sus posibilidades prácticas es una institución activa y legal por la cual se compromete a sí mismo con ciertos objetivos o ideales de vida hacia los cuales se dirige y que él mismo instituyó para sí en el pasado con [un primer acto de fundación originario] (Díez Fischer, 2018, p. 146).

como válido o no) no puede ser derrotado. Implica someterse a la moralidad ahí consagrada y gestionada mediante los procedimientos que el sistema prevé. Al aceptar un determinado entramado procedimental por considerar que permite gestionar adecuadamente los conflictos en una sociedad, concretando de esta manera suficientemente las exigencias de justicia, las personas se comprometen a ingresar en un estado de cosas jurídico, empleando desde entonces los recursos normativos ahí reconocidos. Sobre el fundamento moral de este compromiso, señala Shklar que:

> la justicia es el compromiso de obedecer las reglas respetar los derechos aceptar las obligaciones bajo un sistema de principios es la adhesión coherente del individuo a la moralidad del respeto a las reglas en un mundo moral donde los derechos y los deberes son los temas predominantes (2021, p. 191).

De ahí la necesidad de tomar conciencia del derecho al que se sirve, de sus formas y de los procedimientos que determinan su funcionamiento y al que uno se somete. Si hay una vía jurídica (institucional) para solucionar un problema o canalizar un conflicto, este compromiso excluye recurrir a otras vías para imponerse en este ámbito. Nótese que, más que un sometimiento a las reglas que afectan conductas, lo es a las reglas que definen el funcionamiento del sistema al que tales normas pertenecen. Estas determinan quién y cómo hace, cambia y aplica las reglas, los métodos mediante los que puede justificarse alguna excepción a lo que señala una regla, cómo se inaplica una regla, se cubre una laguna, el modo como se resuelve un conflicto, etc.

La regla en un sistema puede ser injusta o puede serlo su aplicación a un caso concreto, pero, si el sistema prevé mecanismos para excluir la regla injusta, para corregir en vía de aplicación la injusticia en un caso concreto o corregir decisiones en más de una instancia reduciendo el riesgo de error o mecanismos para anular decisiones incorrectas, se justificaría un compromiso moral con un derecho así construido. El derecho tiene límites y la responsabilidad por el compromiso asumido implica respetarlos, pues solo así podrá concretar las finalidades por las que tenemos tal derecho. Es una apuesta moralmente justificada a favor de la institucionalidad del derecho, siempre que se considere que satisface suficientemente determinados estándares de justicia.

REFERENCIAS

Atienza Rodríguez, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Ariel.

Atienza Rodríguez, M. & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), 7-28.

(2009). *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Palestra Editores.

Bobbio, N. (1998). *El positivismo jurídico*. Debate.

Capra, F. (2012). *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos* (3ra ed.). Anagrama.

Capra, F. & Luisi, P. L. (2014). *The systems view of life. A unifying vision*. Cambridge University Press.

Celano, B. (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*. Il Mulino

Díez Fischer, F. (2018). Genealogía de la noción de Stiftung: sus antecedentes teológicos-reformistas en Husserl. *Devenires*, (37), 135-185.

Fuller, L. (1969). *Anatomía del Derecho*. Monte Ávila.

García Amado, J. (1997). *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia.

González Vicén, F. (1979). *Estudios de filosofía del Derecho*. Universidad de La Laguna.

Hart, H.L.A. (1998). *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot.

Jori, M. (2010). Del diritto inesistente: Saggio di metagiurisprudenza descrittiva. Edizioni ETS.

Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Luisi, P. L. (2010). *La vida emergente. De los orígenes químicos a la biología sintética*. Tusquets.

Morales, F. (2013). *La filosofía del Derecho de Uberto Scarpelli. Análisis de lenguaje normativo y positivismo jurídico*. Marcial Pons.

Neves, M. (1996). De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho. *Doxa*, (19), 403-420.

Ost, F. & Van de Kerchove, M. (2018). *¿De la pirámide a la red? Por una teoría analítica del Derecho*. Libitum.

Prigogine, I. (1997). *Las leyes del caos* [traducido al español de Le Leggi del caos]. Crítica.

Scarpelli, U. (1987). Dalla legge al codice, dal codice ai principi. *Rivista di Filosofia*, (1), 3-15.

(1989). Il positivismo giuridico rivisitato. *Rivista di Filosofia,* (LXXX), 461-475.

(2001). *¿Qué es el positivismo jurídico?* Cajica.

Shklar, J. (2021). *Legalismo. Derecho, moral y juicios políticos*. Clave Intelectual.

Teubner, G. (1998). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Walter de Gruyter.

10.18800/themis.202301.021

LOS PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS EN EL PERÚ

THE PROCESSES OF LIBERALIZATION AND PRIVATIZATION OF PUBLIC ECONOMIC SERVICES IN PERU

Alberto Cairampoma Arroyo*
Pontificia Universidad Católica del Perú

This article deals with the processes of liberalization and privatization of economic public services within the framework of the social market economy in Peru. The meaning of liberalization and privatization is provided to differentiate their scope and differences, to later explain how processes have been applied in Peru, particularly in the public services of telecommunications, electricity, natural gas, and potable water and sanitation.

Keywords: Liberalization; privatization; public services; telecommunications; electricity; natural gas; drinking water and sanitation.

El presente artículo aborda los procesos de liberalización y privatización de los servicios públicos económicos en el marco de la economía social de mercado en el Perú. Se brinda el significado de liberalización y privatización para diferenciar sus alcances y diferencias, para posteriormente explicar cómo se han aplicado procesos en el Perú, particularmente en los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, gas natural, y agua potable y saneamiento.

Palabras clave: Liberalización; privatización; servicios públicos; telecomunicaciones; electricidad; gas natural; agua potable y saneamiento.

* Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad de Barcelona y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Maestría de Derecho a la Empresa en la Facultad de Posgrado de la PUCP. Integrante de la Comisión de Protección al Consumidor. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Fundador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo de la PUCP. Contacto: vcairampoma@pucp.edu.pe

Agradezco el apoyo de Braylyn Paredes, integrante del GIDA, en la revisión del presente trabajo. A mi esposa, Elizabeth y a mi hija Julieta.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 3 de mayo de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas del Estado de la última década del siglo pasado estuvieron marcadas por varios factores claves, entre los que se deben resaltar los procesos de liberalización y privatización de los principales servicios públicos. En la medida que los procesos de reforma se dieron en muchos países, se debe precisar que, en cada caso, dependiendo del contexto social, económico, político y jurídico, los medios y resultados fueron distintos.

En el presente trabajo nos interesa analizar los procesos de liberalización y privatización, y su relación con los servicios públicos económicos. Consideramos que resulta importante hacer un análisis de estos procesos en la medida que tuvieron un impacto directo en el régimen jurídico de cada uno de los sectores regulados. De esa manera, vamos a advertir que, en algunos casos, los mercados se abrieron completamente a la competencia (transporte urbano y postal); en otros casos se dieron procesos incompletos (telecomunicaciones, electricidad y gas natural); y otros no se liberalizaron (agua potable y saneamiento), a pesar de haber existido voluntad política para hacerlo para el caso de todas las actividades.

En el caso de la privatización, en muchas actividades se aplicó de manera completa (telecomunicaciones y gas natural); en otros, se dieron procesos truncados (electricidad); y en algunos, no se aplicó la privatización o se dio de manera muy limitada (agua potable y saneamiento). El resultado de estos acontecimientos es que tenemos sectores donde solo participan privados (telecomunicaciones y gas natural), sectores mixtos (electricidad) y sectores donde solo hay empresas públicas (agua potable y saneamiento, donde contamos con cincuenta operadores públicos para las zonas urbanas).

El presente trabajo procura cumplir dos objetivos: diferenciar los procesos de liberalización de los de privatización y dar cuenta de cómo es que se implementaron en los servicios públicos económicos en la experiencia peruana. Debemos hacer una precisión importante: para la consecución de esos fines se ha hecho referencia de las fuentes importantes, pero no de todas las fuentes que existen, pues sobre la temática existen muchos trabajos y autores, los cuales no necesariamente han sido citados; no se trata de una omisión, sino más bien una discrecionalidad del autor, en función al tiempo y espacio asignado, que esperemos sea comprendida por los lectores.

Ahora bien, pasaremos a explicar lo que ha sucedido partiendo por diferenciar los procesos de liberalización y privatización puesto que estamos ante dos fenómenos distintos, que, además, pueden ser relacionados con otros (desregulación, re regulación, simplificación), pero que no es intención de abordarlos de manera detallada en este trabajo.

II. CONTEXTO GENERAL DE LOS PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN

Según De La Quadra-Salcedo, se debe entender la liberalización como la supresión de las trabas que impiden que una actividad económica pueda ser entendida como libre. En atención a ello, cuando se opta por liberalizar una actividad, deben suprimirse los monopolios y aquellas actividades nacionalizadas o declaradas como servicios públicos, donde se entiende que solo el Estado se encuentra habilitado para desarrollar las mismas (2000, p. 31).

Como se puede apreciar, la liberalización involucra introducir más libertad en la gestión de las actividades económicas, lo que supone replantear la *publicatio* a favor de la desregulación total o parcial, siempre apuntando a que sean menos restrictivas de las libertades económicas. Además de ello, se debe anotar que las liberalizaciones pueden ser mínimas o completas (Martínez López-Muñiz, 1999, p. 137), lo cual dependerá de las características de las actividades y el contexto en el que se desarrollan.

Lo señalado involucra abrir el mercado a la iniciativa privada, de tal forma que la gestión de las actividades se pueda realizar de manera indistinta por operadores públicos o privados, incluso teniendo la posibilidad de que, en el caso de los primeros, se aplique el principio de subsidiariedad. Para Sendín, la implementación de los procesos de liberalización involucra buscar soluciones más eficaces para el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y ello implica revisar las técnicas tradicionales de intervención (2003, pp. 215-216)[1].

En este punto, resulta conveniente hacer una precisión importante sobre las actividades que se

[1] Evidentemente, como sucede con cualquier reforma, existen posiciones e inicialmente no todas coincidían con los posibles resultados beneficiosos de los procesos de liberalización:

> Lo que ahora se produce es una auténtica apostasía del Derecho administrativo. Invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del Derecho administrativo; pues lo que ahora se quiere no es un régimen jurídico-administrativo singular, sino un sometimiento casi total al Derecho privado. Resulta ocioso añadir que ahora no estamos hablando de actividades empresariales en manos de los servicios burocráticos del Estado (Garrido Falla, 1992, p. 38).

van a liberalizar, pues podemos estar ante casos en los que el Estado optó por reservar la actividad para sí, por considerar que la actividad resultaba estratégica (minería, banca, hidrocarburos) o porque, además de ello, se consideraba un servicio público (telecomunicaciones, electricidad, gas natural, saneamiento).

Resulta claro que, para el primer grupo, la liberalización debería involucrar una apertura total a la competencia insertando lógica de mercado, donde el Estado no debería actuar empresarialmente bajo un régimen monopólico, sino más bien bajo el poder de policía o de ordenación y establecer reglas mínimas para que sea la libre iniciativa la que impulse el desarrollo de la actividad. En cambio, en el segundo grupo, el Estado opta por abrir el mercado, pero no puede dejar que este actúe solo bajo las reglas de la oferta y demanda o imponiendo reglas mínimas, pues resulta necesario que establezca un régimen jurídico especial, intervenga cuando resulte necesario, por ejemplo, para establecer tarifas (para casos en los que se desarrolla la actividad en monopolio), o pueda, si lo considera pertinente, actuar a través de una empresa pública o mixta.

La segunda posición parte por reconocer que, en el caso de los servicios públicos, la existencia de monopolios se da a partir de que las inversiones en infraestructuras son significativas y, por tanto, se busca que su financiamiento no solo repose en el presupuesto público sino más bien se pueda establecer un régimen de tarifas (Malaret I García, 1998), el cual involucra una participación más intensa del Estado.

III. EL CASO ESPECIAL DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES CALIFICADAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS

El común denominador en ambos casos es la competencia como regla general y el principio de igualdad en el trato legal, ello al margen de tratarse de empresas públicas, mixtas o privadas. La diferencia se encuentra en que para las actividades consideradas servicios públicos o de servicio interés económico general (nominación utilizada en la Unión Europea), se deben establecer determinadas obligaciones de calidad, continuidad, igualdad, universalidad (obligaciones de servicio público), progreso técnico que advierte que la liberalización opera no solo en un régimen de economía de mercado, sino también en uno con componente social, de economía social de mercado.

Resulta razonable que el establecimiento de estas condiciones pueda tener una afectación a la libertad de empresa, en la medida que se soporta límites de mayor intensidad, pero no puede ser de otra forma puesto que estamos ante servicios públicos y no se puede asegurar que en un régimen de libre mercado se brinden los servicios con las características que se han mencionado. En este contexto es aceptable que existan excepciones a la competencia o introducción de restricciones a las reglas de la competencia que permitan garantizar la prestación de los servicios públicos (Fernández Farreres, 2002, p. 18).

Como bien afirma Ariño, frente a la crisis del Estado de bienestar no se puede simplemente retornar al Estado liberal, no se trata de ir de un extremo a otro, no se puede pasar de una utopía socialista a una "locura liberal", donde se considera que el Estado queda del todo suprimido y absolutamente todo puede ser privatizado (2004, p. 215). En efecto, en los procesos de liberalización que tienen una alta dosis de decisión política, se debe previamente analizar el contexto económico, social, político y jurídico de cada país; no se puede considerar que el 'libre mercado, la competencia y la libre iniciativa privada' es remedio para todo mal o crisis. Cada país tiene características distintas, como, a su vez, cada actividad tiene sus propias complejidades, y todo esto hay que tener en cuenta al momento de tomar este tipo de decisiones.

Para Esteve, todos estos procesos han generado transformaciones en la relación entre Estado y sociedad, plasmadas en un fortalecimiento de la sociedad y la autorregulación de sus sectores, donde hemos pasado de un Estado prestador a un Estado garante, que involucra un nuevo rol del Estado con

En la misma línea, Mairal señalaba lo siguiente:

> El modelo que acabamos de describir ha sufrido una quiebra total en nuestro país en estos últimos años. Diversas fueron las razones que llevaron a su abandono: la percepción generalizada de la ineficiencia de la gestión estatal, la carencia de recursos del Estado para continuar invirtiendo en obras y servicios de infraestructura y, ¿por qué no decirlo?, la moda universal de la privatización y desregulación. Se intentó primeramente desmonopolizar los servicios públicos. En este sentido, el decreto 1842/87 dispuso "como principio general, en materia de producción y provisión de bienes y prestaciones de servicios, en el área de actividad de las empresas públicas dependientes del Ministerio de Obras y Servicios Públicos; la libre concurrencia del sector privado". El mismo decreto dejó "sin efecto todos los actos unilaterales de la administración central, de las entidades descentralizadas y de las empresas y sociedades estatales, así como todas las convenciones celebradas entre ellas, por los cuales se hayan otorgado o reconocido privilegios, exclusividades o derechos de cualquier naturaleza cuya finalidad o efectos sea la exclusión del sector privado de la prestación de servicios al público (1993, p. 15).

"un nuevo tipo de actividad administrativa y no de una nueva Administración en sentido subjetivo"; en efecto:

> El Estado garante presta atención a los instrumentos, a los medios que habrían de modificarse si es que se quieren mantener los fines. Se sitúa, por tanto, en el escalafón instrumental y pretende modificar los medios de la realización del estado social (2015, pp. 8-9).

En ese sentido, los procesos de liberalización en los servicios públicos van a configurar una nueva relación entre el Estado, el mercado y la sociedad.

Queda claro que, para el caso peruano, de acuerdo con lo que establece la Constitución Política del Perú, el país se rige por una economía social de mercado donde la regla de actuación es la libre iniciativa privada y la libre competencia, y el Estado tiene un rol subsidiario y promotor de los servicios públicos. En función de ello, el legislador adecuó el marco regulatorio de cada actividad, en la mayoría de los casos, liberalizando las actividades; en atención a estas disposiciones, el Estado, como lo veremos en el siguiente punto, privatizó muchas empresas públicas y ahora esas actividades se rigen, en lo aplicable, bajo la lógica de libre competencia.

Ahora bien, en el caso de los servicios públicos, no resultaba tan sencilla la tarea, pues no se trataba de trasladar la lógica de un mercado abierto, como sucedió con las otras actividades donde no existe la prestación de una actividad esencial o de interés público, en los términos que se dan para los servicios públicos. Para estas actividades, resultaba necesario llevar a cabo mayores esfuerzos que involucraban el diagnóstico de línea base para tener claro el régimen jurídico que debía establecerse en cada caso.

Como señala Molina Giménez, algunos sectores considerados estratégicos, considerados servicios públicos, han pasado por procesos de liberalización que los conducen a una lógica de mercado y competencia; en estos nuevos contextos la administración pública asume un nuevo rol, sin alejarse de manera completa del servicio pues debe asumir un rol regulador; por ello se puede afirmar que el servicio público se mantiene presente (2001, p. 158).

IV. LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN EL PERÚ

Se puede afirmar que, en su momento, no se realizó en Perú el diagnóstico adecuado para llevar a cabo los procesos de liberalización en los servicios públicos económicos y ello conllevó a que se diseñaran regímenes jurídicos especiales que adolecen de problemas estructurales o de fundamento que generan contradicciones y confusión en los operadores y en el propio Estado. En el Perú, en el caso de los servicios públicos, se puede aseverar que hubo una apuesta general y desde una perspectiva o de decisión política por la liberalización de las actividades y la privatización de las empresas públicas que actuaban en monopolio.

Las normas que se dieron entre los años 1990 y 1996 fueron importantes para establecer el marco jurídico que posibilitara ello, nos referimos principalmente a los Decretos Legislativos 662 (Régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera), 674 (Ley de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado), 0757 (Ley marco para el crecimiento de la inversión privada), Ley 28059 (Ley marco de promoción de la inversión descentralizada) y los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM (Ley de concesiones en obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y su reglamento, respectivamente). Todas estas normas se enmarcaban como parte de lo establecido en el Consenso de Washington, el cual fue desplegado en casi todos los países de Latinoamérica (García Mezquita, 2009, p. 64).

Dentro de este marco, el legislador emitió leyes generales para las principales actividades estableciendo disposiciones que invocaban la captación de inversión privada. En telecomunicaciones, la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado (Decreto Supremo 013-93-TCC) señalaba en el Título Preliminar: "se requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras"; y, en electricidad, la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley 25844), cuyo artículo 1 establecía que "Las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras". Esta captación siempre se encontró dentro de un régimen de libre competencia[2], donde el rol del Estado era fomentar la competencia y controlar el mercado.

[2] Se debe tomar en consideración que en telecomunicaciones: se declara "de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley" (artículo 2) y en gas natural, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos sostiene que: "El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional" (Decreto Supremo 042-2005-EM, 2010).

Allí, donde existe aparente uniformidad y sentido lógico, donde pareciera que el objetivo era la apertura de estos mercados a la libre competencia, incluso en el caso de los servicios públicos, luego resultó contradictorio cuando se advirtió que existían aspectos que debieron ser modificados o adaptados, pero se mantuvieron inalterables e incluso vigentes hasta la actualidad. Ejemplo de ello es la titularidad de las actividades que pone en discusión si realmente se deseaba establecer como regla general la libre iniciativa privada. Lo anterior conllevó a que se siga utilizando el régimen de concesiones como títulos habilitantes.

En efecto, en el caso peruano, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en lugar de adaptar un régimen de autorizaciones acorde a un nuevo escenario de mercado abierto y en libre competencia, se ha mantenido la concesión como título habilitante indispensable para el ingreso de operadores (públicos o privados) en las actividades consideradas servicios públicos. Y, si bien en algunos casos se ha implementado progresivamente un procedimiento que procura simplificar al máximo la obtención del título (para aquellas actividades donde la libre competencia es factible como la generación eléctrica y en algunas actividades de telecomunicaciones), en otros, no es así (en actividades que se desarrollan en monopolio como las actividades de transporte y distribución de gas natural, transmisión y distribución de electricidad y actividades de agua potable y saneamiento).

Para el segundo grupo de casos, el Estado realiza procesos de licitación con convocatorias internacionales a fin de otorgar, al final de este, la 'buena pro' al ganador con quien se firma un contrato público, estableciendo los derechos y obligaciones. Este contrato tiene un tiempo de duración de entre 30 y 90 años, estableciendo al final de este plazo un retorno de los bienes de la concesión y la gestión de la actividad. Como se puede apreciar, aun cuando las normas promuevan la libre competencia, el Estado sigue decidiendo quién debe gestionar la actividad y en qué términos lo debe hacer, como si se tratara de un servicio público entendido en su versión tradicional. Ello, sin dejar de tener en cuenta que en los casos que no se han privatizado las empresas públicas, estas siguen operando, en algunos casos ya contaban con concesiones y en otros se ha formalizado, pero en ninguno existe un plazo determinado, algo que por decir lo menos resulta curioso.

Mención aparte se debe hacer a las actividades que por opción del legislador han dejado de ser calificadas como servicios públicos y se han liberalizado completamente, aunque desde nuestra perspectiva de manera incorrecta. Nos referimos a las actividades de transporte urbano de pasajeros (que en diciembre de 2018 ha vuelto a ser calificada como servicio público), interprovincial o aéreo (en este último caso fue calificado como servicio público por un Decreto de Urgencia, no obstante, funciona en un mercado completamente abierto), y además de ello, el caso de la televisión de señal abierta, lo cual llama la atención porque paradójicamente la televisión por cable se considera un servicio público.

Esta falta de coherencia en el ordenamiento jurídico peruano respecto de la aplicación de los procesos de liberalización en los servicios públicos tiene explicación en la falta de debate o falta de diagnóstico de cada actividad. Aparentemente, las consignas eran dos: liberalizar y privatizar al máximo; y no en todos los casos se pudo cumplir el cometido; pues, como lo veremos más adelante, en algunos sectores hubo resistencia y sencillamente, o no se pudo proseguir con las privatizaciones o ni siquiera se intentaron. Las cosas así, se pensó y se puso como meta el objetivo final, pero no se razonó sobre el proceso, sobre los medios, los plazos y mecanismos que ayudaran a conseguir el resultado.

En el caso de los servicios públicos (económicos y sociales), ya existía el inconveniente desde la Constitución porque no se establecía un contenido de servicio público y no se precisaba cuál era el rol del Estado de manera concreta, solo se señalaba que debería de promocionarse los servicios públicos. En ese sentido, el encargo del legislador era, previos debates y discusiones, proponer un régimen coherente y sistemático, estableciendo las etapas del proceso de liberalización –en la medida de lo posible– progresivo hasta alcanzar –si correspondía– un estado completo de libre competencia, planteando periodos de revisión de la implementación de las normas. No obstante, ello no ha sucedido, cada sector fue regulado desde un enfoque diferente, lo cual no necesariamente es inadecuado, pero no han existido –ni existen– periodos ciertos y programados de revisión normativa, sino más bien modificaciones normativas que tratan de atender los problemas coyunturales que se van presentando.

En conclusión, lo que queremos decir es que, en el Perú si bien al inicio de los procesos de reforma del Estado de la última década del siglo pasado se tuvo clara la idea que el camino era la liberalización de las actividades, incluidas aquellas consideradas como servicios públicos y, de manera paralela, la privatización de las empresas públicas, durante el proceso de ejecución; no se plantearon discusiones que permitieran saber sobre el proceso que se debía transitar. De esa manera, solo se pensó en el resultado, y el legislador emitió normas que aten-

dían al encargo, pero no se planificó el proceso y no se plantearon etapas, ni periodos de revisión normativa, no se realizaron diagnósticos, no hubo debates, discusiones en ningún nivel (libros verdes o blancos, pre publicaciones normativas). Las consecuencias no son positivas puesto que existen múltiples dudas, contradicciones y problemas que se tratan de solucionar de manera específica sin brindar una solución integral ni mucho menos sistemática. Dicho ello, se puede afirmar que los procesos de liberalización se encuentran incompletos y que las normas que regulan los servicios públicos económicos se encuentran desfasadas en el tiempo y deben ser reemplazadas atendiendo o tratando de subsanar todos los problemas que hemos anotado.

En el contexto de crisis política y social que estamos viviendo desde 2016, el mismo que se ha ido agudizando los últimos dos años, muchas voces consideran que los procesos de liberalización y privatización en el Perú han sido una decisión errada y concentran sus reclamos en un cambio de la Constitución Política del Perú, particularmente del modelo económico. No coincidimos con esta lectura, pues consideramos que un cambio de la carta magna por los motivos que se invocan no resulta necesario. Es por ello que consideramos importante hacer una revisión de los procesos de liberalización y privatización, pues si logramos identificar los errores que se cometieron podemos hacer las reformas necesarias que no necesariamente alcanzan a la Constitución.

V. LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN: EL CASO ESPECIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Cuando se produjeron los procesos de liberalización y privatización, la doctrina se encargó de hacer la diferencia entre ambos términos porque muchas veces se consideró que se trataban de lo mismo o podían reemplazarse entre sí (lo cual sigue vigente en la actualidad), pero ello no es así. Souviron anota las diferencias en los siguientes términos:

> La primera [la liberalización] elimina restricciones, deroga limitaciones y abre, en abstracto, nuevos ámbitos a la libre iniciativa; la segunda se refiere siempre a derechos de contenido patrimonial (los "activos" que se transfieren) y, por tanto, se mueve en el ámbito concreto; la transferencia se produce no a alguien indeterminado, sino a un titular específico de estos activos, que será su nuevo "propietario"; y los medios que se reciben pueden continuar aplicándose a fines públicos, cuando se conserva ese régimen. Las diferencias son patentes (2004, p. 2).

En efecto, mientras que los procesos de liberalización consisten en abrir el mercado para que puedan desarrollarse e impulsarse a través de la libre iniciativa privada y no tiene un destinatario determinado; en el caso de la privatización, involucra que el Estado identifique una actividad determinada y tome la decisión de traspasar a manos privadas, lo que estaba en manos públicas, para esto existen muchas modalidades, pero en todas ellas se identifica un privado que será el beneficiario.

Tal como lo señala Montero Pascual, privatización involucra un término relacionado al proceso de apertura del mercado (liberalización), es trasladar activos de manos públicas a privadas, motivadas en Europa por la aplicación de una política económica general que tenía como objetivos reducir el déficit, alejar al Estado de la gestión de las empresas (1996, p. 570). En ese sentido, se puede afirmar que la liberalización y la privatización pueden ir como procesos paralelos y complementarios, pero no necesariamente uno es consecuencia del otro, puesto que puede haber liberalización sin privatizaciones, aunque no necesariamente de forma contraria, toda vez que, para poder privatizar seguramente se requiera liberalizar[3]. En el caso latinoamericano y peruano se presentó un proceso parecido al de España. Además de ello se debe tener en cuenta que, por lo general, cuando se han dado estos procesos de reforma del Estado y se han llevado a cabo procesos de privatizaciones, se ha comenzado con las empresas públicas que se encuentran en mercado en libre concurrencia y, posteriormente, se procede con las empresas de servicios públicos por la mayor complejidad que involucra intervenir en industrias de este tipo (Graham, 2000, p. 14).

En el caso peruano, como ya lo hemos mencionado, cuando se decide transformar el enfoque de la re-

[3] Al respecto, el profesor Martínez López-Muñiz señala de manera acertada:

> La aplicación, por lo demás, del término privatización a las actividades o servicios requiere también algunas advertencias. Sólo resulta una expresión apropiada cuando de hecho una actividad o servicio hasta entonces propiamente públicos –bajo publicatio en sentido estricto– dejan de estar reservados a la titularidad pública –son objeto de despublificación– y de hecho además pasan a ser prestados por empresas propiamente privadas (no sólo formalmente privadas), lo que no ocurre siempre. Cabe que se despublifique un servicio, pero que siga siendo gestionado íntegramente o en mayor o en menor medida por una o varias empresas públicas: en el primer caso sólo habría privatización jurídico-formal, y en los otros, sólo podría hablarse de una privatización parcial del servicio en el orden sustantivo (1999, p. 136).

lación del Estado con el mercado, existían muchas actividades en las que se evidenciaban empresas públicas, en régimen concurrencial o monopólico, a través de diversas formas de conformación empresarial el Estado. Al establecer la subsidiariedad del Estado empresario en la Constitución Política de 1993, se comienzan a adoptar una serie de medidas privatizadoras con el fin de hacer el traspaso de los activos en manos públicas a manos privadas. Debe resaltarse que estamos hablando de activos que se encontraban tanto en actividades de servicios públicos como en otras de diversos rubros (minería, calzado, alimentario, etc.).

Respecto de las actividades de diversos rubros, resulta razonable que el Estado haya optado por la privatización. Pues, resultaba coherente con las disposiciones constitucionales y la idea fue precisamente que sean los privados los que impulsen el mercado en un escenario de libre competencia bajo un Estado con función ordenadora y reguladora. No obstante, en el caso de los servicios públicos no se puede aplicar la misma lógica de pensar que todo en manos privadas resulta mejor, como ya lo hemos indicado, eso tiene que someterse a evaluación. Lo que sucede es que en el caso de los servicios públicos tiene que tomarse en cuenta que no todo es rentabilidad, las reglas de la oferta y demanda pueden tener serias limitaciones y, por ende, es el Estado el que debe intervenir y debe determinarse bien cómo debe hacerlo.

Como bien lo señala Martin Mateo, el entusiasmo por los procesos de privatización de los servicios públicos, incluyendo el agua de manera particular, debe equilibrarse a través de una evaluación de los aspectos positivos y negativos, más aún en el caso de países en desarrollo (1991, p. 31). En ese sentido, tomando en consideración que nos interesa analizar lo que pasó en el caso de los servicios públicos, debemos decir que los resultados de las privatizaciones fueron positivos, pero se siguió la estrategia de los procesos de liberalización: conseguir el resultado de todas formas, sin pensar en los procesos o los medios. Hay que tener en cuenta que la privatización como toda técnica debe cumplir un rol instrumental, en el caso peruano pudo haber resultado más beneficioso si los resultados de los procesos de privatización hubieran servido para la mejora de los servicios públicos, tanto a nivel de cierre de brecha de acceso como en la mejora de la calidad, eso no necesariamente sucedió.

Dentro de ese contexto, en el caso peruano tenemos autores que sostienen que los procesos de privatización fueron positivos (Universidad del Pacífico, 2004; García Mezquita, 2009; Paliza, 1999; Pérez-Reyes & Távara, 2009; Rodríguez Larraín, 1995), y otros que sostienen que no lo fueron del todo (Castro, 2007; Manyari Villagómez, 2008; Ruiz Caro, 2002). Adicionalmente, existen autores que consideran que los procesos de privatización *per se* no suponen mejoras de eficiencia con respecto a empresas públicas (Bonifaz Fernández & Santin, 2000) y hay los que consideran que a pesar de las mejoras experimentadas, aún hacen falta mejoras sustantivas, al menos en lo que corresponde a actividades vinculadas a los servicios públicos, especialmente agua potable y saneamiento, y electricidad (Pascó-Font & Torero, 2001). Evidentemente, hay que ser muy cautelosos con las afirmaciones que se hacen pues muchas veces las conclusiones a las que se llegan dependen (incluso puede ser determinante) de los factores y datos que se analizan y las perspectivas que tienen o utilizan los autores.

En ese sentido, Ruiz Caro considera que los resultados de las privatizaciones en Perú son ambivalentes porque si bien se lograron metas vinculadas a la mejora de cobertura y modernización tecnológica en algunas actividades, también se puede afirmar que no se cumplieron todos los objetivos que justificaban la toma de decisiones a favor de su implementación (2002, p. 9). Tiene razón la autora cuando anota que los resultados son ambivalentes, puesto que no podemos dejar de tomar en cuenta que, en muchos casos, se presentaron mejoras. Así, en el caso de los servicios públicos, se materializó en el aumento de la cobertura y, por tanto, acceso a los servicios, en la calidad, en las ofertas (para actividades donde la tecnología permite la competencia como las telecomunicaciones), en la protección de los derechos de los usuarios, entre otros resultados. No obstante, esas mejoras pudieron potenciarse y las estrategias se hubiesen planificado, sin evitar el debate político, sino por el contrario, para fomentarlo. Al respecto, coincidimos cuando hace referencia que hubo un proceso acelerado por su ritmo de ejecución, lo cual tuvo un impacto en el establecimiento de las mejores condiciones, modificaciones constantes. En buena cuenta el proceso de privatización tuvo como norte principalmente el cumplimiento de metas fiscales (Ruiz Caro, 2002, pp. 9-10).

Resulta anecdótico, pero a la vez ilustrativo, lo señalado por Moreyra Loredo, excongresista y expresidente del Banco Central de Reserva, cuando en una entrevista respondió sobre el rol de la privatización en el programa económico del gobierno de Fujimori:

> Es muy difícil decirlo. No debemos olvidar que este Gobierno se inició sin ningún plan; (…) En realidad, lo que se sabe con precisión es que el propio Presidente Fujimori se oponía a la pri-

> vatización de manera tajante. Luego de su relación con el FMI, se convenció de que esto era necesario en alguna medida. Creo que ahora está más inclinado hacia la idea de una privatización profunda, amplia (Abramovich Ackerman & García-Belaunde Saldías, 1994, p. 117).

Ahora bien, también resulta cierto que las empresas públicas representaban una serie de problemas, que García Mezquita las agrupa en cuatro: i) carencia de objetivos entre objetivos políticos y empresariales, situación que se ha prolongado en el tiempo para el caso de empresas que prestan el servicio público de agua potable y saneamiento; ii) carencia de un sistema de control, reflejados en sistemas excesivamente burocráticos e ineficientes; iii) injerencia política a través del nombramiento de los consejos directivos de las empresas, tomando en cuenta los vínculos políticos y no las capacidades técnicas; y iv) descapitalización, reflejada en dos factores deuda/capital (2009, p. 63). En el quinquenio 1985-1990 estos problemas se agravaron por la aplicación de subsidios en el manejo de los precios y tarifas para reducir la inflación, se dejaron de realizar inversiones y se puso en riesgo la calidad en el suministro de los servicios que se prestaban, incluyendo por supuesto el de los servicios públicos, por lo que los procesos de liberalización y privatización resultaban un mecanismo idóneo. Para esta autora, las privatizaciones son muy positivas porque atrajeron inversiones extranjeras que se convirtieron en los principales compradores, representando aproximadamente un 60% de los ingresos por este concepto, además se constituyeron en motor de inversión directa. Aunque la misma autora reconoce que puede formar parte del otro lado de la balanza el abandono de objetivos sociales y la escasa generación de nuevos empleos (García Mezquita, 2009, p. 64).

Ahora bien, otro aspecto que se debe anotar es que dentro de los procesos de liberalización y privatización y, atendiendo al nuevo rol subsidiario del Estado, en el caso peruano no se consideró la posibilidad de que el Estado cuente con empresas públicas, incluso si estas resultaban rentables. Y esto sucedió incluso en los casos donde los resultados de los procesos de reestructuración que fueron sometidas las empresas públicas fueron positivos (Ruiz Caro, 2002, p. 10).

El siguiente cuadro grafica muy bien lo que se señala:

Tabla 1: Utilidades de las principales empresas estatales

Utilidades de las principales empresas estatales (en millones de USD)											
	1986	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Energía	-197	-766	-1223	-213	121	111	-89	94	130	207	97
Petroperú	-155	-515	-827	-230	6	84	-238	65	37	62	19
Electroperú	-33	-176	-301	11	97	25	148	29	93	145	78
Electroliza	-9	-74	-95	6	18	3	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-
Minería	-87	-129	-1353	-636	-261	-29	41	50	10	9	4
Centromin	-69	21	-553	-333	-157	-45	40	68	10	9	4
Hierro Perú	-10	-36	-85	-85	-77	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-
Minero Perú	-7	-114	-715	-218	-27	16	1	-17	-.-	-.-	-.-
Transp. y comunic.	-27	-120	-250	-44	-10	-20	-26	-24	-54	-35	-34
Entel	0	-39	-10	2	7	6	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-
Aero Perú	2	-59	-92	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-	-.-
Enafer	-17	0	-71	-47	-49	-43	-26	-25	-59	-34	-44
Enapu	-12	-23	-77	1	32	16	1	1	5	1	10
Industria	-22	-47	-116	-96	-73	-123	-213	-20	-.-	-.-	-.-
Sider Perú	-24	-43	-113	-52	-35	-89	-180	8	-.-	-.-	-.-
Paramonga	2	-4	-6	-45	-38	-35	-33	-27	-.-	-.-	-.-
Otros sectores	23	-75	-102	-41	-14	27	33	39	40	58	49
Sedapal	-5	-59	-103	-23	-15	20	28	32	32	40	24
Resto	28	-16	1	-18	1	7	5	7	8	18	15
TOTAL	-309	-1136	-3047	-1032	-237	-35	-255	139	126	240	116

Fuente: Paliza, R., "Impacto de las privatizaciones en el Perú", en Estudios Económicos, julio 1999. Banco Central de Reserva del Perú.

A lo anterior se debe sumar que:

> (…) en muchos casos, la deuda externa e interna de las empresas públicas fue transferida al Gobierno Central antes de ser privatizadas, por un monto que ascendió a 1.460 millones de dólares. Además, en otros casos, el Estado asumió también la deuda tributaria de las empresas, por un monto total que superó los 200 millones de dólares ascendió a 1.460 millones de dólares. Además, en otros casos, el Estado asumió también la deuda tributaria de las empresas, por un monto total que superó los 200 millones de dólares (Ruiz Caro, 2002, p. 12).

En ese sentido, quedaba claro que el objetivo era privatizar y para ello tenían que realizarse los ajustes que resultaran necesarios. Ello no resultó extraño a las intenciones definidas desde un inicio en 1991. En efecto, con la emisión del Decreto Legislativo 674[4], del 25 de septiembre de 1991, se señaló que la actividad empresarial no había tenido resultados económicos y financieros positivos, lo que generó déficit fiscal y ha impedido mejorar los sistemas administrativos y productivos, por lo cual resultaba de interés nacional promover la inversión privada en los sectores donde el Estado funcionaba como empresario. Por tanto, todas las empresas constituían objeto de privatización y para ello se creó la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, COPRI), para determinar qué empresas se debían privatizar y el Comité Especial de Privatización (CEPRI), encargados de los detalles específicos del proceso de privatización o venta (Fernández-Baca, 2004, p. 40).

En efecto, en el caso de los servicios públicos, se debe tomar en cuenta que existieron dos momentos que fueron marcados por la vigencia de la Constitución Política de 1993. Entre el periodo 1990 y 1992, antes de la vigencia de la Carta Magna, el Estado reestructuró muchas de las empresas públicas, se promulgaron normas que establecieran el régimen jurídico a aplicar y se declararon de interés nacional la promoción de la inversión privada. En agosto de 1991 se intervino el sector hidrocarburos, se terminó con el monopolio de la empresa pública, Petroperú, y se permitió el ingreso de empresas privadas nacionales y extranjeras, las cuales podían realizar actividades de comercialización, importación de hidrocarburos y sus derivados, refinación y petroquímica. Para Petroperú se conservaron las actividades de exploración y explotación y transporte (por ductos), las cuales se realizan en un mercado que se encuentra abierto y regido por la iniciativa privada. La segunda etapa se dio entre 1992 y 1996, etapa intensiva de privatizaciones. En este periodo se privatizaron cerca de 110 empresas públicas, generando al fisco ingresos por 7,200 millones de dólares. Dentro de ese grupo de empresas se ubicaron las de telecomunicaciones, electricidad e hidrocarburos (Ruiz Caro, 2002, pp. 32-33)[5].

Durante los primeros años de los procesos de privatización se persiguieron tres objetivos principales: (i) reducir el tamaño del Estado, buscando que funcione de manera más eficiente, evitando con ello tener uno sobredimensionado, ineficiente y con déficit fiscal[6]; (ii) crear un marco regulatorio e institucional para el fomento de la inversión privada y extranjera, para mejorar la capacidad productiva y aumentar el empleo; y (iii) mejorar las condiciones de calidad, precios y oferta de bienes, bajo un esquema de libre competencia y la presencia de un Estado regulador (Fernández-Baca, 2004, p. 43).

Posteriormente, cuando se promulga la Constitución Política en 1993 y se consagra la subsidiariedad de la actividad del Estado, el trato de igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales, el efecto en el proceso de privatizaciones se potenció, los ingresos que se reportaron ese año llegaron a los 317 millones de dólares y se proyectó una inversión de 589 millones de dólares más. A partir de 1994, el Estado peruano comenzó a privatizar las empresas de servicios públicos, aquellas

[4] Respecto a esta norma y las vinculadas, Fernández-Baca, señala:

> La primera privatización se realizó en junio de 1991 y tuvo como protagonista a la empresa financiera Sogewiese Leasing, mediante una transacción por poco más de US$1 millón. Esta venta, al igual que la de Minas Buenaventura, que se realizó en octubre del mismo año, se hizo a través de la subasta de varios paquetes de acciones en la bolsa de valores. Ambas transacciones en conjunto apenas sumaron los USD 2 millones y estos magros resultados fueron precisamente los que impulsaron la dación del Decreto Legislativo 674 que creó la Copri, así como la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757, y la Ley de Fomento de la Inversión Extranjera, Decreto Legislativo 662 (2004, p. 45).

[5] Respecto al número de empresas públicas, hay que tomar en cuenta que, en Perú, existían 40 empresas públicas en 1968, las cuales se incrementaron a 174 hasta 1977. En 1991 existían 186 empresas públicas, de las cuales el 29% correspondía al sector eléctrico, 19% al de hidrocarburos, 15% al minero, 9% al industrial, 7% a comunicaciones, 7% a agua potable y saneamiento, 6% a transporte y 8% a otros sectores (Manyari Villagómez, 2008, p. 296).

[6] Al respecto, Paliza complementa este punto señalando que Estado empresario generó un déficit económico equivalente al 5% del PBI, producto del manejo ineficiente de las empresas, control de precios y el tamaño sobredimensionado de la burocracia (1999, p. 10).

más atractivas, aquellas que se encontraban en régimen de monopolio o eran consideradas monopolios naturales. Los sectores intervenidos fueron el de telecomunicaciones y el eléctrico (Ruiz Caro, 2002, pp. 34 y 35); en el primer caso se privatizaron la Compañía Peruana de Teléfonos (en adelante, CPT) y Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, Entel) por parte de Telefónica Internacional de España al ofrecer USD 1,391 millones por el 35% de acciones de Entel y 20% de CPT, así como USD 1,565 millones de compromisos de inversión; en el segundo caso, las empresas de distribución de electricidad de Lima, Edelnor y Edelsur, se privatizaron a Inversiones Distrilima por USD 176,5 millones y a Ontario Quinta AVV por USD 212,1 millones, respectivamente (Fernández-Baca, 2004, p. 45 y 46).

Otra venta importante fue la transferencia del 60% de la empresa EDEGEL, empresa de generación eléctrica por la que se recibió 524 millones de dólares. En 1996 se terminaron de vender los porcentajes de accionariado que quedaban de las empresas de telecomunicaciones y de electricidad. Posteriormente, los procesos de privatización que encontraron la cúspide en el periodo de 1992 a 1996, se fueron desacelerando en los siguientes años debido a varios motivos, lo cierto es que respecto de los servicios públicos (Fernández-Baca, 2004, p. 46), en el año 2000 se trataron de reactivar las privatizaciones, pero solo se vendieron algunos activos menores de empresas eléctricas y se postergaron la venta de empresas de los sectores hidrocarburos, y agua y saneamiento (Ruiz Caro, 2002, p. 38).

En el caso concreto del sector de agua y saneamiento, aunque inicialmente el objetivo era privatizar las empresas de agua potable y saneamiento, incluyendo Sedapal, empresa cuyo ámbito de prestación es Lima y Callao, llama la atención que en 1997 el presidente Fujimori anunciara que no se privatizaría Sedapal (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 8). Ello, involucraba no privatizar las otras empresas públicas municipales, pues la viabilidad técnica y financiera no se presentaba en estos casos (Fernández-Baca, 1998, p. 90). Las razones que se dieron en su momento se fundamentaban en la alta complejidad de privatizar una empresa de saneamiento y los resultados en las experiencias comparadas (Ruiz Caro, 2002, p. 39). Lo cierto es que ese temor se mantuvo en el tiempo y, a diferencia de lo que pasó en electricidad donde se privatizaron las empresas más rentables (las que se encontraban en la capital), en el caso del agua, en el año 2005 se privatizó una empresa prestadora de servicio de saneamiento (en adelante, EPS) del norte del país (Tumbes), experiencia que no tuvo éxito pues el año 2018 el contrato tuvo que ser caducado por el Estado peruano a solicitud del concesionario.

En conclusión, se puede advertir que el Estado peruano tuvo como objetivo no solo liberalizar las actividades y establecer un régimen de libre competencia. Pues, con una competencia entre empresas privadas (Estado subsidiario en todas las actividades), incluidas las de servicios públicos, se evidenció que el objetivo del Estado fue también la privatización. En ese marco, para cumplir este fin, durante la década que comprende los años 1990 al 2000, el Estado buscó de manera intensa seguir procesos de privatización, los cuales se dieron en mayor medida en los sectores de telecomunicaciones y energía (electricidad e hidrocarburos). Pues ello no sucedió con el sector de agua potable y saneamiento que se caracterizaba (hasta la actualidad) por tener preponderantemente empresas públicas municipales y una estatal.

De esa manera, los resultados son disímiles: en el caso de las telecomunicaciones, se evidencia un sector en el que se han mostrado mejoras más importantes; en el caso del servicio de electricidad, las mejoras fueron importantes, pero no significativas, debido a procesos incompletos o truncados; y, finalmente, en el caso del agua potable y saneamiento es el sector que menos desarrollo ha mostrado, muchas reformas incluso no han sido iniciadas (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 47).

Siguiendo a Martín Mateo y Molina Giménez, podemos afirmar sobre los procesos de privatización, que nuestro país aplicó un pragmatismo económico:

> Dejando de lado los argumentos basados en criterios de eficiencia, hay que decir que la verdadera motivación que induce a la privatización de estos servicios pasa muchas veces por razones de contenido marcadamente económico. Como ha señalado Martín Mateo, "más allá de las ideologías, razones de pragmatismo económico han hecho que los gobiernos ensayen fórmulas que permitan una mayor productividad en la prestación de los servicios directamente a su cargo o bajo su control". Estas motivaciones han concurrido con mayor o menor intensidad, en la práctica totalidad de los movimientos privatizadores que se han producido en el mundo de los servicios locales (Molina Giménez, 2001, p. 209).

En efecto, en el caso peruano, los movimientos privatizadores en los servicios locales no se han podido materializar. Por ejemplo, en el caso del sector agua potable y saneamiento, de las cuarenta y nueve empresas públicas municipales, solo se privatizó una y la operación no tuvo éxito. Ello, sin asumir necesariamente que la privatización sea la

salida a los problemas que se presentan en este servicio público, pues no solo se debe analizar el modo de gestión, sino muchos otros aspectos que influencian en el buen desempeño de los operadores de estos servicios.

En ese sentido, queda claro que la lógica de abrir el mercado para la libre iniciativa privada y privatizar las empresas públicas resultaba razonable si se deseaba que sean los privados los que impulsen la economía. No obstante, como lo hemos visto y anotado, esta lógica tiene aspectos especiales a tomar en cuenta si se tratan de actividades que son consideradas servicios públicos y, por tanto, esenciales para la población. En estos casos, el Estado debía no solo pensar en el resultado de abrir el mercado y privatizar, sino, más bien, realizar un diagnóstico de la situación del servicio público en concreto (telecomunicaciones, electricidad, transporte, agua potable y saneamiento, etc.) y determinar las etapas que debían transitarse para lograr que sean prestados con una cobertura universal y con los más altos niveles de calidad, sin dejar de tomar en cuenta al usuario que termina siendo el objetivo final de los mismos. Además, por tratarse de servicios que involucran un interés público, debían plantearse debates públicos y transparentes que establecieran periodos de revisión donde todos los involucrados puedan dar a conocer sus puntos de vista. Lamentablemente, nada de esto se dio en el caso peruano, por la prisa con la que se llevaron a cabo los procesos de liberalización y privatización, los cuales a la fecha se encuentran inconclusos y carecen de coherencia en muchos aspectos que hemos ido anotando.

VI. LAS REFORMAS POR SECTORES

A continuación, haremos referencia a las principales reformas que se dieron en los servicios públicos económicos.

A. Telecomunicaciones

Cuando se comenzaron a gestar los procesos de privatización, las empresas públicas que generaban mayores expectativas se encontraban en las actividades donde el Estado actuaba en monopolio, dentro de ellas las de telecomunicaciones y electricidad.

En el caso de las telecomunicaciones, la situación previa a la privatización era dramática, existía una tasa de penetración del 2.6% a nivel nacional, eso quiere decir que, en el Perú, dos hogares de cada cien tenían teléfono fijo. Lima concentraba el número de líneas, se trataba de una cifra por debajo del promedio regional, además de ello existía una demanda insatisfecha y la calidad en la prestación del servicio era deficiente. En el sector, existían dos empresas públicas, la CPT, la cual brindaba servicios de telefonía básica en Lima y Callao, y Entel que brindaba servicio de larga distancia nacional e internacional, además del servicio local para el resto del país. Estas dos empresas formaban parte del paquete de empresas a ser privatizadas y el año 1994 se realizó una subasta utilizando el mecanismo de mayor oferta en sobre cerrado con la finalidad de vender el 35% de acciones, a través del cual el comprador podía tener el control de las empresas. La empresa que obtuvo la buena pro fue Telefónica de España con una oferta de USD 2,004 millones, que le permitió obtener un monopolio por cinco años para la venta de líneas, servicio local y larga distancia nacional e internacional (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 7).

Si bien el proceso de privatización se llevó a cabo en 1994, cabe resaltar que un año antes, en julio de 1993, se había creado el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) en reemplazo de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. La importancia de esta entidad como organismo regulador ha sido significativo puesto que permitió alejar la intromisión política a las decisiones técnicas y regulatorias en el sector. De hecho, en el ordenamiento jurídico peruano, se ha reconocido la autonomía técnica, económica y financiera, funcional y administrativa del Osiptel, lo cual resulta importante para el desarrollo de sus funciones.

Para llevar a cabo el proceso de privatización, a inicios de 1992 se creó la COPRI, que como hemos señalado, tenía a su cargo dirigir todos los procesos de privatización y en junio del mismo año designó el Comité Especial de Telecomunicaciones (CEPRI-TELECOM). Después de las reuniones con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y expertos del Banco Mundial, se fijaron como objetivos: cerrar las brechas de acceso, mejorar la calidad del servicio, fomentar la competencia, no perjudicar de modo alguno la seguridad nacional, fomentar las inversiones (nacionales y extranjeras), desarrollar el mercado de capitales y aumentar el valor de las empresas (Manyari Villagómez, 2008, p. 318).

Como señalan Pascó-Font y Torero:

> Los principales resultados obtenidos gracias a la privatización pueden ser analizados desde el lado de la oferta y desde el lado de la demanda. En el lado de la oferta, los principales cambios pueden ser resumidos en términos de cinco indicadores: cobertura, calidad del servicio, tarifas, estructura de ingresos de la empresa, eficiencia económica y resultados de la empresa (2001, p. 13).

Respecto de la cobertura, los buenos resultados impulsaron a Telefónica a adelantar en un año (1998) la culminación del periodo de concurrencia limitada del que gozaba. Uno de los factores claves fue la inversión que se hizo en infraestructura, la brecha existente al momento de recibir la gestión era muy grande y, por tanto, la demanda insatisfecha también, en cuanto se instalaron parte de las redes se pudo cumplir de manera sencilla lo que se había pactado con el Estado.

En el caso de la calidad, el reto consistía en aumentarla y no fue difícil hacerlo en la medida en que, en 1992, solo un 35 o 40% de las llamadas eran completadas. Las razones se encontraban en la falta de red, congestión de llamadas y tecnología obsoleta; en 1993, solo el 33% de la red era digital y los cables en lugar de durar quince años, ya tenían sesenta. Por tanto, mejorar esa situación fue relativamente sencillo para la empresa concesionaria (Pascó-Font & Torero, 2001, pp. 14-15).

Sobre las tarifas, las empresas públicas CPT y Entel tenían una estructura tarifaria inadecuada y los costos operativos eran muy altos (Fernández-Baca, 2004, p. 75) y, como hemos advertido, la inversión en nuevas redes y el mantenimiento de estas resulta importante. No obstante, no realizaban estas inversiones en la medida que las tarifas siempre eran establecidas por debajo de los costos, lo que no permitía invertir en nuevas infraestructuras o, incluso para el mantenimiento de las que existían. Una de las razones para que las tarifas no respondieran a los costos, quizá la principal, era la presencia de criterios políticos antecediendo a los técnicos. Pues al momento de definir las tarifas existían subsidios cruzados oportunistas (por ejemplo, las bajas tarifas de la telefonía local se cubrían con desproporcionadas tarifas altas de larga distancia internacional), se cobraba mucho por la instalación de las líneas (sobre el promedio de la región) o el cargo mensual básico muy reducido (por debajo de la región) (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 16). Dentro de este escenario, la privatización en el caso de las telecomunicaciones tuvo resultados muy favorables. Todo lo señalado redundó en una mejor gestión que evidentemente tuvo un impacto sobre estructura de ingresos de la empresa, eficiencia económica y resultados de la empresa. Aunque debe mencionarse que para los usuarios significó asumir un aumento importante por el pago de los servicios y no recibir necesariamente una atención eficiente al cliente, debido al número importante de quejas (Manyari Villagómez, 2008, p. 324).

Dentro de las reformas dadas en el sector, se debe poner especial atención a la creación del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, Fitel), ahora Programa Nacional de Telecomunicaciones (en adelante, Pronatel). Este fondo se creó mediante la Ley General de Telecomunicaciones y su finalidad es financiar los proyectos en zonas rurales y de preferente interés social. En buena cuenta se tratan de lugares que no resultan rentables y, por tanto, las empresas no ofrecerán los servicios. Las fuentes de financiamiento son entre otras: el aporte del 1% de rentabilidad anual que deben realizar los operadores de los servicios de telecomunicaciones, recursos públicos que destine el Estado, donaciones, los pagos que realizan los operadores en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

El Fitel, ahora Pronatel, tiene la bondad de financiar los proyectos en zonas no rentables y para ello se realizan procesos de selección en los que pueden participar los operadores de telecomunicaciones como postores, ganando la buena pro aquel que presente la mejor oferta. Se trata de un mecanismo de competencia por el mercado que funciona en la medida que el fondo o programa identifique los lugares y lleve a cabo de manera eficiente.

Este mecanismo resulta interesante en la medida en que los operadores no tienen que asumir obligaciones de servicios públicos o cargas de servicio universal; por el contrario, tienen la oportunidad de participar en los referidos procesos de selección. Si bien es cierto, al inicio algunos operadores no estaban totalmente de acuerdo con el sistema de financiamiento del servicio universal, lo cierto es que con el paso del tiempo este se ha afianzado y viene funcionando adecuadamente. Se dice sobre el mismo que es la mejor forma de no distorsionar el mercado de las telecomunicaciones, puesto que, en aplicación del principio de solidaridad, todos los operadores en función de la rentabilidad que obtienen en el año terminan aportando al programa, teniendo posteriormente la oportunidad de participar de los procesos de selección que se convocan.

B. Electricidad

Antes del año 1992 existía una empresa estatal, Electro Perú, y varias empresas de distribución que funcionaban en todo el Perú bajo la supervisión y coordinación de la primera. El Poder Ejecutivo, a través de la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, se encargaba de dirigir, promover, controlar y supervisar el servicio. Si bien es cierto en este sector el Estado tenía mejores niveles de inversión, después del año 1985 estas decayeron. Debido a ello, hacia 1992, el Perú mostró un registro de coeficiente de electrificación bastante bajo, de 48.4%, siendo uno de los más bajos de la región. El Estado, a través de las empresas

públicas solo proveían el 60% de electricidad, el resto se generaba por empresas privadas que se autoabastecían (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 19). La distribución eléctrica se brindaba a través de tres sistemas interconectados: Sistema Interconectado Centro Norte (SICN), Sureste (SISE) y Suroeste (SISO), siendo Electrolima la mayor empresa regional (Fernández-Baca, 1998, p. 91).

En el caso de la industria eléctrica, debemos agregar el impacto negativo que supuso el fenómeno del terrorismo, puesto que una forma de atentar contra el Estado era destruir la infraestructura eléctrica, principalmente las torres de alta y media tensión. Este problema se evidenciaba en los continuos cortes de electricidad que se daban en todo el territorio peruano. Si a ello adicionamos el mismo problema que el de las telecomunicaciones, la fijación de tarifas con criterio político más que técnico, la situación se agravaba. En 1989, con los ingresos por el pago de tarifas, solo se lograba cubrir el 39% de los costos operativos promedio y, por tanto, una vez más, no existía capacidad para invertir en nueva infraestructura o en el mantenimiento de la existente. Para 1989 se registraron pérdidas de alrededor de USD 426 millones, y entre 1991 y 1992, las pérdidas fueron USD 302 millones y USD 38 millones, respectivamente (Pascó-Font & Torero, 2001, pp. 18-19). En 1994, Perú tenía una de las tasas más bajas de consumo de energía eléctrica (500 Kwh), respecto de otros países de la región, como Colombia (1000 Kwh), Argentina, Chile y Brasil (2000 Kwh) o Venezuela (2500 Kwh), lo que se reflejaba en bajo porcentaje de acceso a la electricidad que llegaba solo al 48% (Fernández-Baca, 1998, p. 91).

Dentro de este contexto, el Estado reestructuró el funcionamiento de la industria y se preparó el marco normativo para llevar a cabo los procesos de privatización. En la medida que existían más empresas que en el caso de las telecomunicaciones, donde existían dos, el proceso fue más complejo e incluso quedó incompleto. En 1992, a través de la Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), aprobada por el Decreto Ley 25844, se desintegró de manera vertical las actividades del sector eléctrico en generación, transmisión y distribución, especificando que podrían ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras; en tal sentido, se formaron empresas por cada actividad, entre 1994 y 1997 se privatizaron diez empresas públicas (cinco de generación y cinco en distribución), el monto que obtuvo el Estado por estas operaciones fue un total de USD 1,433.1 millones (Pascó-Font & Torero, 2001, pps. 7, 19 y 20).

Además de ello, antes de la creación del Organismo Regulador de Energía (Osinerg, ahora Osinergmin), se establecieron tres administraciones públicas claves para el funcionamiento de las reformas: el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), encargado del cumplimiento de la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento; la Comisión de Tarifas Eléctricas (CTE), encargado de regular las tarifas máximas de energía para clientes regulados; y, el Comité de Operación Económica del Sistema (COES), encargado de diseñar el horario de despacho y calcular el costo marginal de corto plazo de la energía (Fernández-Baca, 2004, p. 82).

Como señalan Pascó-Font y Torero:

> Para atraer a los inversionistas privados, el gobierno asumió las deudas de largo plazo de Electro Perú. Al mismo tiempo, se crearon tres comités especiales de privatización para la venta individual de las empresas de generación, transmisión y distribución, Electro Perú, Electro Lima y Etevensa (2001, p. 20).

Según estos mismos autores:

> Los resultados de la privatización en el sector eléctrico son impresionantes, a pesar de que todavía hay importantes empresas que no han sido transferidas al sector privado. En términos de ingresos para el país, la privatización del sector para 1999 había generado un total de USD 2,074.5 millones, de los cuales USD 1,914.4 millones fueron obtenidos a través de la venta de acciones y USD 160.1 millones mediante la capitalización de Etevensa y de la Empresa Eléctrica de Piura (Pascó-Font & Torero, 2001, pp. 21 y 22).

Por otra parte, en diciembre de 1996, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), mediante la Ley 26734 (actualmente, esta entidad tiene bajo su ámbito también el sector minero por lo que, por sus siglas, es conocida como Osinergmin). Como en el caso del Osiptel, goza de autonomía financiera, contable, administrativa y económica y, a pesar de estar adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, su estatuto le dota de absoluta autonomía funcional. En el caso de Osinerg se creó para supervisar la calidad, conservación del ambiente, eficiencia, así como el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión, inicialmente estuvo adscrito al MINEM, para luego pasar a formar parte de la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM); las labores de este organismo regulador iniciaron en octubre de 1997 (Dammert *et al.*, 2005, p. 67).

Finalmente, de algún modo replicando el modelo que existe en el sector de las telecomunicaciones,

en el año 2012 se creó el Fondo de Inclusión Social en Energía, que en la norma tiene la misma finalidad que el Fitel (ahora, Pronatel), proveer de energía a las zonas no rentables o cumplir con el servicio universal. No obstante, se debe precisar que existen algunas diferencias que hacen que su funcionamiento sea distinto.

C. Gas natural

Como se ha podido advertir, cuando hablamos de los procesos de privatización en los servicios públicos en el Perú, no mencionamos a la industria del gas natural, ello porque, a pesar de tener una empresa en el sector hidrocarburos (Petroperú), esta se encontraba explotando hidrocarburos líquidos y no gas natural. De hecho, existe un proyecto en el norte del Perú (Piura), pero de menor trascendencia. Cuando se comenzaron a gestar los procesos de privatización (años 1990-1992) la empresa estatal no tenía proyectos en giro o potenciales de gas natural, debido a ello, el Estado se centró en la privatización de las actividades de hidrocarburos líquidos. En este caso, como sucedió en la actividad eléctrica, el Estado desintegró verticalmente las actividades de exploración/explotación, procesamiento, transporte y comercialización; y la privatización se centró en la venda de las actividades de transporte y comercialización.

Conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos emitida en 1993, el Estado debía promover el desarrollo de esas actividades a través de la libre competencia y libre acceso a la actividad económica. Para tal fin se creó una empresa pública a fin de promocionar, llevar a cabo procesos de selección y formar parte de los contratos con los privados, nos referimos a Perupetro.

Una peculiaridad de la regulación de este sector (hidrocarburos líquidos y gas natural) es que, para las actividades de exploración y explotación, no se requieren contratos de concesión, sino existen dos modalidades: contratos de licencia y de servicios. La primera de ella es la más utilizada porque, a través de dichos contratos, los privados pueden tener la 'propiedad privada' de los recursos una vez que hayan salido de la boca de pozo. Estos contratos están sujetos a un régimen de derecho civil y se les da a los hidrocarburos un tratamiento de propiedad. Evidentemente esta regulación se dio a fin de promocionar y hacer atractivo el sector para empresas privadas nacionales y con mayor razón del extranjero. En el caso de las actividades de transporte, al ser consideradas servicio público, el título habilitante que se utiliza es la concesión, a diferencia del contrato de licencia que es firmado entre el privado y Perupetro como contraparte, en el caso de los contratos de concesión, estos son firmados entre el MINEM, en representación del Estado y el privado.

En el caso del gas natural, se debe tener presente que el proyecto más grande es el de Camisea, ubicado en la parte de selva de Cusco. Este proyecto comenzó a operar en el año 2004 y desde el inicio de todo el proyecto se consideró solo la participación de empresas privadas. En la parte de explotación se encuentra la empresa Pluspetrol, en el caso de la actividad de transporte la empresa Transportadora de Gas del Perú (TGP) y en la parte de distribución tenemos a Calidda para Lima y Callao, y otras empresas privadas que están a cargo de otras concesiones en otras regiones (Ica, Cusco, Arequipa y Moquegua). Todas estas regiones se proveen principalmente del gas natural que proviene del proyecto Camisea y cuenta con el 100% de empresas privadas.

Un dato importante en el caso del gas natural es que no todo el país goza de este servicio público, siendo una actividad que se encuentra en desarrollo. Evidentemente, en este caso, no podemos hablar de la universalidad del servicio ni, mucho menos, nos encontramos en la etapa embrionaria o de gestación de esta actividad. No obstante, en la medida en que ya existe un diseño institucional para el sector de energía, como en el caso de la electricidad, el ente regulador es el Osinergmin, quien se encarga entre otras cosas de establecer la tarifas para las actividades de transporte y distribución, además de supervisar que se cumplan las obligaciones establecidas en los contratos de concesión y el ordenamiento jurídico.

D. Agua potable y saneamiento

En el caso de este sector, a diferencia de lo que ocurrió con los otros servicios públicos, el legislador peruano decidió municipalizarlo, otorgando la responsabilidad de su garantía y prestación a los gobiernos locales. En ese sentido, la antigua empresa pública estatal fue escindida en muchas, las que finalmente quedaron en cuarenta y nueve, empresas públicas municipales, denominadas EPS's y una empresa (Sedapal) adscrita al Poder Ejecutivo para Lima y Callao.

Bajo la misma premisa liberalizadora que se dio para las otras actividades consideradas servicios públicos, en la Ley General de Servicios de Saneamiento de 1994, e incluso en una norma anterior de 1991, se permitía que los servicios de agua potable y saneamiento sean brindados por entidades públicas, privadas o mixtas. Aunque en la realidad las empresas siempre han sido públicas, al menos hasta el año 2005 cuando se dio la primera experiencia de privatización, la cual no ha tenido éxi-

to y el contrato ha tenido que ser caducado por parte del Estado, con lo cual se ha retornado a un escenario donde solo hay operadores públicos, al menos para las zonas urbanas.

Ahora bien, en la medida que nos interesa analizar el impacto de los procesos de liberalización para el caso del sector de agua potable y saneamiento, podemos decir que existen muchas diferencias respecto de los otros servicios públicos: i) para estos servicios, se decidió municipalizar la gestión del servicio; ii) aunque en doctrina y en la práctica se trate como un servicio público, el legislador peruano no califica la actividad como tal en la Ley General de Saneamiento, siendo declarada como de necesidad y utilidad pública; y iii) el ordenamiento permite que la gestión pueda realizada por entidades públicas, privadas o mixtas, no obstante, durante este tiempo la prevalencia de ha sido la gestión pública para las zonas urbanas.

En ese sentido, se debe entender que desde la municipalización del servicio de agua potable y saneamiento, son los Gobiernos Locales los responsables de la prestación del servicio, ya sea a través de empresas públicas, mixtas o privadas, en este último caso mediante contrato. Si se toma en cuenta el abanico de opciones para la gestión, se debe tomar en cuenta que estas actividades se pueden someter de algún modo a un régimen de competencia sin que el municipio deje de tener un rol protagónico, más en el caso de los servicios públicos de suministro de agua potable y saneamiento (Molina Giménez, 2001, pp. 176-177)[7].

Otro aspecto que analiza el referido autor es que el caso de abastecimiento municipal de agua involucra un régimen de exclusividad a favor de las entidades locales, en la medida que se tratan de verdaderos monopolios naturales. Por tanto, se podría concluir que existe "titularidad-reserva-monopolio", precisando que "no porque así deba ser necesariamente en virtud de su condición de servicio reservado, sino porque la especialísima naturaleza de este servicio así lo exige" (Molina Giménez 2001, p. 194). En ese sentido, se debe entender que:

> La reserva constituye, en conclusión, el título jurídico que habilita a la Administración para fijar los controles de entrada a la actividad, interviniendo y ordenando el posible acceso a todas las empresas potencialmente interesadas en gestionar la red de suministro. La libre iniciativa en este sector constituye un peligro para el buen funcionamiento del servicio (Molina Giménez, 2001, p. 194).

La situación descrita corresponde para el caso español, pero consideramos que resulta totalmente extrapolable para el caso peruano. El análisis resulta interesante porque se puede advertir que la actividad de suministro de agua potable, atendiendo a las características de la actividad, puede ser reservada y tener titularidad pública, a fin de que el que ostenta la referida titularidad puede tener el control de esta. La consecuencia de esto es que la libre iniciativa estará limitada, no prohibida, pero sí dependerá de lo que establezca el responsable de garantizar su prestación o suministro.

Ahora bien, existe un detalle importante que se debe anotar sobre los procesos de liberalización y el impacto en los servicios públicos locales. Como hemos visto anteriormente, en el caso de los servicios públicos de ámbito estatal los procesos de liberalización han involucrado despublificar las actividades para devolverse las actividades al mercado y, acorde a ello, se han hecho una serie de cambios en el régimen de los títulos habilitantes, de gestión, entre otros aspectos. En cambio, en los servicios del ámbito local no se ha dado propiamente una despublificación, el proceso de liberalización ha sido limitado, ha involucrado favorecer la participación privada a través de los mecanismos o modalidades de gestión, sin que por ello los gobiernos locales pierdan la titularidad de las actividades (Tornos Mas, 2017, pp. 14–15).

Como ya lo hemos advertido, el caso del agua potable y saneamiento tuvo un derrotero distinto al de los sectores de telecomunicaciones y de electricidad. A pesar de haberse incluido inicialmente en el paquete de empresas públicas que debían ser privatizadas, ello no se pudo concretar y después de altos y bajos finalmente no se logró más que privatizar una sola empresa pública y esto recién en el año 2005.

[7] En este contexto, resulta interesante la reflexión de Sendín García sobre el caso de los servicios públicos en el ámbito de las municipalidades:

> Hasta ahora hemos visto como durante el siglo XIX se configura un servicio público que opera al margen de una auténtica preocupación social. Esta situación comienza a quebrarse en el ámbito de los servicios municipales con la irrupción del movimiento municipalizador, que lleva ya inserta una clara impronta social, si bien no es totalmente ajeno a la satisfacción de finalidades económicas, esto es, a la obtención de ingresos para la Hacienda Local, objetivo que parece debemos considerar tuvo un carácter secundario, siendo lo fundamental la satisfacción de un interés de la Comunidad. Que este cambio se produjese precisamente en el ámbito local lo explica la doctrina por la mayor receptividad de la Administración Local, más próxima al ciudadano, respecto de los problemas sociales (2005, p. 1070).

Respecto al proceso de privatización en este sector, se debe señalar que en el periodo previo a que operara la reforma del Estado, existía una empresa pública, creada en 1981, con unidades operativa desconcentradas, el Servicio Nacional de Agua Potable y Alcantarillado (en adelante, Senapa) (Sedapal, 2005, p. 80). Un dato importante a tomar en cuenta es que antes de los 90 esta empresa y sus subsidiarias prestaban el servicio en zonas urbanas, mientras que en el caso de las zonas rurales, el servicio lo brindaba el Ministerio de Salud (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 25).

En el periodo que comprende 1981 a 1990, la empresa Senapa se hizo cargo de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento en el área urbanas, mediante las 15 empresas subsidiarias y las 185 unidades operativas. Este periodo concluyó en 1990, cuando al final del mandato del presidente García, se emitieron los Decretos Legislativos 574 y 601, mediante los cuales se municipalizó el servicio público, siendo la única excepción Sedapal, para Lima y Callao, que quedó en el ámbito de control del Poder Ejecutivo. En el caso de las zonas rurales también hubo un cambio, la prestación pasó de manos del Ministerio de Salud a los Gobiernos Regionales (Pascó-Font & Torero, 2001, p. 26). La transferencia de las empresas y unidades operativas de Senapa a favor de los gobiernos locales se produjo de manera gratuita (Barrantes, Bustamante, Conterno, Macroconsult & Tamayo, 1997, p. 7).

En el gobierno de Alberto Fujimori, concretamente a fines de 1991, en el marco de las reformas del Estado a través de los procesos de liberalización y privatización, se emite el Decreto Legislativo 697, Ley de Promoción a la Inversión Privada en el campo de saneamiento. Esta norma declara de interés nacional la promisión de la inversión privada en este sector y abre toda posibilidad para que de manera libre cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, pueda prestar los servicios de agua potable, alcantarillado, disposición de excretas o reúso de aguas servidas; con ello, y se estableció de manera expresa, se eliminaba "toda exclusividad en esa explotación por parte de los organismos gubernamentales" (1991, art. 2).

Según el Decreto Legislativo 697 los privados debían firmar contratos de explotación, no contratos de concesión, con los respectivos gobiernos locales, dejando muy claro que la titularidad o reserva ya no operaba. Lo cierto es que bajo este marco no se llegaron a firmar contratos de explotación y todo quedó en intención del Gobierno Central. Ello, aun cuando se hicieron los esfuerzos para que operara la privatización. De hecho, en junio de 1992, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, surgido después del autogolpe de Alberto Fujimori, a través de la COPRI, se incluyó a Sedapal en los procesos de privatización, constituyendo para ello la respectiva CEPRI (Sedapal, 2005, p. 84). Para estos efectos se constituyó mediante Ley 25965, de diciembre de 1992, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass), como organismo adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros, quien tenía por finalidad, proponer normas del sector, fiscalizar la prestación de los servicios, ya sea por empresas públicas o privadas, evaluar su desempeño, promover su desarrollo o sancionarlas. Con la creación de Sunass, se desactivó la Dirección de Saneamiento Básico que formaba parte del Ministerio de Salud. Así mismo, mediante el Decreto Ley 25973 del 21 de diciembre del mismo año, el Gobierno declaró la disolución y liquidación de la empresa Senapa (Sedapal, 2005, p. 85).

Cuando se municipalizó el servicio de agua potable, en 1990, antes de los procesos de reforma de los 90 no se tomó en cuenta que las municipalidades no se encontraban preparadas para prestar de manera adecuada el servicio, por diversas razones de carácter técnico, económico, de capital humano, entre otras. En 1994, cuando se emite la Ley General de Saneamiento no se tomó en cuenta este aspecto y la privatización de las empresas fue un fracaso. En el año 1997, el Estado reconocía que era muy complejo llevar a cabo la privatización de estas empresas y todo el proceso de reforma se truncó. En el año 2005 se dio la primera experiencia de privatización a través de la gestión de tres provincias ubicadas en la región de Tumbes, la empresa concesionaria era Aguas de Tumbes S.A. (ATUSA), este intento de gestionar a través de empresas privadas ha fracasado, pues el año 2018 el Estado se vio obligado a caducar el contrato de concesión, sin que la empresa pusiera resistencia.

VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos centrado nuestra atención al análisis de los procesos de liberalización y privatización en los servicios públicos económicos (telecomunicaciones, electricidad, gas natural, y agua potable y saneamiento) en el Perú, dando a conocer las diferencias que existen entre ambas categorías y cómo es que se han implementado en los principales servicios públicos económicos.

En términos generales podemos afirmar que los resultados han sido positivos; no obstante, hemos advertido que hubiese sido más conveniente hacer un análisis por sector, generar un debate en torno a las propuestas que se planteaban; y, uno de los

aspectos más importantes, proponer revisiones periódicas regulatorias, las cuales no se han efectuado, pues los cambios normativos han tenido como principal objetivo hacer cambios menores para resolver los problemas coyunturales.

La revisión de la implementación de los procesos de liberalización y privatización en distintos sectores nos ha permitido advertir que, a pesar de que la motivación y objetivos del Estado estaban orientados a abrir el mercado y reducir la participación estatal en la actividad empresarial, los resultados en cada actividad fueron totalmente distintos.

Además de ello, de la revisión de las decisiones adoptadas en cada sector, se advierte que en términos generales se implementaron medidas que han tenido un impacto positivo en el desarrollo de los servicios públicos, en términos de acceso y mejora de calidad, pero estos cambios no resultan suficientes pues aún existen muchas brechas en ambos casos, lo cual amerita que se revisen los procesos que se han iniciado hace más de tres décadas, tomando decisiones que impacten en todo el régimen jurídico de manera sistemática e integral.

Finalmente, se ha comprendido que estos procesos de liberalización y privatización se han dado bajo el marco de lo que establece el modelo económico recogido en la Constitución Política del Perú y tal como se ha visto, consideramos que, si bien pueden existir ajustes al modelo o a los procesos, no se requiere un cambio radical del modelo. Pues, la responsabilidad más importante se encuentra en el legislador, el cual puede a través de su función establecer los ajustes necesarios al marco normativo o regulatorio o institucional.

REFERENCIAS

Abramovich Ackerman, D., & García-Belaunde Saldías, D. (1994). El proceso de privatización en el Perú: Entrevista a Carlos Montoya Macedo y Manuel Moreyra. *Ius Et Veritas*, (8), 116-123.

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico.* Ara Editores y Ariño Asociados.

Barrantes, R., Bustamante, A., Conterno E., Macroconsult S.A. & Tamayo G. (1997). *Retos de la economía política en los servicios de agua potable: El proceso de reforma de Perú*. Banco Interamericano de Desarrollo.

Bonifaz Fernández, J. L., & Santin, D. (2000). Eficiencia relativa de las empresas distribuidoras de energía eléctrica en el Perú: una aplicación del análisis envolvente de datos (DEA). *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, (47), 111-138.

Castro, J. E. (2007). La privatización de los servicios de agua y saneamiento en América Latina. *Nueva Sociedad*, (207), 93-112.

Dammert, A., Gallardo, J., & García, R. (2005). *Reformas Estructurales en el Sector Eléctrico Peruano* (Osingerg - Documento de Trabajo No. 5).

De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2000). Constitución y modelo económico liberizador. *Cuadernos de Derecho Público*, (9), 27-46.

Esteve Pardo, J. (2015). *Estado Garante. Idea y Realidad*. Innap Investiga.

Fernández-Baca, J. (1998). La experiencia regulatoria en Perú II: los casos de la electricidad y el agua potable. *Apuntes: Revista de Ciencias Sociales*, (43), 89-105.

(2004). La experiencia de privatización en el Perú, 1991-2004. En J. Fernández-Baca (ed.), E*xperiencias de regulación en el Perú* (pp. 37-89). Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Fernández Farreres, G. (2002). El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía. *Justicia Administrativa*, (18), 7-21.

García Mezquita, Y. (2009). Las privatizaciones como mecanismo de atracción de las inversiones extranjeras: El caso de Perú. *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, (2), 61-67.

Garrido Falla, F. (1992). Privatización y reprivatización. *Revista Derecho & Sociedad*, (5), 34-40.

Graham, C. (2000). *Regulating public utilities*. Hart Publishing.

Mairal, H. (1993). La ideología del servicio público. *Revista de Derecho Administrativo*, (14), 359-437.

Malaret I García, E. (1998). Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto. *Revista de Administración Pública*, (145), 49-88.

Manyari Villagómez, E. (2008). En D. Cienfuegos Salgado & L. Rodriguez Lozano (eds.)*, El proceso de provatización de las empresas de servicios públicos en el Perú durante el periodo 1991-2000. Un análisis crítico*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Martín Mateo, R. (1991). Administración de los recursos hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras. *Revista de Administración Pública*, (124), 7-34.

Martínez López-Muñiz, J. L. (1999). Nuevo sistema conceptual. *Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 133-152.

Molina Giménez, A. (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones: El Contexto Liberalizador.* Tirant Lo Blanch.

Montero Pascual, J. J. (1996). Titularidad privada de los servicios de interés general, orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos: El caso de las telecomunicaciones. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (92), 567-591.

Paliza, R. (1999). Impacto de las privatizaciones en el Perú. *Revista Estudios Económicos*, (4), 9-37.

Pascó-Font, A., & Torero, M. (2001). *El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú* (GRADE - Documento de Trabajo 35).

Pérez-Reyes, R., & Távara, J. (2009). Balance de la investigación académica en regulación de los servicios públicos. *Economía*, *32*(63), 9-62.

Rodríguez Larraín, A. (1995). Libre competencia, privatización y desmonopolización. *THĒMIS-Revista de Derecho*, *0*(31), 91-97.

Ruiz Caro, A. (2002). El proceso de privatizaciones en el Perú durante el período 1991-2002. *Serie Gestión Pública, CEPAL-ONU*, (22), 1-84.

Sedapal. (2005). *Historia del abastecimiento de agua potable de Lima 1535-2005* (2da ed.). Fondo Editorial de Sedapal.

Sendín García, M. A. (2003). *Hacia un servicio público europeo el nuevo derecho de los servicios públicos*. Comares.

(2005). Los servicios públicos en el siglo XIX. *Anuario de Historia Del Derecho Español*, (75), 1037-1076.

Souvirón, J. M. (2004). Privatización del sector público empresarial del Estado de España (1996-2002): Aspectos jurídicos. En G. Ariño (Dir.), *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003) - resúmenes ejecutivos*. Comares.

Tornos Mas, J., & Galán Galán, A. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicio público. derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*.

Tornos Mas, J. (2017). La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales. *Cuadernos de Derecho Local*, (43), 12-30.

Universidad del Pacífico. (2004). En Jorge Fernández- Baca (Ed.), *Experiencias de regulación en el Perú*. Universidad del Pacífico.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Decreto Legislativo 601, Procedimiento para la transferencia a que se refiere la Sétima Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 574, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Legislativo 662, Otorgan un régimen de estabilidad jurídicas a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de setiembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 664, Resolverán directamente las solicitudes de importación de muestrarios exhibidos en ferias y exposiciones internacionales, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de setiembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 674, Promulgan la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de setiembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 697, Ley de Promoción a la Inversión Privada en el Campo del Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 0757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada en inglés, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Ley 25844, Ley General de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano,* 19 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Ley 26096, Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de diciembre de 1992 (Perú).

Decreto Ley 30156, Promulgan mediante Decreto Legislativo la Ley de Organización y funciones del Ministerio de Vivienda y Construcción, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de enero de 2014 (Perú).

Decreto Supremo 013-93-TCC, Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 042-2005-EM, Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 059-96-PCM, Decreto Supremo de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 1996 (Perú).

Decreto Supremo 060-96-PCM, Decreto Supremo de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de febrero de 1996 (Perú).

Ley 26221, Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de junio de 2010 (Perú).

Ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de julio de 1994 (Perú).

Ley 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de agosto de 2003 (Perú).

SANTA ROSA
HOTEL

10.18800/themis.202301.022

EL USO DE INFRAESTRUCTURA DE ELECTRICIDAD POR EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES

THE USE OF ELECTRICITY INFRASTRUCTURE BY TELECOMMUNICATIONS COMPANIES

Gerardo Soto Carrillo*
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados

The need to deploy telecommunication networks in Peru has generated the approval of various legal regimes that oblige electricity utilities (transmission and distribution) to allow the use of their facilities by telecommunication companies, mainly to install optical fiber. These regimes have given rise to various criteria derived from the multiplicity of administrative disputes that have been decided by the regulator. As a result, specific procedures have been issued, including mandatory orders (mandates) from the telecommunications regulator to the electricity companies, in some cases with price regulation.

Along these lines, this article describes and analyses these regimes, as well as the regulator's criteria, with certain points remaining in dispute.

Keywords: Osiptel; electricity facilities; infrastructure access; Telecommunications.

La necesidad de despliegue de redes de telecomunicaciones en el Perú ha generado la aprobación de diversos regímenes legales que obligan a empresas de servicio eléctrico (transmisión y distribución) a permitir el uso de sus instalaciones por las empresas de telecomunicaciones, principalmente para instalar fibra óptica. Estos regímenes han dado lugar a diversos criterios derivados de la multiplicidad de litigios administrativos que ha decidido el regulador. En consecuencia, se han emitido procedimientos específicos, que incluyen órdenes obligatorias (mandatos) del regulador de telecomunicaciones a las empresas eléctricas, en algunos casos con regulación de precios.

En esta línea, el presente artículo describe y analiza dichos regímenes, así como los criterios del regulador, con ciertos puntos que se mantienen en litigio.

Palabras clave: Osiptel; instalaciones de electricidad; acceso a infraestructura; Telecomunicaciones.

* Abogado. Estudios concluídos de la Maestría en Regulación de Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Socio en Payet, Rey, Cauvi, Pérez, Abogados (Lima, Perú). Contacto: gsc@prcp.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 3 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 2 de mayo de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

El despliegue de redes de telecomunicaciones ha sido (y es) de interés del Estado peruano, en tanto implica el desarrollo de las poblaciones de las ciudades y zonas rurales del país. Las telecomunicaciones no solo implican las posibilidades de comunicación entre personas, sino también el acceso a la información disponible a través de internet, lo cual, a su vez, promueve negocios de toda envergadura, educación, salud, etc.

A la fecha, las empresas de telecomunicaciones requieren principalmente el uso de infraestructura eléctrica para el despliegue de fibra óptica, la cual es el medio tecnológico que permite un mejor servicio y mayor capacidad para la transmisión de datos. Por ello, a efectos de promover el mayor despliegue de redes de telecomunicaciones, se han aprobado algunos regímenes excepcionales que obligan a las empresas concesionarias de electricidad (distribuidoras y transmisoras) a permitir el uso de su infraestructura (particularmente postes y torres) por parte de empresas de telecomunicaciones.

La circunstancia descrita ha generado diversas discusiones respecto al alcance de las obligaciones regulatorias, las mismas que se mantienen en la actualidad. En este sentido, el presente artículo describirá brevemente el escenario normativo de la materia[1], así como la experiencia en casos reales y los precedentes emitidos por la autoridad competente.

II. EL RÉGIMEN GENERAL: CONTRATACIÓN NO REGULADA

El régimen general consiste en un escenario desregulado en el cual las empresas de telecomunicaciones negocian con las empresas de electricidad el uso de las instalaciones de estas últimas. En principio, la determinación de precios por el uso de infraestructura eléctrica es libre, así como el alcance de los derechos y obligaciones que ambas empresas establezcan. El contrato es regulado por el Código Civil y no hay intervención de entidades estatales u organismos reguladores a efectos de la aprobación o supervisión de estos contratos, sin perjuicio de que apliquen las disposiciones generales sobre libre competencia, como en cualquier otro escenario.

Desde hace muchos años, las empresas de telecomunicaciones contratan con empresas eléctricas bajo este marco, sin la existencia de discusiones sustantivas distintas a las normalmente derivadas de la contratación civil. En este contexto, los contratos de acceso a infraestructura eléctrica contienen las disposiciones usuales de los contratos civiles sobre contraprestación dineraria, facturación, plazos, solución de conflictos y otros. Adicionalmente, suelen incluir disposiciones específicas relacionadas con la seguridad de las instalaciones, debido al peligro característico de las instalaciones eléctricas, acompañados de garantías (cartas fianza) que aseguren a la empresa eléctrica en la eventualidad de que la empresa de telecomunicaciones cause daños en la oportunidad del despliegue de las redes de telecomunicaciones en los postes o torres de electricidad.

En principio, es en dicha oportunidad en la que existe mayor probabilidad de causar daños. Dicha situación de riesgo es de mucha menor intensidad luego de que las redes de telecomunicaciones ya han sido desplegadas. Asimismo, es usual incluir cláusulas de indemnidad, según las cuales cualquier consecuencia que impacte en la empresa eléctrica (por ejemplo, una multa administrativa) generada por la actividad de la empresa de telecomunicaciones, será trasladada económicamente a esta última.

Las empresas de telecomunicaciones que requieren el acceso a infraestructura de electricidad son usualmente aquellas que necesitan el despliegue de redes de cable coaxial (muy utilizado en la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable, también conocido como 'televisión de paga') o de fibra óptica. Técnicamente, por ambos tipos de facilidades pueden prestarse diversos servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo telefonía y acceso a internet. Actualmente, las empresas de telecomunicaciones despliegan fibra óptica y, en mucha menor medida, cable coaxial, debido a las mejores características tecnológicas de la fibra óptica.

Es importante destacar la existencia de este régimen general pues, en realidad, los regímenes regulatorios vigentes son de excepción, de acuerdo con las disposiciones específicas de cada uno, conforme se describirá.

III. RÉGIMEN ESPECIAL CON RESTRICCIÓN ADMINISTRATIVA

El primero de los regímenes de excepción es el establecido por la Ley 28295, Ley que regula el ac-

[1] No se incluye en este artículo el régimen del Decreto Legislativo 1019, ni el posible uso obligatorio de infraestructura derivado de normas de libre competencia.

ceso y uso de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, publicada el 21 de julio de 2004 y reglamentada por el Decreto Supremo 009-2005-MTC.

A. Beneficiarios

Los beneficiarios de este régimen son los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones. De acuerdo con la normativa sectorial de telecomunicaciones[2], la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones[3], salvo servicios de valor añadido, requiere del otorgamiento de una concesión por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Por ello, la prestación a terceros de servicios como telefonía (fija o móvil), portadores o televisión de paga[4], requieren en Perú de la suscripción de un contrato de concesión[5].

Han sido las empresas concesionarias del servicio de televisión de paga las que mayor uso han hecho del régimen de la Ley 28295, principalmente relacionadas con restricciones administrativas municipales que impedían el despliegue de infraestructura propia.

B. Sujetos obligados

Los obligados dentro de este régimen no son solo las empresas eléctricas. La ley regula el acceso de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones en general a la infraestructura de uso público.

La ley define a los titulares de infraestructura de uso público como "[t]oda persona natural o jurídica que cuente con infraestructura de uso público al amparo de derechos reconocidos por el Estado" (Ley 28295, 2004, art. 6). A su vez, define como infraestructura de uso público a:

> Todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, derechos de vía asociado a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía. Adicionalmente, se considerará infraestructura de uso público a aquella que así sea declarada por OSIPTEL con opinión previa y favorable de los organismos reguladores competentes (Ley 28295, 2004, art. 6).

De esta manera, son sujetos pasivos de este régimen los concesionarios de servicios de telecomunicaciones[6] y los concesionarios del sector energía, lo que no se restringe al subsector eléctrico, sino que incluye al subsector hidrocarburos (por ejemplo, los concesionarios de los servicios de transporte o distribución de gas natural, que despliegan ductos por las cuales puede incluirse cableado –en general– y fibra óptica).

Nótese que, para constituir sujeto pasivo de este régimen, el titular de la infraestructura es aquel que cuenta con derechos reconocidos por el Estado para realizar la actividad. Ello implica que actividades que no requieran título habilitante estatal se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley 28295. Por ejemplo, no toda actividad de transmisión eléctrica requiere de una concesión estatal. El artículo 3 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas establece que se requiere concesión de transmisión cuando las instalaciones afecten bienes del Estado o requieran la imposición de servidumbre por parte del Estado (1992). Si las instalaciones de transmisión se encuentran ubicadas, por ejemplo, en su totalidad, en predios de propiedad del titular de las instalaciones o en

[2] Principalmente, el Texto Único Ordenado (en adelante, TUO) de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, y el TUO de su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo 020-2007-MTC.

[3] Véase el artículo 40 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

[4] Su denominación normativa es 'servicio de distribución de radiodifusión por cable', denominación claramente anacrónica, pues el servicio no se presta únicamente por el medio físico cable, ni tampoco se restringe a distribuir radiodifusión, sino otros contenidos.

[5] De acuerdo con el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, las telecomunicaciones en el Perú se clasifican en cuatro tipos de servicios. Primero, los 'Portadores', los cuales proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión o de valor añadido. Dentro de esta categoría se incluyen los servicios denominados arrendamiento de circuitos. Este tipo de servicios permite, por ejemplo, conectar las diversas locaciones de una empresa sin necesidad de que sus comunicaciones se transmitan a través de la red pública (telefónica) o permite conectar a los bancos con sus cajeros automáticos. Segundo, los 'Finales' o teleservicios, que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. El ejemplo típico es la telefonía, sea fija o móvil. Tercero, los de 'Difusión', por los cuales la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción. Son servicios de difusión la televisión, la radio y el servicio de televisión de paga. Finalmente, los de 'Valor añadido', que utilizan como soporte los servicios portadores, finales o de difusión, añadiendo algunas características al servicio base. Algunos ejemplos son el fax y el servicio de correo electrónico (1993). Esta clasificación fue recogida en su momento de la legislación española de finales de la década de 1980.

[6] El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) emitió la Resolución 008-2006-CD/OSIPTEL, de fijación de la fórmula sobre la contraprestación por el acceso y uso compartido de infraestructura, aplicable solo al uso compartido de instalaciones de telecomunicaciones (no para instalaciones de electricidad o de energía en general).

predios cuyos propietarios han accedido a otorgar servidumbre (sin necesidad de imposición estatal), no será legalmente necesario obtener una concesión de transmisión. Este titular de transmisión eléctrica no requiere concesión, pues se encuentra fuera de la aplicación de la Ley 28295.

Asimismo, el artículo 12 de la Ley 28295 establece que, para instalaciones que se construyan o instalen luego de la entrada en vigor de dicha ley, la obligación de compartir la infraestructura solo es exigible después de tres años de haberse concluido la construcción o instalación correspondiente (2004). De esta manera, se permite que su titular tenga dominio total de la infraestructura esos primeros años, pero ello no impide que se negocien o suscriban, durante esos períodos, contratos de uso compartido de infraestructura bajo el régimen general no regulado.

No es necesario que el titular de la infraestructura de uso público cuente con la propiedad de los activos involucrados. Es suficiente que el derecho estatal otorgado incluya dichos activos, los cuales pueden ser usados por el titular de la infraestructura bajo un arrendamiento u otro mecanismo legal[7]. Por ello, el no contar con el derecho de propiedad de la infraestructura no constituye una situación que libere a su titular de las obligaciones previstas en este régimen.

C. Negociación previa y emisión de mandato administrativo

Este régimen prevé una etapa de negociación previa entre el solicitante del uso compartido de infraestructura (empresa de telecomunicaciones) y el titular de dicha infraestructura, por un período de treinta días hábiles. Los contratos que se suscriban bajo este régimen no requieren de aprobación administrativa para su validez o eficacia. Este es un punto sustancial que distingue a la regulación del uso compartido de infraestructura respecto de la regulación de interconexión (y otros mecanismos de acceso a redes), también bajo competencia del Osiptel, que se rige por un contexto regulatorio de mayor intervención administrativa.

Luego de transcurrido el período de treinta días hábiles sin haber logrado un acuerdo, el concesionario de telecomunicaciones y la empresa eléctrica[8] están habilitados para solicitar al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) la emisión de un mandato que ordene el acceso y uso compartido de la infraestructura, así como las reglas para dicho uso. El Osiptel también es el organismo competente para emitir disposiciones específicas e imponer las sanciones ante incumplimientos.

La emisión de un mandato –acto administrativo regido por las disposiciones del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General– implica un procedimiento administrativo previo, en el cual, luego de la solicitud y la correspondiente respuesta, el Osiptel notifica a ambas partes un proyecto de mandato. Las partes tienen el derecho de expresar comentarios al proyecto, los cuales deben ser evaluados por el Osiptel al emitir el mandato respectivo a través de su Consejo Directivo, órgano máximo del regulador. Al no contar este órgano con un superior jerárquico, solo procede en vía administrativa su impugnación mediante recurso de reconsideración. Para casos de infraestructura distinta a la de telecomunicaciones (como la infraestructura eléctrica), el artículo 13 de la Ley 28295 establece que se requiere de la opinión favorable, previa y vinculante emitida por el organismo regulador competente respecto a la viabilidad del acceso compartido a la infraestructura (2004).

Una subasta por el derecho de acceso es aplicable si la disponibilidad de la infraestructura solicitada no permite atender una pluralidad de solicitudes. Ello constituye una regla adecuada, en la medida que las bases de la subasta contengan disposiciones razonables. Adicionalmente, el Reglamento de la Ley 28295 (aprobado por Decreto Supremo 009-2005-MTC) también permite la subasta bajo una fórmula muy abierta, en caso el "OSIPTEL lo determine, previo informe económico, técnico y legal" (2005). En otros escenarios de acceso, como en el de infraestructura de transporte de uso público, las subastas por acceso se encuentran detalladamente reguladas[9]. No conocemos de algún caso en el cual se hubiera aplicado el mecanismo de subasta bajo las disposiciones de la Ley 28295.

El Osiptel señala en sus mandatos que los mismos tienen plazo indeterminado y concluyen luego de

[7] Así lo entiende el Osiptel. Véase los Informes: (i) 329-GPRC/2015, sustento de la Resolución 105-2015-CD/OSIPTEL; (ii) 150-GPRC/2017, sustento de la Resolución 90-2017-CD/OSIPTEL, del 10 de agosto de 2017; y (iii) 00004-GPRC/2019, sustento de la Resolución 10-2019-CD/OSIPTEL.

[8] Véase el Informe 406-GPRC/2014, sustento de la Resolución 101-2014-CD/OSIPTEL.

[9] Véase el Reglamento Marco de Acceso aprobado por el Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran), mediante Resolución 14-2003-CD/OSITRAN.

la resolución o extinción de la concesión del concesionario de telecomunicaciones[10]. Aunque no existe regla normativa, el mandato también debiera concluir si caduca el título habilitante del concesionario eléctrico.

Dicho esto, el Osiptel, dentro de un procedimiento de emisión de mandato, denegó el pedido de un concesionario de distribución eléctrica, de incluir como una causal de terminación el uso no autorizado de su infraestructura eléctrica por parte del concesionario de telecomunicaciones[11]. Esta última denegatoria ha sido matizada en mandatos sujetos a la Ley 29904 (a la cual nos referiremos posteriormente), en los cuales el Osiptel sí ha aceptado incluir como causal de terminación de mandato el uso parcial de la infraestructura eléctrica, únicamente en caso existan terceros interesados en compartir la misma infraestructura, basándose precisamente en lo señalado en el artículo 13 del Reglamento de la Ley 28295[12] [13].

Respecto de la aplicación de los mandatos, el Osiptel señala que no tienen efectos retroactivos, lo cual es correcto, pero no por las razones que alega el regulador. El Osiptel sustenta que al tener el mandato un carácter normativo, no puede tener efectos en fechas anteriores por aplicación del artículo 103 de la Constitución Política, el cual señala que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos[14]. Sin embargo, hay una distinción conceptual definida que probablemente se vea algo confusa por la literalidad de las normas en cuestión.

En efecto, la Ley 27332 otorga a los organismos reguladores diversas funciones, entre ellas la función normativa, que:

> comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios […] (2000).

No cabe duda de que, bajo esta función, el Osiptel está habilitado para emitir –dentro de su competencia– disposiciones reglamentarias, es decir, aquellas de carácter general, las que, como tales, se sujetan a la prohibición absoluta de irretroactividad (salvo en materia sancionadora, si beneficia al imputado).

No obstante, esta disposición no transforma a los mandatos en disposiciones reglamentarias sujetas al artículo 103 de la Constitución. Los mandatos

[10] Véase la Resolución 00183-2022-CD/OSIPTEL y el Informe 00167-DPRC/2022. Los mandatos también incluyen las siguientes causales de su terminación: decisión de autoridad competente, acuerdo entre las partes (aprobado por el Osiptel), decisión unilateral del concesionario de telecomunicaciones, caducidad de la concesión de telecomunicaciones, ocurrencia de eventos establecidos en la Ley 28295 y su reglamento como supuestos de denegatoria de acceso, incumplimiento de pago por tres meses y el uso parcial de la infraestructura en la parte correspondiente a la infraestructura no utilizada (siempre que existan terceros interesados en dicha infraestructura y de acuerdo a los criterios que establezca el Osiptel).

[11] Véase el Informe 150-GPRC/2017, sustento de la Resolución 90-2017-CD/OSIPTEL, del 10 de agosto de 2017.

[12] De acuerdo con el Informe 00096-GPRC/2020, sustento de la Resolución 134-2020-CD/OSIPTEL que acogió parcialmente una reconsideración contra el mandato emitido a favor de YOFC Perú S.A.C. respecto de infraestructura eléctrica de SEAL:

> De manera consistente con pronunciamientos previos, se ha estimado conveniente incorporar las siguientes causales de terminación del Mandato de Compartición de Infraestructura: (i) incumplimiento de los pagos referidos a la infraestructura por tres (3) meses consecutivos o alternados en periodos anuales y (ii) la terminación parcial del mandato en caso de uso parcial de la infraestructura eléctrica, únicamente en caso existan terceros interesados en compartir la misma infraestructura. Cabe señalar que ambas causales son requeridas en los contratos de compartición celebrados bajo el alcance de la Ley N° 28295 y han sido establecidas por el OSIPTEL en los mandatos de compartición solicitados en el marco de dichas normas (2020).

[13] Reglamento de la Ley 28295:

> Artículo 13.- Derechos del titular de la infraestructura de uso público. El titular de la infraestructura de uso público tiene los siguientes derechos: 1. Recibir el pago oportuno de la contraprestación por el acceso y uso compartido de su infraestructura de uso público. 2. Retirar cualquier elemento no autorizado que se encuentre instalado en su infraestructura de uso público, sin causar daño a la misma. Para tal efecto, se debe cumplir el procedimiento que establezca el OSIPTEL. 3. Retirar cualquier elemento instalado en la infraestructura de uso público, sin dar aviso previo al beneficiario de la infraestructura de uso público, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas o de la propiedad, sin causar daño a la misma, informando inmediatamente la justificación de la medida al beneficiario de la infraestructura de uso público y al OSIPTEL. 4. Otros derechos que establezca el OSIPTEL (2005).

[14] De acuerdo con el Informe 29-GPRC/2017, sustento de la Resolución 20-2017-CD/OSIPTEL, del 16 de febrero de 2017:

> El mandato de compartición es un instrumento de naturaleza normativa, que se emite en ejercicio de la función prevista en el artículo 3.1, literal c), de la Ley N° 27332 -Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. En ese sentido, dado su carácter normativo, no puede tener efectos retroactivos en línea con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, que dispone que las normas no tienen fuerza ni efectos retroactivos (2017, p. 49).

constituyen actos administrativos sujetos al TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Si bien se encuentran bajo el alcance de la función denominada como 'normativa' (de los organismos reguladores), esto no implica que se transformen en disposiciones reglamentarias[15].

En el caso, la eficacia anticipada del mandato no podía aplicarse debido a que no se presentaba el supuesto, previsto en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de ser favorable a los administrados (2019). Al encontrarnos ante un procedimiento administrativo trilateral, los administrados participantes tienen intereses contrapuestos y, en este escenario, a alguno de ellos no le sería favorable la eficacia anticipada.

Este carácter de acto administrativo ha sido reconocido por la procedencia de los correspondientes recursos de reconsideración contra los mandatos. El Osiptel no deniega –correctamente– la procedencia basándose en que se trata de disposiciones reglamentarias. En las impugnaciones judiciales, se aplican las disposiciones del proceso contencioso-administrativo relacionadas a actos administrativos, no a disposiciones reglamentarias.

Bajo estas circunstancias es realmente sorprendente que, en algunos pronunciamientos, el Osiptel intente negar el carácter de acto administrativo de los mandatos de uso compartido de infraestructura. Por ejemplo, el regulador ha señalado:

> Es preciso indicar que si bien el procedimiento para la emisión de un mandato de compartición de infraestructura no es un procedimiento administrativo, sino una norma de carácter particular con efectos generales, esta condición no enerva el hecho de que el OSIPTEL utilice las herramientas previstas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, a efectos de otorgar predictibilidad, oportunidad y transparencia a sus decisiones normativas, de tal manera que la reserva de principios del procedimiento y disposiciones procedimentales que no se encuentran expresamente contempladas en el Procedimiento para la Emisión de un Mandato de Compartición de Infraestructura, les sean plenamente aplicables (Informe 00103-GPRC/2020).

Los mandatos no son actos con efectos generales; tienen efectos específicamente respecto del solicitante y del administrado titular de la infraestructura a ser usada. Los mandatos son claramente actos administrativos, por tanto, sujetos a los recursos impugnativos de las normas de procedimientos administrativos y a la revisión judicial a través del proceso contencioso-administrativo. No he tomado conocimiento de alguna decisión judicial que rechace las impugnaciones judiciales de los mandatos por entender que se trate de disposiciones normativas. Dicha situación sería errada. El regulador también ha señalado que procede la emisión de mandatos, aun cuando entre las partes existiera un anterior contrato de uso compartido de infraestructura[16].

Una circunstancia particular –e incorrecta– utilizada por el Osiptel es emitir mandatos en casos en que existían contratos previos entre las partes, modificando directamente sus cláusulas[17]. El Osiptel cuenta con habilitación legal para emitir este tipo de mandatos, pero carece de ella para modificar directamente los textos de contratos previos. El ejercicio de su función implica emitir un acto administrativo que debe ser cumplido por las empresas involucradas (en algunos casos ello podría implicar variación de relación jurídica), no intervenir directamente en los textos de contratos previos. Ese mecanismo es, además, innecesario cuando se cuenta con facultades de emisión de mandato.

D. Restricción administrativa como requisito

Un requisito específico del régimen de la Ley 28295 es la existencia de una restricción a la construcción y/o instalación de infraestructura de uso público (se entiende, de telecomunicaciones) declarada por la autoridad administrativa competente por alguna de las siguientes razones: (i) medio ambiente; (ii) salud pública; (iii) seguridad; u (iv) ordenamiento territorial (2004).

De esta manera, este régimen actúa en una situación en la cual el concesionario de telecomunicaciones está impedido de desplegar su red en determinada localidad. Es este impedimento el que tiene la capacidad de generar la exigencia legal de obligar a un tercero a compartir el uso de su infraestructura.

---

15 Sobre mandatos de interconexión como actos administrativos y la confusión con la función normativa, véase: "Revisión de la figura del mandato de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones desde la perspectiva del derecho administrativo" (Moscol Salinas, 2008).

16 Véase el Informe 028-GPRC/2020, sustento de la Resolución 35-2020-CD/OSIPTEL, que emitió el mandato solicitado por Empresa Roma E.I.R.L. respecto de infraestructura eléctrica de Electricidad del Oriente S.A.

17 Véase el Informe 028-GPRC/2020, sustento de la Resolución 35-2020-CD/OSIPTEL.

En consecuencia, aparece como un mecanismo de protección ante un impedimento administrativo externo. Si este impedimento no existe, no operan las disposiciones del régimen. Bajo esta perspectiva es que el reglamento de la Ley 28295 ha dispuesto que no puede solicitar el uso compartido quien ha denunciado la restricción ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), a efectos de que sea declarada como barrera burocrática ilegal o irrazonable y por ello, se declare su inaplicación al denunciante.

De haber denunciado ante el Indecopi, se entiende que optó por dicha vía para la inaplicación de la restricción. Esta previsión es razonable. Si el concesionario de telecomunicaciones considera que la restricción es ilegal o irrazonable e inició el procedimiento destinado a su inaplicación, el exigir al titular de la infraestructura el uso compartido generaría en este último una carga por una situación contingente. El concesionario de telecomunicaciones puede obtener la inaplicación de la restricción e instalar su propia infraestructura.

Nótese que, aun existiendo la posibilidad de la denuncia ante Indecopi, el concesionario de telecomunicaciones no tiene la obligación de presentarla, aun cuando existan argumentos sólidos respecto de su ilegalidad o irrazonabilidad. Por ello, en el litigio administrativo, el titular de la infraestructura no podrá alegar exitosamente, para liberarse de su obligación, que el solicitante debió haber iniciado el procedimiento correspondiente ante Indecopi.

Es el concesionario de telecomunicaciones solicitante quien debe acreditar la existencia de la restricción declarada administrativamente. Este requisito es necesario incluso desde la etapa inicial de negociación, previa al procedimiento administrativo de emisión de mandato del Osiptel. Esto ha sido ya señalado por el regulador en los siguientes términos, sustentando una declaración de improcedencia de emisión de mandato:

> Que, de la información recabada en la tramitación de la solicitud de TV CABLE DIGITAL, se aprecia que la Municipalidad Distrital de Deán Valdivia ha emitido la restricción administrativa para que TV CABLE DIGITAL instale o construya su propia infraestructura en el ámbito de su jurisdicción, en fecha 17 de junio de 2015, esto es, con posterioridad al período de la negociación directa sostenida entre TV CABLE DIGITAL y SEAL, así como de la propia solicitud de emisión de mandato de compartición presentada al OSIPTEL; Que, en ese sentido, conforme a lo señalado en el acápite 5.1 del Informe N° 329- GPRC/2015, se aprecia que TV CABLE DIGITAL y SEAL no han negociado los términos de un contrato de compartición bajo las condiciones que establece el artículo 19 del Reglamento de la Ley Nº 28295, al no haber TV CABLE DIGITAL acreditado ante SEAL en su oportunidad, la existencia del requisito mínimo de la restricción administrativa establecido en el citado artículo 19; Que, asimismo, se observa que TV CABLE DIGITAL, al momento de solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición con SEAL, no contaba con la acreditación de la existencia de la restricción administrativa para instalar infraestructura en la Municipalidad Distrital de Deán Valdivia, exigible como requisito mínimo por el artículo 26 del Reglamento de la Ley Nº 28295, para la emisión del respectivo mandato de compartición; Que, la participación del OSIPTEL es de naturaleza subsidiaria en el procedimiento de emisión de mandato de compartición y sólo procede en los supuestos contemplados en el artículo 5 de la Ley Nº 28295; en el presente procedimiento, al no haber TV CABLE DIGITAL acreditado, ni en la negociación directa con SEAL ni al momento de solicitar la emisión del mandato de compartición, el cumplimiento del requisito mínimo de la existencia de restricción administrativa para instalar su infraestructura en el distrito Deán Valdivia, no corresponde a este Organismo emitir un pronunciamiento respecto de la solicitud de SEAL respecto del citado distrito; ello, sin perjuicio del derecho de TV CABLE DIGITAL a formular al OSIPTEL una nueva solicitud que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Reglamento de la Ley Nº 28295 […] (Resolución 105-2015-CD/OSIPTEL).

Además, incluso el regulador ha señalado que el solicitante debe acreditar que la decisión administrativa que incluye la restricción debe tener el carácter de firme (Informe 00004-DPRC/2023).

En otro caso, el regulador inició el procedimiento correspondiente basado en una carta de una municipalidad que señalaba una restricción al concesionario de telecomunicaciones, pero este no presentó al Osiptel –en las etapas siguientes del procedimiento– el informe de la autoridad municipal señalado en la carta. En dicho escenario, al considerar no probada la restricción, se declaró improcedente la emisión del mandato (Informe 00378-GPRC/2016).

El régimen también es aplicable si el solicitante no acredita la restricción administrativa, pero solicitó el pronunciamiento correspondiente a la autoridad competente y ésta no se pronunció en el plazo de treinta días hábiles. Esta omisión faculta al concesionario de telecomunicaciones a iniciar el pe-

riodo de negociación y, posteriormente, a solicitar al Osiptel la emisión de un mandato.

La restricción administrativa corresponde a un determinado ámbito geográfico-político, como las regiones, provincias o distritos. Si no se acredita la restricción administrativa (o la falta de pronunciamiento de la autoridad) sobre determinado espacio geográfico, el régimen de la Ley 28295 no es aplicable y los eventuales mandatos no pueden pronunciarse sobre áreas respecto de las cuales no se acreditó la restricción.

En un procedimiento administrativo de emisión de mandato, bajo las disposiciones de la Ley 28295, un concesionario de distribución eléctrica señaló al Osiptel que el concesionario de telecomunicaciones incluyó en su solicitud el uso de postes ubicados fuera del distrito respecto del cual se acreditó la restricción administrativa. Lo que legalmente correspondía era que el Osiptel declarase que no procedía pronunciamiento alguno al respecto. Sin embargo, en el mandato, el regulador estableció que la infraestructura ubicada fuera del área con restricción administrativa podía ser evaluada por el Comité Técnico creado por el mandato (Informe 00378-GPRC/2016).

Aunque dicho comité se base en acuerdos, se rige bajo las disposiciones del mandato y, por tanto, de la Ley 28295. El pronunciamiento señala incluso que, ante ausencia de acuerdo, puede solicitarse la emisión de un mandato (Informe 00378-GPRC/2016). Esta perspectiva es errada y no tiene sustento normativo debido a que la infraestructura en áreas fuera de la restricción administrativa no está regida legalmente por la Ley 28295 ni por un mandato emitido bajo sus reglas.

E. Contraprestación

La Ley 28295 establece que la contraprestación será razonable (principio de onerosidad) y que la metodología de cálculo debe ser fijada en el reglamento, debidamente sustentado en un informe técnico (2004). Por su parte, el Reglamento de la Ley no estableció una fórmula para determinar la contraprestación, pero incluyó algunas reglas en sus artículos 34 y 35 (Decreto Supremo 009-2005-MTC). Por otro lado, a efectos de la contraprestación por el uso de infraestructura eléctrica, el Osiptel aplica en los mandatos que emite la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904, a la que nos referiremos más adelante (Decreto Supremo 014-2013-MTC).

En un inicio el Osiptel señalaba que la aplicación de dicha fórmula se debía a que se trataba del "referente más cercano" (Informe 329-GPRC/2015). Posteriormente, en diversos procedimientos de emisión de mandato, sustenta que el régimen de la Ley 29904 es aplicable de forma supletoria:

> La Ley Nº 29904 declara de necesidad pública e interés nacional, el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, y el Anexo I del Reglamento de dicha ley, establece la metodología para la determinación de las contraprestaciones que retribuyan el acceso y uso a dicha infraestructura. Al respecto se debe señalar que, si bien el propósito de la referida Ley es impulsar el desarrollo, utilización y masificación de la Banda Ancha en todo el territorio nacional, los fines que persigue dicha ley no limita la aplicación de los principios económicos y la metodología para la determinación de las contraprestaciones, establecidas en su Reglamento, de manera supletoria y en lo que corresponda, para el caso del acceso y uso compartido de la misma infraestructura de soporte eléctrico en el marco de la Ley Nº 28295. En efecto, la referida metodología para la determinación de las contraprestaciones, ha sido desarrollada de manera específica, para retribuir el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico y no para otro tipo de infraestructura de uso público (v.g. postes de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones), por lo que no es sólo aplicable para el caso de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, sino también para determinar la contraprestación que retribuya el acceso y uso de la misma infraestructura de soporte eléctrico, en el marco de la Ley Nº 28295, de manera supletoria. Al respecto, es importante resaltar que la Ley Nº 28295 declara también de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público, siendo el objeto de dicha ley, el regular el acceso y uso compartido de la infraestructura de uso público que permita la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. […] tanto la Ley Nº 29904, como la Ley Nº 28295, declaran de interés y necesidad pública el acceso y uso compartido de la infraestructura, que permita la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo en ambos casos, aplicable la metodología establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, para la fijación de la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico, debido a que no se encuentra vigente una fórmula para la fijación de la retribución por el acceso y uso de la infraestructura de soporte eléctrico, específica para el caso de relaciones de compartición en el marco de la Ley Nº 28295, por lo que se aplica supletoriamente la fórmula establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904 (Informe 176-GPRC/2017).

Como se aprecia, el Osiptel realiza una exportación de las disposiciones de un régimen para aplicarlo a otro. En términos muy generales, parecería una decisión razonable, pues la fórmula del Anexo 1 del reglamento de la Ley 29904 trata sobre la contraprestación por uso de infraestructura eléctrica[18]. Sin perjuicio de ello, existen cuestionamientos importantes respecto de la forma como el Osiptel interpreta dicha fórmula, situación que se describirá más adelante.

F. Adecuación

De acuerdo con el reglamento de la Ley 28295, tanto los contratos como los mandatos sujetos a este régimen deben incluir una disposición que "garantice la adecuación de la contraprestación a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares" (2004). Esta es una manifestación específica del principio de no discriminación dispuesto en la misma Ley[19] y aparece también en otros regímenes de acceso a redes ajenas, como la interconexión[20].

La adecuación debe ser analizada de acuerdo con el contexto legal de las relaciones jurídicas involucradas. Al respecto, el Osiptel ha señalado que la regla de adecuación no es aplicable respecto de relaciones no sujetas al régimen de la Ley 28295:

> 64. Al respecto, teniendo en cuenta el contexto previamente mencionado, el TSC [*Tribunal de Solución de Controversias*] considera que debe tenerse en cuenta que el contrato suscrito por SEAL y América Móvil para el acceso y uso compartido de la infraestructura de aquella, fue celebrado fuera del régimen de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura, ya que no se evidencia la existencia de alguna restricción administrativa que obligara a SEAL a iniciar una negociación.
> 65. En cambio, en el caso del contrato suscrito por SEAL y Multivisión, respecto al distrito de José Luis Bustamante y Rivero, sí contaba con una restricción administrativa acreditada previamente.
> 66. En este punto conviene recordar que el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Acceso y Uso Compartido de Infraestructura establece que la cláusula materia de análisis en este extremo, garantiza que la contraprestación se adecúe a condiciones económicas más favorables pactadas con otro beneficiario de la infraestructura de uso público, en condiciones similares.
> 67. Sobre el particular, el TSC considera sobre la base de los argumentos previamente desarrollados que en el presente caso, en el caso de los contratos suscritos por SEAL con América Móvil y Multivisión, nos encontramos ante acuerdos celebrados en condiciones que no son similares, puesto que en el caso de Multivisión se contaba con una restricción administrativa, mientras que en el caso de América Móvil, no se acreditó la existencia de la misma (Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, 2016).

Una situación particular ocurrió en un escenario en el cual un mandato del Osiptel no señaló la moneda en la cual debía pagarse la contraprestación. El concesionario de telecomunicaciones solicitó la emisión de un mandato complementario, luego de haber agotado el período de negociación, sosteniendo que la moneda debía ser el sol. Sin embargo, la empresa eléctrica sustentó que la moneda aplicable debía ser el dólar estadounidense. Frente a ello, el Osiptel adoptó la posición de la empresa eléctrica, basándose en que, normativamente, los costos para determinar la contraprestación provenían de una fuente que los contenía en dólares:

> […] en las condiciones generales del referido Mandato de Compartición, se señala que la variable "*TP*" tendrá como fuente las bases de datos actualizadas del SICODI, o en su defecto cualquier sistema de información que cumpla similar función en cuanto a sistemas de distribución del sector eléctrico, según lo disponga el OSINERGMIN [*organismo regulador del sector energía*]. Dicho sistema de información de costos considera precios de mercado de materiales y recursos, diseños óptimos de las instalaciones y la información remitida por las empresas de distribución eléctrica. Asimismo, considera los costos indirectos de la empresa de distribución como sotos de ingeniería, gastos generales. Específicamente, dentro del ru-

[18] El regulador también ha señalado que:

> no existe justificación para que un mismo concesionario de servicios públicos de energía eléctrica sea remunerado con contraprestaciones diferentes, dependiendo de si la relación de compartición se brinda bajo el marco de la Ley N° 29904 o bajo el marco de la Ley N° 28295 (Informe 00004-GPRC/2019).

[19] "El titular de la infraestructura de uso público debe dar a quienes tienen acceso y uso compartido a su infraestructura el mismo tratamiento en condiciones iguales o equivalentes" (Ley 28295, 2004, art. 7, inc. ii).

[20] La idea base de esta regla es que el acceso actúa como un insumo que utilizan diversos agentes que compiten entre sí. Para que dicha competencia sea adecuada, todos deben encontrarse en las mismas condiciones a efectos de poder ofrecer sus servicios a los usuarios finales.

> bro de materiales, considera 24 tipos de postes de madera tratada y de concreto armado, indicando los precios por unidad expresados en Dólares de los Estados Unidos de América. En consecuencia, considerando que actualmente la moneda en la cual está expresada la fuente de información del principal insumo de costos para el cálculo de la contraprestación mensual, son Dólares de los Estados Unidos de América, entonces a falta de acuerdo al respecto, la contraprestación mensual que se fije debería estar expresada en la misma denominación monetaria (Informe 00073-GPRC/2016).

El Osiptel señala esta regla, a pesar de que la empresa eléctrica titular de la infraestructura a compartir había suscrito previamente contratos con otras empresas en los cuales la contraprestación se encontraba determinada en soles (Informe 00073-GPRC/2016). Ello implica que la regla de adecuación –y la exigencia de no discriminación– no aplica para la determinación de la moneda de contraprestación.

G. Garantías y seguros

El reglamento de la Ley 28295, en su artículo 24, establece que el titular de la infraestructura a ser compartida puede exigir al concesionario de telecomunicaciones el otorgamiento de: (i) seguros (a favor propio o de terceros) y (ii) garantías de pago. En ambos casos deben ser razonables y estar de acuerdo con estándares aceptados internacionalmente (2005, art. 24).

En sus mandatos, el Osiptel dispone el otorgamiento de una carta fianza bancaria (irrevocable, solidaria, incondicional, sin beneficio de excusión y de realización automática) por un monto equivalente a tres meses de contraprestación mensual. La carta fianza debe ser renovada cada seis meses. En relación con la póliza de seguros, el regulador exige el otorgamiento de una póliza de seguros a favor propio o de terceros por un monto de 30 mil soles.

H. Solución de conflictos

Los conflictos que puedan surgir entre ambos administrados serán resueltos por los órganos competentes del Osiptel en ejercicio de su función de solución de controversias.

Para ello, el Osiptel cuenta con una estructura en la cual la primera instancia es un cuerpo colegiado cuyos miembros son elegidos por el consejo directivo del regulador y un tribunal de segunda instancia cuyos miembros no son elegidos por el regulador (Ley 27332, 2000, art. 9). Al tratarse de órganos administrativos, sus facultades se restringen a las materias sobre las cuales el Osiptel tiene competencia. Las demás materias serán de competencia judicial o arbitral (en este último caso, si existe un acuerdo en tal sentido).

IV. RÉGIMEN ESPECIAL DE PROMOCIÓN AL DESARROLLO DE LA BANDA ANCHA DE INTERNET

A diferencia del régimen de la Ley 28295, el cual afronta una situación en la cual el concesionario de telecomunicaciones se ve impedido administrativamente al despliegue de su red, la Ley 29904, Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la red dorsal nacional de fibra óptica, contiene una estructura de fomento directo, sin la necesidad de restricción administrativa previa. Esta ley fue reglamentada por el Decreto Supremo 014-2013-MTC, publicado el 4 de noviembre de 2013.

El Osiptel, mediante la Resolución de Consejo Directivo 026-2015-CD/OSIPTEL, publicada el 26 de marzo de 2015, estableció disposiciones procedimentales a efectos de la emisión de mandatos, señalando principalmente que serían aplicables las etapas y plazos previamente fijados por el regulador para el régimen del Decreto Legislativo 1019, que obliga a titulares de infraestructura de telecomunicaciones (no de energía) declarados como proveedores importantes, a compartir el uso de su infraestructura con otros concesionarios de telecomunicaciones[21].

La Ley 29904 no solamente establece un régimen de uso compartido de infraestructura de energía, sino también disposiciones sobre la red nacional del Estado peruano, obligación de nuevos proyectos de energía de instalar fibra óptica, ductos o cámaras que serán de titularidad estatal, uso de derechos de vía, entre otros. Una de sus materias principales es el desarrollo de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, definida como:

> […] una red de transporte de alta velocidad, disponibilidad y confiabilidad, que estará diseñada en base al tendido de fibra óptica, con esquemas de redundancia y puntos de presencia en las capitales de provincia, para posibilitar el desarrollo de la banda ancha a nivel nacional (2012, art. 7, inciso 2).

[21] En la medida que el ámbito del Decreto Legislativo 1019 no incluye a empresas de electricidad como obligadas, su análisis no es parte del presente trabajo.

El despliegue de esta red dorsal es promovido por el Estado a través de concesiones y procesos de promoción de inversión privada administrados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, Proinversion).

Luego del correspondiente concurso, el 17 de junio de 2014 se suscribió el Contrato de Concesión del proyecto Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica: cobertura universal norte, cobertura universal sur y cobertura universal centro, con Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. (en adelante, Azteca), quien a través de dicha red prestaba únicamente el servicio portador de telecomunicaciones como único servicio. El Estado decidió terminar unilateralmente el contrato de concesión de Azteca, lo cual ha generado diversos problemas operativos y legales que no son materia de este trabajo.

Complementariamente, Proinversion ha adjudicado diversos proyectos denominados como 'Redes Regionales', que incluyen redes de transporte de alta capacidad y forman parte de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. Los titulares de estos proyectos de redes regionales deben contar con concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

A. Beneficiarios

El artículo 13.1 de la Ley 29904 establece que:

> Los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha (2012).

Sin duda, los concesionarios de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, en su momento Azteca, así como los titulares de las redes regionales, se encuentran directamente dentro de los beneficiarios del régimen de acceso a la infraestructura de energía bajo la Ley 29904. Sin embargo, esta Ley no restringe dicho derecho sólo a ellos, pues su ámbito es aplicable para cualquier otro concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones en tanto pretenda el despliegue de redes para banda ancha[22]. Este último punto es importante, pues un concesionario de electricidad podría cuestionar que una solicitud de acceso a su infraestructura pretenda regirse bajo el régimen de la Ley 29904, señalando que el servicio de telecomunicaciones involucrado no incluye a banda ancha. Ello puede ocurrir si el servicio de telecomunicaciones para el cual se solicita acceso es televisión de paga o telefonía.

El punto fue tratado en un caso de 2018, en el cual el Osiptel señaló lo siguiente:

> […] los titulares del derecho de acceso y uso de infraestructura compartido conforme al artículo 13 de la Ley N° 29904, son indistintamente aquellos "concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones" que desplieguen "redes de telecomunicaciones para la provisión de Banda Ancha". En esa línea, el artículo 25 y siguientes del Reglamento de la Ley N° 29904, hacen referencia a los "Operadores de Telecomunicaciones" como beneficiarios de la compartición de infraestructura de energía eléctrica e hidrocarburos, siendo que el referido concepto tiene, según el propio Reglamento (artículo 3.1), la siguiente definición: "Persona natural o jurídica que cuenta con concesión o registro para prestar uno o más servicios públicos de telecomunicaciones". En ese sentido, los potenciales beneficiarios de este régimen promotor del desarrollo de la Banda Ancha son todos aquellos Operadores de Telecomunicaciones (personas con concesión o registro para prestar servicios públicos de telecomunicaciones), que desplieguen redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha. Cabe señalar que la definición de Operador de Telecomunicaciones es distinta de la que corresponde al concepto "Operador Dorsal", que se refiere a "el (los) concesionario(s) de la operación total o parcial de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica". Es decir, AZTECA PERÚ califica como un Operador Dorsal conforme al Reglamento de la Ley N° 29904, pero no es esa la condición que lo habilita al acceso y uso compartido de infraestructura regulado por dicha Ley, sino su condición de Operador de Telecomunicaciones (Informe 00131-GPRC/2018).

Independientemente de la adecuada referencia a que no solo los Operadores Dorsales son beneficiarios del derecho de acceso y uso de infraestructura ajena, nótese que el Reglamento de la Ley 29904 excede lo dispuesto por la ley. Al referirse como beneficiarios del derecho a los operadores de telecomunicaciones que cuenten solo con registro (sin concesión) otorga un beneficio que según el texto

[22] De acuerdo con el Informe 00132-GPRC/2018:

> […] la compartición obligatoria de infraestructura eléctrica para el despliegue de redes de Banda Ancha dispuesta por la Ley N° 29904, no se encuentra restringida a las redes que reciben financiamiento del Estado, sino que se refiere a cualquier red que permita la provisión de Banda Ancha, fija o móvil (2018).

de la Ley 29904 está reservado a concesionarios de telecomunicaciones. Sin embargo, es inusual el caso de una empresa de telecomunicaciones que, contando solo con registro para prestación de servicios de valor añadido, cuente a su vez con infraestructura desplegada[23].

La Ley 29904 define banda ancha como:

> […] la conectividad de transmisión de datos principalmente a Internet, en forma permanente y de alta velocidad, que le permite al usuario estar siempre en línea, a velocidades apropiadas para la obtención y emisión interactiva de información multimedia, y para el acceso y utilización adecuada de diversos servicios y aplicaciones de voz, datos y contenidos audiovisuales (2012, art. 4).

Además, dispone que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones determine y actualice anualmente la velocidad mínima para que una conexión sea considerada como acceso a internet de Banda Ancha (2012, art. 5).

Dicho esto, mediante Resolución Ministerial 482-2018-MTC/01.03, publicada el 28 de junio de 2018, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones aprobó originalmente la velocidad mínima para el acceso a internet de Banda Ancha para internet fijo y móvil, de acuerdo con la siguiente tabla[24]:

Tabla 1: Velocidad mínima para el acceso a Internet de Banda Ancha para Internet fijo y móvil

Denominación del acceso a internet	Velocidad mínima efectiva (Mbps)	
	Descarga	Carga
Banda Ancha para Internet Fijo	4	1
Banda Ancha para Internet Móvil		

Fuente: Elaboración propia a partir de la Resolución Ministerial 482-2018-MTC/01.03 (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2018).

Recientemente el esquema ha sido modificado, habiendo emitido el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la Resolución Ministerial 1197-2022-MTC/01.03, publicada el 6 de diciembre de 2022:

Tabla 2: Velocidad mínima para el acceso a Internet de Banda Ancha para Internet fijo y móvil modificada

Denominación del acceso a Internet	Velocidad mínima (Mbps)		Porcentaje mínimo entre velocidad mínima y velocidad contratada
	Descarga efectiva	Carga efectiva	
Banda ancha para Internet Fijo	20	7	70%
Banda ancha para Internet Móvil	5	2	70%

Fuente: Elaboración propia a partir de la Resolución Ministerial 1197-2022-MTC/01.03 (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2022).

Nótese que no solo cambiaron los valores de carga y descarga, sino, además, se agregó un parámetro adicional de 'porcentaje mínimo entre velocidad mínima y velocidad contratada'. Esto implica que el producto ofrecido debe también cumplir con esta última condición. Si no lo hace, el servicio no será considerado como Banda Ancha de internet. Dado que esta última norma es muy reciente, a la fecha de elaboración de este trabajo aún no se habían emitido pronunciamientos del regulador evaluando esta última situación.

Un concesionario de telecomunicaciones debe, al momento de solicitar el acceso alegando la aplicación de la Ley 29904, señalar o acreditar que la red de telecomunicaciones a desplegar sobre los postes o torres de la red eléctrica se utilizará para –entre otros– acceso a internet de Banda Ancha, considerando la velocidad mínima aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (y la característica adicional recientemente agregada). Con ello, evitará un posible cuestionamiento por parte del concesionario eléctrico.

En los mandatos emitidos por el Osiptel, se analiza la existencia de los títulos habilitantes del solicitante, así como la existencia de oferta de servicios de Banda Ancha. De no contar con dichos títulos o si no ofrece servicios de Banda Ancha, su solicitud de emisión de mandato será declarada improcedente. Por ello, el operador de telecomunicaciones debe acreditar: (i) contar con un título habilitante para brindar servicios de banda ancha; (ii) comercializar servicios de banda ancha; y (iii) contar con redes que permitan la provisión de servicios de banda ancha. Alternativamente, debe acreditar que desplegará redes para brindar servicios de banda ancha, para lo cual requiere: (i) contar con un título

[23] Esta circunstancia es posible, pero absolutamente excepcional, debido a que el requisito para que se permita a una empresa de valor añadido desplegar red es acreditar que no existe en la localidad un prestador de servicios de telecomunicaciones al cual pueda contratar para dichos efectos.

[24] Entrará en vigor a los ciento ochenta días calendario contados a partir del día siguiente de su publicación.

habilitante para brindar servicios de banda ancha; y (ii) presentar la descripción de las redes a ser desplegadas que permitan la provisión de servicios de banda ancha (Informe 00025-DPRC/2023). De acuerdo con el Informe 87-DPRC/2021, el solicitante debe reunir estos requisitos desde el inicio del período de negociación con la empresa eléctrica (2021).

Pese a lo desarrollado, existen algunos supuestos que no ha analizado el regulador. Por ejemplo, el servicio de internet (de Banda Ancha o no) es considerado un servicio de valor añadido, según la clasificación de servicios de telecomunicaciones (Ley 29904, 2012). Para su prestación, requiere un servicio de soporte (final, portador o de difusión). Es claro que servicios finales, como telefonía móvil, y servicios portadores, sirven de soporte (base) para la prestación del servicio de internet. No obstante, la situación puede ser distinta en un servicio como el de televisión de paga. Una empresa concesionaria que está habilitada para prestar dicho servicio no usa éste como soporte para el servicio de internet, aunque ambas utilicen la misma red. Es decir, el servicio de internet podría existir, aunque no se preste el servicio de televisión de paga. En los casos revisados, a la fecha, ningún operador eléctrico ha alegado esta circunstancia y el regulador ha emitido varios mandatos en esta situación sin pronunciarse sobre este aspecto específico[25].

De otro lado, podría también existir el supuesto de un prestador del servicio de internet de Banda Ancha que no es concesionario, sino que soporta dicho servicio de internet en otro servicio prestado por un concesionario de telecomunicaciones. Esta es una forma legal de prestación de un servicio de valor añadido, debido a que, según la normativa de telecomunicaciones, el servicio de valor añadido se soporta en otro servicio (base) portador, final o de difusión. Sin perjuicio de ello, reiteramos que, según la Ley 29904, solo los concesionarios son titulares del derecho de uso compartido de infraestructura y el reglamento ha extendido ilegalmente ese derecho a los titulares de registro de valor añadido.

Considero que este régimen es demasiado abierto. Desde la perspectiva de un solicitante (además de los títulos habilitantes) basta la prestación de una oferta mínima de internet de Banda Ancha. Podría ofrecer solo un plan con este servicio y ello le basta para obligar a las empresas eléctricas a permitirle desplegar fibra óptica sobre su infraestructura, a través de la cual puede prestar otros múltiples servicios de telecomunicaciones (casi cualquiera: portador, telefonía, etc.) Este es un aspecto que debe mejorarse en modificaciones posteriores, considerando como requisito una magnitud sustancial de la capacidad de la fibra óptica desplegada para ser utilizada específica y realmente en internet de Banda Ancha.

B. Sujetos obligados

De acuerdo con la Ley 29904, las empresas obligadas a proveer acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de telecomunicaciones (para el despliegue de redes para la provisión de banda ancha) son:

1. Los concesionarios de servicios públicos de electricidad

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, constituyen servicios públicos de electricidad "a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento; y, b) La transmisión y distribución de electricidad" (1992).

Ello implica que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley 29904 los concesionarios de transmisión y distribución eléctrica. Aplica para este caso lo señalado respecto del régimen de la Ley 28295, en el sentido que existen supuestos en los que la transmisión eléctrica no requiere de concesión, situación en la cual los titulares de instalaciones de transmisión no estarán sujetos a las obligaciones de la Ley 28295 ni de la Ley 29904, pues ambas están dirigidas solo a concesionarios.

La Ley 29904 contiene disposiciones especiales para las empresas estatales de electricidad bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado. En particular, estas empresas están sujetas a un orden de prelación para el otorgamiento del acceso y uso de su infraestructura eléctrica, en el cual se otorga prioridad a los proyectos de telecomunicaciones promovidos por el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones y a los proyectos privados para el cumplimiento de obligaciones específicas con el Estado.

2. Los concesionarios de servicios públicos de hidrocarburos

Bajo este supuesto están incluidas las empresas concesionarias de distribución de gas natural, pues la Ley Orgánica de Hidrocarburos señala expresamente en su artículo 79 que "[l]a distribución de

[25] Véase las Resoluciones de Consejo Directivo 009-2022-CD/OSIPTEL y 200-2021-CD/OSIPTEL.

gas natural por red de ductos es un servicio público" (Decreto Supremo 042-2005-EM, art. 79).

Nótese que constituye servicio público la distribución de gas natural por red de ductos. Los sistemas de provisión alternativos, como el suministro por transporte terrestre vía cisternas (denominado comúnmente 'transporte virtual'), no constituyen servicio público.

Los sistemas de gas natural comprimido y gas natural licuefactado (regidos principalmente por el Reglamento de Comercialización aprobado por Decreto Supremo 057-2008-EM) no utilizan, en principio, redes de ductos, por lo cual, desde una perspectiva física, no es útil para el despliegue de redes de telecomunicaciones. Sin embargo, existen situaciones de excepción en las cuales el Estado autoriza a alguna de estas empresas a tender redes de ductos[26]. Al no requerir una concesión, se encuentran fuera del ámbito de la Ley 29904.

De acuerdo con la octogésima segunda disposición complementaria final de la Ley 30114, el transporte de hidrocarburos por ductos constituye un servicio público (2013)[27]. Esta provisión no se restringe al transporte de gas natural, sino que incluye al transporte de hidrocarburos líquidos, en ambos casos realizado por red de ductos[28].

Existen sistemas de hidrocarburos por ductos como los ductos principales, ductos de uso propio, sistemas de recolección e inyección que, al no requerir de concesión, se encuentran fuera del ámbito de la Ley 29904.

C. Negociación previa y emisión de mandato administrativo

El procedimiento es análogo al aplicable en el régimen de la Ley 28295. La solicitud de mandato es notificada a la empresa eléctrica, la cual puede pronunciarse sobre dicha solicitud. El Osiptel notifica luego un proyecto de mandato que es sometido a comentarios de ambas partes y, luego, se emite el mandato por el Consejo Directivo del Osiptel, el cual debe contener la evaluación de los comentarios recibidos. Procede contra el mandato, en vía administrativa, solo el recurso de reconsideración, el que se tramita conforme a las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

El regulador ha señalado –correctamente– que la efectiva negociación no es un requisito para solicitar y obtener un mandato[29]. Esa situación implicaría que la titular de la infraestructura podría impedir la emisión del mandato simplemente negándose a negociar. Por su parte, lo que exige la normativa es que transcurra un plazo para que la negociación pueda llevarse a cabo.

En los mandatos emitidos bajo el régimen de la Ley 29904, el Osiptel también señala –erradamente– la "naturaleza normativa" de los mandatos (2012). En una decisión reciente, el regulador señala que la impugnación de un mandato debe ser realizada a través del proceso judicial de acción popular:

> De manera preliminar es menester señalar que, conforme al artículo 23 del Reglamento General del OSIPTEL, la emisión de un mandato de compartición de infraestructura constituye un ejercicio de la Función Normativa del OSIPTEL. Siendo ello así, la Resolución N° 00135-2022-CD/OSIPTEL no constituye un acto administrativo sino una norma de carácter particular con efectos generales. En ese contexto, y conforme a lo señalado por el Consejo Directivo, se precisa que el cuestionamiento para que se deje sin efecto una resolución normativa, como es el caso de un Mandato, no se regula en torno a las reglas del TUO de la LPAG, sino que viene a ser tramitado como un Proceso de Acción

[26] De acuerdo con el Decreto Supremo 063-2005-EM:

> Artículo 10.- Abastecimiento de GNC y/o GNL a varios puntos de suministro. En aquellas zonas en las que no se haya otorgado una Concesión, la DGH podrá autorizar el abastecimiento de GNC y/o GNL, descomprimido o regasificado, según sea el caso, a través de redes hacia varios puntos de consumo. (…) Se podrá autorizar, previo consentimiento del Concesionario, el abastecimiento de GNC y/o GNL, descomprimido o regasificado según sea el caso, a través de redes hacia varios puntos de consumo, en aquellas zonas en las que, existiendo Concesiones, no exista infraestructura para brindar el Suministro (2005).

[27] "Octogésima Segunda [Disposición Complementaria Final]. […] Asimismo, dispónese que el transporte de hidrocarburos por ductos es un servicio público, y se regula conforme a las disposiciones legales vigentes" (Ley 30114, 2013).

[28] Estas actividades se rigen principalmente por el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por Decreto Supremo 081-2007-EM.

[29] De acuerdo con el Informe 00103-GPRC/2020:

> La Ley N° 29904 no exige que para la implementación de un mandato de compartición de infraestructura se realice la negociación, pues esta interpretación significaría en extremo, que una de las partes podría impedir el inicio de procedimientos de mandato mediante la no negociación con los solicitantes, lo cual resulta absurdo. La norma solo establece un plazo para realizar la negociación y contratación y establece las acciones que corresponden efectuar en caso no se haya suscrito el contrato. Debe considerarse que el mandato de acceso y uso de infraestructura es un mecanismo que se aplica cuando las partes fracasan en celebrar un contrato (2020).

> Popular, de conformidad con el artículo 84 del Código Procesal Constitucional. En tal sentido, aunque el proceso que se efectúa desde la recepción de la solicitud de la empresa interesada para determinar esta decisión recoge las pautas y principios procedimentales generales, ello no implica que el mandato aprobado pueda ser declarado nulo como si se tratase de un acto administrativo. Lo que correspondería, eventualmente, sería su modificación o derogación por parte del Consejo Directivo del OSIPTEL o por el Poder Judicial mediante un Proceso Constitucional de Acción Popular (Informe 00178-DPRC/2022)[30].

Ya nos hemos referido a esta posición en la sección que analiza el régimen de la Ley 28295. Estimamos pertinente añadir que la alegación del regulador a la aplicación del proceso de acción popular refuerza la posición de que el mandato no es una norma de carácter general. Por el contrario, en un proceso de acción popular se revisa judicialmente si determinada disposición reglamentaria es ilícita por ser contraria a disposiciones de rango superior. Se trata de un análisis abstracto, sin posibilidad de actuación probatoria. La impugnación judicial de un mandato administrativo sí requiere actuación probatoria, precisamente por su carácter de acto administrativo dentro de una relación jurídica particular (no general) entre los administrados involucrados. Por ejemplo, en un hipotético proceso judicial de acción popular contra un mandato, sería imposible procesalmente que el demandante ofrezca medios probatorios (y que estos se actúen) para acreditar que el mandato se pronunció por redes que no eran de su titularidad, o que no habían sido incluidas en la negociación o en el procedimiento administrativo. Claramente el mandato emitido bajo las disposiciones de la Ley 29904 constituye un acto administrativo.

D. Contraprestación

La contraprestación ha sido la materia más controvertida en la experiencia de aplicación del régimen de la Ley 29904. Ello ha sido generado por la deficiente normativa y las conductas contradictorias de las autoridades.

1. Las disposiciones normativas sobre contraprestación

La Ley 29904 establece un esquema de contraprestación que incluye una retribución inicial y una retribución periódica. La primera debe retribuir la inversión y la segunda la operación y mantenimiento, incluido un margen de utilidad razonable. La ley señala que la metodología para la determinación de las contraprestaciones sería establecida en el reglamento (2012).

No hay mayor detalle en la ley. Su artículo 12.3 menciona el reconocimiento de costos incrementales, pero no como retribución en una relación de acceso a infraestructura, sino dentro de las retribuciones de los correspondientes concesionarios de electricidad o hidrocarburos respecto de su obligación (distinta a otorgar acceso a terceros) de instalar fibras ópticas o ductos o cámaras en los nuevos proyectos, bienes que son de titularidad estatal y para ser utilizados en la red dorsal de fibra óptica (Ley 29904, 2012). Más aún, dichas obligaciones incluyen también a empresas titulares de proyectos de transporte por carretera y ferrocarriles, claramente fuera de la obligación de acceso y uso de infraestructura por terceros.

En el Reglamento de la Ley 29904 hay alguna mención genérica a la retribución inicial y la retribución periódica[31], pero sí contiene la metodología para la determinación de estas en su Anexo 1. Dicho anexo contiene una referencia expresa al costo incremental en relación con la contraprestación inicial e incluye la siguiente fórmula para determinar la contraprestación mensual (fórmula general):

> RM [(contraprestación mensual por el acceso y uso)] = Imp + OMc x B x (1+im)
>
> Donde:
>
> Imp: Impuestos municipales adicionales (si los hubiere).
>
> OMc: Costo OPEX adicional de la infraestructura cuando se comparte; que representa una fracción del costo mensual OPEX de la infraestructura sin compartición.
>
> B: Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios.
>
> B = 1/Na
>
> Donde:
>
> Na: número de arrendatarios
>
> im: Tasa de retorno mensualizada o margen de utilidad razonable (Decreto Supremo 014-2013-MTC).

[30] Véase el numeral 4.4 del Informe 00131-GPRC/2018 (2018), sustento de la Resolución de Consejo Directivo 134-2018-CD/OSIPTEL (mandato entre Azteca y Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.).

[31] Véase el Decreto Supremo 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley 29904, artículo 30.

El Anexo 1 también incluye otra fórmula para la determinación del valor OMc para empresas eléctricas (fórmula específica), en la cual se prevén algunos componentes ('m', 'f', 'l' y 'h') que pueden ser modificados por Resolución Viceministerial del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En efecto, mediante Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03 se modificaron los valores de los componentes 'm' y 'f'.

2. La actuación de las empresas en la suscripción de los contratos

Luego de la emisión del reglamento y la adjudicación de Azteca como operador de la red dorsal, dicha empresa suscribió diversos contratos con empresas eléctricas a efectos de usar la infraestructura de estas últimas para desplegar la fibra óptica. Dichos acuerdos y su ejecución se realizaron bajo el común entendimiento de que la fórmula general implicaba que la empresa eléctrica recibía un monto determinado (constante) como contraprestación mensual, el cual pagaba Azteca. Cuando existiera un segundo arrendatario de dicha infraestructura, el monto constante se dividía entre los dos arrendatarios y así sucesivamente. De hecho, es lo que refleja la fórmula general al establecer al componente 'B' como un factor de distribución de costos "sólo entre los arrendatarios" (Decreto Supremo 014-2013-MTC) y a la variable 'Na' como número de arrendatarios (y no potenciales arrendatarios) (Decreto Supremo 014-2013-MTC).

Se asume que Azteca analizó sus egresos bajo el mismo entendimiento al momento de presentar su oferta en el concurso ante Proinversion mediante el cual se convirtió en concesionario de la red dorsal. Asimismo, diversas empresas de telecomunicaciones y electricidad compartieron este entendimiento y se suscribieron un número relevante de contratos de uso compartido de infraestructura utilizando esta perspectiva de retribución.

3. El sustento del regulador

No obstante, Azteca inició procedimientos de emisión de mandato contra varias empresas eléctricas con el objetivo de que el regulador modificara las cláusulas de contraprestación a efectos de que se pagara un tercio del monto pactado.

El regulador asumió la posición de Azteca en la totalidad de procedimientos iniciados y la mantuvo al resolver los recursos de reconsideración presentados por las empresas eléctricas. Asimismo, ha utilizado esta posición en los mandatos de otras empresas hasta la actualidad.

La posición del regulador, resumida, se basa en lo siguiente[32]:

(a) El costo incremental por remunerar corresponde a los costos adicionales de operación y mantenimiento que debe asumir el concesionario de electricidad en su línea de distribución o transmisión. Cuando un primer arrendatario (concesionario de telecomunicaciones) accede a la infraestructura eléctrica, se genera un costo incremental atribuible únicamente a dicho arrendatario, debido a que dicho costo adicional sólo retribuye la operación y mantenimiento originado por dicho único arrendatario. El regulador ha señalado que:

> siendo que […] las estructuras […] podrían dar acceso a un número menor de cables de comunicación, por ejemplo un arrendatario, sería incorrecto que este único arrendatario asumiese el costo de acondicionar el peso de tres (3) cabes de comunicación […] cuando en la práctica sólo adiciona el peso de un (1) solo cable de comunicación (Informe 139-GPRC/2019).

(b) El costo adicional ha sido dimensionado por el MTC en un 6.1% del valor del costo de operación y mantenimiento habitual (sin uso compartido). Si accede un segundo arrendatario, el costo incremental conjunto remunerarán 12.2% y, si existe un tercero, los tres en conjunto remunerarán 18.3%.

(c) La aplicación de la fórmula del Anexo 1 del Reglamento de la Ley 29904 da como resultado la contraprestación mensual para un único concesionario de telecomunicaciones.

(d) La Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, publicada el 5 de agosto de 2017, modificó los valores de los parámetros 'f' y 'm' de la fórmula. El parámetro "f" fue establecido en 18.3% (para media y alta tensión) (Decreto Supremo 014-2013-MTC).

(e) Siguiendo a la exposición de motivos de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, el valor del componente 'Na' (número de arrendatarios) es siempre 3. En dicho documento se señala que para el cálculo de 'f' se consideró que un poste o torre po-

[32] Véase a los Informes 00131-GPRC/2018 y 00132-GPRC/2018, de mayo de 2018 y el Informe 00005-DPRC/2020, de 2020.

día soportar tres cables de fibra óptica utilizando el criterio de peso. Para ello, el valor de 18.3% es el resultado de multiplicar por 3 el ratio entre el valor del paso promedio por cable de fibra óptica entre el valor del peso promedio por línea de transmisión (2017). Se desprende que el costo incremental total (no unitario) estimado por el MTC ha sido dimensionado sobre la base de 3 cables de fibra óptica.

(f) De acuerdo con el Informe 00254-GPRC/2018:

> Con la finalidad de calcular el costo incremental individual, que de acuerdo a la normativa es lo que debe pagar cada uno de los arrendatarios, OSIPTEL en su facultad para emitir el presente mandato, establece que el "Na" aplicable debe ser igual a 3 (2018).

(g) Si se considera un 'Na' menor que 3, el concesionario de telecomunicaciones pagará más que el costo incremental que le corresponde asumir. Si se considera un valor de 'Na' mayor que 3, el concesionario de telecomunicaciones pagará menos que el costo incremental que le corresponde (Informe 00254-GPRC/2018).

(h) La fórmula debe aplicarse considerando el resto de la normativa aplicable, incluyendo el artículo 7 de la Ley 28295, el cual señala que el principio de onerosidad de la contraprestación implica una contraprestación razonable (2004) (no siendo razonable una renta 50% o 200% mayor que el costo generado al concesionario de electricidad); a lo que debe complementarse que el artículo 34 del reglamento de la Ley 28295 impide que se remunere por todo el espacio disponible, sino solo por el que se requiere (2005).

(i) También debe complementarse con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 29904, que se refiere al reconocimiento de costos incrementales en los que incurran los concesionarios titulares de la infraestructura a ser compartida (2012); así como el artículo 20 de su reglamento que también se refiere expresamente a costos incrementales (Decreto Supremo 014-2013-MTC).

(j) La Resolución Viceministerial 520-2017-MTC/03, señaló respecto del valor 'Na':

> teniendo en cuenta que este Ministerio ha tomado conocimiento que las empresas que atiendan su infraestructura tendrían dudas sobre cómo aplicar el valor del parámetro "Na" (Número de Arrendatarios) del factor B existente en la citada metodología, se considera importante señalar que el valor del parámetro Na es igual a 3 independientemente del número de arrendatarios efectivos (2017).

Esta perspectiva también fue asumida por el Tribunal de Solución de Controversias del Osiptel, el cual emitió un precedente de observancia obligatoria señalando:

> La aplicación del denominador "Na" en la fórmula de la "Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos", contenida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, no puede restringirse a la definición del número de arrendatarios entendida en su sentido literal, sino en su dimensión integral, como parte del modelo regulatorio diseñado en dicho marco legal para la retribución de la contraprestación periódica.
>
> En esos términos, en tanto el denominador "Na" forma parte del componente que reconoce únicamente la retribución de costos incrementales por el uso de la infraestructura eléctrica, y al haberse acreditado que dichos costos fueron dimensionados sobre la base de tres (3) cables de fibra óptica desplegados por tres (3) operadores de servicios públicos de telecomunicaciones, se evidencia que el valor del denominador "Na" guarda correspondencia con esa cantidad, por lo que la contraprestación resultante retribuye el costo generado por cada cable de comunicación, independientemente del número efectivo de arrendatarios que haga uso de la infraestructura y del número de arrendatarios que la infraestructura pueda soportar. En consecuencia, puede concluirse que la regulación de la contraprestación periódica por el uso compartido de infraestructura, fijada en el precitado Reglamento de la Ley de Banda Ancha, desde su versión primigenia, contempla un valor de "Na" equivalente a tres (3) (Resolución 26-2020-TSC/OSIPTEL).

No obstante que algunos cuerpos colegiados de primera instancia de Osiptel habían asumido la posición contraria[33].

[33] Véase la Resolución 025-2020-CCO/OSIPTEL del 30 de setiembre de 2020.

4. Crítica a la posición del regulador[34]

Desde una perspectiva eminentemente legal (no económica ni técnica), los argumentos del regulador no son sólidos. La normativa, sus antecedentes y su interpretación se dirigen en la dirección contraria.

Iniciemos con el texto de la norma (por supuesto, no será lo único a evaluar). En la fórmula existe una parte aplicable a las redes a compartir, sin distinguir si son de electricidad o de hidrocarburos. Asimismo, existe una segunda parte referida únicamente a redes eléctricas.

El texto del Anexo 1 del reglamento de la Ley 29904 señala expresamente una distribución de costos entre los arrendatarios. Se define a la variable 'B' (que equivale a 1/Na) como "Factor de distribución de costos sólo entre los arrendatarios" (Decreto Supremo 014-2013-MTC). Notamos que la norma presupone que existirá un monto determinado que deberá ser distribuido entre los arrendatarios. Ello es contradictorio con la posición de Osiptel, bajo la cual cada arrendatario paga un monto específico; no existe valor alguno a distribuirse entre los arrendatarios. De hecho, la configuración del valor 'B', una división entre el número de arrendatarios precisamente presupone una situación de distribución. A su vez –siguiendo el texto de la norma– la variable 'Na' se encuentra explícitamente definida como "número de arrendatarios" (Decreto Supremo 014-2013-MTC), no como potenciales arrendatarios. Hasta aquí, siguiendo solo el texto normativo, vemos que la lectura del Osiptel no es consistente con el mismo.

Además, el Osiptel se basa en la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, la cual tiene un ámbito definido. De acuerdo con el Reglamento de la Ley 29904, con rango de Decreto Supremo, se puede modificar a través de resolución ministerial solo los parámetros 'f' y 'm' (Decreto Supremo 014-2013-MTC). No es posible, por tanto, que dicha resolución pueda tener efecto en la determinación de la variable 'Na'. Esta variable se ubica en la primera parte de la fórmula, aplicable tanto para redes eléctricas como de hidrocarburos. No es posible, entonces, que los valores de parámetros específicos para electricidad (como lo son 'f' y 'm') determinen el valor de la variable 'Na', que también aplica a hidrocarburos.

Pero hay mayores datos al respecto, provenientes precisamente de la entidad emisora del reglamento de la Ley 29904, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dentro del procedimiento de emisión de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, el Fondo de Inversión de Telecomunicaciones (en adelante, Fitel) emitió el Informe 758-2017-MTC/24, en el cual señaló lo siguiente:

> 2.3. Debemos indicar que la fórmula de cálculo regulada [en el anexo del reglamento de la Ley 29904] supone reconocer un costo marginal, no divisible, por la presencia de cables de telecomunicaciones en la infraestructura de soporte eléctrico, este costo no es divisible porque implica, entre otras actividades, la revisión, mantenimiento preventivo por la existencia de al menos un cable de comunicaciones, por lo que si hubieran dos, tres o cuatro, ese costo sería igual, no es un costo aditivo y si existe un solo cable ese cable deberá asumir ese costo adicional. Para mayor detalle: si existe un solo cable de telecomunicaciones, el proceso de poda es uno e indivisible, no se le podría decir a la empresa que poda, que sólo cobre una quinta parte de su costo porque aquí alcanzan 4, 3 o 2 cables de comunicaciones más. Con la actividad de inspección sucede lo mismo, cosa similar sucede con otras actividades de supervisión muchas son indivisibles y por ende no aditivas.
> 2.4. Por lo expuesto en [el] anterior párrafo, en el sentido económico explicado no se puede pretender fijar el valor de Na, el valor de Na debe ser el número efectivo de cables utilizando la infraestructura. Y en el sentido legal tampoco, pues la misma norma, sólo permite la modificación [vía resolución viceministerial] de los siguientes valores: m, l, h y f. No permite el establecimiento o modificación del valor de Na (2017).

Con relación a lo señalado por Fitel, la Dirección General de Regulación y Asuntos Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, DGRAIC) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el órgano competente para evaluar, analizar y proponer las normas sobre esta materia) señaló lo siguiente en la Resolución 256-2017-MTC/26:

> Sobre lo expresado por la Secretaría Técnica del FITEL, cabe precisar que la metodología reconoce el gasto por la operación y mantenimiento por la presencia de al menos un (01) cable de FO [fibra óptica] en la infraestructura eléctrica, gasto que se incrementa de forma marginal por la presencia de dos o más cables de FO ya que las actividades de inspección, poda, limpieza, mantenimiento preventivo, entre otras, son las mismas indiferentemente

[34] He participado en el análisis, asesoría y patrocinio de empresas eléctricas en esta materia, desde la perspectiva legal.

> del número de cables de FO. Dicho reconocimiento permanecerá constante hacia el operador eléctrico, sin embargo, ante la presencia de más de un arrendatario, el gasto será distribuido de forma proporcional, manteniendo constante la retribución total por la operación y mantenimiento. En ese sentido, se acoge el comentario de FITEL de mantener el valor de la variable Na como en la metodología vigente, es decir, dinámico (2017).

Como se puede apreciar, esta lectura es plenamente consistente con el texto normativo. Existe un monto de retribución que es constante (no variable dependiendo del número de arrendatarios) que debe recibir el concesionario eléctrico. Si existe, luego, un segundo o tercer arrendatario, el pago de ese monto se distribuye entre dicha pluralidad de arrendatarios.

Hemos descrito que la posición del Osiptel se basó en la exposición de motivos de la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03. No obstante, luego de aprobada ésta y en plena vigencia, la DGRAIC del Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió un oficio a una empresa eléctrica describiendo cómo opera la fórmula de la contraprestación. En el Oficio 579-2017-MTC/26, la DGRAIC señaló:

> (…) su representada solicita aclaración sobre la utilización de la variable "Número de Arrendatarios (Na)" aplicable a la Metodología establecida por Resolución Viceministerial N° 768-2017-MTC/03. Al respecto, la Ley N° 29904, entre otras disposiciones, otorga facilidades para el acceso y uso de la infraestructura de los concesionarios eléctricos e hidrocarburos, a cambio de una contraprestación que incluya un margen de utilidad razonable, es así que, el Anexo 1 del Reglamento de la Ley N° 29904 establece la Metodología, en base a 4 variables, que determinan la contraprestación antes indicada, entre ellas el factor de distribución de costos (B), en el que se establece el número de arrendatarios (Na). En relación con la consulta, se precisa que el cálculo de la contraprestación mediante la utilización de la Metodología se encuentra asociada a cada punto de apoyo (poste o torre) de acuerdo a su nivel de tensión. Es así que el valor de "Na" corresponde al número efectivo de arrendatarios en un determinado punto de apoyo. Así, por ejemplo, si una determinada torre atiende a un único arrendatario, se deberá considerar "Na=1". Si la misma torre atiende a dos arrendatarios, se deberá considerar "Na=2", de igual modo para un número mayor de arrendatarios, manteniendo fijas las demás variables. En consecuencia, el cargo que realizará cada arrendatario se reducirá en proporción a Na, siendo constante la recaudación total del concesionario eléctrico por el arrendamiento de dicha torre (2017).

Es muy clara la descripción, acorde con el texto normativo. Con ello se acredita que la Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03 no puede constituir un argumento de sustento de la posición del Osiptel (menos aún su exposición de motivos).

Nótese además que la posición del regulador transforma a una variable ('Na') en una constante (con valor 3). De ser correcta la posición del regulador, la norma simplemente hubiera usado 3 como denominador, lo que no ocurre. Dicha posición no solo es contraria a la norma, sino también a la notación básica de la aritmética.

Es cierto que, solo pocos días después, el Viceministro de Comunicaciones emitió la Resolución Viceministerial 520-2017-MTC/03, señalando que el valor de 'Na' era 3, pero no contenía desarrollo de esa posición, ni explicación respecto de cómo la misma se podía adecuar al texto normativo.

Otros argumentos del Osiptel pretenden sustentarse en normas que no son aplicables al caso, como las disposiciones de la Ley 28295 y su reglamento, respecto de los cuales ya hemos descrito que tienen un ámbito de aplicación definido que no es el mismo que el ámbito de la Ley 29904. Asimismo, el artículo 12 de la Ley 29904, también alegado por el Osiptel en relación con el concepto de costo incremental, se refiere de forma expresa a la retribución a ser reconocida a los titulares de proyectos de electricidad, hidrocarburos, transporte por carreteras y por ferrocarriles, por incorporar la instalación de fibra óptica y/o ductos y cámaras en sus proyectos. No tiene relación con la retribución del uso de un tercero y, además, su ámbito de aplicación es distinto. Puede que el Osiptel sea consciente de la debilidad de esta argumentación, pues en un informe posterior parece matizarlo[35].

Lo más preocupante, desde mi perspectiva, es la alegación de que el Osiptel puede discrecional-

[35] De acuerdo con el Informe 00132-GPRC/2018:

> […] se precisa que la Ley N° 28295 y el Decreto Legislativo N° 1019 -mencionados por ELECTRO DUNAS en su recurso de reconsideración- son normas que regulan supuestos específicos de compartición obligatoria de infraestructura para el despliegue de redes de telecomunicaciones, como también lo hace la Ley N° 29904. Ahora bien, el derecho de acceso y uso de los operadores de telecomunicaciones que despliegan redes de banda Ancha respecto de la

mente definir el valor de 'Na'. Nos encontramos ante un escenario de facultades regladas establecidas normativamente. La norma señala qué debe entenderse como el valor de 'Na' (precisamente, el número de arrendatarios, que puede ser uno, dos, tres o más). El Osiptel sostiene que tiene facultades para determinar en cada caso el valor de 'Na', como si se tratara de una potestad discrecional fuera de lo expresado en la norma. El Osiptel no puede legalmente emitir una decisión contraria a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, así no sea de su agrado o no sea compatible con su opinión económica[36].

Si el Osiptel considera que el resultado de aplicar la normativa no es adecuado, lo que debe hacer es promover la modificación de esta.

5. Litigios pendientes

Al momento de elaboración del presente trabajo, varios procedimientos de emisión de mandatos bajo la Ley 29904 habían concluido en vía administrativa, incluso con la resolución de recursos de reconsideración. Además, varias empresas eléctricas han iniciado procesos jurisdiccionales con el fin de dejar sin efecto los mandatos emitidos por el Osiptel, principalmente en relación con la reducción sustantiva de la contraprestación a la que tienen derecho. Por ello, esta materia se definirá concluyentemente en dicho ámbito[37].

6. No discriminación

El artículo 30.4 del Reglamento de la Ley 29904 establece que, de existir algún acuerdo entre un concesionario de electricidad o hidrocarburos y un operador de telecomunicaciones que contenga un precio menor que el resultante de la aplicación de la fórmula contenida en el anexo de dicho Reglamento, tal precio deberá ser ofrecido bajo criterios de no discriminación a los otros operadores de telecomunicaciones que deseen acceder a dicha infraestructura (salvo que el menor precio se sustente en razones particulares debidamente acreditadas) (2013).

El regulador ha señalado –correctamente– que las solicitudes de adecuación de contratos a mejores condiciones alegando la aplicación de principio de no discriminación no se tramitan como mandatos, sino que debe utilizarse la vía de solución de controversias entre empresas, a ser resueltas por un cuerpo colegiado en primera instancia y el Tribunal de Solución de Controversias en segunda instancia administrativa (Informe 00043-DPRC/2023).

7. Garantías y seguros

A diferencia del régimen de la Ley 28295, bajo el cual su reglamento establece expresamente la obligación del operador de telecomunicaciones de otorgar a favor del titular de infraestructura pólizas de seguro y garantías de pago, las disposiciones de la Ley 29904 y sus normas de desarrollo no incluyen una disposición expresa, solo se señala en su reglamento de manera genérica la obligación de "[g]arantizar que no se generen daños a la infraestructura de uso público ni a la de terceros" (Decreto Supremo 014-2013-MTC, art. 32, inciso b). Sin perjuicio de ello, es usual que los contratos suscritos bajo el ámbito de la Ley 29904 incluyan dicho tipo de disposiciones.

Ello también es reconocido e incorporado en los mandatos emitidos por el Osiptel. Como la normativa específica no señala estas obligaciones, el Osiptel sustenta que la incorporación de las mismas: (i) deriva de su función de supervisión del cumplimiento de la Ley 29904 (2012, art. 32) y su Reglamento, cuyo artículo 26.2 le permite establecer disposiciones específicas en los mandatos (2013); y (ii) constituye una manifestación del principio de imparcialidad, al establecer obligaciones análogas a las dispuestas en otros regímenes de acceso a infraestructura, como el regido por la Ley 28295 (Informe 326-GPRC/2015).

El regulador incluye en los mandatos la obligación de la concesionaria de telecomunicaciones de entregar una carta fianza que garantice el pago de tres meses de uso. El regulador se ha negado a extender este tipo de cartas fianza a efectos de que

infraestructura eléctrica, ha sido analizado en el numeral 4.2.4.3 del Informe N° 0082-GPRC/2018 y en párrafos precedentes de manera específica y exclusivamente bajo la luz de las disposiciones citadas de la Ley N° 29904; por lo cual carece de fundamento y debe ser desestimado el comentario de ELECTRO DUNAS que indica que se estaría realizando una incorrecta aplicación de la Ley N° 28295 a supuestos de hecho regulados por la Ley N° 29904 o a la inversa (2018).

36 Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General: "1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas" (Decreto Supremo 004-2019-JUS).

37 Las impugnaciones jurisdiccionales no solamente cuestionarán la variación de la contraprestación mensual; también incluirán cuestionamientos a las facultades del regulador para la modificación de contratos previamente suscritos y otras materias.

incluyan circunstancias como riesgos eléctricos por incumplimiento de las distancias mínimas de seguridad, uso no autorizado por la terminación del mandato (Informe 00005-DPRC/2020).

Un caso particular se produjo en el procedimiento de emisión de mandato iniciado por Gilat Networks Perú S.A. (operador de red dorsal) respecto de la concesionaria de transmisión eléctrica Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C. Esta última es concesionaria de líneas de transmisión eléctrica utilizadas únicamente por la misma empresa para su actividad minera. No cobra tarifas a usuarios y constituye, de acuerdo con la legislación eléctrica, instalaciones del sistema complementario de transmisión de libre negociación[38]. La empresa minera sustentó que, en su caso, el daño relevante, si Gilat Networks Perú S.A. generaba una interrupción de la transmisión eléctrica, no era dejar de cobrar tarifas, sino la afectación de su producción minera y solicitó al Osiptel que dispusiera que la concesionaria de telecomunicaciones otorgara una carta fianza específica por los daños que se pudieran generar durante la etapa de instalación de fibra óptica. El regulador acogió dicho pedido, considerando las características especiales del caso. Además, el Osiptel señaló que la responsabilidad del concesionario de telecomunicaciones por los daños que pudiera causar no se limitaba a los daños a la infraestructura eléctrica, sino que incluía cualquier otro daño, incluyendo a terceros (Informe 00332-GPRC/2016).

8. Solución de conflictos

Se aplican las disposiciones del Osiptel sobre controversias entre empresas. En caso ambas partes así lo señalen, el Osiptel incluye en el mandato correspondiente reglas equivalentes a una cláusula arbitral.

V. OFERTA REFERENCIAL

Mediante Resolución de Consejo Directivo 143-2022-CD/OSIPTEL el regulador aprobó la Oferta Referencial de Compartición (en adelante, ORC) y otras disposiciones aplicables al uso compartido de infraestructura eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones. Conforme a lo dispuesto en dicha resolución, la ORC no es de aplicación obligatoria, sino facultativa. Las empresas pueden utilizar su contenido como referencia o guía para sus negociaciones y elaboración de sus contratos, pues contiene los elementos que son necesarios y también los usuales en este tipo de contratación, incluyendo seguros, garantías, etc. (2022).

El Osiptel también usa la ORC como referencia para la emisión de los mandatos, sin perjuicio de que mantiene la facultad para incluir en estos reglas adicionales o distintas en función de las particularidades de cada caso. Por ello, es positiva la aprobación de la ORC desde la perspectiva de cómo los agentes involucrados enfrentan las negociaciones, pues tienen ya un texto que pueden considerar como el aplicable (alta probabilidad de que sea incluido en un eventual mandato) si no llegan a acuerdos.

VI. CONCLUSIONES

La libre negociación es la regla general respecto del uso de infraestructura eléctrica por parte de concesionarios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, existe normativa específica que obliga a los concesionarios eléctricos a permitir el uso de su infraestructura por parte de concesionarios de telecomunicaciones. Cada régimen de excepción cuenta con sus propias reglas.

Se ha producido una discrepancia sustantiva respecto de la contraprestación aplicable a favor de los concesionarios eléctricos bajo la Ley 29904. La posición asumida por el Osiptel no se encuentra de acuerdo con la normativa y es extendida a los casos regidos bajo la Ley 28295. La discrepancia ha llegado ya a nivel jurisdiccional, donde se decidirá de forma definitiva.

En este escenario es importante que los agentes involucrados se informen en relación de las semejanzas y diferencias de los diferentes regímenes (y su interacción), a efectos de estar preparados para la negociación y eventual litigio.

REFERENCIAS

Moscol Salinas, A. (2008). Revisión de la figura del mandato de interconexión de redes y servicios públicos de telecomunicaciones desde la perspectiva del derecho administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), 88-104.

Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones del Ministerio

[38] Previstas en el literal c) del artículo 27.2 de la Ley 28832 como:

> caso de instalaciones que permiten transferir electricidad hacia los Usuarios Libres o que permiten a los Generadores entregar su energía producida al SEIN, dichos Agentes podrán suscribir contratos para la prestación del servicio de transporte y/o distribución, con sus respectivos titulares, en los cuales la compensación correspondiente será de libre negociación (2006).

de Transportes y Comunicaciones [DGRAIC]. (2017). *Informe 256-2017-MTC/26*.

(2017). Oficio 579-2017-MTC/26.

Fondo de Inversión de Telecomunicaciones [FITEL] (2017). *Informe 758-2017-MTC/24*.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL] (2014). *Informe 406-GPRC/2014*. https://www.osiptel.gob.pe/media/pr3dqnge/inf406-gprc_2014_res101-2014-cd.pdf

(2015). *Informe 326-GPRC/2015*. https://www.osiptel.gob.pe/media/ev5bclha/informe326-gprc-2015-res099-2015-cd.pdf

(2015). *Informe 329-GPRC/2015*. https://www.osiptel.gob.pe/media/flydvqwr/informe329-gprc-2015_res105-2015-cd.pdf

(2016). *Informe 00073-GPRC/2016*. https://www.osiptel.gob.pe/media/r54dcm54/informe073-gprc-2016_resolucion033-2016-cd-osiptel.pdf

(2016). *Informe 00332-GPRC/2016*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1584517/%20Informe%20N%C2%B0%20332-GPRC/2016.pdf

(2016). *Informe 00378-GPRC/2016*. https://www.osiptel.gob.pe/media/2glhthft/inf378-gprc_res131-2016-cd.pdf

(2017). *Informe 150-GPRC/2017*. https://www.osiptel.gob.pe/media/4umpoukd/res090-2017-cd_inf150-gprc-2017.pdf

(2017). *Informe 176-GPRC/2017*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1528544/%20Informe%20N%C2%B0%20176-GPRC/2017.pdf

(2018). *Informe 00131-GPRC/2018*. https://www.osiptel.gob.pe/media/rxhh0hxa/res186-2018-cd_inf131-gprc-2018.pdf

(2018). *Informe 00132-GPRC/2018*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1528684/%20Informe%20N%C2%B0%20132-GPRC/2018.pdf

(2018). *Informe 00254-GPRC/2018*. https://www.osiptel.gob.pe/media/zaho5vlv/res277-2018-cd_inf254-gprc-2018.pdf

(2019). *Informe 00004-GPRC/2019*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1528882/%20Informe%20N%C2%B0%20004-GPRC/2019.pdf

(2019). *Informe 139-GPRC/2019*. https://www.osiptel.gob.pe/media/4xon1xk1/res139-2019-cd.pdf

(2020). *Informe 00005-DPRC/2020.* https://www.osiptel.gob.pe/media/mszctpl2/inf005-dprc-2020.pdf

(2020). *Informe 28-GPRC/2020*. https://www.osiptel.gob.pe/media/vdpoyehp/res035-2020-cd_inf028-gprc-2020.pdf

(2020). *Informe 00096-GPRC/2020*. https://www.osiptel.gob.pe/media/jsoll5co/res134-2020-cd-inf096-2020-gprc.pdf

(2020). *Informe 00103-GPRC/2020*. https://www.osiptel.gob.pe/media/t1yjh1kv/res140-2020-cd-inf103-gprc-2020.pdf

(2021). *Informe 87-DPRC/2021*.

(2022). *Informe 00167-DPRC/2022*. https://www.osiptel.gob.pe/media/ubilwwke/informe167-dprc-2022.pdf

(2022). *Informe 00178-DPRC/2022*. https://www.osiptel.gob.pe/media/ev4fmrj4/informe178-dprc-2022.pdf

(2023). *Informe 00004-DPRC/2023*. https://www.osiptel.gob.pe/media/n3ul1h0y/informe004-dprc-2023.pdf

(2023). *Informe 00025-DPRC/2023*. https://www.osiptel.gob.pe/media/wh0jinat/informe025-dprc-2023.pdf

(2023). *Informe 00043-DPRC/2023*. https://www.osiptel.gob.pe/media/jx2jpcmw/informe043-dprc-2023.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1019, Decreto Legislativo que aprueba Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1992 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 009-2005-MTC, Aprueban Reglamento de la Ley 28295 que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de marzo de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 013-93-TCC, Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de noviembre de 2013 (Perú).

Decreto Supremo 020-2007-MTC, Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de julio de 2007 (Perú).

Decreto Supremo 042-2005-EM, Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 057-2008-EM, Aprueban Reglamento de Comercialización de Gas Natural Comprimido (GNC) y Gas Natural Licuefactado (GNL), Diario Oficial El Peruano, 11 de noviembre de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 063-2005-EM, Dictan normas para promover el consumo masivo de gas natural, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de diciembre de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 081-2007-EM, Aprueban el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de noviembre de 2007 (Perú).

Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 2004 (Perú).

Ley 29904, Ley de promoción de la Banda Ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial El Peruano, 20 de julio de 2012 (Perú).

Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de diciembre de 2013 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 00183-2022-CD/OSIPTEL del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, Aprueban el Mandato de Compartición de Infraestructura entre Comunicaciones J&F Cable TV S.A.C. y Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A., Diario Oficial *El Peruano*, 19 de octubre de 2022 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 008-2006-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Fijan fórmula que determinará la contraprestación correspondiente por el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público asociada a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2006 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 009-2022-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Aprueban el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado entre las empresas Televisora del Sur S.A.C. y Electro Puno S.A.A., Diario Oficial *El Peruano*, 19 de enero de 2022 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 014-2003-CD/OSITRAN de la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Aprueban Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de septiembre de 2003 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 026-2015-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Aprueban Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición solicitados en el marco de la Ley Nº 29904, Ley de Promoción

de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de marzo de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 101-2019-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Declarar infundado el recurso de apelación presentado por la empresa Viettel Perú S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General Nº 125-2019-GG/OSIPTEL, Diario Oficial *El Peruano*, 08 de agosto de 2019 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 105-2015-CD/OSIPTEL, Declaran improcedente la solicitud para la emisión de mandato compartición formulada por la empresa Tv Cable Digital E.I.R.L. el 04 de junio de 2015 y tramitada en el Expediente Nº 00004-2015-CD-GPRC/MC, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de setiembre de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 119-2015-CD/OSIPTEL, Aprobar el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente Nº 00004-2015-CD-GPRC/MC, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de octubre de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 134-2018-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Mandato de Compartición de Infraestructura - Azteca Comunicaciones Perú S.A.C - Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S,A, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de mayo de 2018 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 141-2015-CD/OSIPTEL, Declaran parcialmente fundada reconsideración presentada por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A. contra el Mandato de Compartición de Infraestructura emitido mediante Res. N° 119-2015-CD/OSIPTEL, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de diciembre de 2015 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 143-2022-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Aprueban la "Norma que establece la Oferta Referencial de Compartición y otras disposiciones aplicables a la Compartición de Infraestructura Eléctrica utilizada para el despliegue de redes de telecomunicaciones", Diario Oficial *El Peruano*, 8 de septiembre de 2022 (Perú).

Resolución de Consejo Directivo 200-2021-CD/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Aprueban el Mandato de Compartición de Infraestructura correspondiente al procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 00001-2021-CD-DPRC/MC, entre las empresas Cable Star Ucayali S.A.C. y Electro Ucayali S.A., Diario Oficial *El Peruano*, 29 de octubre de 2021 (Perú).

Resolución del Cuerpo Colegiado 025-2020-CCO/OSIPTEL del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, Declarar infundada la reclamación presentada por Azteca Comunicaciones Perú S.A.C. contra Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A., Diario Oficial *El Peruano*, 30 de setiembre de 2020 (Perú).

Resolución de Tribunal de Solución de Controversias 26-2020-TSC/OSIPTEL, Diario Oficial *El Peruano*, 2020 (Perú).

Resolución de Tribunal de Solución de Controversias 010-2016-TSC/OSIPTEL, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de agosto de 2016 (Perú).

Resolución Ministerial 482-2018-MTC/01.03, Aprueban la Velocidad Mínima para el acceso a Internet de Banda Ancha para Internet fijo y móvil, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2018 (Perú).

Resolución Ministerial 1197-2022-MTC/01.03, Aprueban la velocidad mínima para el acceso a internet de banda ancha, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de diciembre de 2022 (Perú).

Resolución Viceministerial 520-2017-MTC/03, Otorgar autorización al señor Aldo Huamán Mendoza, por el plazo de diez (10) años, para prestar el servicio de radiodifusión sonora comercial en Frecuencia Modulada (FM), Diario Oficial *El Peruano*, 25 de mayo de 2017 (Perú).

Resolución Viceministerial 768-2017-MTC/03, Resolución Viceministerial que modifica los valores de las variables "m" y "f" de la "Metodología para la Determinación de las Contraprestaciones por el Acceso y Uso de la Infraestructura de los Concesionarios de Servicios Públicos de Energía Eléctrica e Hidrocarburos", establecida en el Anexo 1 del Reglamento de la Ley Nº 29904, "Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica", aprobado mediante Decreto Supremo Nº 014-2013-MTC, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de agosto de 2017 (Perú).

10.18800/themis.202301.023

EL DELITO DE *HACKING* O ACCESO ILÍCITO A SISTEMAS INFORMÁTICOS

HACKING OFFENCES OR ILLEGAL ACCESS TO COMPUTER SYSTEM

Ricardo Nicanor Elías Puelles*
Exmiembro de THĒMIS
Estudio Elías Puelles

In this article, the author examines the crime of illegal access to computer systems. To do so, he highlights the increase in reports over the last five years, analyzes the legislative proposal outlined in the Convention on Cybercrime, and reviews the legal formulas adopted by Latin American states that have adhered to the Convention. Then, the author conducts a historical study of computer intrusion crimes in Peruvian criminal legislation and analyzes different issues that arise in the current wording, concluding this section with a proposal for lege ferenda*.*

In the second part, the author notes that hackers are equated with cybercriminals, which creates prejudices or stigmas towards this community and biases in criminal investigations, which could, in turn, lead to erroneous judicial decisions.

Keywords: Illicit access; hacking; cybercrime; computer crime.

En el presente artículo, el autor analiza el delito de acceso ilícito a sistemas informáticos. Para ello, advierte el aumento de denuncias en el último quinquenio, analiza la propuesta normativa recogida en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia y las fórmulas legislativas adoptadas en los estados latinoamericanos que se han adherido. Luego, realiza un estudio histórico del delito de intrusismo informático en la legislación penal peruana y analiza diferentes problemas que surgen en la redacción actual, finalizando esta sección con una propuesta de lege ferenda*.*

En la segunda parte, el autor advierte que se equipara a los hackers *con los ciberdelincuentes lo que origina prejuicios o estigmas sobre esta comunidad y sesgos en las investigaciones criminales, lo que podría, a su vez, ocasionar decisiones judiciales erróneas.*

Palabras clave: Acceso ilícito; hacking; cibercrimen; delito informático.

* Abogado. Estudio de posgrado en Teoría del Delito por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso penal y Especialista en Derecho Penal y Comportamiento Humano: Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial por la Universidad de Castilla, La Mancha (España). Maestro en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona (España). Miembro de la III escuela de verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana por la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Profesor en pregrado y en la maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Presidente del Instituto Peruano de Razonamiento Probatorio (IPRP) y del Observatorio Peruano de Cibercriminalidad. Socio Fundador del Estudio Elías Puelles. Contacto: ricardo@eliaspuelles.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de marzo de 2023, y aceptado por el mismo el 22 de junio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación de los ciberdelitos no es una labor fácil, pues, además, de la volatilidad de la prueba digital, exige que los operadores tengan ciertos conocimientos tecnológicos. Si bien el distrito fiscal de Lima Centro cuenta con una Fiscalía Corporativa Especializada en Ciberdelincuencia, cuyas labores iniciaron el 15 de febrero del 2021[1], las investigaciones en el resto del país continúan a cargo de fiscalías penales no especializadas asistidas, de ser el caso, por la 'Red de fiscales en ciberdelincuencia a nivel nacional' –la cual es muy importante, pero no suficiente–. A partir de un caso archivado, graficaré cuán útil es comprender los alcances del delito de acceso ilícito para planificar adecuadamente la investigación criminal[2].

El 29 de octubre del 2019, una ciudadana acudió a la comisaría a presentar una denuncia verbal, en los siguientes términos:

> En la ciudad de [...] siendo las 11:48:13 horas del día 29/10/2019, se presentó ante el suscrito el denunciante manifestando que el día 27/10/2019 a las 12:30:00 horas fueron víctimas del jaqueado de sus correos, por parte de personas desconocidas, quienes empleando medidas de engaño solicitaban las cuentas de correo, número de celulares y asimismo que había un trabajo de campaña de enviar fotos de chicas desnudas para campaña de cáncer de seno, a lo cual pagarían la suma de 500 soles. Cabe mencionar que la agraviada fue jaqueada de su correo el 28OCT19, a horas 21:00, desconociendo quiénes serían autores del hecho. Asimismo, refieren que dicha denuncia obre como constancia, lo que denuncia ante la Policía Nacional del Perú para los fines consiguientes, firmando la presente acta en presencia del instructor [*sic.*].

Al día siguiente, la comisaría remitió el acta de denuncia verbal al Ministerio Público. Dos semanas después, el 18 de noviembre del 2019, sin realizar actos de investigación, se archivó el caso, argumentando que no se identificó al posible autor del evento criminal:

> Ahora, respecto a la individualización de los imputados se tiene únicamente el dicho de las denunciantes, quienes refieren que se trató de sujetos desconocidos; no contando con otros elementos que permitan dicha individualización y posterior identificación, por lo que, en este estado no resulta posible sostener la tesis incriminatoria contra una persona determinada; lo que resulta necesario, pues todo proceso penal, para poder llevarse a cabo, requiere de un imputado debidamente determinado, plenamente individualizado, como presunto autor de un hecho ilícito [...] De lo mencionado hasta el momento se tiene que la acción penal no ha prescrito y existen indicios de la existencia del delito; pero no se ha identificado a su o sus autores; por lo que corresponde aplicar lo establecido en el numeral 3 del artículo 334 del Código Procesal Penal, solicitando a la Policía Nacional del Perú que, a través de sus unidades especializadas, continúe con los actos de investigación tendientes a la consecución de dicho fin. Precisándose a su vez, que el presente caso podrá ser reexaminado en el supuesto que se descubran con posterioridad nuevos elementos de convicción [...] [*sic*].
>
> Decisión Fiscal [...] 1. Que, no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra los que resulten responsables por la presunta comisión de delito informático en agravio de [...], ordenándose el archivo de lo actuado.
>
> 2. Notificar con la presente disposición a la DIVINCRI PNP a efectos, por intermedio de sus unidades especializadas en esta clase de ilícitos, realice los actos de investigación tendientes a la ubicación del o los responsables del hecho denunciado; debiendo informar a este despacho si los resultados arribados son positivos.

Esta decisión fue notificada a la denunciante, quien no interpuso recurso de elevación de actuados –en palabras sencillas, no 'impugnó' la decisión–. De esta forma, en vez de abrir investigación preliminar, la fiscalía archivó el caso, ordenando que la carpeta sea remitida a la policía. A continuación, analizaré algunos problemas en la recepción de la denuncia verbal y en el archivo del caso:

- En primer lugar, la redacción del acta no permite conocer si nos encontramos frente a una, dos o más víctimas. Este punto es relevante para identificar el objetivo del ciberdelincuente: ¿Una persona específica, un grupo que comparte algún vínculo o, simplemente, víctimas al azar?

- En segundo lugar, el acta no recoge información adicional sobre la hora del ataque: ¿Cómo se sabe que fue a las 12:30:00? ¿Aca-

[1] Véase a la Resolución de la Fiscalía de la Nación 1503-2020-MP-FN (2020).

[2] El presente relato pertenece a una denuncia real, sin embargo, he eliminado todo dato personal que permita identificar a la víctima o la unidad policial o fiscal que estuvo a cargo.

so se recibió una alerta sobre la vulneración del sistema informático? Hubiese sido importante profundizar este punto y, así, conocer los detalles del acceso ilícito.

– En tercer lugar, no se precisan las cuentas de correo electrónico cuyas medidas de seguridad fueron vulneradas. Conocer esta información permitiría saber si nos encontramos frente a una posible brecha de seguridad o, quizás, ante un *malware* que permite capturar contraseñas o ejecutar otra acción ilícita.

– En cuarto lugar, no se solicitó información sobre las medidas de seguridad que protegen los correos electrónicos vulnerados. Así, el agente policial que recibió la denuncia debió resolver, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿Cuán robustas son la contraseñas?, ¿cuenta con autentificación en dos pasos? ¿Ha compartido su contraseña con alguna persona cercana?, ¿Escribe su contraseña en algún lugar al cual pueden acceder otras personas? Como veremos en esta publicación, el art. 2 de la Ley de Delitos Informáticos (en adelante, LDI), recoge las **medidas de seguridad** como uno de los elementos objetivos del tipo. Por esta razón, es importante no sólo conocer si contaba con dichas medidas sino, también, requerir más información para trazar eventuales líneas de investigación que permitiese responder si fueron vulneradas de manera física o remota.

– En quinto lugar, la víctima precisa que no conoce la identidad del ciberdelincuente o de quienes se encuentran detrás de este ilícito accionar –como pasa frecuentemente en este tipo de casos–. Sin embargo, esta no es una razón válida para que se archive la denuncia sin realizarse un solo acto de indagación. Así, para iniciar diligencias preliminares no se requiere identificar al responsable. El Ministerio Público pudo trazar un plan de investigación orientado al aseguramiento de las pruebas y la identificación del ciberdelincuente, pero no lo hizo. Ya sea que la víctima dejó consentir el pronunciamiento por desinterés o por ausencia de asesoría adecuada, lo cierto es que no se logró conocer quién o quiénes estuvieron detrás del ataque.

Debo precisar que el caso analizado no tiene por finalidad cuestionar la labor de la Policía Nacional del Perú o la del Ministerio Público, pues existen muchos operadores comprometidos en la lucha frontal contra la ciberdelincuencia. Más bien, se busca ejemplificar lo que sucede cuando un caso no es atendido de forma diligente.

Finalmente, considero importante traer a colación algunas estadísticas que demuestran la necesidad de abordar este delito, tanto desde el plano exegético como de investigación criminal. Como el lector intuirá, el número de denuncias por ciberdelitos ha aumentado dramáticamente en nuestro país, por lo que los operadores del sector justicia deberán, de un lado, realizar adecuadas interpretaciones jurídicas y, de otro, eficientes investigaciones en entornos digitales para evitar que la impunidad proteja a los ciberdelincuentes. A continuación, presento dos cuadros adaptados del documento denominado 'Ciberdelincuencia: Reporte de Información Estadística y Recomendaciones para la Prevención', elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y publicado en agosto del 2022. El primero refleja el incremento anual de denuncias interpuestas en el Ministerio Público por la comisión de ciberdelitos entre el 2017 y el 2021. El segundo, de manera específica, el aumento de denuncias de parte interpuestas por los delitos de acceso ilícito (art. 2 de la LDI), atentado contra la integridad de datos informáticos (art. 3 de la LDI) y sistemas informáticos (art. 4 de la LDI).

Gráfico 1: Delitos informáticos denunciados en el Ministerio Público a nivel nacional, 2017-2021

Fuente: Adaptación propia a partir de 'Ciberdelincuencia. Reporte de Información estadística y recomendaciones para la prevención' (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2022, p. 4).

Cuadro 1: Delitos contra datos y sistemas informáticos denunciados en el Ministerio Público a nivel nacional según tipo de delito, 2017-2021

DELITO / ART.	2017	2018	2019	2020	2021
Art. 2: Acceso ilícito	53	70	139	209	386
Art. 3: Atentado contra la integridad de datos informáticos	25	28	56	121	82
Art. 4: Atentado contra la integridad de sistemas informáticos	2	11	11	11	20
S/A: Sin especificar	48	62	113	96	93
TOTAL	**128**	**171**	**319**	**437**	**581**

Fuente: Adaptación a partir de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022 p. 15).

II. PRIMERA PARTE. MARCO NORMATIVO Y ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

En las líneas siguientes analizaré cómo se encuentra regulado el delito de acceso ilícito en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, al cual Perú se adhirió en el 2019, y comentaré brevemente los párrafos 44 a 50 del Informe Explicativo del citado Convenio, pues permiten interpretar sus alcances. Luego, citaré legislación comparada de los países de la región que también se han adherido al Convenio con la finalidad de conocer las modalidades recogidas y su afinidad con la legislación peruana. Finalmente, realizaré un breve recuento sobre la evolución del delito de acceso ilícito desde su incorporación al Código Penal (en adelante, CP), en el 2000, hasta su actualización en la LDI del 2013.

A. Regulación en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia o Convenio de Budapest es el principal instrumento internacional en la lucha contra este fenómeno delictivo. Junto a su Informe Explicativo, fue aprobado por el Comité de Miembros del Consejo de Europa en su reunión número 109, celebrada el 08 de noviembre del 2001, y abierto a la firma en Budapest, el 23 de noviembre del 2001, con motivo de la celebración de la Conferencia Internacional sobre la Ciberdelincuencia.

Es importante destacar que el Convenio ha sido firmado y ratificado por 68 países, dentro de los cuales se encuentran países no miembros del Consejo de Europa. En América Latina, nueve países lo han ratificado con ciertas declaraciones y reservas:

Tabla 1: Países latinoamericanos que han ratificado el Convenio sobre la Ciberdelincuencia

País	Fecha de ratificación	Entrada en vigor	Declaraciones y/o reservas
1. Brasil	22 de diciembre del 2021	30 de noviembre del 2022	Sin información disponible.
2. Colombia	16 de marzo del 2020	01 de julio del 2020	Una reserva. Tres declaraciones del 16 de marzo del 2020.
3. Perú	26 de agosto del 2019	01 de diciembre del 2019	Tres reservas. Cuatro declaraciones del 26 de agosto del 2019.
4. Paraguay	30 de julio del 2018	01 de noviembre del 2018	Sin reservas. Tres declaraciones del 30 de julio del 2018.
5. Argentina	05 de junio del 2018	01 de octubre del 2018	Cinco reservas. Dos declaraciones del 05 de junio del 2018.
6. Costa Rica	22 de setiembre del 2017	01 de enero del 2018	Dos reservas. Dos declaraciones del 22 de setiembre del 2017.
7. Chile	20 de abril del 2017	01 de agosto del 2017	Cinco reservas. Dos declaraciones del 20 de abril del 2017.
8. Panamá	05 de marzo del 2014	01 de julio del 2014	Sin reservas. Tres declaraciones del 05 de marzo del 2014.
9. República Dominicana	07 de febrero del 2013	01 de junio del 2013	Sin reservas. Dos declaraciones del 07 de febrero del 2013.

Fuente: Velasco San Martín, C., & Velásquez, A. (2021, p. 81).

El Convenio está estructurado en cuatro capítulos y tiene como finalidad primordial los siguientes objetivos, los cuales se recogen en el párrafo 16 del Informe Explicativo:

a. Armonizar los elementos de los delitos conforme al derecho sustantivo penal de cada país y las disposiciones conexas en materia de delitos informáticos.

b. Establecer conforme al derecho procesal de cada país los poderes necesarios para la investigación y el procesamiento de dichos delitos, así como también de otros delitos

cometidos mediante el uso de un sistema informático o las pruebas conexas que se encuentren en formato electrónico.

c. Establecer un régimen rápido y eficaz de cooperación internacional.

Luego de haber establecido su importancia, he de indicar que Perú se adhirió al Convenio mediante Resolución Legislativa 30913 del 12 de febrero del 2019, acto ratificado a través del Decreto Supremo 010-2019-RE del 9 de marzo. Así, entró en vigor el primer día de diciembre de ese mismo año.

Ahora bien, bajo el título 'Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos', el Convenio recoge el acceso ilícito (art. 2), la interceptación ilícita (art. 3), los ataques a la integridad de los datos (art. 4), los ataques a la integridad del sistema (art. 5) y el abuso de los dispositivos (art. 6). Toda vez que esta publicación gira en torno al delito de acceso ilícito, es importante conocer cómo se encuentra regulado:

> Art. 2.- Acceso ilícito
> Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. Las Partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad, con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático (Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 2001).

El art. 40 del Convenio, se prevé que los Estados podrán declarar, en el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que se acogen a la facultad de exigir, llegado el caso, uno o más elementos complementarios previstos en los arts. 2, 3, 6.1.b), 7, 9.3 y 27.9.e). Es en uso de esta facultad que Perú realizó la siguiente declaración respecto al delito bajo estudio:

> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, la República del Perú declara que su legislación exige que el delito de acceso ilícito se cometa infringiendo medidas de seguridad (Resolución Legislativa 30913, 2019).

Cada artículo del Convenio ha sido desarrollado en el Informe Explicativo. En el caso del delito de acceso ilícito, los párrafos 44 a 50 recogen algunas ideas muy importantes que resumo a continuación y que, en algunos casos, comentaré brevemente:

– El párrafo 44 indica que el acceso ilícito es un 'delito básico' que amenaza peligrosamente o ataca la seguridad informática, compuesta por la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. Además, se distinguen tres modalidades que suelen equipararse: (i) mera intrusión no autorizada, piratería o *hacking*; (ii) el sabotaje o *cracking;* y (iii) la intrusión en el ordenador o *computer trespass*. Así, se precisa que este delito "puede constituir un impedimento para los usuarios legítimos de los datos y sistemas y puede causar alteración o destrucción [...]" (2001, p. 13), sin embargo, he de indicar que no es condición necesaria o el paso previo indispensable para la comisión de otros ciberdelitos.

– El párrafo siguiente resalta la importancia de las medidas de seguridad para la prevención del acceso ilícito. Sobre este punto, es importante recordar que nuestro país exige la vulneración de las medidas en referencia para su configuración típica.

– En el párrafo 46, se define el término 'acceso' como 'la entrada a un sistema informático o a alguna parte del mismo (*hardware*, componentes, datos almacenados del sistema instalado, directorios, datos relativos al tráfico y datos relacionados con los contenidos)'. Además, se precisa que esta definición incluye:

> El ingreso a otro sistema informático, al que esté conectado a través de redes de telecomunicaciones públicas, o a un sistema informático que esté conectado a la misma red, como una LAN (red de área local) o una Intranet (red interna) que opere en el seno de una organización (2001, p. 14).

– El párrafo siguiente precisa que la conducta debe ser cometida de manera 'ilegítima' y que este no es el caso del acceso autorizado para realizar una verificación o protección del sistema informático, ni tampoco al ingresar a sistemas que permiten el acceso libre y abierto al público. Sobre este punto, he de indicar que la LDI fue modificada para incluir expresamente los términos 'deliberada' e 'ilegítimamente', pese a que no era necesario –como más adelante se explicará–.

– El párrafo subsiguiente nos recuerda que el mantenimiento de un sitio web o la aplicación de herramientas estándar provistas en los protocolos y programas de comunicación no es *per se* ilegítima. Grafica este punto con

el uso de *cookies*, ya que pueden ser rechazadas o eliminadas por el usuario que accede a las páginas.

– El párrafo 49 resalta la controversia que existe sobre la tipificación del mero intrusismo ya que la legislación de algunos países no sanciona el acceso que no crea peligro alguno en el usuario o que ayuda a detectar 'agujeros' o puntos débiles de los sistemas de seguridad. No es el caso peruano, pues, como veremos más adelante, sí sanciona esta modalidad.

– Finalmente, el párrafo 50 remarca que los Estados tienen la posibilidad de tipificar el acceso ilícito, en los términos recomendados en la primera parte del art. 2 del Convenio, agregar o matizar los alcances de la segunda parte. Es importante recordar que Perú incorporó la 'vulneración de medidas de seguridad' como elemento adicional del tipo penal.

B. Legislación comparada

Conocer la regulación del delito de acceso ilícito en la legislación del resto de países latinoamericanos que se adhirieron al Convenio de Budapest[3], así como en España por su gran influencia en la materia, permitirá comparar su marco punitivo y conocer modalidades no previstas en Perú.

Tabla 2: Países latinoamericanos que se adhirieron al Convenio de Budapest

País	Legislación	Tipo penal
Países latinoamericanos que se adhirieron al Convenio de Budapest		
Brasil	Código Penal, modificado por la Ley 14 155 (2021).	**Art. 154 A.-** Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Colombia	Código Penal, modificado por la Ley 1273 (2009).	**Art. 269 A.-** Acceso abusivo a un sistema informático. El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.
Paraguay	Código Penal, modificado por la Ley 4439 (2011).	**Art. 146 B.-** Acceso indebido a datos. 1. El que sin autorización y violando sistemas de seguridad obtuviere para sí o para terceros, el acceso a datos no destinados a él y especialmente protegidos contra el acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 2. Como datos en sentido del inciso 1°, se entenderán solo aquellos, que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no inmediatamente visible.
Argentina	Código Penal, modificado por la Ley 26.388 (2008).	**Art. 153** *bis*.- Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.
Costa Rica	Código Penal, modificado por la Ley 8148 (2001).	**Art. 196.-** Será reprimida con pena de prisión de seis meses a dos años, la persona que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere, accese, modifique, altere, suprima, intercepte, interfiera, utilice, difunda o desvíe de su destino, mensajes, datos e imágenes contenidas en soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos. La pena será de uno a tres años de prisión, si las acciones descritas en el párrafo anterior, son realizadas por personas encargadas de los soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y telemáticos.

[3] El orden de los países no es aleatorio sino que inicia con Brasil –cuya adhesión es la más reciente– y continúa hasta República Dominicana –la más antigua adhesión de la región–.

País	Legislación	Tipo penal
Chile	Ley 21459 (2022).	**Art. 2.-** El que, sin autorización o excediendo la autorización que posea y superando barreras técnicas o medidas tecnológicas de seguridad, acceda a un sistema informático será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Si el acceso fuere realizado con el ánimo de apoderarse o usar la información contenida en el sistema informático, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Igual pena se aplicará a quien divulgue la información a la cual se accedió de manera ilícita, si no fuese obtenida por éste. En caso de ser una misma persona la que hubiere obtenido y divulgado la información, se aplicará la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.
Panamá	Código Penal (2010).	**Art. 289.-** Quien indebidamente ingrese o utilice una base de datos, red o sistema informático será sancionado con dos a cuatro años de prisión.
República Dominicana	Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología (2007)	**Art. 6.-** Acceso Ilícito. El hecho de acceder a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones, o a sus componentes, utilizando o no una identidad ajena, o excediendo una autorización, se sancionará con las penas de tres meses a un año de prisión y multa desde una vez a doscientas veces el salario mínimo.
Otras referencias		
España	Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 1/2015 (2015).	**Art. 197** *bis*.- 1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Fuente: Elaboración propia

C. Legislación nacional

A continuación, analizaré el delito de acceso ilícito en la legislación penal peruana. Para ello, iniciaré explicando su incorporación al CP, luego, el camino que siguió para su inclusión en la LDI y, finalmente, analizaré el tipo penal vigente.

1. Antecedentes normativos

Ocho años después de la promulgación del CP de 1991, se presentaron dos proyectos de ley que originaron la incorporación del 'Capítulo X. Delitos Informáticos' al ordenamiento[4]:

– **Proyecto de Ley 5071/99-CR**, presentado el 18 de agosto de 1999 por el congresista Jorge Muñiz Ziches. Esta iniciativa recogió la redacción más cercana del tipo penal bajo estudio[5].

– **Proyecto de Ley 5132/99-CR**, presentado el 31 de agosto de 1999 por la congresista Ivonne Susana Díaz Díaz. Cobijó una modalidad del delito de acceso ilícito que no prosperaría[6].

Cuatro meses después, ambos proyectos obtendrían un dictamen unánime favorable por parte de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República, debiendo resaltar que no hubo debate sobre el bien jurídico tutelado ya que se aceptó, sin dudas o cuestionamientos, que se trataba del patrimonio. No obstante, en atención a las observaciones remitidas por el Poder Ejecutivo, se tuvo que aprobar un texto sustitutorio. Así, finalmente, una modalidad del delito de acceso ilícito fue recogida en el art. 207-A CP:

> Art. 207-A CP.- El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de

[4] Sobre la evolución de la legislación en materia de cibercrimen, véase a Elías Puelles (2017).

[5] Artículo 208-A.-

> El que indebidamente utilice o ingrese a una base de datos, sistema o red de computadoras o a cualquier parte de la misma, con el propósito de diseñar, ejecutar o alterar un esquema o artificio con el fin de defraudar, obtener dinero, bienes o información será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicios comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas (1999).

[6] Artículo 2.-

> El que con ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, lo interfiera o acceda a él, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años (1999).

computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas (1991).

El art. 207-A CP, incorporado el 17 de julio del 2000, sancionaba el acceso indebido sin exigir la ruptura de medidas de seguridad, pero sí requería una finalidad delictiva posterior para su configuración, erigiéndose como un delito de tendencia interna trascendente. Esta norma fue derogada el 22 de octubre del 2013 con la promulgación de la LDI[7].

2. Génesis legislativa

A mediados del 2011, se recibió la primera propuesta legislativa que generaría cambios significativos en la lucha peruana contra ciberdelincuencia. Si bien fueron ocho proyectos que desembocaron en la promulgación de la LDI, solo dos se refirieron al delito de acceso ilícito:

– **Proyecto de Ley 34/2011-CR**, presentado el 11 de agosto de 2011 por el congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander. Esta iniciativa propuso un cuerpo normativo independiente por el nivel de especialidad que tiene la informática y la posibilidad de incluir disposiciones procesales para facilitar su investigación.

  Respecto al delito bajo análisis: (i) No exigía la vulneración de medidas de seguridad; (ii) incluía la interceptación e interferencia de sistemas informáticos como conductas prohibidas; (iii) no recogía el abuso de confianza como modalidad de acceso indebido[8].

– **Proyecto de Ley 2520/2012-PE**, presentado el 26 de julio de 2013 por el Presidente de la República Ollanta Humala Tasso. Esta iniciativa recogió la redacción exacta del tipo penal que originalmente fue incluido en la LDI[9].

3. Regulación actual

Como he señalado anteriormente, la LDI adoptó los nueve capítulos sugeridos en el Proyecto de Ley 34/2011-CR, propuesta que, bajo el nombre de 'Delitos contra los sistemas de información y las Tecnologías de la Comunicación', recomendó la tipificación de cinco delitos: (i) Intrusismo informático; (ii) Sabotaje informático; (iii) Intrusismo o sabotaje de sistemas o tecnologías de información con medidas de seguridad o información especial; (iv) Prestación de equipos y servicios con fines de intrusismo o sabotaje; y (v) Espionaje informático. Sin embargo, fue el Proyecto de Ley 2520/2012-PE el que terminó por imponer su propuesta de redacción. Este último proyecto recomendó incorporar el Título V-A al CP o 'Atentado contra los datos y sistemas informáticos', el cual tendría cuatro capítulos, de los cuales me interesa resaltar el primero, pues recoge el delito de acceso ilícito.

El capítulo II de la LDI se denomina 'Delitos contra datos y sistemas informáticos' y agrupa el delito de acceso ilícito (art. 2 de la LDI), el atentado contra la integridad de datos informáticos (art. 3 de la LDI) y atentado contra la integridad de sistemas informáticos (art. 4 de la LDI). Un lector acucioso podría preguntar: ¿Se atentan contra los datos informáticos al acceder sin autorización a un sistema? Sostengo que no; sin embargo, ¿por qué fueron agrupados de esta manera? Porque se emplea el título propuesto en el Proyecto de Ley 2520/2012-PE que, a su vez, se inspira en el Convenio de

[7] Al respecto, Durand, R. señala:

> En el artículo 207-A si bien se sanciona la utilización o ingreso indebido a una base de datos o sistemas informáticos, con la finalidad de diseñar, ejecutar, interferir, interceptar, existirán problemas para distinguir el denominado *hacking* blanco, máxime cuando el propio legislador concibe como finalidad del ingreso el acceso, luego no puede darse una conducta de ingresar para acceder. No obstante, debemos señalar que en cuanto al aspecto subjetivo, el primer párrafo del artículo 207-A exige las finalidades antes descritas como elementos subjetivos de intención trascendente, no siendo necesario su realización material (2002, p. 311).

[8] Art 3.- Intrusismo Informático. El que sin la debida autorización acceda, intercepte o interfiera un sistema de información o una tecnología de información, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años (2011).

[9] Art 208-A.- Acceso ilícito.

> El que accede sin autorización a todo o en parte de un sistema informático siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días multa.
>
> Será reprimido con la misma pena el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado (2013).

Budapest pero que recortó la expresión completa, la que le hubiera dado sentido: 'Delitos contra la **confidencialidad**, la **integridad** y la **disponibilidad de los datos** y **sistemas informáticos**'.

Un mes después de la promulgación de la LDI, entre otras, se recibieron dos propuestas legislativas que modificaron diversos delitos –entre ellos, el acceso ilícito–, a saber:

– **Proyecto de Ley 2991/2013-CR**, presentado el 25 de noviembre de 2013 por el congresista Juan Carlos Eguren Neuenschwander. Esta iniciativa propuso incorporar las expresiones 'deliberada e ilegítima' ya que, según su autor, la LDI "no cumple con algunos de los estándares previstos en el Convenio sobre la Cibercriminalidad (Convenio de Budapest) en el sentido de no haber incorporado en la redacción típica de los delitos [...] la calidad de deliberada e ilegítima de la conducta" (2013)[10].

– **Proyecto de Ley 2999/2013-CR**, presentado el 27 de noviembre de 2013 por el congresista Mauricio Mulder Bedoya. Esta iniciativa propuso también incluir los elementos deliberado e ilegítimo. Además, sugirió suprimir el abuso de confianza como modalidad de acceso ilícito y castigar la vulneración de medidas de seguridad como figura agravada[11].

Como el lector habrá notado en la sección 'legislación comparada', ninguno de los países que se adhirieron al Convenio de Budapest recogió la fórmula aprobada por el legislador peruano, pues dicha incorporación, de un lado, reduce el ámbito de sanción y, de otro, es innecesaria. El siguiente cuadro compartivo permitirá conocer cómo se encuentra redactado, desde el 2014, el delito bajo análisis.

Tabla 3

Art. 2 LDI (original)	Art. 2 LDI (actual o vigente)
Fecha de publicación: 21 de octubre del 2013	Fecha de modificación: 10 de marzo del 2014
El que accede sin autorización a todo o parte de un sistema informático, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días multa.	El que **deliberada e ilegítimamente** accede a todo o en parte de un sistema informático, siempre que se realice con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.
Será reprimido con la misma pena el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado.	Será reprimido con la misma pena, el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado.

Fuente: Elaboración propia

A continuación, analizaré la fórmula legal escogida por el legislador peruano y finalizaré con una propuesta normativa.

a. Perú sanciona el mero intrusismo, hacking blanco o de desafío.

El Convenio de Budapest propuso una fórmula básica de acceso ilícito: "*el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático*", dejando a cada Estado Parte la facultad de exigir que el delito se cometa: (i) infringiendo medidas de seguridad; (ii) con la intención de obtener datos informáticos y otra intención delictiva y (iii) en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático. Perú declaró que nuestra LDI "**exige que el delito de acceso ilícito se cometa infringiendo medidas de seguridad**" (Resolución Legislativa 30913, 2019); es decir, señaló que los elementos (ii) y (iii) no integran la configuración de nuestro tipo penal. Como ya he mencionado, hemos transitado por dos modelos distintos.

El actual art. 2 de la LDI sanciona el acceso ilícito cometido a través del quebrantamiento de medidas de seguridad, pero no exige una motivación delictiva adicional. En otras palabras, no requiere un elemento subjetivo distinto del dolo. En junio

[10] Art. 2.-

El que deliberada e ilegítimamente accede a todo o en parte de un sistema informático, siempre que se realice con la vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.

Será reprimido con la misma pena, el que accede a un sistema informático excediendo lo autorizado (2013).

[11] Art. 2.-

El que accede de manera deliberada e ilegítima a todo o en parte de un sistema informático, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.

Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a cinco años y con noventa días-multa siempre que el delito se realice con la vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo (2013).

del 2014, cuestioné esta opción legislativa y mantengo mi posición: debería exigirse esa finalidad adicional que, incluso, es sugerida como opción por el Convenio de Budapest. No toda lesión al bien jurídico protegido debe traer la misma respuesta estatal: ¿Por qué debemos acudir al Derecho Penal frente a cualquier intrusismo informático? Lo graficaré con algunos ejemplos, sin embargo, le pido al lector que elimine de su mente aquellos accesos ilícitos que tienen una finalidad delictiva posterior pues ese tipo de acciones sí merece reproche penal y, precisamente, es lo que postulo desde la promulgación de la LDI:

– Algunos *Smart TV* permiten proteger el acceso con una contraseña, es decir, si no cuentas con la clave, no podrás utilizarlo para ver televisión. Ahora bien, pensemos en el siguiente caso: A es el jefe de un estudio jurídico y ha colocado una contraseña a todos los televisores de su oficina. B adivinó la clave '12345' y cada vez que A se retira a almorzar, él y sus compañeros ven televisión en el directorio. ¿Por qué B debe ser reprimido penalmente? ¿Acaso no sería suficiente con despedirlo o amonestarlo?

– C y D son compañeros de departamento. C se encuentra muy molesto con D, pues desde que amanece permanece absorto en su *Play Station* 5 (PS5) y no realiza las tareas de limpieza que han acordado. Pese a que han charlado en más de una oportunidad, su conducta es igual. Entonces, C ha colocado una clave de inicio de sesión a su PS5. D, al tercer intentó, adivinó la contraseña: '0000'. Es así como logra ingresar y seguir jugando. ¿El Derecho Penal debe intervenir para sancionar esta actuación?

– E es alumno del curso de Bases Romanistas del Derecho. Se encuentra muy angustiado, pues no sabe cómo le fue en la evaluación escrita. Cuando su profesor F va por un café, E ve un *post it* pegado en el teclado con la contraseña de acceso. Rápidamente ingresa al ordenador y ve su calificación, luego de lo cual cierra sesión. ¿No será suficiente el castigo que reciba por parte de su universidad? ¿Por qué deber ser reprimido penalmente?

– G y H son novios. El último fin de semana hicieron senderismo en las Lomas de Lachay. Al llegar a casa, G 'cayó rendido' y olvidó enviarle las fotografías que tomó con su celular a H. Esta última, para no despertarlo, desbloqueó el celular con la huella de G mientras dormía. Revisó las fotografías y apagó el celular –feliz por las tomas que habían conseguido–. ¿H es una ciberdelincuente? ¿La unidad especializada de la policía y la fiscalía fueron creadas para investigar este tipo de casos?

En estos cuatro ejemplos tenemos: (i) sistemas informáticos –Smart Tv, PS5, computadora, teléfono celular–; (ii) medidas de seguridad quebradas –contraseñas–; (iii) ausencia de consentimiento para el ingreso o acceso; y (iv) voluntad para ingresar a un sistema sin autorización. Tal y como se encuentra redactado nuestro tipo penal, los cuatro casos se subsumen en el art. 2 LDI. Estos ejemplos son casos de 'mero intrusismo', pues no importa la finalidad por la que ingresó el sujeto activo, ya que se castiga el simple acceso indebido. Mi crítica no busca despenalizar el delito de acceso ilícito sino incluir la finalidad delictiva posterior, es decir, tipificarlo como un delito de tendencia interna trascendente[12] –hasta que no ocurra un cambio legislativo, se deberá acudir al principio de lesividad al analizar este tipo de casos para evitar la sobrepenalización–.

Cierto sector de la doctrina nacional considera que el fundamento político criminal de este delito radica en ser el paso previo 'obligatorio' para atentar contra sistemas informáticos[13]. Discrepo respetuosamente de esta posición, por dos razones:

[12] El jurista peruano Oré Sosa (2022, p. 193) también advierte algunos problemas al castigar actuaciones de escasa potencialidad lesiva,

> [...] por el solo afán de superar un reto personal o para evidenciar la especial vulnerabilidad de los sistemas informáticos (agujeros) de algunas entidades públicas o privadas. Habrá que ver si, en casos como estos, puede excluirse la imputación apelando al criterio de la disminución del riesgo. En cualquier caso, no pasarán de constituir supuestos marginales o excepcionales, más aún si se concibe esta figura como un delito de mera actividad que se consuma en el momento mismo en que se vulnera la medida de seguridad (2022, p. 193).

Sobre el mero intrusismo, Peña Cabrera Freyre señala también: "Finalmente, parece que la tipificación quiere ser más incriminante, en tanto no se exige, como lo hacía la legislación anterior, un propósito ulterior, que no tenía que manifestarse en el mundo fenoménico para dar por realzada la acción típica" (2015, p. 161).

[13] Autores como Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M. mencionan:

> La tipificación tiene fundamento criminológico: Al analizar la ciberdelincuencia, se analiza también la modalidad criminal y en el caso de sistemas informáticos, todo acto de alteración, daño y/o modificación de este va a partir de un acceso ilícito como primer acto (2022).

(i) No es la opción legislativa adoptada en Perú. Me explico, quienes consideran que el delito de acceso ilícito facilita la comisión de otros delitos, están pensando en una fórmula legislativa distinta a la que se recoge en la LDI, es decir no en el 'mero intrusismo' sino en el 'acceso ilícito como delito de tendencia interna trascendente' –que es la propuesta legislativa más adecuada, desde mi perspectiva, pero no la recogida en nuestro país–. Bajo esta mirada, no se castigaría el acceso ilícito por el sólo hecho de ingresar sino por ingresar con una intención delictiva adicional; (ii) No se necesita acceder ilegalmente a un sistema informático para atentar contra este. Por ejemplo, puedo enviar por correo electrónico un *malware*, *software* dañino, infectarlo y perjudicar el funcionamiento del sistema informático sin haber accedido ilegalmente. De la misma forma, puedo acceder ilegalmente con una finalidad ilegal sin llegar a cometer otro delito. Es por esta razón que considero inadecuado afirmar que el delito de acceso ilícito es el paso previo de otro delito: habrá casos en que esto suceda, pero también otros en los que no. Tratémoslo como son: delitos independientes que, en algunas ocasionen, confluirán.

b. El bien jurídico penalmente protegido.

Este tópico no es pacífico, pues algunos autores sostienen que se salvaguarda la intimidad personal o familiar, la intimidad informática, el domicilio informático o la privacidad[14], entre otros. Sin embargo, este problema interpretativo surge por la ubicación del tipo penal analizado por los juristas. Así, por ejemplo, en España, el *hacking* blanco o acceso ilícito sin ulterior finalidad se encuentra en el Título de los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. De ahí que sea importante conocer su ubicación en el ordenamiento penal para analizarlo adecuadamente.

Como recordará el lector, el art. 207-A CP –que tipificó la primera modalidad de acceso ilícito en nuestro ordenamiento, hacia el 2000– se incorporó al Título de delitos contra el patrimonio, lo que dificultó comprender su objeto de protección. Esto se superó en el 2013 ya que el legislador lo ubicó en el Capítulo de los delitos contra los datos y sistemas informáticos de la LDI.

Personalmente, en atención a la ubicación del delito estudiado, su naturaleza –es un ciberdelito puro–, así como la adhesión del Perú al Convenio de Budapest[15], considero que se protege la seguridad de la información, de manera general, y la **confidencialidad** de los datos y sistemas informáticos, de forma específica[16]. En efecto, los delitos ubicados sistemáticamente en el primer capítulo de la LDI sancionan los actos cometidos contra tres propiedades de la seguridad informática: confidencialidad, integridad y disponibilidad[17]. No obs-

---

Los autores continúan afirmando:

> Esto es, para la comisión del delito de atentado contra la integridad de sistemas informáticos, obligatoriamente se debe haber dado un acceso ilícito. Pero dentro de esta secuencia criminal, entonces, existe justificación tanto para criminalizar el atentado concreto de sistemas informáticos, así como el simple acceso ilícito, ya que en este último caso lo que se penaliza no es la modificación o destrucción del sistema, sino el solo hecho de penetrarlo de manera ilegítima. El fundamento criminológico tendrá una forma de adelantamiento de la barrera de punición, entendiendo que no se puede dejar impune ninguna de las secuencias que recorre el plan criminal del ciberdelincuente para hacerse con datos y partes de un determinado sistema informático (2022, p. 251).

14 Sobre este punto, véase a el acápite denominado "Ubicación sistemática del nuevo artículo 197 bis CP e implicaciones en la determinación del bien jurídico protegido" de Hernández Díaz (2019, pp. 269-276). También véase a el análisis realizado sobre el art. 197 bis. de Sáenz Delgado, E. (2021, p. 277).

15 El Convenio incluye el delito de acceso ilícito en el Título de delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.

16 Sobre el particular, Rueda Martín, M.A. menciona:

> Desde nuestro punto de vista, esta es la línea correcta para definir el bien jurídico protegido en la tipificación de las conductas que consisten en un acceso ilícito a sistemas informáticos, si bien es cierto que es necesario distinguir, por un lado, la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos y, por otro lado, de los datos propiamente dichos [...] El bien jurídico aludido y que se refiere a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos constituye una barrera de contención de riesgos para otros bienes jurídicos que se pueden encontrar involucrados en la función social que desempeñan tales sistemas y redes informáticas: la intimidad personal y familiar, el patrimonio, etc. (2009, pp. 175 y 179).

17 En esta línea, Espinoza Calderón sostiene que se protege la 'ciberseguridad'. Sobre este punto, señala que:

> la legitimidad del tipo penal que proscribe dichas acciones se evidencia una vez que la mencionada disposición es entendida como la prohibición de acceder a la seguridad de la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de datos, que justamente es ell bien jurídico tutelado, advertido el particular contexto generado a raiz del apresurado desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación (era de la informática) (2022, p. 70).

Por su parte, Palomino Ramírez, W. señala:

> Desde ya, puede señalarse que el acceso ilícito, el atentado a la integridad de datos o sistemas informáticos (ars. 3 y 4), la interceptación de datos informáticos (art. 7), y el abuso de mecanismos y dispositivos informáticos (art. 10) se

tante, sólo el acceso ilícito protege específicamente la confidencialidad[18], en tanto que los atentados contra los datos y sistemas informáticos hacen lo propio con su integridad y disponibilidad.

Al respecto, es importante diferenciar cuatro conceptos[19]:

– **Seguridad informática**, seguridad de la información o seguridad de los sistemas. Es la capacidad de resistir ataques a la disponibilidad, autenticidad, integridad, confidencialidad y trazabilidad de los datos y sistemas informáticos. En la misma línea, según la Política Nacional de Ciberseguridad del Perú, la seguridad de la información se entiende como la preservación de la confidencialidad, integridad y disponibilidad.

– **Confidencialidad**. Es la característica consistente en que la información no se pone a disposición, ni se revela a individuos, entidades o procesos no autorizados. Así, se garantiza que dicha información sea accesible sólo a aquellos usuarios autorizados a tener acceso a la misma.

– **Integridad**. Es la característica consistente en que el activo de información no ha sido alterado de manera no autorizada. De este modo, se salvaguarda la exactitud y totalidad de la información, así como sus métodos de procesamiento.

– **Disponibilidad**. Es la característica de los activos consistente en que las entidades o procesos autorizados tienen acceso a los mismos cuando lo requieren. Permite garantizar que los usuarios autorizados tengan acceso a la información y a los recursos relacionados con la misma, toda vez que lo deseen.

Cierto sector de la doctrina nacional considera que el bien jurídico protegido es la integridad informática, "entendiendo a esta como el conjunto de datos o sistemas informáticos que debieran mantenerse incólumes e intactos ante intentos de acceso que no son permitidos o resultan ilegítimos" (Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M., 2022, p. 255). Considero que no es así, pues Perú sanciona el mero intrusismo o hacking blanco, es decir, no se exige que el ciberdelincuente haya ocasionado algún daño o generado algún peligro. En caso de que la integridad informática fuese mermada, ya no nos encontraríamos frente al delito bajo estudio sino ante los previstos en los art. 3 y 4 de la LDI.

c. Primera modalidad de acceso ilícito.

El primer párrafo del art. 2 LDI sanciona el *hacking* blanco, acceso ilícito sin ulterior finalidad o mero intrusismo.

El **sujeto activo** puede ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige que cuente con funciones o características especiales. Como desarrollaré más adelante, debemos evitar suponer que este tipo de delitos son cometidos por personas que poseen conocimientos especializados, pues no necesariamente es así[20].

Por **acceso a todo o parte de un sistema informático** se entiende el ingreso o entrada a todo el sistema informático o a una sección independiente de este (*hardware* o sus componentes, BIOS o *Basic Input-Output System*; UEFI o *Unified Extended Fir-*

---

destinan a la protección de la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. Así lo indica el apartado 43 del IECC (2014, p. 139).

A su turno, Oré Sosa, E. y Velasco, E., & Sanchís, Cr. menciona que "son delitos que protegen más que la información, la seguridad de la información, en la creencia de que hoy en día, es a través de estas tecnologías que protegemos nuestra privacidad frente a terceros" (2022, p. 191; 2019, p. 180).

18 En esa línea, Villavicencio Terrero, F. señala:

> Esta figura penal de acceso ilícito **sanciona la violación de la confidencialidad**, que se realiza a través del acceso no autorizado al sistema, vulnerando las medidas de seguridad establecida para evitar que ajenos ingresen a un sistema informático; por el verbo rector acceder se entiende el hecho de entrar en un lugar o pasar a él, que en esta figura se entiende el acto de entrar sin autorización del titular a un sistema [el resaltado es mío] (2014, p. 291).

19 Para esta labor empleo tanto el Real Decreto 3/2010, del 08 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica de España como los Términos y definiciones recogido en la Política Nacional de Ciberseguridad del Perú.

20 Al respecto, Espinoza Calderón, V. ha señalado:

> Su comisión requiere de un agente que tenga un buen dominio de la materia, ya que estos conocimientos son aprovechados para cometer o cooperar con la comisión de delitos. En algunos casos dicha actividad persigue fines de lucro, en otras es tomado solamente como un reto de competencia entre *hackers*. Existen grupos de aficionados que se dedican a *hackear* en nuestro país, como, por ejemplo, determinados grupos de *gamers* o jugadores de videojuegos en línea que eventualmente realizan *hacking* como entretenimiento (2022, p. 73).

Discrepo respetuosamente de esta posición, pues, de un lado, no se requieren conocimientos tecnológicos avanzados para su comisión –recordemos los ejemplos que desarrollé líneas atrás– y, de otro, se estigmatiza a la comunidad *hacker*.

mware Interface, sistema operativo, aplicaciones, etcétera). Es importante recordar que no importa la intención ulterior del sujeto activo, por ejemplo, obtener datos informáticos pues se castiga el mero intrusismo o acceso ilícito.

La conducta debe **vulnerar medidas de seguridad establecidas para impedirlo**. Una defensa, salvaguarda o medida de seguridad es cualquier medio empleado para eliminar o reducir un riesgo. Su objetivo es reducir las vulnerabilidades de los activos, la probabilidad de ocurrencia de las amenazas y/o el nivel de impacto en la organización[21]. Las medidas de seguridad pueden ser activas o pasivas. Las primeras buscan anular o reducir el riesgo de la amenaza de manera preventiva (antes del incidente) o a través de su detección (durante el incidente). Las segundas buscan reducir el impacto cuando se produce el incidente, por lo que también se les conoce como medidas de corrección. El tipo penal se refiere a la trasgresión de las medidas de seguridad activas de prevención como la autenticación de usuarios, el control de acceso a los ficheros, el cifrado de datos sensibles, entre otros.

Si bien las medidas de seguridad pueden ser físicas o lógicas, considero que este tipo penal sanciona solo la vulneración de las segundas. Así, por ejemplo, si dejo mi computadora encendida y sin ningún tipo de medida de seguridad lógica, pero cierro la puerta de mi oficina para mantener alejados a terceros (seguridad física), no responderá penalmente por el delito de acceso ilícito quien irrumpe con un duplicado de la llave o fuerza la chapa de ingreso y logra ver el contenido de mi información. Llego a esta conclusión, tomando en consideración el art. 1 de la LDI, pues precisa que nuestra legislación especial busca sancionar las conductas cometidas a través de las TICs[22]:

> Art. 1 LDI.- La presente Ley tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia (2013).

Ahora bien, al analizar la tipicidad subjetiva, se aprecia que este delito no admite figuras culposas, es decir, solo puede ser cometido **dolosamente**. Además, se precisa que se debe actuar **deliberadamente** –elemento que se encuentra enlazado con el fuero interno del agresor–. De esta manera, la redacción descartaría no sólo las conductas culposas sino también las que se ejecuten con dolo eventual. Considero que es un desacierto que generará problemas de aplicación.

Se debe recordar que los términos 'deliberada' e 'ilegítimamente' se incluyeron en la modificación de la LDI –adhesión sugerida en los proyectos de ley 2991/2013-CR y 2999/2013-CR-, pues, según los proponentes, nuestra legislación no cumplía con los estándares previstos en el Convenio de Budapest. No obstante, si revisamos el párrafo 39 del Informe Explicativo del citado instrumento, veremos que se sugirió que la conducta sea deliberada, entendiéndola como dolosa –y no para precisar qué grado de conocimiento deben exigir los Estados, como cierto sector de la doctrina nacional interpreta[23]–:

> Todos los delitos contenidos en el Convenio deben ser cometidos de manera 'deliberada' para que se aplique la responsabilidad penal. En ciertos casos un elemento deliberado específico forma parte del delito. Por ejemplo, en el artículo 8 que trata del delito de fraude informático, la intención de obtener un beneficio económico es un elemento constitutivo del delito. Quienes redactaron el Convenio llegaron al acuerdo de que el significado exacto del término "deliberado" debería ser interpretado conforme a las leyes de cada país (Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M., 2022, p. 264).

Es más, si revisamos la legislación de los países latinoamericanos que se adhirieron al Convenio

[21] Véase a Gómez Vieites (2014, p. 68).

[22] Al analizar doctrina española, encuentro que cierto sector considera que la medida de seguridad vulnerada puede ser tanto lógica como física. Sin embargo, considero que se arriba a esta conclusión, porque el delito se ubica en el CP y no una norma especial, en un capítulo que protege la intimidad y no la confidencialidad informática, y, finalmente, porque adolecen de una norma que delimite el ámbito de protección –como el art. 1 LDI–. En esa línea, Hernández Díaz, L. menciona:

> No obstante, como ya hemos mencionado, a pesar de que lo característico del *hacking* es el acceso a los sistemas de información, o parte de los mismos, neutralizando las medidas de seguridad mediante conductas telemáticas, nos encontramos ante un delito de medios indeterminados y, por tanto, la descripción típica no excluye la sanción de conductas de acceso de carácter puramente fisico. Así, cabría, por ejemplo, sancionar a quien accede a un ordenador guardado por su legítimo propietario dentro de un cajón cerrado con llave, aunque tras forzar el cajón solo tenga que encender el dispositivo para así acceder a este sistema de información (2019, p. 281).

[23] Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M. han dicho: "consideramos que la introducción del término 'deliberadamente' ha venido a complementar el aspecto subjetivo, dotando con claridad la exigencia de presentación de dolo directo para la comisión del referido delito" (2022, p. 264).

de Budapest, veremos que ninguno ha incluido los términos 'deliberada' e 'ilegítimamente' en su redacción.

De otro lado, considero que no podemos ignorar que la conducta además de ser dolosa debe ser deliberada[24]; sin embargo, nuestra interpretación ha de maximizar sus alcances para no mermar la lucha contra la ciberdelincuencia. De esta forma, sugiero que la única conducta excluida debe ser aquella perpetrada con dolo eventual, admitiendo tanto el dolo directo o de primer grado como el dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado[25]. Una eventual reforma legislativa debería eliminar este término de su configuración.

Finalmente, la antijuricidad se ve reforzada con el elemento **ilegítimamente**, ya que se sancionan únicamente las conductas que no tienen una causa de justificación. Al igual que con la expresión deliberada, considero que su inclusión es innecesaria. El párrafo 38 del Informe Explicativo del Convenio precisa por qué se sugirió su inclusión en el derecho interno:

> Una particularidad de los delitos incluidos es el requisito expreso de que la conducta en cuestión sea llevada a cabo de manera 'ilegítima'. Esto refleja la idea de que la conducta descrita no siempre es punible per se, sino que puede ser legal o justificada, no sólo en aquellos casos en que corresponde aplicar una defensa legal clásica, como el consentimiento, la defensa propia o la necesidad, sino también cuando otros principios o intereses conducen a la exclusión de la responsabilidad penal. El término 'ilegítimo' deriva su significado del contexto en que está utilizado. Así, sin restringir la manera en que las Partes pueden aplicar el concepto en su derecho interno, puede referirse a una conducta realizada sin facultades para hacerlo (ya sean de orden legislativo, ejecutivo, administrativo, judicial, contractual o consensual) o a una conducta que no está de otro modo comprendida dentro de las justificaciones, excusas y defensas legales establecidas o los principios pertinentes con arreglo a las leyes nacionales (2003, p. 5).

Al igual que en el caso anterior, este término debería suprimirse en una futura modificación legislativa.

d. Segunda modalidad de acceso ilícito

El segundo párrafo del art. 2 prevé la modalidad conocida como abuso de confianza, prevista también en la legislación de Argentina, Chile, Colombia y República Dominicana. El **sujeto activo** del segundo párrafo del delito de acceso ilícito también es uno común, no especial.

De la misma manera, nos encontramos frente a una **conducta dolosa**; sin embargo, a diferencia del primer párrafo, no se exige que la actuación sea deliberada. En consecuencia, sin mayor razón que justifique el trato diferenciado, se sanciona tanto el dolo de primer y segundo grado, como el dolo eventual.

En este caso, el sujeto activo no vulnera las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso, pues ingresa con la autorización conferida por el usuario. Así, este ilícito se configura cuando **excede la autorización brindada**, es decir, realiza acciones que no fueron acordadas previamente. Por ejemplo, si llevo mi laptop al servicio técnico por alguna falla específica y proporciono las claves de acceso para que realicen las pruebas correspondientes, el técnico cometerá este delito si, por ejemplo, accede a mis correos electrónicos o archivos personales, pues la autorización conferida no incluye tales permisos.

e. Circunstancias agravantes.

Le son aplicables las cuatro circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley 30096: (i) Cometer el delito como integrante de una organización criminal; (ii) Cometer el delito mediante el abuso de una posición especial de acceso a la data o información reservada o al conocimiento de esta información en razón del ejercicio de un cargo o función; (iii) Cometer el delito con la finalidad de obtener un beneficio económico; y (iv) Comprometer fines asistenciales, la defensa, la seguridad y la soberanía nacionales.

---

[24] Al respecto, Peña Cabrera Freyre, A. señala:

> La expresión 'deliberadamente' en el tipo subjetivo del injusto es una valla que el legislador no debió colocar. El dolo es consciencia y voluntad de la realización típica, de manera que -a nuestro entender- basta que el agente sepa con rayana exactitud que está invadiendo una base de datos ajena para dar por confirmado el tipo penal [...] Al constituir un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, debe graficar algo distinto a este último, situación que no apreciamos en el tipo penal, pues dicho elemento no dice nada distinto al dolo, por lo que lo único que va a generar es problemas interpretativos, ya que algunos pretenderán argumentar que la intención no fue intencional. En una propuesta de lege ferenda este elemento debe ser excluido de la composición típica en cuestión (2015, p. 161).

En la misma línea, véase a Pérez López, J. (2019, p. 112).

[25] Para Oré Sosa, E. (2022, p. 193) y Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M. (2022, p. 263), el término 'deliberado' circunscribe el castigo únicamente a conductas cometidas con dolo directo o de primer grado.

f. Propuesta normativa.

A partir del análisis previamente realizado, propongo modificar el delito de acceso ilícito, eliminando los elementos 'deliberada' e 'ilegítimamente', incluyendo un elemento subjetivo trascendente –como recoge el ordenamiento chileno– y precisando el alcance del acceso ilícito, generado por el quebrantamiento del abuso de confianza –siguiendo la fórmula de Argentina, Colombia, España, y República Dominicana–:

> Art. 2.- Acceso ilícito
>
> El que accede a todo o parte de un sistema informático, con la finalidad de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, mediante la vulneración de las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.
>
> Será reprimido con la misma pena, el que, con la finalidad de obtener datos informáticos u otra intención delictiva:
>
> 1. Accede a todo o parte de un sistema informático excediendo lo autorizado.
> 2. Se mantiene en un sistema informático contra la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo.

III. SEGUNDA PARTE. LOS PREJUICIOS EN TORNO A LA COMUNIDAD HACKER PUEDEN AFECTAR LA INVESTIGACIÓN

A. El tratamiento del término *hacker* en los medios de comunicación

Como he indicado desde el inicio de este trabajo, el delito analizado recibe diversas denominaciones: acceso indebido, acceso ilícito, intrusismo informático, *hacking*[26]. Sin embargo, esta última denominación ha ensombrecido la labor de los *hackers* bajo el manto del prejuicio, pues se les equipara con los ciberdelincuentes[27]. Si tomamos el inicio de la pandemia como punto de referencia, veremos que los medios de comunicación peruanos han reportado ataques cometidos por ciberdelincuentes bajo titulares que aluden a *hackers*:

- EE. UU. acusa a *hackers* chinos de intentar robar investigación de vacunas contra el COVID-19[28].
- Del príncipe nigeriano al *hacker* más buscado: la tenebrosa historia de Hushpuppi[29].
- *Bitcoin* - La billetera con $ 690 millones que se disputan *hackers* de todo el mundo[30].
- COVID-19 - Acusan a *hackers* chinos de robar información sobre potencial vacuna de España[31].
- Cuidado: descubren una vulnerabilidad de Windows que permite a los *hackers* tener control total de tu PC[32].
- Cuidado: *hackers* prometen ayudar a vacunarse contra el COVID-19 y roban datos personales[33].
- Cuidado: *hackers* comienzan a estafar con la venta de vacunas falsas contra el COVID-19[34].
- Los tramposos de *Call of Duty: Warzone* son el nuevo objetivo de los *hackers* para distribuir *malware* de forma sencilla[35].
- *Hackers* publican datos de usuarios de más de 500 millones de cuentas de Facebook[36].

---

26 Véase a Riquert, M. (2017, p. 222).

27 A nivel local, el trato sinonímico de *hacker* con ciberdelincuente lo vemos en Oré Sosa:

> El legislador adelanta las barreras de protección del bien jurídico porque sanciona como delito consumado las conductas de intrusismo sin esperar a que se produzca el último propósito del *hacker* (retiros de dinero de cuentas bancarias, el tráfico de un secreto empresarial o de una información reservada, etc.) (2022, p. 193).

En sentido contrario, Vega Aguilar, J., & Arévalo Minchola, M se refieren al respecto como: "*Hacker:* Experto en informática capaz de entrar en sistemas cuyo acceso es restringido. No necesariamente con malas intenciones" (2022, p. 520).

28 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (13 de mayo del 2020).

29 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (07 de julio del 2020).

30 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (10 de septiembre del 2020).

31 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (18 de septiembre del 2020).

32 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (07 de noviembre del 2020).

33 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (09 de enero del 2021).

34 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (10 de marzo del 2021).

35 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (02 de abril del 2021).

36 Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (05 de abril del 2021).

– *Hackers* rusos se infiltraron en emails de fiscales de EE.UU.[37]

– *Poly Network* - Los *hackers* que devolvieron casi la mitad de la millonaria suma que habían robado[38].

– Los *hackers* rusos y el creciente peligro de que interfieran en las elecciones alemanas[39].

– Compras *online*: estos son los tipos de fraudes más utilizados por *hackers*[40].

– EE. UU. ofrece recompensa de 10 millones de dólares por los *hackers* de 'Darkside'[41].

– El grupo de *hackers* 'LAPSUS$' roba credenciales de firmas de código de 'Nvidia' para descargar *malware*[42].

B. Breves reflexiones sobre sesgos y prejuicios

¿Por qué debe preocuparnos esta diferencia? Porque prejuzgamos negativamente un grupo social y porque los operadores jurídicos –policías, fiscales y jueces– deben evitar los sesgos tanto en la investigación criminal como en la valoración probatoria. Así, debemos evitar estigmatizar un colectivo de ciudadanos que cultivan habilidades tecnológicas que, quizás, no comprendemos totalmente. En el Internet User´s Glossary de 1983, la Internet Engineering Task Force definía al *hacker* como "aquella persona que disfruta tener una comprensión profunda del funcionamiento interno de un sistema, computadora o redes". Pese a ello, en el 2014, la Real Academia de la Lengua Española incluyó el término '*hacker*' al diccionario, pero utilizó solo una acepción: 'pirata informático'. Tres años después, reconoció la segunda acepción –que subsiste hasta el día de hoy–: "Persona con grandes habilidades en el manejo de computadoras que investiga un sistema informático para avisar de los fallos y desarrollar técnicas de mejora".

Llegado a este punto debo diferenciar dos conceptos útiles en la investigación criminal, pues permitirán identificar los errores en los que podrían incurrir las víctimas y los testigos al describir un suceso delictivo: la memoria episódica y la memoria semántica. La primera está relacionada al recuerdo de sucesos y elementos, en un determinado espacio temporal y espacial –por ejemplo, cuando la víctima señala que el 01 de febrero del 2022 ingresó a su cuenta de ahorros y advirtió que sustrajeron S/ 15 mil, está evocando su memoria episódica–. La segunda está relacionada con el significado de la información y del conocimiento, prescindiendo del contexto espaciotemporal –por ejemplo, cuando se define el concepto '*hacker*'–. La profesora italiana Giuliana Mazzoni precisa que en la memoria semántica se encuentran conceptos organizados bajo la denominación de 'esquemas' y 'guiones' o '*scripts*'. Los esquemas se refieren a elementos singulares, mientras que los guiones a eventos sociales:

> Tomemos, por ejemplo, el concepto de 'ladrón'. Cada uno de nosotros tiene en la memoria semántica una representación esquemática del concepto "ladrón" que contiene toda una serie de elementos generales, básicos e indispensables para su comprensión. Estos elementos se refieren a aspectos como "los comportamientos y acciones que hacen de un hombre un ladrón": un ladrón no realiza un trabajo 'honrado', un ladrón roba las cosas de los demás, un ladrón miente cuando se le acusa, etc. Estos elementos son esenciales en la definición de ladrón y se activan siempre que uno piensa en un ladrón. Sin embargo, además de los comportamientos necesarios que ayudan a distinguir entre quienes ladrón y quien no lo es, en el concepto de ladrón se pueden encontrar características y elementos opcionales que pueden activarse o no cuando uno piensa en el concepto abstracto de ladrón. Algunas personas insertan siempre en el esquema conceptual de ladrón otros elementos que deberían ser simplemente opcionales, por ejemplo, el concepto de 'napolitano', o el de 'drogadicto'. Para estas personas, tales elementos forman parte integrante del concepto, están en su esquema como elementos obligatorios y, por tanto, se activan conscientemente, aunque también inconscientemente, en el momento en que piensan en un ladrón [...] (2010, p. 31).

C. Los sesgos y prejuicios pueden afectar la investigación criminal y la toma de decisiones

¿Cuál es la relación de estos conceptos con los *hackers*? Bueno, los ciudadanos (víctimas o testigos)

[37] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (31 de julio del 2021).

[38] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (13 de agosto del 2021).

[39] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (10 de septiembre del 2021).

[40] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (27 de septiembre del 2021)

[41] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (04 de noviembre del 2021).

[42] Véase a Equipo Editorial del diario El Comercio (08 de marzo del 2022).

tienen una definición (esquema) o idea del '*hacker*', difundida por las películas, las series, las noticias[43]: es un delincuente, es malo, actúa anónimamente, es joven, tiene conocimientos especializados, utiliza dispositivos o programas sofisticados, busca apropiarse de las cuentas, busca apropiarse del dinero de las personas, etcétera. El lector habrá caído en cuenta hacia donde se dirigen estas líneas: los prejuicios.

> Una forma de prejuicio, por ejemplo, consiste en juzgar a un individuo, sin conocerlo personalmente, basándose en lo que se conoce del grupo al que pertenece o en lo que se ha oído decir. Un estereotipo es un esquema de conocimiento que afecta a un grupo de personas, es decir, un tipo especial de convicción que funciona como un filtro a través del cual se criban las informaciones que uno recibe sobre el mundo o sobre individuos pertenecientes a grupos sociales diferentes del propio (Mazzoni, G., 2010, p. 45).

Así, la víctima o el testigo de un ciberdelito completará aquellos vacíos de su relato con los esquemas mentales que tiene y que, muchas veces, se originan en prejuicios. De esta forma, podría creer que quien accedió a su cuenta en redes sociales o a su correo electrónico o quien sustrajo dinero de su cuenta bancaria es un *hacker* –con las características que inconscientemente le atribuimos–.

De este modo, diferenciar adecuadamente los conceptos evitará adoptar decisiones erróneas durante la investigación criminal y en la decisión judicial. Si se piensa que los ciberdelitos sólo pueden ser cometido por '*hackers*', es decir, por personas con conocimientos altamente especializados, podríamos descartar hipótesis válidas que no calzan en estos supuestos como, por ejemplo, que el evento delictivo haya sido realizado por alguien con escasas habilidades tecnológicas. De la misma forma, al sentenciar, el juzgador podría buscar semejanzas con algún caso que previamente haya decidido. Desarrollaré estos puntos recurriendo a los **heurísticos de representatividad** y de **accesibilidad***,* así como al **sesgo de confirmación**.

Los heurísticos son atajos mentales que permiten adoptar decisiones rápidas, sin tanto esfuerzo. Si bien son útiles, a veces, nos llevan a tomar decisiones erróneas. El **heurístico de representatividad** orienta a las personas a tomar decisiones a partir de lo que ya conocen y les resulta parecido a lo que tienen que decidir[44]. Sobre este punto, Cristian Contreras, sostiene que:

> Llevado al terreno judicial, esto se vincula con que el juez tiende a resolver los asuntos de la misma manera en que lo ha hecho en los casos parecidos que le haya correspondido conocer previamente. Con esto simplifica enormemente su ejercicio intelectual y obtiene su decisión de forma más rápida, ya que confía en que los razonamientos que haya elaborado para casos semejantes son plenamente aplicables para el que ahora le corresponde resolver (2015, p. 112).

De esta forma, si la policía o la fiscalía investigó casos de acceso ilícito que involucraron técnicas especiales o sofisticadas para su perpetración y asociaron esas ideas a la intervención de *hackers*, caerían en este heurístico si, por la similitud de la modalidad, asumen en otros casos que también deben existir *hackers* detrás de los actos ilícitos indagados.

A diferencia del heurístico de representatividad, en el que el eje central es la semejanza, en el **heurístico de accesibilidad**, es la repetición. Así, cuantas más veces se reitera un acontecimiento, más fácil será recordarlo en el futuro. Siguiendo nuevamente a Contreras:

> En el plano judicial, la accesibilidad se manifiesta en que el juez tenderá a estimar más probable aquella hipótesis de los hechos que coincida con situaciones previas que pueda recordar más fácilmente, de modo que este heurístico lo llevará a pensar que en la situación actual ha sucedido lo mismo que en los ejemplos que haya podido recuperar, los que usualmente coincidirán con los casos similares que hayan acontecido en el último tiempo (2015, p. 116).

Este es un heurístico del cual deben cuidarse las unidades especializadas en ciberdelincuencia ya que, precisamente, investigar continuamente el mismo tipo de casos podría orientarlos a tratar nuevas denuncias como aquellos casos que han indagado previa y repetidamente.

Una de las consecuencias que se produce como efecto de este heurístico es el **sesgo de confirmación**, que se origina cuando alguien está tan convencido de un conocimiento, que, aunque, *a posteriori* quede absolutamente desacreditado,

[43] En esta línea, véase al subcapítulo denominado 'Introducción: del hacker cinematográfico al cibercriminal común' de Miró Llinares, F. (2012, pp. 229-231).

[44] Véase a Nieva Fenoll, J. (2010).

tiende a continuar creyendo, pese a ello, en ese conocimiento previo. En el Recurso de Nulidad 760-2020, Lima, del 05 de abril del 2021, la Corte Suprema de Justicia advirtió que los jueces deben evitar este sesgo al juzgar y sentenciar:

> En este caso se seleccionan la información y las pruebas de acuerdo con si corroboran las preconcepciones de quien juzga, en detrimento de las hipótesis contrarias. De este modo, los jueces sólo seleccionan la evidencia que confirme su hipótesis del caso y omiten aquella que sea incompatible con esta decisión. Un ejemplo de este tipo de sesgo se presenta cuando los operadores jurídicos, en el razonamiento de sus decisiones, solo citan y valoran las pruebas de la decisión que adoptaron previamente (evalúan únicamente las pruebas de cargo o únicamente las de descargo, es decir, solo valoran una parte de las pruebas actuadas) y no hacen ningún análisis de las otras pruebas (contrarias a la decisión que previamente adoptaron). Este razonamiento es claramente sesgado e irracional y, por lo tanto, carece de respaldo constitucional, pues también incurre en los vicios de motivación insuficiente y aparente (2021).

Si quien investiga un caso tiene el prejuicio 'el hacker es un ciberdelincuente' y considera que 'los ciberdelitos son cometidos hackers', entonces en las indagaciones podría buscar elementos que corroboren la siguiente hipótesis: 'el responsable de este ciberdelito debe ser un hacker'. De esta forma, sobrevalorará la información que corrobore dicha perspectiva y minimizará u obviará aquella que no lo haga. Entonces, descartará inconscientemente hipótesis igualmente válidas como: pudo ser una persona de confianza que tuvo acceso a sus credenciales de autenticación por negligencia del usuario, pudo ser una persona que no tiene conocimientos avanzados, pero que adquirió los datos de acceso en el mercado negro, pudo ser una persona cercana o que trabaje en la organización (*insiders*), etcétera.

Espero que estas breves reflexiones permitan alejarnos del prejuicio que cubre a la comunidad *hacker* y comprender que esa dicotomía entre *hacker* y ciberdelincuente puede generar problemas en la investigación y en el juzgamiento.

IV. CONCLUSIONES

Hacia mediados del 2000, Perú incorporó el acceso ilícito al CP, empleando una fórmula que exigía un propósito o finalidad delictiva, pero sin requerir la vulneración de medidas de seguridad destinadas a su protección. Esta norma se incluyó en el título de delitos contra el patrimonio, lo que limitó una adecuada interpretación.

En el 2013, se aprobó la LDI, siguiendo, hasta cierto punto, las recomendaciones del Convenio de Budapest, al cual Perú se adhirió seis años después. La regulación actual, permite afirmar que la primera modalidad adoptada reprime el *hacking* blanco, mero intrusismo o acceso ilícito sin ulterior propósito. Sin mayor discusión, a inicios del 2014, este delito se modificó para precisar que la conducta debe ser 'deliberada' e 'ilegítima'. En este artículo se explicó por qué el término deliberadamente genera problemas de aplicación y excluye, por lo menos, las conductas cometidas con dolo eventual. Además, se indicó que el término 'ilegítimamente' hace referencia a la antijuricidad, deviniendo en innecesaria su inclusión. La segunda modalidad recoge el abuso de confianza y, a diferencia de la primera, no exige que la conducta sea deliberada o ilegítima ni que se realice mediante el quebrantamiento de medidas de seguridad.

En este artículo se explicó que no se debe equiparar a los *hackers* con los ciberdelincuentes, pues, de un lado, se estigmatiza a una comunidad que surge para desafiar los límites de la tecnología y, de otro lado, porque puede generar sesgos en el investigador y, también, en quien toma las decisiones judiciales.

REFERENCIAS

Arévalo Minchola, M., & Vega Aguilar, J.A. (2022). *Ciberdelitos: Análisis en el Sistema Penal*. Editorial Iustitia.

Comité de Ministros del Consejo de Europa (2001) *Informe Explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. https://rm.coe.int/16802fa403

Contreras Rojas, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Marcial Pons.

Durand Valladares, R. (2002). Los delitos informáticos en el Código penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (11).

Elías Puelles, R. (2017). Luces y sombras en la lucha contra la delincuencia informática en Perú. En D. Dupuy & M. Kiefer (coords.). *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación Internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*. Editorial B de F.

Equipo Editorial del diario El Comercio. (13 de mayo de 2020). EE.UU. acusa a hackers chinos de intentar robar investigación de vacuna contra el COVID-19. *El Comercio.* https://elco-

mercio.pe/tecnologia/actualidad/coronavirus-covid-19-hackers-china-eeuu-acusa-a-hackers-chinos-de-intentar-robar-investigacion-de-vacuna-contra-el-covid-19-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (07 de julio de 2020). Del príncipe nigeriano al hacker más buscado: la tenebrosa historia de Hushpuppi. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/instagram-del-principe-nigeriano-al-hacker-mas-buscado-la-historia-de-hushpuppi-phishing-ciberdelincuentes-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (10 de setiembre del 2020). Bitcoin | La billetera con US$690 millones que se disputan hackers de todo el mundo. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/tecnologia/bitcoin-la-billetera-con-us690-millones-que-se-disputan-hackers-de-todo-el-mundo-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (18 de setiembre del 2020). COVID-19 | Acusan a hackers chinos de robar información sobre potencial vacuna de España. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/ciencias/covid-19-acusan-a-hackers-chinos-de-robar-informacion-sobre-potencial-vacuna-en-espana-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (07 de noviembre del 2020). Cuidado: descubren una vulnerabilidad de Windows que permite a los hackers tener control total de tu PC. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/ciencias/cuidado-descubren-una-vulnerabilidad-en-windows-que-permite-a-los-hackers-tener-control-total-de-tu-pc-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (09 de enero del 2021). Cuidado: hackers prometen ayudar a vacunarse contra el COVID-19 y roban datos personales. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/cuidado-hackers-prometen-ayudar-a-vacunarse-contra-el-covid-19-y-roban-datos-personales-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (10 de marzo del 2021). Cuidado: hackers comienzan a estafar con la venta de vacunas falsas contra el COVID 19. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/cuidado-hackers-prometen-ayudar-a-vacunarse-contra-el-covid-19-y-roban-datos-personales-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (02 de abril del 2021). Los tramposos de Call of Duty: Warzone son el nuevo objetivo de los hackers para distribuir malware de forma sencilla. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/e-sports/los-tramposos-de-call-of-duty-warzone-son-el-nuevo-objetivo-de-los-hackers-para-distribuir-malware-de-forma-sencilla-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (05 de abril del 2021). Hackers publican datos de usuarios de más de 500 millones de cuentas de Facebook. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/facebook-hackers-publican-datos-de-usuarios-de-mas-de-500-millones-de-cuentas-una-red-social-business-insider-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (31 de julio del 2021). Hackers rusos se infiltraron en emails de fiscales de EE.UU. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/mundo/eeuu/estados-unidos-hackers-rusos-se-infiltraron-en-emails-de-fiscales-de-eeuu-rusia-solarwinds-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (13 de agosto del 2021). Poly Network | Los hackers que devolvieron casi la mitad de la millonaria suma que habían robado. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/tecnologia/poly-network-los-hackers-que-devolvieron-casi-la-mitad-de-la-millonaria-suma-que-habian-robado-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (10 de septiembre del 2021). Los hackers rusos y el creciente peligro de que interfieran en las elecciones alemanas. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/tecnologia/poly-network-los-hackers-que-devolvieron-casi-la-mitad-de-la-millonaria-suma-que-habian-robado-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (27 de septiembre del 2021). Compras online: estos son los tipos de fraude más utilizados por hackers. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/casa-y-mas/mantenimiento/ciberdelincuencia-compras-online-estos-son-los-tipos-de-fraude-mas-utilizados-por-hackers-nndc-noticia/

Equipo Editorial del diario El Comercio. (04 de noviembre del 2021). EE.UU. ofrece recompensa de 10 millones de dólares por los hackers de DarkSide. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/mundo/eeuu/estados-unidos-ofrece-recompensa-de-usd-10-millones-por-los-hackers-de-darkside-noticia/?ref=ecr

Equipo Editorial del diario El Comercio. (08 de marzo del 2022). El grupo de hackers LAPSUS$ roba credenciales de firmas de código de Nvidia para descargar 'malware'. *El Comercio.* https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/nvidia-

el-grupo-de-hackers-lapsus-roba-credenciales-de-firmas-de-codigo-de-nvidia-para-descargar-malware-rmmn-noticia/?ref=ecr,

Espinoza Calderón, V. (2022). *Delitos informáticos y nuevas modalidades delictivas*. Instituto Pacífico.

Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (R.D. 2010, 3) (España).

Gómez Vieites, A. (2014). *Enciclopedia de la Seguridad Informática*.

Hernández Díaz, L. (2019). *Los accesos ilícitos a sistemas informáticos. Normativa internacional y regulación en el ordenamiento penal español*. Thomson Reuters Aranzadi.

Malkin, G. (1983). *Internet User's Glossary*. https://www.rfc-editor.org/rfc/rfc1983

Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Editorial Trotta.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2022). *Ciberdelincuencia. Reporte de información estadística y recomendaciones para la prevención*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3562747/Reporte%20de%20Ciberdelincuencia.pdf.pdf

Miró Llinares, F. (2012). *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Marcial Pons.

Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.

Oré Sosa, E. (2022). *Delictum. Apuntes de Derecho Penal*. Editores del Centro.

Palomino Ramírez, W. (2014). El intrusismo y los otros delitos informáticos regulados en la Ley Nº 30096*. Gaceta Penal & Procesal Penal,* (56).

Peña Cabrera Freyre, A. (2015). Los delitos informáticos: el uso de instrumentos digitales en las redes informáticas y en el ciberespacio. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (76).

Pérez López, J. (2019). *Delitos regulados en leyes penales especiales*. Gaceta Jurídica.

Resolución Legislativa 30913 del Congreso de la República, Resolución Legislativa que aprueba el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Diario Oficial El Peruano, 13 de febrero de 2019.

Riquert, M. (2017). El acceso ilegítimo a sistema o dato informático (art. 153 bis del Código Penal). En D. Dupuy & M. Kiefer (coords.). *Cibercrimen. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación Internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet*. Editorial B de F.

Rueda Martín, M. (2009). Cuestiones político-criminales sobre las conductas de hacking*. Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, (28).

Sáenz Delgado, E. (2021). Delincuencia cibernética y descubrimiento y revelación de secretos. En E. Sáenz Delgado, & D. Fernández Bermejo (coords.). *Tratado de Delincuencia Cibernética*. Thomson Reuteres Arazandi.

Velasco San Martín, C., & Sanchís, C. (2019). *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal del 2015*. Tirant Lo Blanch.

Villavicencio Terrero, F. (2014). Delitos informáticos. *Ius et Veritas,* (49).

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial *El Peruano*, 08 de abril de 1991 (Perú).

Decreto Ley 2848/40 [C. P.] de 7 de dezembro de 1940, Diário Oficial da União [D.O.U.] (Brasil).

Código Penal, Ley 14, Gaceta Oficial Digital, 18 de mayo de 2007 (Panamá).

Ley 599 [C. Pen.], 24 de julio de 2000, Diario Oficial [D.O.] (Colombia).

Código Penal, Ley 1160, Gaceta Oficial, 26 de noviembre de 1997 (Paraguay).

Código Penal, Ley 4573, La Gaceta, 15 de noviembre de 1970 (Costa Rica).

Ley 11179 [Cód. Pen.], 03 de noviembre de 1921, Boletín Nacional (Argentina).

Ley Orgánica 10/1995 [CP], BOE 281, 24 de noviembre de 1995 (España).

Convenio sobre la Ciberdelincuencia, 23 de noviembre de 2001.

Decreto Supremo 010-2019-RE, Ratifican el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de marzo de 2019 (Perú).

Ley 53-07 sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, 09 de mayo de 2007 (República Dominicana).

Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de octubre de 2013 (Perú).

Ley 21459, Ley que establece normas sobre delitos informáticos, deroga la Ley 19223 y modifica otros cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al Convenio de Budapest, 09 de junio de 2022 (Chile).

Proyecto de Ley 5071/99-CR, Proyecto de Ley de Delitos Informáticos, presentado el 18 de agosto de 1999 (Perú).

Proyecto de Ley 5132/99-CR, Propone establecer como figura típica penal los delitos informáticos, presentado el 31 de agosto de 1999 (Perú).

Proyecto de Ley 34/2011-CR, Proyecto de Ley que regula los Delitos Informáticos, presentado el 11 de agosto de 2011 (Perú).

Proyecto de Ley 2520/2012-PE, Proyecto de Ley de Represión de la Cibercriminalidad, presentado el 26 de julio de 2013 (Perú).

Proyecto de Ley 2991/2013-CR, Proyecto de Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, presentado el 25 de noviembre de 2013 (Perú).

Proyecto de Ley 2999/2013-CR. Proyecto de Ley que modifica, incorpora y deroga diversos artículos a la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, presentado el 27 de noviembre de 2013 (Perú).

Resolución de la Fiscalía de la Nación 1503-2020-MP-FN, Crean la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia del Ministerio Público con competencia nacional y designan y nombran Fiscales en el Distrito Fiscal de Lima, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre del 2020.

MEMORIA INSTITUCIONAL

2023-1

THĒMIS

desde 1965

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. En el ciclo 2022-2, el Consejo Ejecutivo continuó con su permanente labor de edición de nuestra cada vez más consolidada revista, producto insignia de la asociación. En esa línea, la academia pudo presenciar la exitosa publicación de nuestra edición número 81, dedicada al eje temático de Derecho Bancario y Financiero. Esta excepcional edición fue ejecutada con la coordinación de Freddy Escobar (Pontificia Universidad Católica del Perú) y bajo la asesoría temática de Jeanette Aliaga (Pontificia Universidad Católica del Perú); quienes otorgaron un extraordinario valor en la revisión de los artículos postulados y la definición de los temas discutidos, desde sus respectivos ámbitos profesionales.

En esa línea, destacamos haber publicado sobresalientes artículos vinculados a las operaciones financieras, tales como las cláusulas de aceleración de los contratos de financiamiento; a la inclusión financiera con relación a la clasificación crediticia y los préstamos financieros; al riesgo legal del sistema financiero; a los procesos vinculados al mercado de valores, tales como la titulización de activos; y a la sostenibilidad corporativa regulada por la Superintendencia del Mercado de Valores. La Revista 81 fue la que llevó al Consejo Ejecutivo a decidirse por la realización del primer evento de presentación presencial desde 2019. Dicho evento se realizó el 18 de noviembre de 2022, con la participación destacada de especialistas en la materia como Juan Luis Hernández, Martín Naranjo Landerer, Mila Guillén Rispa y Mercedes Fernández Moscol.

Sin embargo, el trabajo no culminó después del excelente resultado del evento de presentación, sino nos encaminamos al avance de la edición 82 de nuestra Revista, dedicada a la Inversión y Recursos Naturales, con la finalidad de acomodar nuestro calendario editorial y de una vez por todas empezar una nueva etapa en la Revista. Definitivamente, el ciclo 2022-2 fue muy fructífero para la comisión y para sus miembros, a quienes a través de este humilde espacio hago muestra de sus incansables esfuerzos y resaltar, una vez más, que son los miembros del Consejo Ejecutivo quienes hacen posible la publicación de la Revista de Derecho.

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como objetivo principal la difusión de la cultural jurídica a nivel nacional e internacional, apostando por la innovación y el aprovechamiento de las herramientas que la tecnología nos brinda. En ese sentido, nuestro portal se presenta como un lugar donde estudiantes y profesionales brindan información de calidad mediante artículos, entrevistas, infografías, entre otros.

Durante el ciclo 2022-2, Enfoque Derecho ha contado con un total de nueve miembros que asumieron el reto de continuar con el legado de innovación de nuestro portal. Por tal motivo, contamos con el recurso humano necesario para cubrir todos los hechos de coyuntura provenientes de las Elecciones Regionales y Municipales 2022 a través del especial "Enfoque en la Campaña". Para ello, realizamos entrevistas, post informativos, reporte de resultados en tiempo real y cobertura de los eventos más importantes de las elecciones.

Asimismo, con la intención de abordar diversos debates y temas de interés en la comunidad jurídica, realizamos una serie de conversatorios con especialistas destacados en diferentes materias, como "A propósito de los 30 años de Indecopi: El estado de la propiedad intelectual, la protección al consumidor y la competencia en el Perú", "Las propuestas de reforma a la ley de arbitraje: ¿tentaciones, necesidades o amenazas?", "Deficiencias y oportunidades: Discutiendo el fortalecimiento del jurado nacional de elecciones en el 2022", y "Jurisdicción por defecto: entre lo judicial y lo arbitral".

Igualmente, Enfoque Derecho en aras de generar un mejor contenido y contar con la participación de especialistas de gran nivel tanto nacional como internacional contó con la colaboración de diversas entidades para llevar a cabo proyectos especiales**.** Dentro de estos proyectos encontramos el especial "30 años de la Ley de Concesiones Eléctricas", el cual fue realizado por motivo del 30° aniversario del inicio de la reforma eléctrica peruana con la referida ley en 1992 y se desarrolló en colaboración con el Estudio Santivañez y la Revista Peruana de Energía. Asimismo, apoyamos en la difusión de proyectos elaborados como parte de la Clínica Jurídica de Protección al Consumidor de la Facultad de Derecho de la PUCP; específicamente, apoyamos en los proyectos denominados "Consumo Eventos" y "Consumidor en el en el aire: Derecho de los pasajeros en el transporte aéreo". Por otro lado, continuamos con la presentación de entrevistas como parte del segmento "Playlist de Derechos Fundamentales" desarrollado en colaboración con Palestra Editores. Otras de las alianzas que realizamos para la presentación de productos fue la organizada con el Equipo de Derecho Mercantil para el evento "M&A Entendiendo las fusiones y adquisiciones en el Perú", la alianza con la Comisión Arte y Derecho PUCP para la presentación de la semana temática "Marvel y Derecho", entre otros.

Logramos todo ello sin dejar de lado la creación de nuestro contenido clásico, como las semanas temáticas de "Derecho y Dioses", "Antropología y Derecho de comunidades", y "Derecho en Qatar 2022", la histeria "Derecho y Folklore", el especial "Derecho y Niñez", y las clases "Entendiendo al Congreso: Clases de procedimientos parlamentarios". Igualmente, se concretó la apertura de un nuevo blog denominado "Codex: Derecho y Tecnología", trabajado con Rafael Santín, asociado senior en Rebaza, Alcázar & De Las Casas.

Finalmente, a propósito del 20° aniversario de Enfoque Derecho, fundado en 2002, nos gustaría destacar el arduo trabajo en redes sociales realizado por el equipo de Enfoque Derecho, consolidando nuestro buen posicionamiento como una fuente de información confiable en redes como Instagram, Facebook, LinkedIn, entre otras.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

El ciclo 2022-2 supuso la vuelta de THĒMIS a la presencialidad, después de haber realizado actividades remotas durante de dos años y medio.

En ese marco, la Comisión de Recursos Humanos cumplió con el rol de garantizar la existencia de un ambiente de trabajo sano y ameno, que asegurara el correcto desenvolvimiento de los miembros de la Asociación en el ejercicio de sus funciones.

Para ello, se realizaron múltiples actividades de integración, en las que los miembros ordinarios pudieron conocerse y desarrollar una mayor confianza entre sí.

En primer lugar, el ciclo THĒMIS inició con la bienvenida y despedida presencial, actividad que tuvo por nombre "Now, Then & Forever". Dicho lema tuvo el objetivo de representar a las tres generaciones de THĒMIS en la Asamblea.

En segundo lugar, la Comisión organizó la tradicional Semana THĒMIS, cuya temática fue "Géneros Musicales". En dicha actividad se conformaron diversos grupos integrados por miembros de diferentes comisiones, y permitió formar nuevos lazos interpersonales e integrar mejor a la Asociación.

En tercer lugar, la Comisión llevó a cabo el intercomisiones, cuyo eje temático fue "Memes". Esta actividad tuvo la duración de una semana y se realizaron diversos juegos y retos que permitieron explotar la capacidad creativa de los miembros de la Asociación.

Asimismo, en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras, la Comisión se encargó de velar por el orden de la Asociación, verificando el cumplimento del Estatuto y garantizando el correcto desempeño de los deberes y/u obligaciones por parte de los asociados.

Este ciclo le permitió a la Comisión afrontar con responsabilidad y optimismo la vuelta a la presencialidad. Creemos firmemente que los resultados fueron los esperados y que se llevaron a cabo actividades fructíferas y realizadoras.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

En conformidad con su misión y visión, durante el ciclo 2022-2, Khuska, el Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, ha continuado trabajando permanentemente para promover el desarrollo social a través de la cultura jurídica. Para ello, el este ciclo se realizaron las reuniones pertinentes para el retorno del proyecto Chuya Kallpaya un proyecto relacionado a la formalización de la propiedad y acceso a recursos básicos, el cual se llevó a cabo con apoyo de la ONG "Habitable", as madres que forman parte de la Olla "Niños Guerreros de Jesús" y abogados/as especialistas en la materia.

Por otro lado, en base a la coyuntura y a sus ejes temáticos, se realizaron diversos eventos, ente los cuales se retomaron nuevamente los eventos presenciales luego de la pandemia. Entre estos eventos podemos encontrar: "En memoria de las víctimas: tras diecinueve años del informe de la CVR", el cual contó con el apoyo y coorganización del profesor José Burneo; asimismo, realizamos el evento en torno al 28 de septiembre, Día de Acción Global por la despenalización del aborto, "28S: Des-Penalización del aborto, alcances jurídicos y retos para el futuro"; en e mes de octubre, realizamos el evento "En defensa de la Tierra", un evento realizado en conjunto con RUA PUCP; y en noviembre, se realizó el evento "Prácticas Preprofesionales: Análisis de las principales problemáticas desde los Derechos Humanos", para el cual trabajamos en coorganización con el Equipo de Derechos Humanos. Además de ello, realizamos una campaña en aras del 25N: Día por la lucha contra la violencia contra la mujer; así como conmemoramos en nuestras redes los dos años de ocurrido el 14N en las marchas por las protestas contra Merino. Finalmente, realizamos el evento "AMAZONIA: LA AMENAZA DE LA LÍNEA DE TRANSMISIÓN MOYOBAMBA IQUITOS".

Por último, es necesario mencionar que se mantuvieron productos como efemérides, meses temáticos, khuskainformas, Espacios Sostenibles (elaborados por cada miembro de la comisión), entre otros productos importantes elaborados por la comisión.

COMISIÓN DE CURSOS Y CAPACITACIONES

La comisión de Cursos y Capacitaciones se ha venido consolidando con identidad y objetivos propios y distintos a los de otras comisiones de THĒMIS, alcanzando y ofreciendo un enfoque pedagógico y práctico en cada uno de sus productos, abordando temas especializados y brindando herramientas a los participantes para que puedan aplicar en el día a día lo aprendido. En ese sentido, y comprometida con la difusión de la cultura jurídica, durante el ciclo 2022-2, la comisión de Cursos y Capacitaciones gestionó y llevó a cabo cuatro eventos.

El primero fue el Webinar "Tierra de Nadie: La problemática de la Minería Ilegal en el Perú", desarrollado en coorganización con la Clínica Jurídica y Responsabilidad Social de Gestión de Recursos Naturales y Energías Renovables de la PUCP, y se dio el 20 de octubre de 2022, siendo coordinado por el Dr. Pedro Gamio. Se presentaron seis mesas de discusión sobre las principales características, causas y consecuencias de la presencia de la minería ilegal en el Perú, especialmente en la región amazónica, así como el rol que cumple el Estado en esta problemática. Contamos con grandes especialistas tanto del sector público como privado, con amplia experiencia en la materia, entre quienes se encuentran Ángela Chávarri, Carolina Rodríguez, Katherine Sánchez, entre otros investigadores y actores involucrados en el tema, quienes compartieron sus experiencias y opiniones.

El segundo evento organizado fue el Curso de Derecho de Familia, cuya importancia radicó en la cotidianeidad de la materia y la necesidad de expandir el conocimiento sobre los temas relativos a la familia. El evento se llevó a cabo del 24 al 29 de octubre de 2022 y fue coordinado por la Dra. Patricia Janet Beltrán Pacheco, Jueza Superior, docente de pregrado y posgrado de la PUCP y Máster en Derecho Constitucional y Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Universidad de Jaén, España. Se logró congregar a destacados especialistas en la materia, entre los que se encuentran Carmen Julia Cabello, Benjamín Aguilar, Alex Plácido, Erika Zuta, Marcela Huaita, Christian Hernández, Úrsula Bazán, entre otros destacados profesionales.

El tercero fue el evento "Impulsa tu emprendimiento: pautas para organizar y gestionar tu empresa", en coorganización con el estudio Bardales Mendoza Abogados, llevado a cabo el 2 y 3 de noviembre de 2022. Este taller tuvo como público objetivo principalmente a los emprendedores que buscan ingresar al mercado de manera formal, así como aquellos que estando en él buscan formalizar su negocio y proteger legalmente sus productos y creaciones. El evento fue coordinado por el Dr. Enrique Bardales Mendoza y Omar Kavajara junto con la comisión de Cursos y Capacitaciones, contando con la presencia de destacados profesionales en las distintas materias presentadas, como tributaria, laboral, societaria, de protección al consumidor y competencia.

El cuarto y último evento organizado fue el Curso de Redacción Jurídica, llevado a cabo del 12 al 17 de diciembre de 2022, y cuyo coordinador fue el Dr. César Augusto Higa Silva, docente de pregrado y posgrado de la PUCP, Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP y especialista en argumentación jurídica. El evento logró congregar a grandes especialistas con amplias trayectorias en el campo de la investigación y argumentación jurídica, tanto a nivel académico como a nivel práctico, entre los que se encontraban Ricardo Elías Puelles, Víctor Saco Chung, Costanza Borea, Rafael Sánchez, Elsa Calvo, Gisselle Moreno, Alejandro Cardoza, entre otros destacados profesionales.

La comisión de Cursos y Capacitaciones reafirma su compromiso con la excelencia académica, con la calidad de los eventos organizados y con seguir innovando y continuar con su labor de difusión de la cultura jurídica.

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 Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 2	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 3	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 4	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 5	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
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 28	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar
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
THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 63	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 64	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 77	Lucía Beatríz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres
THĒMIS 78	Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto
THĒMIS 79	Chiara Lucía Jacob Camaiora
THĒMIS 80	Franco Arce Saldarriaga y Joyce Uriol Quiroz
THĒMIS 81	Joyce Uriol Quiroz y Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 82	Miguel Garcés Gutiérrez
THĒMIS 83	Danae Ramos Granados

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 | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | 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 | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | 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 | Maria 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 Neunmann | 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 | Laura Bravo Chagua | Ángel Sebastián Bravo Morales |Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Vivian Bustamante Yabar | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | 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 | Cecilia Cánepa Olaechea | Lilian Cánepa Yufra | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | 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 | Andreé Castro Arequipeño | 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 | 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 | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Luis Felipe Cornejo Arenas | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | 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 | 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 Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | María José Erausquin 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| 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 Guimaray 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 | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fanny Herrera Cevasco | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin |María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra| Ísabo Hospinal 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 Loebl | 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 | Naried 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 | Pablo Mori Bregante | Johanna Mosqueira Gonzáles |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 | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Gonzalo Milton Noriega Chuquiray | Ariana Novoa Suarez | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia O´Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernando 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 | Fernando Peña Neves | Álvaro Peña Villanueva | Miranda Peñaloza Gonzales | Sebastián Pepper Smith | Joseline Pérez Cámara | 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 | 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 | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez | Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique 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 Tamo| Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | 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 Jeaunneau | 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 | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | 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-Mendívil | 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 | 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 | 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 | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga 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 Ascenzo | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | Piero Vivar Pajuelo | Joyce Vivas Huaccho | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Angie Yman Palomino | Enzo Yturrizaga 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 Belaúnde 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.

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:

Mariel Abad Vergara, Liz Cachi Delgado, Alessandra García Rojas, Gabriel Cayani Banda, Nadia Cautivo Padilla, Daphne Friedman Flores, Naried Mansilla Lingán, Valeria Rojas Valverde, Alejandro Robles Quispe, Fiorella Zamora Mego, Ciomar Levano Vía, Brisa Goycochea Escobal, Mirella de la Cruz Aquino, Jazmín Sotomayor de la Cruz, Andrea Tapia Olivares, Daniela Torres Seperak, Renato Miranda Furlong y Juan Carlos Jara Castro.

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 espaciado 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) sétima 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 (sétima 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 84

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Derecho Corporativo y Fusiones y Adquisiciones**.

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.