

BOLETÍN N.º 03

DERECHO PRIVADO

Vol. II

“Derecho de los Contratos, Obligaciones,
Responsabilidad Civil, Redacción de
Contratos y Derechos Reales”

 **Amachaq**
Escuela Jurídica

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadores:

Mayra A. Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

AÑO N.º 01 / MAYO 2022

Autores de esta edición:

Jaime Miguel Arambulo Champi

Abogado independiente en el Estudio Jurídico Miguel
Arambulo y Asociados

Sandra Violeta Echaiz Moreno

Socia de Echaiz Abogados

Alexandra Nicole López Noriega

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

Jhoana Marilyn Rodríguez Ludeña

Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Franco Soria Palacios

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Carlos Alberto Soto Coaguila

Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de
Arequipa

Roger Vidal Ramos

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Manuel Eduardo Zeña Carretero

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadores

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

BOLETÍN N.º 03 (Vol. II)

DERECHO PRIVADO

Derecho de los Contratos, Obligaciones,
Responsabilidad Civil, Redacción de Contratos y
Derechos Reales

Autores en esta edición:

Miguel Arambulo Champi
Sandra Echaiz Moreno
Nicole López Noriega
Jhoana Rodríguez Ludeña

Franco Soria Palacios
Carlos Soto Coaguila
Roger Vidal Ramos
Manuel Zeña Carretero

**Amachaq**
Escuela Jurídica

2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO

**DERECHO DE LOS CONTRATOS, OBLIGACIONES, RESPONSABILIDAD CIVIL,
REDACCIÓN DE CONTRATOS, Y DERECHOS REALES**

AÑO 01 – N.º 03 VOL. II – MAYO 2022

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Arambulo Champi, Jaime Miguel
Echaiz Moreno, Sandra Violeta
López Noriega, Alexandra Nicole
Rodríguez Ludeña, Jhoana Marilin
Soria Palacios, Franco
Soto Coaguila, Carlos Alberto
Vidal Ramos, Roger
Zeña Carretero, Manuel Eduardo

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpá, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Huaccha Galarza, Mayra Alejandra
Atarama Macha, Juan de Dios

COLABORADORES:

Anchahua Flores, Valery Rousse
Atarama Macha, Juan de Dios
Castillo Sicha, Natali Valeria
Garay Loarte, Gian Piero
Salas Casafra, María Alexandra
Silva Quispe, Paul Anthony
Viera Quiroz, Gabriel

ISSN: 2810-8361

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º XXXXXXXXXX**

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN MAYO DEL 2022 EN:

AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa - San Martín de Porres

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

BOLETIN N.º 03 (Vol. II)

“DERECHO DE LOS CONTRATOS, OBLIGACIONES, RESPONSABILIDAD CIVIL, REDACCIÓN DE CONTRATOS Y DERECHOS REALES”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES EN ESTA EDICIÓN:

MAYRA ALEJANDRA HUACCHA GALARZA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

VALERY ROUSSE ANCHAHUA FLORES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

NATALI VALERIA CASTILLO SICHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GIAN PIERO GARAY LOARTE

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MARÍA ALEXANDRA SALAS CASA FRANCA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

PAUL ANTHONY SILVA QUISPE

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

GABRIEL VIERA QUIROZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marco

IV. AUTORES

JAIME MIGUEL ARAMBULO CHAMPI

Abogado independiente en el Estudio Jurídico Miguel Arambulo y Asociados

SANDRA VIOLETA ECHAIZ MORENO

Socia de Echaiz Abogados

ALEXANDRA NICOLE LÓPEZ NORIEGA

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres

JHOANA MARILIN RODRÍGUEZ LUDEÑA

Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

FRANCO SORIA PALACIOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa

ROGER VIDAL RAMOS

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

MANUEL EDUARDO ZEÑA CARRETERO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres



BOLETIN N.º 03 (Vol. II)
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Privado

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/b3-privado/>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com

El Boletín N.º 03 (Vol. II) de Derecho Privado con eje temático “Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Redacción de Contratos y Derechos Reales” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/b3-privado/>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- Interpretación de los contratos en el derecho peruano <i>Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	13
- La cláusula penal en la praxis contractual <i>Roger Vidal Ramos</i>	21
- Consideraciones fundamentales al momento de redactar un contrato de financiamiento <i>Sandra Violeta Echaiz Moreno</i>	27
- La relación obligacional en el derecho de contratos desde la perspectiva práctica <i>Alexandra Nicole López Noriega</i>	35
- El derecho de posesión visto desde la praxis <i>Jaime Miguel Arambulo Champi</i>	41
- La unión de hecho como título posesorio en el proceso de desalojo por ocupación precaria <i>Manuel Eduardo Zeña Carretero</i>	51

- **El desalojo en el Perú**
Jhoana Marilyn Rodríguez Ludeña61

- **El derecho de superficie**
Franco Soria Palacios80

PRÓLOGO

El Derecho Civil se erige como una de las ramas más extensas, humanas y palpables que ofrece nuestro ordenamiento; su vasto desarrollo abarca incluso disciplinas aparentemente disímiles que se fundamentan en un mismo pilar: la autonomía privada de la persona —natural o jurídica—. Esta faceta del ser humano se ve atravesada por la necesidad de cooperación social, por lo que, al verse inmerso en una sociedad que exige un desarrollo mancomunado, elabora ciertos instrumentos mediante los cuales no solo puede asegurar los bienes que con anterioridad haya adquirido, sino también tender una suerte de puentes y obligaciones recíprocas, a fin de lograr sus intereses.

Planteado el asunto, el Derecho Civil desde sus inicios no ha sido ajeno a esta realidad, razón por la cual aparecieron ramas jurídicas como la contractual, la real y obligacional con la finalidad de tutelar los derechos adquiridos en esta red intersubjetiva llamada sociedad. Naturalmente los esquemas planteados en tiempos lejanos han ido mutando de acuerdo con los requerimientos del mercado y de las instituciones sociales, alcanzando en la actualidad un alto grado de sofisticación.

Instituciones de larga data como la posesión, el derecho de superficie, la propiedad, los contratos (la interpretación y formulación de estos) y las fórmulas de desalojo mantienen su pertinencia en el mundo

globalizado actual. El ejemplo emblema del renacimiento de un derecho real de raigambre romana —creído muerto— es el derecho de superficie, imprescindible en materia comercial actual.

El constante tratamiento y actualización de las materias señaladas líneas arriba se convierte en un deber de los académicos para y con la comunidad jurídica. Ergo, AMACHAQ Escuela Jurídica presenta a su público lector y seguidores un espacio de discusión, proposición y solución de asuntos doctrinales y prácticos. Es así como el segundo volumen del Boletín N.º 03 de Derecho Privado recopila las transcripciones de diversos académicos cuya presencia fue fundamental en el Curso Especializado en Derecho de los Contratos y Responsabilidad Civil, realizado del 18 al 19 de marzo del 2022, el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones y Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, ambos llevados a cabo el 29 y 30 de abril del presente año. Todos ellos, organizados por nuestra institución.

Es menester agradecer a cada uno de los profesores que participaron en los eventos anteriormente mencionados en calidad de ponentes: auténticos difusores y creadores de conocimiento jurídico. Las mencionadas voces son los docentes Jaime Miguel Arambulo Champi, Sandra Violeta Echaiz Moreno, Alexandra Nicole López Noriega, Jhoana Marilyn Rodríguez Ludeña, Franco Soria Palacios, Carlos Alberto Soto Coaguila, Roger Vidal Ramos y Manuel Eduardo Zeña Carretero. Naturalmente, esta producción les está dedicada.

El presente boletín inicia con el contrato como una figura jurídica imprescindible en el comercio actual, que requiere de una estructura definida por los objetivos e intereses de las partes. No obstante, para obtener el contenido de un contrato no basta con el análisis individual de cada una de sus cláusulas, sino que son necesarias las diversas teorías de interpretación de los contratos.

Es más, el bagaje de la rama contractual es ciertamente interdisciplinaria en cuanto las partes en el uso de su autonomía y pueden establecer penalidades a los incumplimientos. Las líneas descritas en este párrafo encuentran un tratamiento extenso por parte de los profesores Carlos Soto, Roger Vidal y Sandra Echaiz.

La profesora Alexandra Nicole López ofrece a los lectores una visión práctica del derecho de las obligaciones en un contexto contractual. Tras ello, se presentan reflexiones acerca de los derechos reales, en particular sobre el derecho de posesión, sus implicancias teóricas y prácticas, el proceso de desalojo en nuestro país y el antiquísimo y duradero derecho de superficie. Es en estas direcciones en las cuales se encaminan las impresiones teórico-prácticas de Jaime Miguel Arambulo, Manuel Eduardo Zeña, Jhoana Marilyn Rodríguez y Franco Soria Palacios.

No se podría cerrar este prólogo sin antes desear al público lector una revisión y análisis prósperos del presente material. La senda del razonamiento y espíritu crítico hacia las leyes es imprescindible para el sostenimiento de la comunidad jurídica, nacional y extranjera; es en esta en la cual se desea, como institución dedicada al derecho, transitar. Consecuentemente, el compromiso de AMACHAQ Escuela Jurídica acerca de la democratización del conocimiento sigue en pie. Con ustedes, el Boletín N.º 03 (Vol. II) de Derecho Privado.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

Interpretación de los contratos en el derecho peruano*

Carlos Alberto Soto Coaguila**
Universidad Nacional San Agustín de Arequipa

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué es interpretar? / 2. 1. Interpretación del acto jurídico e interpretación de la ley / 3. ¿Cómo se interpretan los contratos? / 3.1. La teoría subjetiva / 3.2. Teoría objetiva / 4. Reglas para interpretar los contratos en el Código Civil / 4.1. Interpretación objetiva / 4.2. Interpretación conforme al principio de buena fe / 4.3. Interpretación sistemática / 4.4. Interpretación finalista / 4.5. Interpretación favor negotti / 4.6. Regla de prevalencia / 4.7. Regla contra stipulatorem / 5. Normas de interpretación: ¿máximas de lógica o normas jurídicas? / 6. Conclusión / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Una de las actividades consustanciales al quehacer jurídico es el de la hermenéutica, esta particularidad define al abogado como un profesional que todo el tiempo está descifrando el contenido de hechos, leyes, normas y sentencias —desde luego, los contratos se encuentran en su radio de interpretación—. Por ello a quienes se encuentran en el proceso de formación académica como abogados directa o indirectamente se les transmite la metodología, habilidades y destrezas para la realización de esta labor.

Evocaremos la concepción sobre el arte de la pintura que tenía el artista belga René Magritte, quien decía “mi propósito al pintar es hacer visible el pensamiento”, ideal que se ha plasmado en un cuadro suyo —muy comentado en el mundo del arte—, el de Clarividencia (1936) donde se observa

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Cuenta con una maestría en Derecho con mención en Derecho Civil, en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

al pintor en ejecución de su labor. Usa como modelo un huevo, pero lo que plasma en el lienzo es un ave. Cualquier espectador puede percibir el error. Sin embargo, Magritte pretendía visibilizar su pensamiento meditado a futuro de la figura a pintar.



En materia jurídica, los abogados tienen ese reto, es decir, hacer visible la intención de las partes, la común intención de estas y la voluntad común al momento de celebrar el contrato. Con ello presente, se realizará un recorrido en torno a la interpretación. Primero se delimitará su definición, luego, se expondrán las reglas de interpretación que recoge nuestro Código Civil

2. ¿Qué es interpretar?

Empleando las palabras de Erich Danz *“la interpretación es la acción que tiende a fijar el sentido y significado de las manifestaciones de voluntad”*. Dicho de otro modo, mediante la interpretación se busca dotar de sentido y significado a las declaraciones de voluntad contenidas en el acto jurídico, así como determinar los efectos jurídicos que producen las mismas.

La hermenéutica contractual comprende 3 estadios: *i)* Interpretación del contrato, donde se identifica la voluntad de las partes al celebrar el contrato; *ii)* Clasificación del contrato, implica delimitar el documento por sus características como un tipo contractual típico o atípico; *iii)* integración del contrato, a fin de poder cubrir todas las posibles situaciones que se

presenten en la relación contractual habrá que integrar el contrato a las normas del Código Civil o de la ley aplicable a dicho contrato.

2.1. Interpretación del acto jurídico e interpretación de la ley

A fin de profundizar en este tema sin caer en confusión, se diferenciará el tratamiento hermenéutico que se le da al acto jurídico y a la ley. En la interpretación del acto jurídico/contrato se interpreta la regla privada y concreta que han establecido las partes para ajustar su comportamiento. Por otro lado, con base a lo mencionado por Fernando de Trazegnies en La muerte del legislador, en la interpretación de la ley "*la misión del jurista no es encontrar la intención recóndita del legislador histórico sino la forma más adecuada de la aplicación de ese texto en la realidad de hoy*". Estamos ante procesos distintos.

3. ¿Cómo se interpretan los contratos?

Como en todo el análisis jurídico existen distintas posiciones de evaluación. Aquí, dos grandes teorías sobre la competencia interpretativa:

3.1. La teoría subjetiva

Prepondera la voluntad de las partes en la cual se centra su actividad. Esta teoría lo que busca es encontrar las motivaciones por las que una parte decidió poner en venta un bien y otra lo adquirió. Pero como es notorio se enfrenta al problema de determinar con exactitud el fuero interno de las partes en acciones individuales y al conformar el vínculo contractual.

3.2. Teoría objetiva

En la necesidad de superar la base subjetivista, surge la teoría objetiva, de corte pragmática, que defiende limitar la práctica a la voluntad expresada. Desde ese punto puede deducir la voluntad común.

En todo caso, lo que se debe buscar es la común intención de las partes, no la individual.

4. Reglas para interpretar los contratos en el Código Civil

Si bien no existe una legislación propia para la interpretación legal, en el Código Civil encontramos parametrizada la interpretación del acto jurídico y, entendiendo que todo contrato es un acto jurídico, se aplican las mismas reglas, de especial interés respecto a contratos masivos, contratos sujetos a cláusulas generales de contratación y en contratos de *favor negotii*.

4.1. Interpretación objetiva

Plasmada en el artículo 168 del Código civil que menciona: "*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*". Y el artículo 1361 sobre la obligatoriedad de los contratos "*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*".

Lo declarado corresponde a la voluntad común; si en el documento del contrato se inscribe una declaración de compraventa se debe asumir como una decisión tomada en conjunto. Y por "lo expresado" no debe entenderse única y exclusivamente las palabras utilizadas en el texto, sino se refiere a la voluntad declarada, y esta puede manifestarse en un documento, en audio o expresión oral del contratante, debiendo tener en cuenta, además, los borradores, minutas, correspondencia, y todos los escritos que las partes se remitieron en la etapa de negociación —fase previa al cierre de contrato—, y de la misma forma de lo que sucede durante ejecución. Todas estas acciones deberán ser consideradas en su totalidad, y comprendidas en el término "expresado", tal como menciona Guillermo Lohmann "*para precisar la intención del agente por lo manifestado o expresado, se deberá apreciar su comportamiento total, incluso posterior a la conclusión del acto*".

4.2. Interpretación conforme al principio de buena fe

El principio de buena fe como directriz general en la abogacía es igual de necesario que la objetividad en el proceso. En virtud de ello se encuentra también en el artículo 168 del Código Civil. Ahora bien, en materia contractual, la buena fe se impone durante la negociación, celebración y ejecución del acuerdo. Implica que los contratantes deben actuar leal y honestamente, por lo que exige que se cumplan deberes como el de claridad, el de colaboración, de reserva o confidencialidad y, desde luego, deberá ser tomado en cuenta por el intérprete en su función.

4.3. Interpretación sistemática

Se encuentra reflejada en el artículo 169 del Código Civil, así menciona que "*las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*". El contrato es una unidad, es un negocio jurídico mediante el cual las partes desean alcanzar un propósito práctico, por lo tanto, las cláusulas no pueden interpretarse de forma aislada, todas deben adquirir un mismo sentido. De tener alguna disposición ambigua debe tenerse en cuenta el resto de las cláusulas para contextualizarla.

4.4. Interpretación finalista

En el artículo 170 del Código Civil "*las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto*". Se deberá interpretar el contrato teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico, aspectos de gran relevancia.

4.5. Interpretación favor negotti

También llamado principio de conservación del contrato, a diferencia de las reglas mencionadas con anterioridad, no se halla regulada en el Código Civil, pero es de amplio uso en el mundo del derecho contractual. Según esta regla, al interpretarse un contrato o una de sus cláusulas deberá prevalecer la significación que produzca mayores efectos jurídicos, no que prive al contrato de ellos, debido a que se busca conservar la relación jurídica. Esta regla no se encuentra regulada explícitamente, pero es un principio del derecho de contratos.

4.6. Regla de prevalencia

El Código Civil contempla reglas especiales para los contratos con adhesión, con cláusulas generales de contratación, masivos o estandarizados, contemplando la regla de la permanencia según la cual —en el artículo 1400—: "*en los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.*"

Ello debido a que las cláusulas posteriores responden mejor a la voluntad común de las partes por el mayor tiempo de reflexión sobre sus intereses y lo que están dispuestos a negociar, a diferencia de las cláusulas del contrato por adhesión que responden a una decisión unilateral de un contratante.

4.7. Regla contra stipulatorem

La podemos encontrar en el artículo 1401 de nuestro código para interpretación de las estipulaciones. La también llamada *regla favor debilis y contra stipulatorem* establece que: "*Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra*". Ya que, quien redactó el contrato estuvo en mejor situación de evitar oscuridades que le perjudiquen. La interpretación que se realice, por el contrario, debe favorecer a la contraparte que no tuvo la oportunidad de intervenir su constitución.

5. Normas de interpretación: ¿máximas de lógica o normas jurídicas?

Tomar en consideración las reglas mencionadas es una acción controvertida en la tarea jurídica. Aún es debatido si se tratan de normas jurídicas imperativas o supletorias, acarreando una evaluación de convivencia en su aplicación. Por un lado, se defiende su calidad de máximas lógicas, es decir simples recomendaciones de las que pueden prescindir, empero otro sector sostiene que son verdaderas normas jurídicas y de orden imperativa su aplicación.

6. Conclusión

La interpretación jurídica no es un fuero exclusivo de los abogados contractualistas o del Derecho Privado. De este proceso se ocupan todos los abogados independientemente del área de especialización. Un abogado laboralista analizará un contrato de trabajo; un abogado administrativista, una concesión o de distribución; un abogado de banca tendrá que interpretar uno de financiamiento, etc. La labor de hermenéutica jurídica estará circunscrita únicamente al mundo de los contratos de los actos jurídicos.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Qué influencia puede generar el hecho de que la Constitución, en materia contractual, solo se pronuncie respecto a principios versados en el derecho a contratar y de libertad de contratación en las reglas de interpretación desarrolladas?

En la Constitución como tal no existen reglas de interpretación de los contratos; lo que contiene es el artículo 62, el cual establece el principio contractual de la intangibilidad de los contratos: "*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*". Por otro lado, el artículo 2 inciso 14 recoge el derecho que tiene toda persona a contratar de la siguiente forma: "*A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*". Gracias a estos 2 principios contractuales, si bien escasos, se da luz a la teoría general del contrato.

7.2. ¿Lo expuesto aplica para ámbito judicial, pero se puede extender al ámbito de procesos arbitrales?

En principio, estas reglas se aplican a todos los contratos, sean bajo la competencia de un tribunal arbitral u órganos judiciales. No obstante, de las reglas que hemos señalado existen otras que las partes pueden añadir en los contratos —en su mayoría, provenientes del *Common Law*—, como aquella que indica que los contratos se interpretan únicamente por el contrato celebrado y excluyen otros documentos anteriores y posteriores. También encontramos la regla de la prevalencia, es decir, que las reglas contenidas en el contrato, prevalecerán por sobre cualquier reglamento anterior. Desde luego, estas reglas son incorporadas según la autonomía de las partes y se aplicarán exclusivamente en ese contrato, a diferencia de las reglas explicadas aquí.

7.3. ¿La fórmula *in claris non fit interpretatio* conserva vigencia en la actualidad?

Esta locución traducida al castellano quiere decir que los textos claros no se interpretan. Primero, existen algunos autores en doctrina muy antigua que sostenían que los textos antiguos no se interpretan porque solo se interpreta lo complicado o dudoso. Según la opinión general, esta regla no se aplica porque no se puede saber, tras una primera lectura, qué texto es claro o qué cláusula contractual es ambigua. Debe transitarse por el proceso de lectura e interpretación de forma necesaria; a partir de ello, se va a concluir si requiere esclarecerse algunos puntos o no, por lo tanto, todo se interpreta.

Para ejemplificar mejor este precepto tenemos la situación propuesta por H. L. A. Hart. Así, imaginemos estar en un parque y encontrar un letrero con la consigna "*está prohibido el ingreso de coches*" la pregunta es ¿esta regla es clara o ambigua? Siguiendo el principio *in claris non fit interpretatio*, se pensará que es clara y no hay mayor discusión. Aquí, refutamos de la siguiente manera, es obvio que ningún coche puede entrar, pero no se especifica qué clase de coche, no se toma en cuenta las carriolas de bebé, los triciclos y patinetas usados por niños, entre otros vehículos de transporte.

Entonces, para que esta regla tenga sentido, es menester esclarecer primero qué entendemos por "coche", denominando así a un vehículo motorizado, con ruedas y de gran tamaño; pudiendo establecer la prohibición de su entrada y la permisión de otros. Por ello, sostenía, que todo se interpreta, dependiendo de la complejidad del contrato.

7.4. Entre los criterios hermenéuticos de los artículos 168, 169 y 170, ¿existe algún grado de jerarquía para su aplicación?

Ha sido la práctica la que se ha encargado de señalar, no de manera categórica, pero si de manera referencial, cuáles son las reglas que deben interpretarse antes que otras. En primer lugar, la interpretación objetiva que circunscribe el acto de interpretación sobre la voluntad declara. Luego, la interpretación de buena fe; y a su vez, si existiese alguna duda, se aplica la interpretación sistemática. Si no hay contradicción entre una cláusula y otra, finalmente se aplica la interpretación finalista. Este orden puede ser alterado, pero se recomienda siempre iniciar por la interpretación literal y mantener el principio de buena fe. No siempre se aplican todas las reglas; se usarán las que sean necesarias, por ejemplo, la interpretación sistemática y la funcional son ocasionales.

7.5. ¿Quiénes deben interpretar el contrato, el juez o las partes?

De antemano, las partes son quienes interpretan, porque además son quienes lo ejecutan. Si ambas lo interpretan en el mismo sentido, no existe mayor problema; este surge cuando se encuentran discrepancias. Por ejemplo, en la compraventa de un inmueble en 600 000 dólares se establece que el pago será realizado en 3 cuotas iguales. La primera interpretación es que se trata de 3 cuotas de 200 000 dólares cada uno. Pero, de tener otro punto de vista, se recurre a un tercero que dictaminará la decisión final: el juez. Él determina el sentido de la declaración de las partes y sus efectos jurídicos.

La cláusula penal en la praxis contractual*

Roger Vidal Ramos**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Cláusula penal / 3. Reducción de la penalidad / 4. Penalidad en contratación pública / 5. Laudos de arbitrajes ilustrativos / 6. Consejos finales para una adecuada aplicación de la penalidad en la praxis contractual / 7. Conclusiones / 8. Bibliografía.

1. Introducción

La cláusula penal sigue representando un tema controversial en el ámbito del derecho de las obligaciones y en otras áreas del derecho, como en las contrataciones estatales. Omitir el tratamiento de esta institución constituiría un gran desacierto por cuanto la penalidad, tanto en su negociación y la ejecución en la práctica contractual cobra un notable protagonismo en la contratación pública y privada, pues siempre existe la necesidad de asentar a mantener las condiciones de equidad jurídica y económica entre el acreedor y el deudor con el fin de conservar estable la relación contractual.

Por tales motivos no es válido asegurar que la cláusula penal exclusivamente asegura los intereses del acreedor al imponer un deber de resarcimiento al deudor, pues los intereses de este último también son protegidos por la cláusula penal. Lamentablemente nuestra legislación aún no ha logrado regular las diversas modalidades de penalidad, como si lo realiza la praxis contractual, por lo que, esta exposición ofrecerá algunos aportes a tal fin.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho de los Contratos y Responsabilidad Civil, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 19 de marzo del 2022.

**Doctor y magister en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con postdoctorado de la Universidad Católica de Paraná – Brasil, con estudios de postgrado en arbitraje de inversiones American University Washington College of Law (Estados Unidos) profesor en las facultades de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, San Martín de Porres, Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Universidad de Huánuco y Universidad Continental. Director del Capítulo Peruano de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Fundador de Estudio Vidal Abogados (www.vmplegal.com) rvidal@vmplegal.com

2. Cláusula penal

Se trata de un acuerdo o pacto establecido en cualquier tipo de contrato (arrendamiento, comodato, compraventa, contrato de consorcio, franquicia, etc.) cuya finalidad es conseguir que el deudor pueda resarcir al acreedor ante posibles incumplimientos del contrato. La doctrina define a la cláusula penal como una estipulación contractual, por la que uno de los contratantes queda obligado a ejecutar una prestación con fines resarcitorios ante el supuesto probable de la inejecución imputable al deudor.

La imposición de esta estipulación usualmente corresponde al interés del acreedor exigido al deudor, no obstante, esta relación no descarta que pueda tratarse de una cláusula penal recíproca, ya que dependerá de los alcances del contrato.

Con relación a la cláusula penal, nuestro Código Civil en el artículo 1343 indica que es requisito para la ejecución de la cláusula la inejecución de lo establecido en el contrato (incumplimiento imputable al deudor por dolo o culpa). En tal sentido, no se requiere acreditar necesariamente los daños contractuales ocasionales; sin embargo, debería ser necesario contar con alguna prueba que sustente la aplicación de esta penalidad.

En resumidas cuentas, la cláusula penal implica un resarcimiento adelantado que se establece mediante un porcentaje o monto fijo, cuya activación no requiere prueba alguna. Asimismo, esta cláusula resulta ser una estrategia preventiva, por cuanto el acreedor, con el fin de manejar un esquema económico del contrato, impone esta penalidad que incentiva a que el deudor cumpla lo estipulado en el contrato, tanto en el plazo como en la forma de ejecución contractual pactada.

3. Reducción de la penalidad

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la autonomía privada, la cual, contextualizada en el tema que concierne al presente artículo, implica un consentimiento de las partes con respecto a la fijación de una penalidad impuesta al deudor por el acreedor, de carácter económico y jurídico. Adicionalmente, bajo el principio de inmutabilidad del derecho de las obligaciones, se concibe que ninguna penalidad podría ser modificada pues implicaría desconocer la autonomía privada.

Sin embargo, partiendo del supuesto que la penalidad se materialice en una cantidad excesiva o desproporcionada, es decir, una penalidad elaborada con mala fe; el deudor cuenta con la posibilidad de acudir a la sede judicial o arbitral con el fin de solicitar una reducción equitativa del monto de la

penalidad (artículo 1346 del código civil). Este accionar procesal está facultado por nuestro Código Civil, ejercer la pretensión de reducción de la penalidad deberá estar sustentada en una prueba contundente, que acredite el exceso y la mala fe de la penalidad desproporcionada, tal como en el siguiente caso hipotético : Un contrato de locación de servicios establece que la contraprestación que percibiría un abogado por sus servicios de asesora legal se fija en la suma de de S/. 100,000.00, y la penalidad sujeta al incumplimiento de sus obligaciones se estipula en la penalidad de S/. 200,000.00; en este escenario, la penalidad es claramente abusiva, desproporcional, y desprovista de toda argumentación legal y asidero económico.

4. Penalidad en la contratación pública

El Código Civil peruano, como ya hemos visto, regula tanto la estipulación de la cláusula penal como su reducción; sin embargo, no es posible encontrar una regulación expresa de la misma en el contexto de la contratación pública, razón por la cual, debe de trasladarse el razonamiento del ámbito privado a la práctica de la contratación pública. Realizar esta comparación del tratamiento de la penalidad en ambos contextos, resulta pertinente en la medida que existe una similitud entre la praxis de la ejecución de las penalidades en los contratos de obra pública y de obra privada; ya que ambas, usualmente, parten de ciertos supuestos que siempre se presentan en la planificación de un contrato.

Al respecto, Morón Urbina¹ (2016) sobre la contratación pública, expresa que:

“En principio, la penalidad tiene por finalidad tener una función reparatoria o indemnizatoria de los posibles perjuicios que se pueda producir a la entidad por el incumplimiento del contratista, la penalidad se vincula con la responsabilidad civil contractual.”

En atención de este fragmento, es necesario ilustrar lo repasado con algunos ejemplos: supongamos que se está frente a un contrato de ejecución de obra correspondiente a la construcción de un hospital (contratación de obra pública). En el contrato, la entidad le impone al contratista varias penalidades, entre ellas la penalidad por ausencia de equipos declarados en la propuesta técnica y que en la obra no se encuentren presentes.

El procedimiento para corroborar que efectivamente se haya incumplido con lo estipulado es el informe que emita el supervisor de obra donde declarararía que no se encuentran presentes en la obra los equipos previamente mencionados en el contrato. Frente a esto la imputación de la penalidad

¹ MORON URBINA, J. C., *La Contratación Estatal*, 1ra ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2016), p. 584.

contaría con un asidero de fondo y forma: el fondo corresponde a la ausencia de los equipos prometidos en la propuesta técnica, mientras que la forma es la aplicación estricta del procedimiento en el cual se realizó el informe y la notificación al contratista para que haga su descargo pertinente.

Un ejemplo similar se esboza en la participación del personal clave; supóngase que en la propuesta técnica se indica que se requiere de 05 ingenieros ambientales y 03 arquitectos; sin embargo, al momento de realizar la debida inspección del campamento, se encuentra que solo están presentes asistentes de ingeniería y solo un ingeniero ambiental.

Al igual que en el caso anterior, la ausencia de personal será anotada por el supervisor del campamento dentro de su cuaderno de obra, y posteriormente emitirá su parte, la cual, cumpliría la función de medio probatorio del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Otro ejemplo de aplicación de las penalidades se encuentra graficada en la entrega de información incompleta y/o con errores, o viciada por la extemporaneidad. Este supuesto tiene lugar cuando el contratista no entrega la información completa o lo realiza fuera de plazo y/o con errores, razón por la cual, procede la ejecución de la penalidad —la cual requiere de un informe previo y una notificación al contratista incumplidor—. Otro supuesto se desarrolla cuando el ingeniero residente de obra no se encuentra de forma permanente; al igual que el ejemplo anterior, la penalidad requiere de informe y notificación previa por parte del inspector.

En la misma línea es pertinente atender los criterios de la opinión del OSCE 027-2010/DTN: Doble función de la aplicación de la penalidad por mora "(...) la[s] penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos. Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor"

5. Laudos de arbitrajes ilustrativos

El primer laudo arbitral (contratación pública) por analizar tuvo como partes a un contratista y el Ministerio de Inclusión y Desarrollo Social,

en el cual donde se desarrollan la comunicación y procedimiento de las penalidades. En una de las consideraciones del laudo se indica que, en el caso en cuestión, se informó al contratista mediante un informe sobre la aplicación de penalidades aplicables a causa del retraso en la ejecución de la totalidad de la obra a su cargo.

De este pronunciamiento puede apreciarse la importancia de la comunicación como un requisito de ejecución de las penalidades al contratista, con la finalidad que este último pueda formular sus descargos. En pocas palabras, el laudo mencionado es un claro ejemplo de la importancia no solo de la detección de la penalidad, sino también del cumplimiento de los mecanismos de comunicación pactados en el contrato (carta notarial, correo electrónico, etc.)

Un segundo ejemplo nos sitúa en un litigio entre una empresa minera y una constructora (Cia Minera y Constructora). Se pactaron diversas causales de penalidades dentro del contrato, entre las cuales se configuraban las siguientes: sanción con penalidad por cada día de retraso, por impago de derechos laborales, por falta de entrega de garantías y seguros, por incumplimiento de políticas corporativas y *compliance*, por ausencia de supervisor, por suspensión de la ejecución de la obra, etc. Cabe precisar que no se permitía la aplicación de las penalidades previstas cuando la obra se suspendía a razón de un eventual estallido o conflicto social (como la toma de carreteras, paralización de actividades, etc.). No obstante, ocurrió una situación particular en la cual la constructora no solicitó por escrito que no se apliquen penalidades y no comunicó en su momento los casos fortuitos o de fuerza mayor, ante la ausencia del aplicar el procedimiento establecido en el contrato, el contratista no logro solicitar la inaplicación de la penalidad por retraso atribuido a los conflictos sociales.

6. Consejos finales para una adecuada aplicación de la penalidad en la praxis contractual

En primer lugar, resulta importante mantener prudencia con los montos que se fijan para las cláusulas penales y su aplicación razonable pues cada supuesto de incumplimiento contractual y la aplicación de la penalidad, se interpreta conforme a sus particularidades.

En este sentido, no es lo mismo aplicar una penalidad de un contrato de obra por no contar presencia de profesionales o del impago de las remuneraciones de los obreros, y en aplicar una penalidad en los contratos de arrendamiento entre personas naturales, donde las penalidades más usuales son por la demora de la entrega de la posesión del inmueble o dar un uso distinto al objeto del arrendamiento.

En segundo lugar, es importante que las partes establezcan bajo qué procedimientos y canales se vincularán; es decir, si se requiere la comunicación por vía notarial o virtual (correo electrónico y similares) y si se requiere algún sustento técnico o legal.

Como último punto, es notable que muchos contratos civiles en la actualidad aplican y se nutren de la práctica contractual en contratación pública, en referencia especial a la causal de resolución contractual por acumulación de penalidades.

Nuestro Código Civil no regula la resolución contractual por acumulación de penalidades sin embargo, la *praxis* en contratos típicos: arrendamiento, el comodato, el suministro, o los modernos como: franquicia, Joint-Venture y otros, establecen diversos supuestos que, ante el incumplimiento de varios aspectos del contrato, y de mantenerse una acumulación de incumplimientos reiterados se habilita aplicar la resolución contractual.

7. Conclusiones

La cláusula penal constituye un instrumento que mitiga el riesgo previene, y genera los incentivos suficientes para evitar un incumplimiento perjudicial del contrato. Quien normalmente impone la cláusula es el acreedor, en tanto ha entregado una suma por adelantado para que el cumplimiento de la prestación se ejecute; por ello, la penalidad cumple la función de equilibrar la desconfianza inicial que se genera con el deudor. En consecuencia, es importante establecer una cláusula penal equilibrada y, razonable, que cumpla con todos los procedimientos, y que priorice la comunicación.

Finalmente, toda penalidad puede ser modificada o renegociada de acuerdo con la esfera de la autonomía privada y bajo la aplicación de la buena fe contractual a fin de que los contratantes conserven o retomen el iter contractual.

8. Referencias

MORÓN URBINA, J. C., *La Contratación Estatal*, 1ra ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2016).

Consideraciones fundamentales al momento de redactar un contrato de financiamiento*

Sandra Violeta Echaiz Moreno**

Socia de ECHAIZ ABOGADOS

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Contrato de financiamiento / 3. Consideraciones importantes para suscribir un contrato de financiamiento / 4. Tasas de interés en el contrato de financiamiento / 5. Términos de pago y cláusulas discutidas en la negociación / 6. Medios para asegurar garantías en el contrato de financiamiento / 6.1. Due diligence / 6.2. Obligaciones de hacer y no hacer / 6.3. Ratios financieras / 7. Eventos de incumplimiento / 8. Conclusión / 9. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo comparte algunas ideas en torno al derecho financiero, y de manera particular: cuáles son los términos pertinentes en la elaboración de un contrato de financiamiento.

2. Contrato de financiamiento

El contrato de financiamiento no es un contrato simple, ya que está aunado a una serie de compromisos y riesgos extendidos a largo plazo que asumen ambas partes. Su celebración no se reduce a la simple redacción del contrato, sino implica toda una etapa previa de negociación y evaluación de las partes contratantes, lo que resulta conveniente para determinar la capacidad financiera de una entidad bancaria antes de realizar el desembolso

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Socia de ECHAIZ ABOGADOS. Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), y Abogada por la PUCP. Diploma de Postgrado en Resolución de Conflictos por la Universidad Castilla La Mancha y Diploma de Corporate Legal por IE España. Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Facultad de Derecho, de Administración y Gerencia del Emprendimiento, y Escuela de Postgrado de la UPC. Investigadora académica del Instituto Argentino de la Empresa Familiar. Autora de "Derecho y Empresas Familiares. El protocolo familiar en las Mypes familiares peruanas".

económico a una empresa; posteriormente se efectúa el pago (momento de cierre), pero hasta llegado ese momento, el proceso y los términos en los que se va a celebrar se encuentran sometidos bajo supervisión acuciosa de la empresa a la que se extenderá el financiamiento.

Este contrato de financiamiento es de ejecución continua, por lo que la entidad financiera puede realizar el cobro en un momento o cada cierto lapso, pero dentro de la cantidad de años pactados. Las tasas de interés también se irán generando conforme correspondan —compensatorias o moratorias— en el mismo tiempo. Existen diversas situaciones que motivan a que la celebración del contrato comprenda todo lo necesario para una relación a largo plazo, impulsando a la entidad financiera a ser bastante rigurosa en la solicitud de garantías a la empresa que contrajo las obligaciones.

3. Consideraciones importantes para suscribir un contrato de financiamiento

Partiremos del análisis sobre el contrato de préstamo corporativo. Este busca efectuar un préstamo a favor de una de las partes. Su regulación puede ser emparentada con la del préstamo puro y simple entre agentes privados que encontramos, con bastantes cuestiones genéricas en el Código Civil Peruano de 1984. Más allá de este ámbito, no existe una normativa específica que regule este vínculo legal, por lo que en su constitución por cláusulas —como en muchos temas de materia empresarial— se remite a los usos y costumbres para componerlo de acuerdo con los fines propios de cada sector. Su redacción abreva de la práctica y la experiencia —no solo nacional, sino también anglosajona—, las cuales consideran una serie de cláusulas que han demostrado ser efectivas en la realización de un contrato de préstamo corporativo.

A fin de bosquejar una situación donde se utiliza este recurso de forma recurrente, tomaremos como ejemplo el inicio de un nuevo negocio. Para comenzar la estructuración del modelo a seguir se necesita contar con un capital, de modo que se busca maneras de financiar la idea. Existen 2 formas de obtener este elemento: conseguir capital o recurrir al endeudamiento. Si se decide proceder por la primera vía, el monto debe ser aportado por los socios iniciales, nuevos inversionistas o a través de la bolsa por emisión de acciones. Pero, si se inclina por contraer una deuda, se necesita la certeza de poder asumir un préstamo y estar en la capacidad de pagarlo.

Tener una *ratio* de endeudamiento permite al nuevo negociante principiar la estructura del negocio; generalmente, cuando se inicia, la empresa cuenta con un buen récord crediticio; sin embargo, en el mercado no se encuentra respaldada ante instituciones de las cuales requiere su financiamiento;

por ello, la entidad financiera asegura su garantía por medio de los bienes. En este escenario se puede tener una relación bastante simple, si se trata de un emprendedor principiante; o una relación compleja, cuando se trate de una empresa con muchas ramificaciones comerciales que desee añadir una nueva línea de negocio.

Imaginemos que se trata de un negocio de arándanos en el norte del país: es necesaria una buena suma de dinero para la compra del terreno y los fertilizantes, y para la gestión de la producción y exportación. Lo más pertinente es celebrar un contrato de financiamiento. Con la finalidad de brindar cierta seguridad de que el préstamo será devuelto, se ofrecerán garantías como el terreno, los frutos que aún no existen pero que se desarrollarán en dichas tierras; o una garantía personal como patrimonio individual. En ciertas ocasiones, la mejor garantía financiera para el acreedor será la de suscribir un documento conexo: el contrato de fideicomiso, a través del cual el deudor se compromete a pagar con las primeras producciones de arándanos que se obtengan y solo si queda un excedente se pueden repartir las utilidades entre los que, en ese momento, sean parte de la empresa. Ello certifica los pagos en cascada hacia el servidor económico.

Llegado a este punto, se recomienda concertar el contrato por escrito debido a la complejidad de las obligaciones que impone y de las cláusulas. En su mayoría, quienes celebran estos acuerdos son personas jurídicas por el poder de representatividad que poseen; ergo, intervienen gerentes o apoderados dotados de la capacidad de influencia suficiente para firmar este tipo de contrato de financiamiento. Se recomienda legalizar las firmas ante un notario o elevar el contrato por escritura pública; no es una exigencia normada, pero evita posteriores inconvenientes. Cabe añadir, que el deudor determina libremente con quién desea adquirir estas responsabilidades, sea con un banco local, extranjero, multilateral, entre otras opciones.

4. Tasas de interés en el contrato de financiamiento

En concreto, para llegar a un acuerdo satisfactorio con la entidad acreedora se requiere definir la cantidad de dinero a negociar para el préstamo y, por otro lado, el plazo en el que debe ser repuesto. Al monto inicial se le suma el calculado con el porcentaje de la tasa de interés interpuesto —este puede ser fijo o variable—, siendo de mayor ventaja el de plazo fijo pues permite proyectar el costo de su compromiso. Respecto al interés, se deben especificar las modalidades en las que se presenta, las cuales son el interés compensatorio y el interés moratorio. El primero refiere al valor que el deudor está dispuesto a pagar por lo prestado, esta es la ganancia de la entidad financiera. En cambio, el interés moratorio se aplica a manera de

sanción para aquel que no pague en la fecha acordada, en tal caso incurrir en una mora.

En algunos contratos se hace mención a la tasa Libor (*London Interbank Offered Rate*) que puede establecer a los 1, 2, 3 o 6 meses. Es una tasa promedio para préstamos interbancarios en el mercado interbancario de Londres. De igual modo, en ocasiones se aplica la tasa *Prime*, que es la tasa interés promedio para clientes *prime*. Tomemos en cuenta que, si bien existe una libertad respaldada a nivel constitucional en el libro de régimen económico de la empresa, también se protege un derecho constitucional que es el de la libertad de fijación de intereses, el cual habilita al Banco Central de Reserva fijar un límite; si este es sobrepasado se incurre en el delito de usura, estipulado en el artículo 1243 del Código Civil Peruano de 1984: "*La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o la imputación al capital, a voluntad del deudor.*" Esta normativa hace referencia a la tasa máxima de interés convencional.

Por otro lado, el artículo 1244 menciona lo siguiente "*la tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú*"; y el artículo 1246, dedicado al pago del interés moratorio, refiere las siguientes líneas: "*Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal*". Resulta acertado entonces dirigir atención a la fijación de las tasas de interés dentro de la celebración de los contratos de financiamiento.

5. Términos de pago y cláusulas discutidas en la negociación

Establecer el modo de pago y las consecuencias de su incumplimiento permite mantener la fluidez en el proceso de devolución. Por ello, en el contrato debe especificarse la mora que va asociada a la fecha de vencimiento del contrato de financiamiento; la moneda en que se realizarán las transacciones; los gastos razonables y debidamente documentados¹; cuándo se va a efectuar el pago; y, si se permite el prepago, que consiste en un pago realizado antes de la fecha pactada, el cual probablemente será imputado al capital. Si esto sucede, el financiamiento se reduce; por ello, es importante dejar en claro a qué se le va a imputar y qué es lo que se busca a través de él.

El acreedor puede anexas valores a su favor por medio de la firma de pagarés incompletos, que tienen tal denominación por presentar espa-

¹ Es necesario establecer quien va a asumir los gastos en los que se incurren para el contrato.

cios en blanco que pueden ser llenados con deberes que beneficien al acreedor como los gastos incurridos en la cobranza, lo que incrementa la deuda.

Es importante también disponer de una cláusula en la cual se expresen las condiciones precedentes para el cierre, de acuerdo con lo negociado por las partes. Otros puntos en consideración dentro de la celebración de un contrato de financiamiento son las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*) y MAE (*Material Adverse Effect*). El primero regula los cambios en las condiciones financieras y económicas del mercado financiero peruano o internacional, así como las situaciones exógenas del deudor que pueden generar incumplimiento. El segundo gestiona las operaciones en las cuales alguna de las partes ya no desea continuar con el negocio, situaciones propias del deudor.

Si el acuerdo se suscribe entre 2 entidades peruanas, la determinación de la normativa aplicable es sencilla; pero si se trata de un banco multilateral se debe examinar la jurisdicción a la cual se acogerá. Igualmente, es de consideración en este proceso la evaluación realizada en torno a la cesión cuya probabilidad es baja; además, se aplicará una cláusula indemnizatoria afectando a la parte que haya otorgado información falsa. En suma, son negociaciones en torno a las cláusulas complejas, pero que resultan necesarias para esta relación contractual. Estos contenidos se pueden colocar pese a que no se reducen a un mandato que exija su aplicación, por lo que requieren ser puestas en discusión.

6. Medios para asegurar garantías en el contrato de financiamiento

6.1. Due diligence

Como mencionamos anteriormente, el contrato comprende también su etapa previa de negociación y un evento llevada en esta es la *Due diligence*, en la cual la entidad financiera se encargará de dimensionar la empresa para tener bajo su conocimiento datos como el capital social con el que cuentan; la cantidad de procesos judiciales que tienen en proceso; la cantidad de trabajadores; el nivel de deudas, entre otros presupuestos que como banco debe saber para el otorgamiento del préstamo. Lo obtenido de este informe se trasladará al contrato de financiamiento.

6.2. Obligaciones de hacer y no hacer

Adicionalmente, se pactarán algunas obligaciones de hacer, en las cuales se detalla el uso que se le dará a los fondos asignados. Por ejemplo, si se trata de préstamo hipotecario, el destino será la compra de un inmueble; en

préstamo vehicular, la compra de un vehículo; en un préstamo corporativo, un proyecto empresarial en concreto. En paralelo, se establecen algunos seguros que la entidad financiera desea pactar, por si se ingresa a una situación de crisis que no le permite efectuar los pagos. También se indican obligaciones de no hacer, como aquellas referentes a una prohibición en torno a mantener cierta estabilidad financiera con la responsabilidad que llevan. Una de las cuestiones a las que la empresa está obligada es que no exista un reparto de dividendos —estos quedarán congelados mientras existan obligaciones que pagar—. Tampoco pueden poner a la venta sus activos de encontrarse en un estado de vulnerabilidad económica ni transacciones con otras entidades porque puede generar una reducción patrimonial.

6.3. Ratios financieras

Como entidad financiera podrá exigir al deudor que conserve ciertas *ratios* financieras mínimas para obrar bajo la convicción de estar cerrando un acuerdo seguro. Estos ejercen una función preventiva, ya que servirán para verificar el deterioro de la capacidad de pago del deudor y permitir a los acreedores actuar con mayor anticipación si decae alguna *ratio* financiera, siendo la principal la *ratio* de endeudamiento.

7. Eventos de incumplimiento

Procurar distinguir entre incumplimiento y evento de incumplimiento. El incumplimiento engloba cualquier evento o circunstancia que, con una notificación, el transcurso del tiempo, la realización de alguna determinación, o alguna combinación de estos factores, se convertirá en un evento de incumplimiento. El evento de incumplimiento alude a la circunstancia descrita que puede generar una oportunidad a la otra parte para realizar el pago o resolver el contrato y exigir el pago.

8. Conclusión

La elaboración de un contrato de financiamiento empresarial no se reduce a la simple redacción del mismo, sino que implica la negociación de los términos a incluir, la evaluación a cada una de las partes contratantes a través de procesos de auditoría, la gestión de las condiciones precedentes al cierre y, finalmente, la redacción y firma del contrato. En ese sentido, se trata de una transacción de gran envergadura, que abarca una serie de etapas a planificar.

Sin embargo, nuestra normativa es bastante escasa al respecto. Si nosotros queremos elaborar un contrato de financiamiento nos debemos remitir a

la práctica anglosajona y a los usos y costumbres en materia empresarial y financiera, que nos permitirán incluir cláusulas idóneas para este tipo de contratos.

9. Respuestas a las preguntas del público

9.1. ¿Es condición necesaria solicitar asesoramiento legal durante la redacción del contrato para obtener el financiamiento?

No se exige, pero es importante por encontrarse el deudor en una situación de desventaja frente a una parte fuerte que es la entidad financiera. Podrían celebrarlo directamente, pero si el solicitante no cuenta con conocimientos en la materia, se puede ver expuesto a la firma de cláusulas abusivas que son importantes de advertidas. Por ello, este tipo de contratos permite la negociación; por lo que, el acompañamiento legal es fundamental.

9.2. ¿Cuál es la fuente de financiamiento más recomendable para una empresa?

Dependerá del tamaño de la empresa y del objetivo trazado. Existen muchas fuentes de préstamos como las entidades bancarias, el préstamo de las financieras, de las cajas municipales, a través de la bolsa de valores, el capital de riesgo, el *factoring*, entre otros. Asimismo, dependerá del objetivo y en cuánto tiempo está dispuesto a devolver el préstamo; por ello, hay que evaluar cada préstamo de forma individual con las particularidades de cada caso.

9.3. Una persona natural que cuenta con un negocio, ¿puede acceder al préstamo y, de ser así, es importante resaltarlo en el contrato?

Sí, puede hacerlo. Lo que se debe tener en cuenta es que, ante el incumplimiento de este préstamo quien asume todos estos riesgos y contingencias de esta deuda no pagada será la persona natural. Mientras que en una empresa, la empresa sería la responsable por los gastos, característica relacionada a su responsabilidad limitada. En el caso de la persona natural, hay responsabilidad ilimitada, por lo que podrían ir en contra de todos los bienes personales.

La relación obligacional en el derecho de contratos desde la perspectiva práctica*

Alexandra Nicole López Noriega**

Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Estado de la cuestión / 2. Hecho y acto jurídico / 3. La relación obligacional / 4. Supuestos de las relaciones obligacionales / 4.1. Obligación de dar / 4.2. Obligación de hacer / 4.3. Obligación de no hacer / 5. Tipo de relación obligacional en un contrato / 5.1. Compraventa / 5.2. Permuta / 5.3. Suministro / 5.4. Donación / 5.5. Mutuo / 5.6. Arrendamiento / 5.7. Hospedaje / 5.8. Comodato / 5.9. Prestación de servicios / 5.10. Mandato / 5.11. Depósito / 5.12. Fianza / 6. Conclusiones.

1. Estado de la cuestión

Inicialmente, las ideas preliminares pueden aludir a una compleja relación entre las obligaciones y los contratos, pero para comprender con más claridad la cuestión, previamente se debe responder a la siguiente pregunta: ¿Qué es la relación obligacional? Para responderla, en principio, se debe señalar que, en el mundo cotidiano, las personas interactúan diariamente dentro de relaciones humanas, comerciales, conflictivas, entre otras. Estas relaciones —dada la naturaleza social del ser humano— pueden o no generar consecuencias jurídicas. Aunado a ello, las personas naturales no son las únicas que pueden establecer nexos, mantener relaciones y contar con finalidades —de tipo subjetivo u objetivo—, sino que también podríamos adjudicar estos devenires a las personas jurídicas.

Por lo tanto, el ser humano establece distintos tipos de relaciones con sus iguales; no la totalidad de estas (relaciones humanas) adquieren importancia o relevancia en el ámbito jurídico. A modo de ejemplificación, las que poseen preeminencia son: la procreación de un hijo, la creación de una

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Civil, Procesal Civil, Administrativo y Constitucional. Miembro del Área Procesal en Los Portales.

sociedad conyugal, entre otros. Esta relación, en principio, debe de importar al derecho; si no se configura dicha situación, no se puede arribar a un análisis obligacional —materia de este artículo—. A tal razón, ¿Cómo identificar cuando una relación entre personas naturales o jurídicas genera una consecuencia jurídica? Para responder la inquietud, debemos retroceder —antes de ingresar al análisis del derecho de las obligaciones y contratos— al estudio del acto o negocio jurídico.

2. Hecho y acto jurídico

Para determinar si un suceso constituye o no un acto jurídico, es menester diferenciar un hecho que sucede en el plano de la realidad fáctica por la obra del ser humano o por su advenimiento sin intervención humana, como un desastre natural. Asimismo, es necesario comprender que la escisión entre un hecho no jurídico y hecho jurídico consiste en que, el segundo es un hecho cuya realización genera consecuencias jurídicas¹. El siguiente punto a analizar es si el hecho jurídico es voluntario o involuntario; en pos de graficar, algunas situaciones que constituyen hechos involuntarios son aquellas en las cuales el elemento volitivo es nulo como en el nacimiento² o la muerte de un sujeto; y en el caso de los hechos jurídicos voluntarios, podríamos conceptualizarlos como aquellos cuyos efectos jurídicos nacen como consecuencia de la realización de una conducta voluntaria del individuo.

La tipología divide a los actos voluntarios en dos: Por un lado, un hecho jurídico voluntario ilícito (aquellos que producen consecuencias queridas, voluntarias cuyos efectos están determinados por las impuestas por las normas jurídicas y que el derecho atribuye como respuesta a la realización de la propia conducta ilícita; en este caso, la conducta voluntaria contraviene las normas jurídicas y su estudio contribuye a la disciplina de la responsabilidad civil); y, por otro, el hecho jurídico voluntario lícito (la conducta voluntaria no contraviene las normas jurídicas y el orden público) el cual configura un acto jurídico.

En ese sentido, el acto jurídico se configura cuando el hecho jurídico voluntario lícito con declaración de voluntad posee un efecto jurídico que es deseado voluntariamente por el autor de la declaración de la voluntad —de forma expresa o tácita—, tratándose de efectos jurídicos deseado por las partes. Realizada estas aclaraciones conceptuales, se facilita la determina-

¹ Estableciendo como ejemplo una relación amorosa con la finalidad de diferenciar un hecho jurídico y uno no jurídico; es posible señalar que la procreación o el nacimiento sí acarrearán consecuencias jurídicas —ciertamente un hito en la historia de la persona natural según el Código Civil—.

² Se podría señalar que para que un individuo nazca, es necesaria una relación consentida entre dos partes que derivaría en la concepción. No obstante, la doctrina no lo considera desde este punto de vista.

ción de una relación jurídica sustantiva parte de la relación obligacional dentro de la manifestación de voluntad. Lo mencionado se reviste de relevancia en cuanto dentro de un proceso civil se debe establecer, antes de la relación procesal, la relación jurídica sustantiva.

3. La relación obligacional

Para responder a la pregunta: ¿Qué es la relación obligacional?, debemos considerar que un hecho jurídico voluntario de carácter lícito con la declaración de voluntad constituye un “acto jurídico” cuyos efectos jurídicos son deseados voluntariamente por las partes; en esa misma línea, aquello que determina cuando estamos frente a una relación obligacional o no, es la declaración de voluntad.

Para una mayor comprensión de lo señalado, presento el ejemplo en el cual se encuentran dos manifestaciones de voluntad emitidas por dos distintos sujetos con sendos intereses; ambas partes buscarán concretar un determinado acuerdo entre ellos con el fin de satisfacer su voluntad u obtener lo que buscan de la otra parte. En adición a ello, la norma jurídica coadyuvará a determinar el tipo de relación jurídica obligacional³. En otros términos, según el acto jurídico que se pretende celebrar, se podrá establecer el tipo de relación obligacional.

Ahora bien, no toda relación jurídica importará al Derecho Civil, dada la alta gama de posibilidades de configurar una relación. Por ello, el hecho jurídico nos permitirá dilucidar la naturaleza de las partes contractuales; por ejemplo, si ambos lados son de carácter privado, sean personas naturales o jurídicas, el derecho interviniente será el civil; mientras que, por otro lado, si una de las partes es la administración pública, esta relación no se regulará por el Derecho Civil, sino por el Derecho Administrativo. Asimismo, el derecho aplicable depende del interés o del objeto de la relación, por ejemplo, si la relación es entre dos estados, se regulará por el Derecho Internacional, incluso cuando el hecho jurídico sea comercial o contractual.

Entonces, para determinar que una relación jurídica posee el carácter de obligacional, debemos considerar lo siguiente: Primero, la naturaleza de la manifestación de la voluntad nos indica que nos encontramos ante la regulación del Derecho Civil —por ejemplo una compraventa de un in-

³ Si se realiza una revisión al ordenamiento jurídico peruano, se puede advertir una tipología de contratos —a nivel civil, internacional, laboral o en el contexto de contrataciones del estado— la cual no solo reviste el carácter de típico —por estar señalada mediante ley—, sino también nominal —ya que el ordenamiento ha determinado que ciertos acuerdos se reiteran a lo largo del tiempo, razón por la cual, tendrá a bien regularlos y adecuarles un nombre—.

mueble pactados por privados, situación de la cual se puede advertir que tanto las partes como los intereses tienen una naturaleza civil, regulada en el Código Civil—. Segundo, observar e identificar al sujeto con calidad de “acreedor” (a quien se le debe algo) y otro (sujeto) con calidad de “deudor” (aquel que debe, ya que se suele realizar la presunción de igualdad de armas entre las partes a pesar de que una de ellas pueda encontrarse en una situación de desventaja como la graficada líneas arriba (la de un deudor).

Tercero, se observa un intercambio de prestaciones (p. ej. en un contrato de compraventa, la prestación del vendedor consiste en entregar el bien y la del comprador implica pagar el precio del bien), en este sentido, podemos encontrar diversos tipos de prestaciones y obligaciones de acuerdo con la naturaleza jurídica y modalidades del contrato. Estos tres elementos mencionados nos permitirán identificar o reconocer a una relación jurídica obligacional regulada por el ámbito Civil.

4. Supuestos de las relaciones obligacionales

Los supuestos de este tipo de relaciones son las siguientes:

4.1. Obligación de dar

Implica el desplazamiento de la acción de “dar”, sea a la parte deudora o acreedora, tales como la entrega de dinero o bienes.

4.2. Obligación de hacer

Refieren a la actividad o el “hacer” como tal.

4.3. Obligación de no hacer

Consiste en la abstención, esto es, no realizar determinada actividad.

En consecuencia, las prestaciones contenidas en todo contrato tendrán esta naturaleza o supuestos; asimismo, esto coadyuvará a identificar el rol de cada parte (acreedor o deudor) dentro de la relación jurídica.

5. Tipo de relación obligacional en un contrato

Para absolver la siguiente cuestión: ¿Cómo determinar el tipo de relaciones obligacional en un contrato?, me remito al artículo 1351 del Código Civil, que al pie de la letra señala: “*El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”. De lo manifestado anteriormente, extraemos al “objeto de la relación obligacional” en un contrato: “patrimonial”. Vale resaltar que en Código Civil encontramos Contratos Típicos que, este cuerpo normativo, ha deci-

dido regular por la concurrencia de la celebración de los mismos. Llegando al fondo de la cuestión que nos reúne, tanto el acreedor como el deudor cambian de denominación en función a la naturaleza del contrato que se celebre —situación cuya determinación es importante en un escenario procesal—, es así que, de la larga lista de los distintos tipos de contratos plasmados en el Código Civil cabe mencionar los siguientes:

5.1. Compraventa

Conformada por vendedor y comprador, en este tipo de contrato no posee una forma *ad solemnitatem*: de obligatoria observancia.

5.2. Permuta

Conformada por permutantes. Consta en el intercambio de un bien por otro bien.

5.3. Suministro

Conformado por suministrante y suministrado, es el tipo de contrato en el cual el suministrante se va a encargar de proveer, “un tipo y cantidad determinada”, un bien en específico.

5.4. Donación

Conformado por donante y donatario, en este, el donante otorga un bien al donatario a título gratuito, es decir, no hay un intercambio de prestaciones.

5.5. Mutuo

Conformado por mutuante y mutuuario, en el cual el primero le entrega cierto bien o dinero a cambio de su devolución.

5.6. Arrendamiento

Conformado por arrendador y arrendatario. El arrendador tiene la facultad de disponer del bien y el arrendatario otorga la posesión del bien.

5.7. Hospedaje

Conformado por hospedante y huésped. Consiste en la cesión del uso de un bien destinado a la habitación.

5.8. Comodato

Conformado por comodante - comodatario, en este, se debe resaltar que el comodatario se compromete a devolver el bien u otro diferente.

5.9. Prestación de servicios

Conformado por comitente y prestador, el comitente es aquel que va a requerir del servicio y el prestador será aquel que brinda el servicio solicitado; la importancia de esta relación se basa en la condición de naturaleza personalísima del contrato, lo que viene a ser lo mismo, para que solo esa persona en específico realice determinada función o actividad.

5.10. Mandato

Conformado por mandante y mandatario, es el tipo de contrato en el cual el mandatario está debidamente identificado para cumplir lo solicitado del mandante.

5.11. Depósito

Conformado por depositante y depositario. El primero deposita un determinado bien, el cual será custodiado por el segundo.

5.12. Fianza

Conformado por acreedor y fiador, en este, el contrato de fianza es uno "accesorio" de otro contrato "principal". Esta relación jurídica relacionada a la primera, pero no sometida, entre el acreedor y el fiador consiste en que el fiador está obligado a cumplir en caso el deudor no lo haga, donde no es necesario que el acreedor acepte. De aquí la importancia de que el fiador este correcta y debidamente identificado.

6. Conclusiones

A modo de conclusión, es de suma importancia analizar, primero, si un determinado hecho constituye o no un acto jurídico, segundo, identificar su naturaleza y a los intervinientes, tercero, observar las normas que regulan el tipo de relación en cuestión. La suma de ello, permitirá establecer correctamente el tipo de relación jurídica obligacional en términos prácticos, la consecuencia inmediata de una identificación adecuada consiste en el caso de un eventual conflicto a nivel inicial (esto es, arbitral), se podrá establecer correctamente cuál es la relación jurídica procesal, en tanto que esta es consecuencia de la relación jurídica sustantiva; si existe algún vicio en la relación jurídica sustantiva, es decir, en el establecimiento de las partes o sujetos, no se logrará la satisfacción completa al solucionar el conflicto.

El derecho de posesión visto desde la praxis*

Jaime Miguel Arambulo Champi**

Abogado independiente en el Estudio Jurídico Miguel Arambulo y Asociados

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La posesión / 3. Servidores de la posesión / 4. Clases de posesión / 4.1. Posesión mediata / 4.2. Posesión inmediata / 4.3. Posesión legítima / 4.4. Posesión ilegítima – buena y mala fe / 4.5. Posesión precaria / 5. Suma de plazos posesorios / 6. Requisitos para una válida transferencia según la Corte Suprema / 7. Mejor derecho de posesión / 8. Defensa posesoria / 8.1. Interdicto / 8.2. Proceso de desalojo / 8.3. Reivindicación / 8.4. Otras defensas / 8.5. Desalojo / 9. Propiedad.

1. Introducción

La posesión siempre va a estar ligada a la propiedad, ya sea porque la primera nace de la segunda; o bien, porque la posesión, al ser la primera institución de los derechos reales, tiene una connotación especial. Inclusive, la regulación de la posesión alcanza los linderos penales con la finalidad de proteger y mantenerla en favor de la persona cuyo derecho haya sido perturbado.

Por ello, la posesión, al ser una institución de primer orden que da la posibilidad de llegar a la propiedad, tiene características intrínsecas que permitirán protegerla; y, si esta es vulnerada, se puede recurrir a la vía civil o penal para ejercer la defensa.

2. La posesión

La posesión es un instituto del Derecho Civil que puede activar sus mecanismos de defensa por medio del Código Procesal Civil o por medio de los procedimientos de investigación penal. Además, está conceptualizada en

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Abogado por la Universidad de Huacho. Abogado Independiente en el Estudio Jurídico Miguel Arambulo y Asociados.

el artículo 896 del Código Civil, el cual precisa "*la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*". De lo último, se puede agregar que la posesión puede ser originaria o derivada.

Un ejemplo de posesión originaria es el siguiente: una persona está caminando por la calle y, de repente, observa una propiedad abandonada a la cual ingresa; de esta forma, se configura una posesión originaria ya que el sujeto ingresó a la propiedad y empezó a realizar conductas posesorias en esta.

Por otro lado, una posesión puede ser derivada cuando una persona, por ejemplo, ostenta la posesión y decide transferirla a un tercero. Así, la persona y el tercero recurren a la notaría, donde la primera indica que desea formalizar esa cesión de su posesión mediante un contrato de transferencia; consecuentemente, se transfiere la situación fáctica de la primera persona poseyente hacia el tercero adquirente. Efectivamente, se solicitarán requisitos como el pago de impuesto predial al día, además del plano perimétrico y memoria descriptiva. Con esta información se realizará una minuta que será formalizada por el notario, y posteriormente, devendrá en un contrato de transferencia de posesión. En estos actos que netamente transfieren la posesión, no lo hacen con la propiedad, por lo tanto, no habilita al poseedor a recurrir a un proceso de reivindicación.

En resumen, la posesión originaria se configura cuando una persona inicia la posesión, mientras que es derivada cuando a un tercero se le es cedida.

La posesión, además, cumple una función de legitimación, en virtud de la cual, determinados comportamientos sobre las cosas permiten que una persona sea considerada como titular de un derecho sobre ella y puede ejercitar en el tráfico jurídico las facultades derivadas de aquel, así como que los terceros pueden confiar en dicha apariencia. Evidentemente, el hecho de que una persona posea determinado bien, implica un acto de presunción de propiedad. Dicho de otro modo, esta conducta posesoria permite que uno pueda transferir ese acto de posesión. Esto genera un tráfico jurídico, ya que, si una persona cuenta con la posesión, le es posible transferirla a una tercera persona, generándose un sistema negocial; por tanto, se configura un tránsito económico.

De lo último, puede erigirse el caso en el cual la transferencia de la posesión acarree un rédito económico y genere un derecho de obligación. Así, el derecho real en referencia permite efectuar dichos tráficos jurídicos en los cuales se puede transferir a un tercero en virtud de la presunción de posesión (en sentido jurídico) a cambio de cierto monto de dinero (en la situación fáctica). Finalmente, otro de sus efectos es la posibilidad de su

conversión en dominio, que es manifiestamente exterior mediante la usucapión.

La idea básica de la usucapión es que el poseedor debe tener conductas posesorias, de las cuales se exigen 3 supuestos básicos: debe ser pacífica, pública y continua. Estos requisitos permitirán alcanzar la titularidad de la propiedad, convirtiendo la posesión en propiedad, la cual se ostenta en virtud de una prescripción.

3. Servidores de la posesión

El artículo 897 especifica lo siguiente sobre el servidor de la posesión: *“no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.”*

Un vigilante de un determinado terreno es un servidor de la posesión, puesto que tiene una relación de dependencia directamente con el propietario que le cede el ingreso para realizar sus labores. El cuidador tiene, en relación directa sobre la propiedad, una posesión, pero no la ejerce para sí, sino a nombre del propietario; cumple las órdenes recibidas. En ese orden de ideas, un familiar del poseedor no puede prescribir porque no disfruta el bien en calidad de poseedor, manteniendo cierta dependencia de un titular, en relación directa de un tercero o por orden y permisividad.

Por lo tanto, no puede ser demandante ni pretender prescripción aquella persona que no ejerce posesión, por lo que el servidor de la posesión no puede solicitar estos puntos detallados.

Un caso real sirve para ejemplificar esta situación: el demandante “A” —el propietario— no demanda a B —el poseedor—, sino a las hijas de este último —servidoras de la posesión—, con la finalidad de que desalojen la propiedad. El real poseedor era B, por tanto, se debió demandar a B y no a sus hijas. Qué duda cabe que se intentó guiar el proceso en contra de las hijas para que, al estas no tener documentos que prueben su posesión, el demandante obtenga una sentencia fundada.

Estas situaciones llevan a concluir que en ciertos contextos se desconoce quiénes son poseedores y servidores de la posesión. Empero, no solo las personas comunes tienen este desconocimiento, sino que incluso los letrados podrían equivocarse. Si bien existen casaciones en las cuales se recalca que el servidor de la posesión no puede ser pasible de desalojo, se configuran situaciones que pueden generar dudas o incongruencias en el caso concreto. Por ello, es importante la distinción del poseedor y del servidor

de la posesión para ejercer una defensa correcta; porque si el operador jurídico tiene en cuenta estas instituciones, definitivamente advertirá las diferencias.

En suma, el servidor de la posesión es aquella persona que se mantiene en la propiedad en virtud de una relación de dependencia del verdadero poseedor, y únicamente se mantendrá en ella en relación con el poseedor; está privado de las acciones e interdictos posesorios, pues no participa de la posesión (Casación N.º 229-2019, Lambayeque).

4. Clases de posesión

4.1. Posesión mediata

Es aquella posesión que ejerce aquel poseedor que tiene una relación directa con la propiedad. Ejemplo: A le arrienda a B un lote; B tendrá una posesión inmediata sobre la propiedad, mientras que A tendrá una posesión mediata. Usualmente, el poseedor mediato es el que tiene la propiedad y la facultad de ceder la propiedad en favor de un tercero. La posesión mediata más conocida se configura en el arrendamiento, en la cual la ejerce el arrendador.

4.2. Posesión inmediata

Aquella en la cual el poseedor disfruta de la posesión dentro de una relación de subordinación con el poseedor mediato. En caso de arrendamiento, la posesión inmediata la ejerce el arrendatario por medio de una renta.

4.3. Posesión legítima

Aquella que es transferida por un acto legítimo. Ejemplo: el propietario transfiere su posesión sin ninguna patología. En este caso, si no hay cuestionamiento sobre la posesión, es legítima.

4.4. Posesión ilegítima - buena y mala fe

Aquella en la cual el verdadero titular del derecho no es conocido. Por ejemplo, si se configura una posesión de un departamento y el arrendador, quien se creía que era el propietario, no lo era, la posesión deviene en ilegítima, puesto que se pudo adquirir la propiedad de diversas formas como la de usurpación. De todo lo expuesto, la posesión es ilegítima pero de buena fe, puesto que el arrendatario pensó que el arrendador era el propietario legítimo.

Se puede mantener la posesión ilegítima de buena fe hasta que el poseedor tenga conocimiento de la situación verdadera, por medio de una carta notarial o un proceso judicial. Empero, aun sabiendo que el poseedor es usurpador, y la persona arrendataria continúa ejerciéndola, se configura una posesión ilegítima de mala fe.

Asimismo, si terceras personas ingresan a la propiedad por medios ilegales, siempre serán poseedores de ilegítimos mala fe.

4.5. Posesión precaria

Aquella en la cual el poseedor cuenta con un título fenecido o no lo tenga (cuando es usurpador). Por ejemplo: si Miguel le transfiere la propiedad a Juan, y este último a Benito, Miguel ha perdido el derecho. Así, el antiguo propietario tendría la calidad de poseedor precario, ya que su título perdió efectividad.

Otro caso real puede esclarecer las ideas planteadas en torno a los tipos de posesión. Un señor inició su posesión en el año 1990, pero en el año 1995 se retiró del inmueble y se lo arrendó a su prima, quien se mantiene en posesión hasta el 2006, por lo que se cuestiona si procede la prescripción a favor de la prima del poseedor originario: la respuesta es no. Su prima, en principio, no tiene conducta de propietario; sin embargo, el que sí ganó la prescripción es el señor, puesto que su posesión mediata ha sido asumida por su prima —que tiene una posesión inmediata—. En los procesos de prescripción, si un sujeto ingresa a una propiedad, la posee y la arrienda a un tercero, el poseedor mediato no pierde la posesión, sino que los plazos prescriptorios siguen acumulándose.

5. Suma de plazos posesorios

La suma de posesiones consiste en la adición del tiempo de posesión de poseedor(es) anterior(es) con el del actual con la finalidad de lograr el plazo exigido por ley para una prescripción ordinaria o extraordinaria. En ese orden de ideas el Código Civil señala, en su artículo 898 que:

“El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien”. En atención a la suma de los plazos posesorios, si existió una cadena de contratos de compraventa o arrendamiento entre A, B y C en torno a la propiedad —cuyos plazos de posesión se computan más años de los exigidos por ley—, se le puede solicitar al juez el otorgamiento de la prescripción, inclusive en posesión extraordinaria.

6. Requisitos para una válida transferencia según la Corte Suprema

La Casación N.º 3446- 2011, Ucayali, ha precisado lo siguiente:

“Conforme expresa el artículo 898 del Código Civil, el poseedor actual (que se mantiene en la posesión de manera directa inmediata, puede adicionar su plazo posesorio de aquel que le transmitió válidamente el bien; debiendo significar que la doctrina ha establecido la coexistencia de ciertos requisitos para la adición de posesiones; a saber:

- a. Quien ejerce la suma debe ser poseedor, haberlo sido o ser acreedor,*
- b. Debe existir un anterior poseedor cuyo periodo será sumado,*
- c. Entrega válida del bien,*
- d. Las posesiones que se suman deben ser homogéneas”.*

Respecto al primer requisito, se puede graficar este ejemplo: A le transfiere a B, y B se lo transfiere a C; quien ejerce la posesión es C, y puede solicitar la prescripción con plazos acumulados, pues pide la suma de plazos posesorios. Sobre el segundo, para la suma de plazos posesorios, es necesario que exista un anterior poseedor. Respecto del tercero, no solo se debe transferir de manera formal, como un contrato privado con firmas legalizadas o una escritura, sino que debe efectuarse la entrega válida del bien, la entrega de la posesión. Sobre lo último, por ejemplo, deben poseer la misma calificación.

Lo que también alude la Corte Suprema es que el acto de transferencia debe estar plasmado formalmente en un documento; además, este acto jurídico debe estar protocolizado con todos los requisitos de una entrega válida sin vicios.

En este sentido, la Casación N.º 2162-2014, Ucayali establece que:

“La suma o adición de posesiones ha sido establecida por razones prácticas que conciernen a la propiedad y a la circulación de la riqueza. En efecto, ella facilita la usucapión o prescripción adquisitiva, con las ventajas que ello supone para la consolidación del dominio, siendo uno de los elementos para su configuración la continuidad del tiempo”.

7. Mejor derecho de posesión

Este término no hace referencia a la propiedad, sino a una situación similar al desalojo definida en los siguientes 3 puntos: *i)* debe existir un propietario con título, *ii)* un tercero poseedor y *iii)* una identificación del bien en cuestión. Estas características son un tanto similares al mejor derecho de propiedad, en la cual una persona debe ostentar un título de propiedad.

En cuanto al mejor derecho de posesión, el juez debe contemplar que una de las partes cuenta con un derecho de posesión amparado en un acto jurídico, mientras que la otra solo desea irrumpir en el bien y afectar, por tanto, el derecho del primero. En este orden, la parte perjudicada puede accionar en vía administrativa, personal, penal.

8. Defensa posesoria

Es aquella que se ejerce por el propietario que ha tomado conocimiento de que existe un usurpador en su propiedad. Este propietario activa todos los mecanismos administrativos y policiales con la finalidad de interponer un procedimiento administrativo cortísimo para que se tenga en cuenta quién ha ingresado a la posesión ilegítima y, por medio de los mecanismos de fuerza, recuperar esa posesión. Entonces, la defensa posesoria no es otra situación jurídica que aquella donde el propietario inicia los mecanismos administrativos o policiales para expulsar al poseedor ilegítimo.

8.1. Interdicto

Es aquella defensa que interpone el poseedor cuando ha sido frustrado el ejercicio de su derecho. En adición a lo mencionado, en el interdicto de recobrar o retener —cuyo requisito básico es que debe acreditarse la posesión—, debe solicitarse dentro del año computado desde la afectación o despojo de la posesión.

Por ejemplo, si A está poseyendo, pero B lo despoja, lo que A puede hacer es ir a la policía y plantear una defensa posesoria, puesto que A es propietario. Si la presentación de este recurso excede el plazo de 15 días, puede interponer una demanda de interdicto de recobrar, y si excede el año lo único que queda es el desalojo.

En suma, la Casación N° 3344-2017, Huánuco precisa que

“en los procesos de interdicto de recobrar no se discute el derecho de propiedad, sino el despojo generado por los actos del demandado respecto de la posesión que ejercía sobre el predio el demandante. Por lo que si se prueba que el acto se encontraba en posesión del predio al momento del despojo, entonces, la demanda debe ser desestimada”.

Es decir, si se prueba que el demandante solicita interdicto de recobrar, pero el demandado acredita que cuando el demandante interpone el interdicto se encuentra en posesión, entonces la demanda debe ser desestimada.

8.2. Proceso de desalojo

Se ventila mediante un proceso sumarísimo donde el demandante ostenta un título para pedir la recuperación de la posesión, y el demandado es aquella persona que cuenta con uno, o teniéndolo ya ha fenecido, por ello puede ejercer el derecho para mantenerse en la posesión.

8.3. Reivindicación

El propietario busca recuperar la posesión; cuenta el título, pero no la posesión y el poseedor que ejerce el derecho no tiene título, en la mayoría de las situaciones. Esta defensa es presentada con la finalidad de ocasionar una salida inmediata del demandado del predio, bajo perseguimiento de lanzamiento. Dentro del proceso de reivindicación suele analizarse quién tiene mejor derecho de propiedad.

8.4. Otras defensas

Dentro de las defensas posesorias se contempla la autotutela y legítima defensa, la cual consiste en la recuperación de la posesión y defensa de la misma, contemplándose el uso de la fuerza mediante actuación inmediata. Asimismo, la defensa posesoria está detallada en el artículo 920.

8.5. Desalojo

El desalojo cuenta con 2 presupuestos básicos establecidos por el IV Pleno Casatorio Civil: que el demandante sea el propietario u ostente un derecho que permita retomar la posesión, y el demandado sea aquella persona que se encuentre en posesión, pero sin título o con título fenecido.

Según la doctrina, los requisitos para el desalojo son: *i*) contar con un título que justifique la posesión (el título puede ser un documento o algún derecho); *ii*) no haber operado la prescripción; *iii*) puede demandar aquella

persona que justifique el derecho sobre el bien (sujetos activos y pasivos), iv) notificar a terceros o a aquella persona que se encuentre en posesión, y v) la acción se plantea contra el demandado-poseedor. Cabe aclarar que se puede demandar a terceros que se encuentren en la propiedad a quienes se le cedió la posesión y, precisar en las pretensiones la solicitud de desalojo contra la persona y los terceros en la posesión. En ese mismo sentido, el demandado debe ser el poseedor, pues no cabría demandar a aquel que no posee la propiedad.

En la Casación N° 2160-2004, Arequipa, se reconoce que el demandante busca recuperar el uso y goce del bien que está ocupado por una persona que carece del título o tiene ausencia absoluta de todo amparo formal que le permita seguir ejerciendo la posesión.

9. Propiedad

La definición de este derecho se encuentra en el artículo 923 del Código Civil: “*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*”. Además, habilita la acción reivindicatoria, la cual según artículo 927 del mismo código, es aquella acción interpuesta por el propietario para poder recuperar la posesión del bien, en tanto el poseedor demandado no haya ganado prescripción: ese es el talón de Aquiles de la reivindicación.

La jurisprudencia, con relación a la posesión y acorde a la Casación N° 3469-2018, La Libertad, precisa que el *derecho a la posesión*, la cual implica que un sujeto ostenta un título que le otorga el poder jurídico de acceder al bien —como ocurre con el propietario, usufructuario, arrendatario, etc— dista del *derecho de posesión*, que surge de un singular modo de actuar sobre los bienes, sea que el poseedor ostente o no un título. Si bien son conceptos claramente distintos, el derecho de posesión se alimenta del derecho de poseer y existe a favor de este, pues en el fondo a través de la posesión se protege al que ostenta el título. De la distinción planteada se deriva, entre otras situaciones, lo siguiente: no todo el que tiene derecho a poseer, posee (por ejemplo, un propietario que no ocupa el bien); y no todo el que posee tiene derecho a poseer (por ejemplo, un arrendatario con contrato vencido).

Es decir, el derecho a la posesión se configura cuando el propietario desea recuperar la posesión —ejercida por una tercera persona— en virtud de su derecho a usufructuar, a disfrutar de la propiedad y ejercer posesión. Como propietario, a pesar de que exista otra persona en posesión, también mantiene su derecho posesorio, por lo que puede interponer una demanda de desalojo y de reivindicación.

El derecho de posesión, en cambio, es aquel que permite mantener la posesión ya sea con o sin título. Puede que un sujeto no posea este último, pero tiene un derecho de posesión; y este derecho le permite que interponer una demanda de desalojo si lo desea.

Por último, en la Casación 2162-2013- Ucayali se establece que, si una persona solicita prescripción, debe ejercer su posesión como propietario. No se puede solicitar la prescripción cuando se asume la posesión en nombre de otros como arrendatario, servidores de posesión o detentadores de la propiedad. Además, si se desea buscar la prescripción en atención al artículo 950 del Código Civil, debe mantenerse una conducta propia de un propietario, además de dar cumplimiento a los requisitos del artículo 505 del Código Procesal Civil, en pos de activar este mecanismo en vía judicial.

Guli tabis macchin pratilistra, maces in si ex movere iam es silinem nitan-dam.

Bus, num niquit. Epon duc tam tam o ego C. Romnem, per acciis. Giliem-que nos rectuus, C. Ucterfi rimurorum isquastem, mante tium dem ta tuid interemod consult orunte nius curbit, omnos nos ius hilicon in terfect or-teris; num signa, nos oc omnonsu piena, ni faciam inatil veriore ad dum audeffrem hil urorium post at, contilis. Itam oponum tissa Senation tam intum pes tempru cultortem pota, supiena, C. Ihilnequam, volis, publis, cla eors vist es! Serei criam molum medien tum partem et vive, manum se que-murnicit vitum poportis, etil cul hora, movirmi hilicer imihi, P. Cultiu es et, quidien dium et retiam ca se num publin sedenih iliciorurei seropublicae re, suloc mis loc, que de patum habessimus. Fultum inum hilicestem sicum sceperdi, viven diis? Mei clus, nul cientista, Catum hente patiuss unium, moven vehenateatur hacci pes consul huctemum tillego mo vid publius senam, unc ves la es aut quam clutus ad demenat, quam et res dum per-fecus, senterum opulius ca aut re hac tam sulius ca nerictus, efecem et ne patio unterip icivatum lium il hocuter ficasdactem liam telarte rudesteatre, meis? Ipsenat udeessi ntrachum tantratquo aurorar ipioret re tus commons idemoraeface es ta, quon ti, comnem ca niam sertie ma, nitatum firis; eor horum ductalintem, fursum nosterf entiliusquem et; estiquo utes Multod avendacto caet deessi ta, meis, ut in hos et? O teribus vissendam nihiliis.

Tum in dea viricae ego te ered me ia nondien ditandi in inam hus is.

Erdiest emente conteri, ut fuidess imulti, me nostiu condementin Itatqua dis ves atabus vigna, con hae, cae conum ia ocutum aucienihic tum ina postride tum ad fui signoti mendemquam auctus labis rebuntiam dessent publicu liciam novis, con publine silibef ecrit, mentem.

La unión de hecho como título posesorio en el proceso de desalojo por ocupación precaria*

Manuel Eduardo Zeña Carretero**
Universidad de San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Mecanismos de tutela de posesión y propiedad / 3. El IV Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 2195-2011, Ucayali) / 4. Consideraciones relevantes en la unión de hecho y sus efectos patrimoniales / 5. Posiciones de la Corte Suprema / 6. Fundamentos de la tesis / 7. Conclusiones.

1. Introducción

El presente artículo expone algunas ideas en torno a la unión de hecho como título posesorio en el proceso de desalojo por ocupación precaria; en pro de analizar si es contemplarla dentro del proceso de desalojo a pesar de no haber sido declarada judicialmente. Aquí se expondrá algunos argumentos a favor de que sea valorada en este proceso judicial.

2. Mecanismos de tutela de posesión y propiedad

Es de suma importancia reconocer cuáles son los mecanismos de tutela del derecho de posesión y del derecho de propiedad, a efectos de diferenciar cuándo estamos frente, por ejemplo, a un proceso de reivindicación o uno de desalojo por ocupación precaria.

Desde luego el derecho real por excelencia es el derecho de propiedad; en este orden, el ordenamiento jurídico, con el fin de brindar protección y

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con especialidad en Derecho Civil. Egresado de la Maestría en Derecho Civil Empresarial de la Universidad Privada Antenor Orrego. Especialización en Litigación Oral por CESJUL y la Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. Socio principal de la Firma Legal "GÁLVEZ ZEÑA ABOGADOS". Becario del XXV Curso de Extensión Universitaria de OSIPTEL. Autor de diversos artículos en Derecho Civil. Conferencista nacional.

seguridad a los derechos subjetivos que reconoce, ha creado herramientas que nos permiten oponerlos frente a terceros que pretenden transgredir a este derecho.

En el caso de la propiedad, se contemplan las acciones de reivindicación y de mejor derecho de propiedad. Se ha desarrollado jurisprudencialmente sus escenarios y presupuestos, desde luego también ha sido nutrida por la doctrina especializada. Por ejemplo, cuando un sujeto se encuentra en posesión de un bien y reconoce que existe otra persona que cuenta con título de propiedad, se debe plantear el mejor derecho de propiedad —que es también reconocida como la acción declarativa de dominio en el derecho comparado—. Mientras que, si no posee el bien, pero cuenta con el título y considera que la persona que se encuentra en ocupación de nuestro inmueble no goza de un derecho real o personal oponible al nuestro, se debe demandar la reivindicación con el propósito de que se declare el ser mejor propietario y se proceda a la restitución del bien.

Por otro lado, el Código Civil en su artículo 896 define al derecho de posesión como “*el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”, léase usar, disfrutar, disponer o reivindicar un bien. Durante nuestro desarrollo legislativo desde el Código Civil de 1984 y el Código Procesal Civil de 1993, se han reconocido distintos tipos de desalojo. Uno de ellos, por ejemplo, el desalojo por vencimiento de contrato y/o falta de pago finalmente fue sustituido por el desalojo por ocupación precaria; el desalojo con cláusula de allanamiento a futuro que fue incorporado por una modificación en el C.P.C. a través de la Ley N.º 30201; el desalojo bajo el proceso único de ejecución que fue incorporado a través del Proceso Legislativo N.º 1177; y por último, uno de los procesos de desalojo anexado recientemente que busca darle mayor eficacia a la restitución del bien es el desalojo notarial, aprobado por la Ley N.º 30933. La característica de este tipo de desalojos es que no han tenido un desarrollo jurisprudencial específico a diferencia del desalojo por situación precaria.

En referencia al desalojo por situación precaria, el origen del término precario en el derecho romano consistía en el contrato verbal que celebraban el precario —la persona que explotaba la tierra— con el *pater familia*, el cual otorgaba la tierra para que la explotara con la condición de que se lo devuelva a su solo requerimiento. Este contrato, cuyo contenido era gratuito, fue la base de lo que se conoce como contrato precario. Más adelante, la jurisprudencia española sostuvo que el desalojo por precario no solamente debía aplicarse en esos casos, sino en todos los casos donde no existiese motivo alguno para continuar en posesión de un bien. Finalmente, en 1984 nuestro Código Civil reconoció en el artículo 911 que el ocupante o la po-

sesión precarios era aquella que se ejercía sin título o con título extinguido, dejando en una situación ambigua los límites de la posesión, generando múltiples discordias entre los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema; ya que, mientras uno otorgaba la interpretación A, otros le daban interpretación B incluso hasta C, lo cual más adelante tuvo que aclararse.

3. El IV Pleno Casatorio Civil (Casación N.º 2195-2011, Ucayali)

En el año 2012 se convocó el IV Pleno Casatorio Civil a propósito de la Casación N.º 2195-2011-Ucayali, sobre la cual la Corte Suprema decidió en ese momento fijar las reglas vinculantes que permitan establecer qué se entiende por ocupante precario, en qué supuesto se puede aplicar el desalojo por ocupación precaria y cuando se hace referencia al título fenecido o extinguido. La Corte Suprema definió al ocupante precario como aquel que no cuenta con título y que no paga ningún tipo de renta; esto es de suma importancia ya que en algunos casos se entendía que si la persona continuaba pagando renta a pesar de haberse extinguido su título no era un ocupante precario, o incluso cuando continúa pagando la renta y no se establecía vencimiento al contrato, lo consideraban precario. Asimismo se señaló cuáles eran los supuestos de ocupante precario por extinción de título; por ejemplo, se acordó que configuraba un título extinguido de acuerdo con los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, referidos a la resolución contractual y a la resolución de pleno derecho; es decir, cuando existía un incumplimiento de alguna de las cláusulas contractuales, se podía requerir su cumplimiento y se declaraba resuelto el contrato y a la persona como precaria, por lo que se puede acudir al órgano jurisdiccional para solicitar su desalojo.

También existía un ocupante precario cuando las partes establecían de mutuo acuerdo —de cualquiera de las causales, como es en el caso en donde no se paga 3 rentas— que el contrato se extinguía en pleno derecho; por lo tanto, ya no era necesario requerir el pago, sino únicamente le enviaba una comunicación notarial indicando que el contrato se resolvía y por lo tanto se convertía en precario. Otro de los supuestos es el caso previsto en el artículo 1704 del Código Civil, conexo al contrato de arrendamiento, el cual es un tipo de contrato de mediación- posesión especial, dado que la norma señala que, cuando el contrato de arrendamiento ha vencido, no se extingue de pleno derecho, sino que se renueva a plazo indeterminado. Por lo tanto, para convertir en precario una persona que tiene un contrato vencido, era necesario enviar una comunicación material solicitándole la restitución del bien. Precisamente esta regla establecida por el IV Pleno Casatorio dejó sin efecto el contrato por vencimiento de plazo cuya com-

petencia era de los jueces de paz letrados, siendo una medida eficaz en cuanto la apelación recaía sobre un juez especializado y no daba lugar a una casación.

El tercer supuesto establecido por la Corte Suprema se relaciona con el artículo 1708 del Código Civil, el cual menciona que, en los contratos de arrendamiento, cuando se transfiera el bien a un nuevo propietario, este podría requerir el bien, salvo que se encuentre inscrito el arrendamiento en Registro Público o que el nuevo propietario por propio derecho se comprometa a respetar el vencimiento del plazo. Si no suceden estos supuestos, el nuevo propietario puede requerir la devolución del bien, ya que el contrato de arrendamiento no es un derecho real, sino un derecho personal, por lo que no se vincula directamente a la persona con el bien, es, en realidad, un contrato entre particulares. En esta línea, no se le puede obligar al nuevo propietario a respetar dicho contrato o dicha relación personal. Otro de los supuestos modificados se configura cuando exista nulidad absoluta y evidente del título, en cuyo caso incluso los jueces pueden declarar dicha ineficacia estructural dentro de la parte resolutive de la sentencia.

4. Consideraciones relevantes en la unión de hecho y sus efectos patrimoniales

De todos los supuestos que se establecieron en el IV Pleno Casatorio Civil, en ninguno de ellos se contempló el siguiente planteamiento:

Manuel y Sofía deciden unirse para escalar de una relación amorosa a una relación convivencial, en la cual deciden comprar un departamento; pero, por diferentes motivos, Sofía contaba con problemas crediticios, de tal modo que resuelven inscribir el departamento únicamente a nombre de Manuel. Luego de muchos años de convivencia, la relación termina ya sea por incompatibilidad de caracteres y/o infidelidad y Manuel se va del departamento, dado que la relación no termino en buenos términos. Tras un tiempo, Manuel demanda a Sofía para desalojarla por ocupación precaria, cuyo fundamento era que el inmueble se encuentra inscrito en Registros Públicos únicamente a nombre de Manuel. En esta demanda también acusa a Sofía de ocupar el departamento de manera precaria sin ningún título y/o pago de renta ¿Qué se puede hacer ante esta circunstancia dado que no existe una declaración de unión de hecho judicial, ni existe pronunciamiento judicial que confirme la relación convivencial de Manuel y Sofía? ¿Con qué herramientas cuenta Sofía para demostrar esta relación de unión de hecho?

Se podría analizar la unión de hecho dentro del proceso de desalojo por ocupación precaria tomando en cuenta las consideraciones que nos dictan

el artículo 5 de la Constitución Política y el artículo 26 del Código Civil. Estos señalan que la unión estable voluntaria entre un varón y una mujer, con los mismos fines del matrimonio, genera una sociedad de gananciales idéntica a la del matrimonio. Esta tratativa patrimonial es importante, ya que a pesar de que la familia cuenta con un reconocimiento fundamental como núcleo de la sociedad, también provoca efectos patrimoniales muy particulares como es la creación de una sociedad de gananciales señalada en los artículos antes mencionados.

5. Posiciones de la Corte Suprema

Para ampliar nuestra visión, reformularemos el ejemplo anterior de dos maneras:

- En este primer supuesto, Manuel y Sofía se separaron bajo las mismas condiciones que el ejemplo anterior, con la diferencia que Manuel no reclama para sí mismo la propiedad del bien, sino que se la vende a un tercero, y este demanda a Sofía exigiéndole, como nuevo propietario, la entrega del bien.
- El segundo supuesto es una situación diferente, ya que Manuel no se separa de Sofía, sino que fallece y los padres de Manuel, que son sus herederos universales, le piden la devolución del bien que está registrado a nombre de su hijo a Sofía.

Estos dos supuestos se recubren de particular importancia, ya que no refieren únicamente a una separación o a un reclamo directo de parte de Manuel a Sofía, sino que aparece en escena un tercero, ya sea por adquisición a título oneroso como es el contrato compraventa, o por una relación a título gratuito como es la sucesión intestada. La Corte Suprema ha elaborado diversos pronunciamientos sobre esta materia, y todos contrapuestos entre sí; por ejemplo, en casaciones como 5361-2007-Lima, 3543-2014-Ica, 3093-2016-Lima Este, 4055-2016-Apurimac, entre otras, la Corte Suprema resuelve que es imposible analizar la unión de hecho no declarada judicialmente dentro del proceso de desalojo porque el proceso sumarísimo es uno muy corto, mientras que la unión de hecho se discute dentro de un proceso plenario. Bajo ese razonamiento la Corte Suprema señala la incompatibilidad entre las vías procedimentales, y que, además, tal como lo señalado en las posiciones vertidas en el Pleno Jurisdiccional Civil, dentro del proceso de desarrollo lo único que se discute es el derecho a poseer, más no se debaten asuntos de familia.

Otra posición ha reconocido que sí puede ser analizada la unión de hecho siempre y cuando hubiese una declaración judicial previa respecto a ella.

En ese caso la situación sería más clara y equiparable al matrimonio, de tal manera que un esposo que se separa de su cónyuge no podría desalojarla porque ya está declarado que dicho bien pertenece a la sociedad de gananciales. Sin embargo, otro conjunto de casaciones la Corte Suprema ha declarado a favor de que la unión de hecho no declarada judicialmente puede servir como título para uno de los convivientes y oponerlo frente al desalojo por ocupación precaria.

6. Fundamentos de la tesis

En este orden de ideas, es menester revisar algunas razones que sirven para fundamentar de mejor manera el derecho a la familia donde surge la unión de hecho y sus efectos patrimoniales. Una de ellas es que la unión de hecho es una vertiente del derecho humano a formar una familia; podemos ver que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffó vs Chile* señala que no existe un modelo único de familia y que la protección que otorga el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referida a la familia no solamente abarca el matrimonio, sino a cualquier otro modelo de familia dentro de los cuales podríamos ubicar la unión de hecho.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Exp. 672-2006-PA/TC señala la importancia de la unión de hecho dentro de la familia; y la Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 4121-2015 Arequipa ha señalado que la unión de hecho constituye una fuente generadora de familia. Ergo, esta institución se establece como una vertiente del derecho humano a formar una familia, por lo que ya no solamente es indispensable por términos patrimoniales, si no que adquiere el rango de derecho humano. Ello permite que, dentro de un proceso de desalojo por ocupación precaria, se pueda analizar si la unión reúne los requisitos de la relación convivencial a efectos de poder considerarla como un título posesorio.

De acuerdo los artículos 303 y 315 del Código Civil el matrimonio genera un régimen de sociedades gananciales. La unión de hecho, al ser una relación muy parecida a la unión matrimonial, también genera un régimen patrimonial idéntico al de la sociedad de gananciales. Esta homologación se contempla en la Ley N.º 30007, la cual modificó el Código Civil y estableció como uno de los sucesores de primer orden a los convivientes y cónyuges supérstites.

Bajo esta perspectiva, en el supuesto mencionado anteriormente donde Manuel fallecía y quedaban como sucesores sus padres, también se podría incluir a Sofia como parte del orden sucesorio principal de Manuel; dado que, configurándose un régimen idéntico que la sociedad de gananciales, y

además ostentando derechos sucesorios, es factible que se analice la unión de hecho como título posesorio.

En el VIII Pleno Casatorio Civil se debatió cuál era el efecto que debía acarrear aquella disposición unilateral de los bienes sociales por uno de los cónyuges. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, después de muchos años de debate, llegó a la conclusión que, cuando uno de los cónyuges disponía unilateralmente del bien social, la enajenación a favor de un tercero era nula por contravenir las normas imperativas —específicamente el artículo 315 del Código Civil—.

En ese sentido al generar la unión de hecho un régimen patrimonial idéntico a la del matrimonio, se configuraría una venta nula en el supuesto mencionado con anterioridad donde Manuel vendía el bien que formaba parte de la relación convivencial a un tercero. A este caso también le resultan aplicables las reglas del IV Pleno Casatorio Civil y del XI Pleno Casatorio Civil, el cual, a través de la técnica del *overruling* modificó una de las reglas vinculantes establecidas en el IV Pleno Casatorio donde se indicaba que si el juez evidenciaba que el acto jurídico por el cual la parte demandante o la demandada solicitaba el reclamo del bien o justificaba su posesión, el juez analizaba esta situación en la parte considerativa y no se pronunciaba en el fallo; pero le permitía establecer dentro de ese análisis, que el demandante o el demandado contaban con un título que no podía ser oponible por nulo, por lo que, en un nuevo proceso, afectando la economía procesal, debía ser analizado a pesar que en este caso se indicaba perfectamente que era nulo.

En la modificación del IX Pleno Casatorio se contempla que, dentro del propio proceso de desalojo por ocupación precaria, cuando se este frente a un acto manifiestamente nulo, el juez podrá declararlo así en la parte resolutive de la sentencia y explicar bajo esa circunstancia por qué declara fundada o infundada la demanda. Ello importa en demasía, en cuanto los argumentos principales sostenidos por la posición perdedora en el Pleno Jurisdiccional Civil alegan que no podría analizarse la unión de hecho dentro del desalojo; ya que la controversia se ventilaba en el proceso lato de conocimiento.

Ciertamente un razonamiento errado, ya que al igual que la unión de hecho, la nulidad del acto jurídico también se debate en un proceso plenario lato. Entonces, bajo estas circunstancias el IX Pleno Casatorio Civil no realizó una modificatoria errónea, sino que, como explica la Corte Suprema, el proceso sumarísimo era un proceso plenario con etapas más reducidas, pero contaba con todas las herramientas y medios probatorios para oponerlos a favor de nuestros intereses. Por lo tanto, haciendo uso de la

regla del IV Pleno Casatorio es posible colegir que al igual que la nulidad del acto jurídico, la unión de hecho podría ser debatida dentro de un proceso de desalojo por ocupación precaria.

Como último argumento a favor de nuestra tesis, el IX Pleno Casatorio Civil ha reconocido la amplitud con la que se constituyen los procesos de cognición para debatir pretensiones complejas. Como ya se mencionó, en este Pleno Casatorio Civil se discutió la posibilidad que, dentro de los procesos de otorgamiento de escritura pública, podría analizarse la validez del título bajo el cual se solicitaba dicho otorgamiento. Siguiendo esta línea, la Corte Suprema señaló que los procesos sumarísimos son procesos plenarios rápidos, dado que no presentan limitaciones en torno a los alegatos que puede formular las partes o los medios probatorios que podrían aportar respecto al fondo del asunto litigioso. Por lo tanto, al ser el proceso de desalojo analizado en la vía procedimental sumarísima, no habría ningún problema para oponer la unión de hecho y analizarla a pesar de que ésta se tramita en un proceso de conocimiento lato; en virtud de un derecho humano que genera un régimen idéntico a la sociedad de gananciales —incluyendo su correlato de Derecho sucesorio—. Además, el IV Pleno Casatorio ha señalado que una pretensión similar a la de nulidad del acto jurídico también puede ser debatida, analizada y estudiada dentro de un proceso sumarísimo.

7. Conclusiones

Cuando en un proceso de desalojo por ocupación precaria la parte demandante alegue como título posesorio uno originado a partir de una presunta unión de hecho no declarada judicialmente, el juez, previo contradictorio, analizará y verificará si se cumplen los requisitos del artículo 326 del Código Civil; y si esta unión le otorga derechos al demandado sobre el bien materia de desalojo que legitime su posesión, lo cual servirá para declarar fundada o infundada la demanda, según sea el caso.

Este análisis sólo podrá realizarse en la parte considerativa de la sentencia, sin que ello importe un pronunciamiento en su parte resolutive, quedando expedito el derecho de la parte interesada para solicitar su reconocimiento judicial en la vía correspondiente.

Dicho lo último, puede someterse a debate la posibilidad de que, al igual que la nulidad del acto jurídico, el juez pueda declarar que existe unión de hecho en la parte resolutive; sin embargo, ya que se hace referencia a una propuesta que todavía no ha sido fijada como regla vinculante, por lo menos se puede evitar que una persona que ha mantenido una unión de hecho pueda ser desalojada de manera arbitraria.

Esta regla vinculante evitaría la injusticia dentro del derecho, para que las parejas puedan dentro de las desavenencias, por lo menos comulgar en cuanto a su patrimonio; y, además porque teniendo una sentencia de desalojo y fundada con evidentes elementos probatorios que denotan una unión de hecho, en un proceso de comisión lato se pueda declarar de manera más fácil, incluso con un juzgamiento anticipado, la declaración de unión de hecho de manera formal.

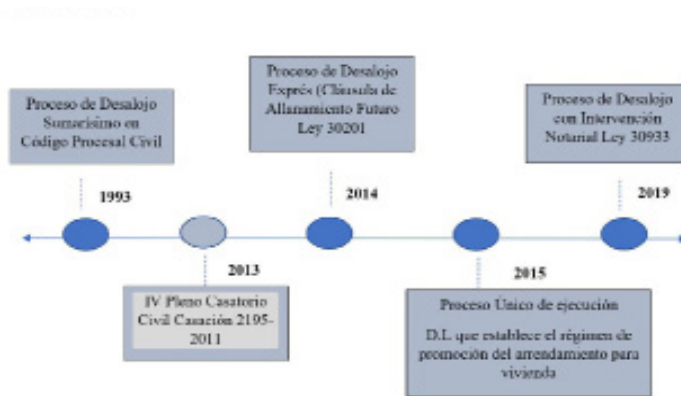
El desalojo en el Perú*

Jhoana Marilin Rodríguez Ludeña**

Especialista en Derecho Civil y Ley de Contrataciones con el Estado

SUMARIO: 1. Línea de tiempo sobre la normativa sobre desalojo en el Perú/ 2. Conceptos normativos respecto del desalojo / 3. El desalojo vinculado al arrendamiento / 4. Esquemas / 5. Respuestas a las preguntas del público.

1. Línea de tiempo sobre la normativa



2. Conceptos normativos respecto del desalojo

El artículo 896° del Código Civil define a la posesión como “*el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”, por lo que se advierte que toda persona que usa o disfruta de un determinado bien es poseedor. En consecuencia, todo el que usa es poseedor y también lo es quien disfruta. Estos dos son, en realidad, los poderes que configuran la posesión.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Especialista en Derecho Civil y Ley de Contrataciones con el Estado.

La posesión se puede adquirir de dos formas: 1) Originaria o unilateral, que ocurre como consecuencia de un hecho propio y exclusivo del sujeto, el poseedor; y 2) Derivativa o bilateral, cuando la transmisión de la posesión se produce de un sujeto a otro. En contraste, la posesión se extingue, entre otros supuestos, por ejecución de una resolución judicial al declararse fundada una demanda de desalojo, siendo sus causas la falta de pago, el vencimiento del plazo y por ocupación precaria (los dos primeros supuestos están vinculados a un contrato de arrendamiento).

La pretensión de desalojo es aquella que tiene por objeto recuperar el uso y goce de inmueble que está ocupado por quien carece de título para ello. Según el artículo 546° del Código Procesal Civil, se tramita en la vía del proceso sumarísimo, que se caracteriza por su celeridad, lo cual es coherente con la naturaleza breve y célere del desalojo. Sin embargo, esta "celeridad" no siempre se consigue en nuestro país: en el caso de los inquilinos arrendatarios morosos, es usual que se critique que el proceso sumarísimo es muy dilatado.

Con la finalidad de superar esta dificultad, en el último lustro se ha regulado diferentes procedimientos que dotarían al desalojo de mayor celeridad, las cuales abordaremos en esta entrega.

En primer lugar, el 28 de mayo de 2014 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N.º 30201 (Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos), que modificó el artículo 594° del Código Procesal Civil al incorporar el llamado "desalojo exprés". La Ley N.º 30201 estableció un procedimiento especial para los contratos de arrendamiento de inmuebles, los cuales debían cumplir obligatoriamente con ciertos requisitos, entre ellos, incluir una cláusula de allanamiento a futuro y contar con firmas legalizadas ante notario público o un juez de paz, o que el contrato debe contener una cláusula a futuro de restitución del bien arrendado. Este tipo de "desalojo exprés" se origina por cualquiera de dos razones: conclusión del contrato o resolución del contrato por falta de pago de acuerdo al artículo 1697° del Código Civil. Sin embargo, la Ley N.º 30201 adolece de imprecisiones, ya que, por ejemplo, no señala explícitamente si es posible la presentación de excepciones durante su tramitación y mediante qué resolución se va a emitir la decisión final, aunque se sobreentiende que debe ser a través de un auto motivado y apelable.

En segundo lugar, el 18 de julio de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N.º 1177 (Régimen de Promoción del Arrendamiento para Vivienda), cuyo Título III regula un procedimiento de desalojo en el que el arrendador puede demandar contra el arrendatario o contra quien posea el inmueble

arrendado la restitución de este mediante el proceso único de ejecución de desalojo. Desde nuestro punto de vista, lo engorroso de este procedimiento reside en que el contrato tiene que estar suscrito a través de un Formulario Único de Arrendamiento destinado a Vivienda (FUA), cuyo contenido es aprobado en el respectivo Reglamento, que entre otros aspectos establece los términos y condiciones esenciales para celebrar los respectivos contratos, los derechos y obligaciones de las partes, así como las causales de desalojo que les resultan aplicables, además de la información necesaria para el adecuado control fiscal, para lo cual se debe requerir la opinión técnica de la SUNAT.

Finalmente, ante los resultados nada auspiciosos del “desalojo exprés”, el 24 de abril de 2019 se publicó la Ley N.º 30933 (Ley que regula el Procedimiento Especial de Desalojo con Intervención Notarial), que estableció la intervención del notario para la constatación de las causales de desalojo y también la del juez de paz letrado para ordenar y ejecutar el lanzamiento. El procedimiento establecido por esta ley es conocido como “desalojo notarial exprés”, que exige como requisitos que el inmueble esté perfectamente individualizado y que el contrato debe estar contenido en un formulario FUA.

Es importante señalar que, según la Ley N.º 30933, el contrato de arrendamiento debe contener una cláusula de allanamiento a futuro, del arrendatario para la restitución del bien inmueble por vencimiento del plazo del contrato o la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta. En este último caso, las causales de desalojo son vencimiento del plazo o incumplimiento del pago de la renta convenida. Como ve, amigo lector, si bien desde el punto de vista legislativo ha existido una preocupación más que justificada para dotar de mayor celeridad al desalojo vinculado al arrendamiento de vivienda, todo ha quedado en buenas intenciones, pues aún no se ha encontrado una solución que permita dotar de mayor tranquilidad a los arrendadores. Hasta la próxima entrega.

3. El desalojo vinculado con el arrendamiento

En caso de arrendamientos sobre inmuebles destinados a viviendas, **¿cómo y sobre qué motivos se puede desalojar a una persona?** Tenemos los siguientes supuestos:

- El tramitado en la vía del proceso sumarísimo (artículo 546º del Código Procesal Civil).
- El tramitado por el Decreto Legislativo N.º 1177.

- El "desalojo exprés" de acuerdo con la Ley N.º 30201.
- El "desalojo notarial exprés" de acuerdo con la Ley N.º 30933.

¿Qué juez es competente cuando el desalojo se tramita en la vía del proceso sumarísimo?

El Código Procesal Civil señala qué juez es competente. Así, tenemos los siguientes casos:

- Si la renta mensual es mayor a 50 URPS, será el juez especializado en lo civil.
- Si la renta mensual es hasta 50 URPS, será el juez de paz letrado.
- En aquellos casos en los que no se haya determinado el monto de la renta, será el juez especializado en lo civil.

¿Cómo se tramita el desalojo de acuerdo con el Decreto Legislativo N.º 1177?

Del siguiente modo:

- El proceso único de ejecución se tramitará contra el arrendatario que se encuentre ocupando o no el inmueble arrendado y, de ser el caso, contra quien se encuentre en el referido inmueble; ante el juez de paz letrado o el juzgado que haga sus veces, de la jurisdicción donde se ubique el inmueble arrendado.
- El arrendador demandará el desalojo indicando la causal en la que sustenta su pretensión. A su demanda debe adjuntar el formulario respectivo y el reporte ante el Registro Administrativo de Arrendamiento para Viviendas - RAV.
- El juez notificará la demanda en el inmueble materia de desalojo para que el arrendatario o quien se encuentre ocupándolo, dentro del plazo de cinco días hábiles, se allane o conteste la demanda acreditando, de ser el caso, la vigencia del contrato de arrendamiento, la cancelación de la rentas convenidas adeudadas o cuotas periódicas adeudadas, o el cumplimiento de cualquier otra obligación que le hubiese sido requerida, según corresponda.
- Vencido el plazo para contestar, el juez debe sentenciar en un plazo máximo de tres días hábiles. De declararse fundada la demanda, la resolución judicial dispone el desalojo, que se ejecutará en el plazo de tres días hábiles contados desde la notificación.

- La resolución judicial que dispone el desalojo y la orden de cumplimiento de la obligación demandada son remitidas por el juez al RAV.

¿Cómo se tramita el “desalojo exprés” de acuerdo con la Ley N.º 30201?

El trámite es como sigue:

- El juez notifica al arrendatario la demanda especial y le otorga un plazo de seis días hábiles para que acredite la vigencia del contrato o la cancelación de la renta.
- Vencido el plazo, si no se acredita lo solicitado, el juez ordenará el lanzamiento en quince días hábiles.
- Si bien la conciliación es una vía previa en el desalojo mediante el proceso sumarísimo, la Ley N.º 30201 no lo establece expresamente, aunque hay jurisprudencia no vinculante que señala que no es necesaria la conciliación.

¿Cómo se tramita el “desalojo notarial exprés” de acuerdo con la Ley N.º 30933?

Se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Este procedimiento no comprende los contratos de alquiler venta, arrendamiento financiero u otros tipos de contratos que incluyan pago para adquirir la propiedad del inmueble.
- Se recurre al FUA solamente cuando el inmueble es destinado para fines de vivienda. Cuando al inmueble se le va a dar otro uso, como comercio e industria (incluyendo vivienda), el contrato tiene que constar en escritura pública.
- Debe consignarse el número, tipo y moneda de la cuenta de abono abierta en una empresa del sistema financiero o en una cooperativa de ahorro y crédito supervisada por la SBS, para que el arrendatario abone la renta convenida en el contrato de arrendamiento.
- Cuando cualquiera de los dos se produce, el notario revisa los requisitos y notifica al arrendatario para que en un plazo de cinco días hábiles acredite que no está incurriendo en causal. Con la respuesta del arrendatario, el notario constata la existencia de causal de desalojo. Si ésta se cumple emite la constancia indubitable del vencimiento del contrato o de la resolución del mismo por falta de pago a través de un acta el

cual constituye título ejecutivo especial.

- Culminada la etapa notarial, el interesado solicita el lanzamiento al juez de paz letrado, dicha solicitud tiene que estar firmada por un abogado.
- El juez revisa y emite la resolución judicial de lanzamiento. El acto de lanzamiento es apelable sin efecto suspensivo

¿Cuál es el contenido del contrato de arrendamiento del “desalojo notarial exprés”?

El contrato de arrendamiento debe contener:

- Una cláusula de allanamiento a futuro, del arrendatario para la restitución del bien inmueble por vencimiento del plazo de contrato o la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta.
- Una cláusula de sometimiento expreso a lo establecido por la Ley N.º 30933 para que el notario constate las causales de vencimiento del plazo del contrato o la resolución por falta de pago de la renta, y el juez de paz letrado ordene y ejecute el desalojo.
- Consignar el número, tipo y moneda de la cuenta de abono abierta en una empresa del sistema financiero o en una cooperativa de ahorro y crédito supervisada por la SBS, para que el arrendatario abone la renta convenida en el contrato de arrendamiento.

4. Esquemas



DESALOJO 2 - "CON CLÁUSULA DE ALLANAMIENTO" (2014)



DESALOJO 3 – FUA (2015)

PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN DE DESALOJO SIN APELACIÓN

(B.L. N.º 1177)



PROCESO ÚNICO DE EJECUCIÓN DE DESALOJO CON APELACIÓN

(D.L. N.º 1177)





5. Respuestas a las preguntas del público

5.1. Inicialmente se firma un contrato de alquiler de un predio; posteriormente, se vence y no se renueva, pero el propietario sigue recibiendo los pagos del inquilino por muchos años. En este caso ¿se puede exigir que el inquilino se retire?

Según el Código Civil, y la libertad de forma de contratar, en principio se debe de analizar si el contrato que celebraron contiene la cláusula de allanamiento futuro, el mismo que va a permitir un desalojo más rápido, el que es denominado Express; sin embargo de no contener dicha cláusula, deberá pedir mediante carta notarial la restitución del bien, y convertirlo en precario; (dicha carta cursada fenece todo título); finalmente es de aclarar que si un contrato se encuentra vencido y el arrendador no formalizo la renovación, el mismo tiene vigencia y con las mismas condiciones hasta que su propietario requiera el bien; valga la redundancia, este requerimiento por parte del arrendador debe realizarse mediante una carta notarial que señale el tiempo transcurrido desde el vencimiento del contrato, convirtiendo al inquilino en precario; en ese momento, procede una demanda de desalojo por sumarísimo, ya que el contrato no tiene una cláusula de allanamiento.

5.2. Si se adquiere un inmueble en una subasta pública y luego se inscribe en Registros Públicos, no obstante, está ocupada y el ocupante se niega a salir del predio ya que continúa abonando los servicios básicos ¿Qué procede según ley?

Cuando se compra un inmueble, este se adquiere con todas las problemáticas que lo envuelven. En el contexto de una propiedad rematada judicialmente —como aquellos predios que son comprados por el banco—, se les comunica a los posesionarios el lanzamiento del inmueble, sin mediar ningún tipo de proceso de desalojo, que cuentan con 15 días para desocupar la propiedad. Si no cumplen con dicho mandato, es parte de la diligencia del nuevo dueño el volver a pedir la ejecución de lanzamiento, nuevamente, sin recurrir a un proceso de desalojo; debiendo recalcar que acá no cabe proceso desalojo; finalmente se debe denunciar resistencia a la autoridad, si se ve frustrado el lanzamiento.

5.3. El inquilino el año 2010 hizo un contrato por un año de un inmueble. Actualmente lleva 11 años viviendo sin un contrato ¿Cuál es la situación del inquilino? ¿podría haber desalojo?

El inquilino que, ocupada el bien, vencido un contrato de arrendamiento, se rige por las mismas condiciones pactadas, hasta que el propietario pida su devolución, debiendo tener presente que con el IV Pleno Casatorio Civil, aquel arrendador que tiene un contrato con vencimiento de pago o uno con falta de pago, deberá mandar una carta notarial que convierta al inquilino en precario tras la petición de restitución del inmueble, para luego demandarlo por desalojo bajo causal de precario, más no por falta de pago o vencimiento de contrato.

Por otro lado, si no se cuenta con el contrato físico, el inquilino puede alegar justo título por los pagos realizados durante y después la vigencia del contrato. No obstante, se debe presentar una carta notarial que corte todo vínculo entre arrendador y arrendatario, y fije la condición del inquilino como precario para posteriormente, accionar un desalojo en vía sumarísima.

El derecho de superficie*

Franco Soria Palacios**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Superficie / 2. Superficie y propiedad / 3. Extensión de la Propiedad Predial / 4. Definición / 5. Características civiles del contrato de superficie / 6. Derechos del propietario del suelo y el del derecho de superficie / 7. Formalidad / 8. Publicidad / 9. Inscripción / 10. Extinción de la superficie / 10.1. Inscripción de la extinción ante Registros públicos / 11. Respuestas a las preguntas del público.

1. Superficie

Hace 30 años, el derecho de superficie era una figura que no contaba con un desarrollo práctico; evidentemente, el Perú era un país distinto, con un nivel de desarrollo diferente al de estos tiempos. Ahora, la aplicación y la materialidad del derecho de superficie es ciertamente grande, dado el constante uso en el mercado inmobiliario.

Nuestro Código Civil regula el derecho de superficie desde el artículo 1030 hasta el artículo 1034. *Grosso modo*, el artículo 1030 establece una noción general sobre el derecho superficie, la cual indica que un superficiario (que es el beneficiario del derecho) goce la facultad de construir temporalmente en propiedad separada sobre o bajo la superficie.

Entonces, el derecho de superficie es un derecho que permite construir en el sobresuelo y/o en el subsuelo, configurándose un desdoblamiento de la propiedad predial. La visión tradicional del derecho de propiedad predial es que la persona es propietaria del suelo, del sobresuelo y el subsuelo, y, si construye una casa de 3 pisos —permitidos por los parámetros urbanísticos— o un sótano, se recurre al principio de acesión para alegar su propiedad.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil: Derecho de los Contratos, Obligaciones, Responsabilidad Civil y el Curso Especializado en Redacción de Contratos y Derechos Reales, organizados por Amachaq Escuela Jurídica del 29 al 30 de abril del 2022.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios en la Maestría en Ciencias Políticas con mención en Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es decir, el principio de accesión consiste en que las construcciones, existentes en el sobresuelo y en el subsuelo, deben ser del titular del suelo debido a la unidad inmobiliaria. Sin embargo, el derecho de superficie es una excepción al derecho de accesión, porque el propietario del suelo, en este caso, al haber otorgado el derecho de superficie a un tercero, no es propietario de las construcciones. Mas bien, estas últimas son de titularidad de un tercero distinto del propietario del suelo, que solo mantiene la titularidad del suelo en sentido estricto; mientras que todas las construcciones suelo arriba y abajo del mismo son de pertenencia del titular del derecho de superficie.

El derecho de superficie en el Código Civil cuenta con un plazo muy extenso de existencia, razón por la cual resulta atractivo para una serie de inversiones y proyectos, pues su duración puede llegar hasta 99 años; a diferencia del arrendamiento que dura 10 años; y del usufructo, que dura 30 años.

A su vencimiento, siguiendo con el artículo 1030 Código Civil, esta persona que es dueña del suelo y que otorgó la superficie a una empresa para que construya en su propiedad "*adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en distinto*". Sobre lo último, uno de los negocios en los cuales el derecho de superficie ha tenido preponderancia es el de los centros comerciales.

El procedimiento es el siguiente: el propietario del suelo firma un contrato de derecho de superficie con la empresa operadora del centro comercial; y esta, vía derecho de superficie, construye el mencionado emporio, donde, usualmente, se pactan plazos de 40 a 60 años. Finalizado el plazo pactado en el contrato, todas las construcciones quedarán a titularidad del propietario del suelo, quien, en principio, deberá reembolsar el valor al antiguo titular del derecho de superficie. De hecho, el precio podría evaluarse mediante la fórmula de devaluación; no obstante, en la realidad y en el negocio inmobiliario, se suele pactar lo contrario: no se debe devolver ningún monto de dinero por la construcción. De tal forma, el Estado acoge que al término de la superficie, la construcción es parte del propiedad del titular del suelo.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 1031, existe una libertad de forma para constituir el derecho de superficie, ya sea por acto entre vivos o testamento, a su vez transmisible salvo prohibición expresa de las partes. Evidentemente, si se desea inscribir en Registros Públicos este derecho, deberá celebrarse una escritura pública.

Respecto de la transmisibilidad, esta podría prohibirse por algún interés del propietario. Por ejemplo, se celebra un derecho de superficie con un grupo X bajo la obligación que este no lo transfiera a terceros; para ello, en la constitución del contrato, se puede colocar una cláusula expresa que mencione esta prohibición.

Consiguientemente, en el artículo 1032, se dispone que este derecho “*puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización*”. En este orden, se complementa con el artículo 1030, pues establece que podría no construirse sobre cierto terreno, pero que esta disposición es necesaria para la mejor utilización del proyecto que se va a construir.

Es menester considerar que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. Si se construye un centro comercial de 4 pisos junto con un sótano de estacionamiento, y sucede un terremoto que destruya esta construcción, el derecho sigue existiendo a pesar del siniestro, pues se mantendrá hasta que termine el plazo. Ante ello, en el artículo 1034, dispone que “*la extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero*”. Es decir, mientras dure la superficie, la propiedad predial sufre un desdoblamiento, el suelo sigue siendo propiedad del titular y la posibilidad de construir en el sobresuelo como en el subsuelo fue otorgada a un tercero que construyó, por ejemplo, un centro comercial.

Cuando se extingue el derecho, ya no existe la superficie, y toda la construcción regresa la propiedad del propietario del suelo donde finaliza el desdoblamiento mencionado anteriormente; no existiría diferencia entre el suelo propio y la construcción hecha por el tercero al momento de la extinción. Todos los derechos sobre el predio (sobresuelo y subsuelo) queden en las manos del propietario.

2. Superficie y propiedad

En el fondo, el derecho de superficie se aproxima al derecho de propiedad. Parte de la doctrina, tanto autores nacionales como internacionales, rescatan esta semejanza, no obstante, su diferencia principal es de un carácter temporal, que permite construir en el subsuelo y sobresuelo por un determinado tiempo.

Entonces, el titular del derecho de superficie podría solicitar una licencia de edificación, así como de habilitación urbana, pues el derecho de superficie se otorga para construir —actividad que requiere una licencia—. Además, el superficiario, en la práctica, se comporta como un propietario.

Por ello, hay que recalcar las diferencias: el derecho de propiedad es perpetuo; el derecho de superficie, temporal. Si el derecho de propiedad, en la literatura clásica, era considerado un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo, que trasciende la vida de la persona; en el caso del derecho de superficie, este derecho es temporal y el Código Civil plantea una duración máxima de 99 años.

De hecho, si se revisa la Ley de Bienes del Estado, Ley N° 29151, el Sistema Nacional de Bienes Estatales y su reglamento, a la superficie se le considera dentro de los actos de disposición, al igual que la compraventa, la permuta y la subasta. Es decir, para el Estado, la superficie es un acto que implica transferencia de dominio en la práctica y en la norma. Por tanto, el procedimiento, los cuidados y la regulación emitidos para realizar un acto de disposición son mayores que en aquellos actos que no impliquen transferencia de propiedad como el alquiler, el usufructo, la servidumbre, la aceptación en uso o cesión en uso.

Consecuentemente, el derecho de superficie es aquel derecho que confiere a su titular el derecho a edificar o a tener una edificación sobre o bajo un terreno —o suelo ajeno— y supone una excepción al principio de accesión. Asimismo, el Código Civil contiene artículos que solucionan las situaciones que implican una construcción en propiedad ajena, en cuanto el propietario del suelo y el de la construcción son diferentes. Evidentemente, esto es una alteración al principio de accesión y a la lógica de la administración, puesto que sin la autorización del propietario del suelo no se puede construir sobre él.

Particularmente, en el caso peruano, donde se observa que existe 80% de construcciones informales, entre ellas las invasiones (muy difícil de desalojar puesto que el proceso es largo), el derecho de propiedad predial es débil.

En la misma línea del derecho de superficie, la doctrina, como Biondo Biondi, establece que *"la superficie es una relación compleja, ya que implica la facultad de construir y de mantener la construcción. Estas dos facultades son inseparables. No se puede mantener sin construir, al igual que no se puede construir sin mantener"*. Evidentemente, el titular de la superficie es el propietario de la construcción mientras dure su derecho, así que él tiene un deber de conservación sobre su construcción. En esta línea, la diferencia del propietario que construye una casa y el titular del derecho de superficie que construye un centro comercial, es nula; ambos deben de realizar los mismos trámites, cumplir el mismo deber de conservación, de pago de impuestos, entre otros.

Si una persona constituye un derecho de superficie sobre un predio para la construcción de un centro comercial, este derecho de superficie se inscribe en una partida especial. Es decir, se abre una partida independiente y nueva donde se especifica el derecho de superficie, y se genera sobre la proporción del terreno otorgado por el propietario de este. Asimismo, se adjunta la licencia de edificación, por lo que son nulas las diferencias entre la situación propiciada por el derecho de superficie y el de propiedad en términos registrales.

En otro sentido, la definición registral que propone Ramón María Roca-Sastre, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, es que *"tiene por objeto tener o mantener en terreno o inmueble ajena una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida por medio del ejercicio de un derecho ajeno de construir o plantar, o en virtud de un acto de adquisición de una edificación o plantación preexistente"*.

3. Extensión de la propiedad predial

El derecho de superficie, en realidad, implica un desdoblamiento del suelo y la superficie y del derecho de propiedad predial; naturalmente es una excepción al principio de accesión. Por otro lado, en los artículos 954 y 955 del Código Civil se establece la extensión de la propiedad predial y la capacidad del titular del predio para edificar hacia arriba o hacia abajo.

Siguiendo la línea del principio de accesión, este cuenta con 2 excepciones: el derecho de superficie y, por otro lado, la constitución del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, también llamada propiedad horizontal (edificios de vivienda, las quintas, los condominios), donde el suelo es propiedad común. Además, a propósito del artículo 955, pueden configurarse casos en los cuales haya distintos propietarios del subsuelo.

Por ejemplo, una persona vende su subsuelo de su propiedad a una empresa para la construcción un sótano de estacionamiento; y, sin perjuicio de ello, también podría vender el sobresuelo a otra persona; puede descomponer el predio en suelo, subsuelo y sobresuelo.

4. Definición

La definición planteada por el Código Civil ha sido precisada por la Ley DUS (Desarrollo Urbano Sostenible, Ley N.º 31313) en su artículo 15. Empero, esta ley no cuenta con vigencia en la actualidad, ya que se encuentra suspendida hasta que se apruebe su reglamento.

En este sentido, para dotar de mayor precisión al tratamiento del derecho de superficie cabe señalar que si bien el suelo le pertenece al propietario, existen derechos mineros debajo de la propiedad los cuales exceden al titular del suelo. De acuerdo con la Ley de Recursos Naturales, el Código Civil y la Constitución, la titularidad de todos los recursos naturales es del Estado, y se explota a través del otorgamiento por concesiones. Asimismo, el propietario del suelo extiende su titularidad hacia abajo, hacia arriba o hasta donde le sea útil económicamente (esta utilidad, en predios urbanos, la municipalidad la define).

5. Características Civiles del Contrato de superficie.

- Es un derecho real —que recae sobre cosas—. Se le otorga dicha nomenclatura porque en Roma a las cosas se les denominaba *res*. Además, es un derecho temporal porque puede durar hasta 99 años.
- Es un derecho inmobiliario porque recae sobre un tipo de inmuebles, en específico, sobre los predios.
- Es un derecho transmisible entre vivos (contrato) o por testamento, salvo que se prohíba la posibilidad de transferir.
- Es gravable y enajenable. Cuando se constituye el derecho de superficie, se abre una partida registral especial en donde está inscrita una superficie a favor del sujeto que tiene en su derecho, y en esa partida está inscrita su derecho de superficie. Allí mismo, inscribirá la construcción o podrá solicitar financiamiento vía hipotecas u otras fuentes. Es decir, puede otorgar en garantía el derecho de superficie para obtener el dinero necesario.
- Permite la modificación de lo construido, pues el derecho de superficie está pensado para que una persona pueda construir sobre propiedad ajena.
- No se extingue por la destrucción de lo construido, ya que el derecho subsiste hasta que culmine el plazo.

En algunos casos las partes prefieren acogerse al derecho de superficie, en vez de una compraventa de la propiedad, por motivos financieros. Comprar la propiedad implicaría una mayor inversión, mientras que la superficie implica el abono de pagos anuales, y la inversión inicial es mucho menor porque se paga un alquiler a lo largo del tiempo. Financieramente, suele ser más conveniente para la ejecución del proyecto.

En la práctica, respecto del pago de rentes del contrato de superficie, normalmente se pactan pagos anuales y son de dos tipos: En el caso de centros comerciales, un monto fijo anual más uno variable, el cual se calcula en función de un porcentaje de la facturación del centro comercial. De esta manera, el propietario del suelo tiene dos fuentes de ingreso: una fija, que es la que se pacta en actualización de cada 2 a 4 años, y un porcentaje a las utilidades del centro comercial.

6. Derechos del propietario del suelo y el del derecho de superficie

El propietario del suelo tiene como derecho:

- El pago de la renta. Tiene un canon, que es un derecho personal y no real.
- La admisión de cláusulas de estabilización en la fijación del canon periódico. Normalmente se pacta que cada cierto tiempo se reajuste por índice de inflación o por algún indicador contemplado en el contrato.
- El concepto de reversión al extinguirse el derecho del superficiario. Cuando se extingue la superficie por vencimiento del plazo, el propietario del suelo también se convierte en propietario de toda la construcción y el derecho se consolida, vuelve a ser uno solo.

El titular del derecho de superficie puede constituir:

- Sobre y/o bajo la totalidad del suelo del inmueble.
- Sobre y/o bajo un parte del suelo del inmueble.
- Únicamente sobre el suelo del inmueble
- Únicamente bajo el suelo del inmueble

7. Formalidad

El Código Civil no establece de manera expresa alguna formalidad para la constitución del derecho superficie. Evidentemente, lo deseable es su ingreso a Registros Públicos mediante la generación de una partida registral la cual servirá de garantía de una hipoteca.

8. Publicidad

Para solicitar la inscripción del derecho de superficie se deberán presentar los siguientes documentos:

- Escritura pública del contrato de constitución del derecho de superficie.
- Planos con coordenadas UTM en caso el derecho se haya constituido sobre una parte del inmueble.
- Pago de los derechos registrales (calificación y registro).

9. Inscripción

La inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble se realiza de la siguiente manera:

- Se inscribirá una anotación en la partida registral del inmueble, sobre el cual se constituye el derecho de superficie.
- Se generará una partida especial.

10. Extinción de la superficie

El Código Civil no regula la extinción del derecho de superficie, dada la antigüedad de la norma. Ciertamente hace 40 años —fecha de la cual data nuestro código— la superficie era figura exótica, pues no era usual su constitución. Siguiendo esta línea, una de las causales de extinción es por vencimiento de plazo o por resolución del título que generó el derecho. Sin embargo, existen más causales desarrolladas por la doctrina, como lo serían el abandono o renuncia del superficiario; por consolidación; por mutuo disenso; por expropiación y por destrucción de la cosa sobre o bajo la cual recae. Aunque, sobre el último punto, para alguna parte de la doctrina no es un supuesto de extinción.

10.1. Inscripción de la extinción ante Registros Públicos

Al extinguirse la partida registral, automáticamente esa partida caduca. Empero, como Registros Públicos no va a inscribir automáticamente esa caducidad o esa extinción, lo conveniente es solicitar la caducidad del asiento de la superficie y el registrador tendrá que cancelar la partida por vencimiento de la superficie. Luego, trasladará toda la edificación que está inscrita en la partida de la superficie a la partida de la propiedad del suelo.

11. Respuestas a las preguntas del público

11.1. Sobre el tópico económico y financiero, llama atención que empresas que van a construir centros comerciales —mediando cuantiosas inversiones— opten por un derecho de superficie en lugar de comprar el terreno. En términos tradicionales, sería lo más normal, pero, por lo visto, financieramente ¿Cuál es la diferencia en proporción? Porque si un inmueble destinado a la construcción de un centro comercial cuesta, por ejemplo, un millón de dólares ¿Cuánto le cuesta el derecho de superficie al constructor?

Tiene varias explicaciones desde el punto de vista financiero. Primero, la compraventa de un inmueble implica dos cosas: tener ya el dinero, o que un banco u otra entidad lo financie; ello implica un esfuerzo inicial para obtener dinero propio o destinado por un financiador. En la superficie, la primera diferencia concreta que suele ser beneficiosa para los operadores comerciales es que no necesita dicho monto inicial, sino uno muchísimo menor ya que la superficie funciona como una especie de alquiler.

Los propietarios suelen pedir un monto relativamente importante al inicio, pero están muy lejos de la cantidad total que costaría comprar el inmueble. Luego de ello, lo demás sería pagado año a año como una especie de alquiler con un monto fijo y un monto variable (con base a la utilidad del negocio).

Entonces, es más conveniente una superficie que comprar por el tema financiero. Además, existe una serie de beneficios tributarios en la depreciación que la superficie genera, situación no contemplada en la compraventa de la propiedad.

Los centros comerciales suelen adquirir superficies por 30 a 50 años. En ese tiempo la inversión ya produjo lo necesario para que el operador comercial pierda preocupación sobre el suelo; probablemente en 50 años el negocio de centros comerciales sea muy distinto al que se tiene en hoy.

Lo que el comerciante realiza es su proyección de beneficios durante el tiempo de superficie, percatándose de que al final del contrato, recuperará mucho más de lo invertido. Su negocio es alquilar espacios y vender mercadería, mas no el suelo mismo. En resumen, no debe pagar la compra del inmueble, su derecho se abona a lo largo de meses, y en el plazo que dura la superficie, el negocio ya rindió todo lo que tuvo que rendir.

11.2. ¿Cómo se protege al superficiario de un embargo u otra demanda que recae sobre el propietario?

Normalmente, a causa de esta posibilidad, los centros comerciales realizan estudios de títulos de forma rigurosa; contratan firmas de abogados especializadas para garantizar que la compra tenga un nivel de contingencia cercano a cero. En el Perú siempre existe un porcentaje de riesgo; sin embargo, es neutralizado antes de la compra.

Por otro lado, la partida de la superficie sirve como una partida independiente. Por ejemplo, si la partida se inscribe en enero del 2022 y en diciembre de 2033 se inscribe una demanda sobre la partida del predio, esa demanda tendrá que esperar los resultados de la superficie, pues por cuestión de prevalencia registral, la superficie tendrá protección. En este tenor, salvo casos muy exóticos o específicos, será difícil que el derecho de superficie pueda ser vulnerado, en razón de las diligencias y estudios previos a la firma del contrato, y a la prelación registral de la superficie.

11.3. En un contrato de superficie, ¿se puede estipular en las cláusulas la prohibición de establecer hipotecas, arrendamientos o que, dentro de un proceso, la superficie se vea afectada por una medida cautelar de embargo?

Sobre la partida de la superficie recaen embargos e hipotecas; las mismas limitaciones que pudieran existir sobre la partida de la propiedad. Se puede embargar, hipotecar, transferir (salvo que haya prohibición del contrato de superficie). Todo lo mencionado se puede realizar en una partida de propiedad, salvo que se haya pactado en el contrato de superficie que se pueda transferir, no más.