

ESTUDIOS Y ANÁLISIS EN TORNO AL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Nuevas tendencias y paradigmas del
Derecho Civil y Comercial en las relaciones
jurídico privadas desde un enfoque
práctico, doctrinario y jurisprudencial

DIRECTORES:

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

COORDINADORAS:

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Marleny Huasco Quispe

ESTUDIOS Y ANÁLISIS EN TORNO AL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**Nuevas tendencias y paradigmas del
Derecho Civil y Comercial en las relaciones
jurídico privadas desde un enfoque
práctico, doctrinario y jurisprudencial**

DIRECTORES:

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

COORDINADORAS:

**Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Marleny Huasco Quispe**

**ESTUDIOS Y ANÁLISIS EN TORNO AL DERECHO CIVIL
Y COMERCIAL**

*Nuevas tendencias y paradigmas del Derecho Civil y
Comercial en las relaciones jurídico-privadas desde un
enfoque práctico, doctrinario y jurisprudencial*

AUTORES:

Esta es una obra colectiva

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Huaccha Galarza, Mayra Alejandra

Huasco Quispe, Marleny

COLABORADORES:

Anchahua Flores, Valery Rouse

Canta Cruz, Yaritza Maricielo

Condori Martinez, Nelly Abigail

Contreras Torres, Oscar Eloy

De La Cruz Serna, Any Miriet

Díaz Coronel, Nicole Alexandra

Guzmán Reyes, Paulo Adrián

Hagei Meza, Mayli Midory

Maldonado Barrial, Issair Daniel

Mostacero Barrientos, Alisson Karina

Motta Silva, Danikza Emma

Nolasco Villanueva, Allinson Milagros

Quispe Carrera, Rafael Antonio

Romero Pizarro, Juan Andreas Bernardo

Salas Casafranca, María Alexandra

Silva Quispe, Paul Anthony

Vargas Gutiérrez, Bryan Steven

Zúñiga Siguas, Bianca Alexandra

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

PRIMERA EDICIÓN DIGITAL – JUNIO 2022

LIBRO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN:

<http://editorialamachaq.com/libro1-privado>

ISBN: 978-612-48692-4-2

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-04108

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.º 822

Queda prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.



ESTUDIOS Y ANÁLISIS EN TORNO
AL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Nuevas tendencias y paradigmas del Derecho Civil y Comercial
en las relaciones jurídico-privadas desde un enfoque práctico,
doctrinario y jurisprudencial

AMACHAQ Escuela Jurídica S.A.C.

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/libro1-privado>

Año: 2022

Edita:

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

El libro de "Estudios y Análisis en torno al Derecho Civil y Derecho Comercial" de Amachaq Escuela Jurídica es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/libro1-privado>

ÍNDICE

PRÓLOGO DEL COORDINADOR

I. DERECHO CIVIL PARTE GENERAL

- **La imprescriptibilidad de las acciones judiciales por actos jurídicos nulos**
Úrsula Rosalía Aniceto Norabuena 21

II. DERECHO DE LAS PERSONAS

- **Mesa de Dialogo:**
Las nuevas fronteras en el derecho de las personas: la protección jurídica a las personas con discapacidad e identidad personal
Angelo Venchiarutti
Carlos Antonio Agurto González
Maria-Pía Guadalupe Díaz Díaz 35

III. DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

- **Accidentes de tránsito: la imprudencia de la víctima en el análisis causal según la jurisprudencia**
Romely Trujillo Hoces 55

IV. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

- **La importancia del derecho de las obligaciones**
Mario Castillo Freyre..... 67

V. DERECHO DE LOS CONTRATOS

- **Los problemas contractuales durante la pandemia Covid-19 desde una perspectiva internacional**
Mauro Grondona 81
- **El artículo 1135 del Código Civil: alcances normativos y confusiones en su aplicación**
Jorge Beltrán Pacheco 95

VI. DERECHO DE SUCESIONES

- **La redefinición del derecho sucesorio post-pandemia**
Manuel Bermúdez Tapia..... 105

VII. DERECHO DE PROPIEDAD

- **La independización de los aires**
Oscar Huerta Ayala 115
- **Cuestiones problemáticas del Derecho de Propiedad ¿Existe una verdadera seguridad jurídica dentro de nuestro sistema de transferencia de propiedad?**
Oscar Guerrero Sánchez..... 115
- **La Tutela Jurisdiccional en Derecho de Propiedad. Una aproximación**
Gelner Morocho Núñez 139

VIII. DERECHO NOTARIAL

- **Prescripción Adquisitiva de Dominio en Sede Notarial**
Óscar Escate Cabrel 151

IX. DERECHO PROCESAL CIVIL

- **Proceso monitorio en el proyecto del Código Procesal Civil**
Liubisa Yong Becaj..... 161

- **La Oralidad en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil**
Pedro Huaccho Trujillo 171
- **Propuestas para acelerar los procesos de desalojo**
Jimmy Ronquillo Pascual 183
- **La oralidad y el proceso civil**
Ruben Gonzales Ormaechea..... 191

X. DERECHO DE LOS ANIMALES

- **Los animales: ¿Objeto o sujetos de Derecho?**
Beatriz Franciskovic Ingunza..... 205

XI. DERECHO COMERCIAL

- **El derecho societario: Entre el dogma y la ciencia**
Cesar Eusebio Ramos Padilla..... 223
- **Mecanismos para desprenderse de socios minoritarios**
Daniel Echaiz Moreno..... 239
- **El acuerdo de confidencialidad**
Joe Navarrete Pérez 249
- **El buen gobierno corporativo hoy**
Juan José Blossiers Mazzini 259
- **Reglas básicas de la contratación pública**
Jorge Céspedes Ramírez 269
- **Los operadores de comercio exterior, autorización y categorización**
Richard Chumbiauca Tasayco 279

PRÓLOGO

Es del entendimiento de aquellos interesados en la investigación y estudio del Derecho y, en específico, en la esfera del Derecho Privado, que este posee una gama de interesantes aspectos que son volubles a ser tratados, todo esto, por el tiempo, relevancia e importancia que tiene la aplicación del mismo en las diferentes problemáticas que han hecho, hacen y seguirán haciendo aparición dentro de la realidad social.

Es así que, desde el área de Derecho Privado de AMACHAQ Escuela Jurídica, nos complace enormemente presentar a cada uno de ustedes la presente producción académica en calidad de obra jurídica. Todos los artículos que podrán encontrar dentro de la presente producción académica partieron de las disertaciones realizadas por diversos ponentes magistrales especialistas en la materia de las diferentes temáticas abordadas.

Nos referimos a lo llevado a cabo durante el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, cuyo eje temático llevó por nombre “Nuevas tendencias y paradigmas del Derecho Civil y Comercial en las relaciones jurídico privadas desde un enfoque práctico, doctrinario y jurisprudencial”; y cuya realización fue desde el lunes 22 al viernes 26 de noviembre del 2021.

Como primer punto a tratar, es necesario arribar a temas fundamentales, como lo son “La imprescriptibilidad de las acciones

judiciales por actos jurídicos nulos” y “Las nuevas fronteras en el derecho de las personas: la protección jurídica a las personas con discapacidad e identidad personal”, temas fundamentales que ayudan a revalorar y recordar los aspectos claves de instituciones como Acto Jurídico y Derecho de las Personas, temáticas que resultan ser indispensables en la formación académico profesional.

En segundo lugar, se podrá ver las reflexiones y aportes en torno a uno de los temas que genera gran controversia y es muy tratado por diferentes especialistas en el campo de estudio de la Responsabilidad Civil, “Accidentes de tránsito: la imprudencia de la víctima en el análisis causal según la jurisprudencia”, por otro lado, encontramos un tema sumamente interesante en torno a “La importancia del derecho de las obligaciones”, que sin duda alguna es muy provechoso de ser revisado y analizado.

Como tercer apartado se tiene a una de las instituciones más ambiciosas dentro del Derecho Privado, es sobre el Derecho de los Contratos en donde girará los siguientes dos temas, estos son: “Los problemas contractuales durante la pandemia Covid-19 desde una perspectiva internacional” y “El artículo 1135 del Código Civil: alcances normativos y confusiones en su aplicación”. Ambas temáticas ofrecen un aspecto práctico único y que además va de cara a la actualización que todo estudiante o profesional necesita.

Seguidamente, no podíamos dejar pasar la oportunidad de contar con el aporte de un especialista en la materia, en este caso, hacemos referencia al Derecho Sucesorio, es por ello que encontraremos el siguiente tema: “La redefinición del derecho sucesorio post-pandemia”, tema que además de ser actual contiene un exquisito análisis dentro de lo que concierne a los sucesos acontecidos luego de la pandemia.

Es indispensable tratar respecto a “La independización de los aires”, y además, no podíamos dejar de lado el tan recurrido Derecho de Propiedad y Notarial que, a la fecha, sigue involucrando más novedades en torno a su estudio, por ello es que tenemos los siguientes temas: “Cuestiones problemáticas del Derecho de Propiedad ¿Existe una verdadera seguridad jurídica dentro de nuestro sistema de

transferencia de propiedad?”, “La Tutela Jurisdiccional en Derecho de Propiedad. Una aproximación”, “Prescripción Adquisitiva de Dominio en Sede Notarial”.

Luego de mencionar someramente los temas anteriores, consideramos fundamental e indispensable dar un espacio justo a lo concerniente al Derecho Procesal Civil y la Oralidad, hablar de ellas, sin duda alguna, ofrecen un campo de nuevas reflexiones que hasta la actualidad se vienen implementando dentro del marco nacional, es así que, encontramos los temas como: “Proceso monitorio en el proyecto del Código Procesal Civil”, “La Oralidad en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil”, “Propuestas para acelerar los procesos de desalojo” y “La oralidad y el proceso civil”.

Como tema, a simple vista desligado de los demás, pero sin perder la relevancia propia que posee, es necesario revalorar lo que ha sido un debate durante muchos años y explicas, además, la conexión que hay respecto a las relaciones jurídico privadas, por ello, es que optamos por brindarle un espacio al tratamiento de “Los animales: ¿Objeto o sujetos de Derecho?”.

Asimismo, asomando nuestra atención dentro del espacio del Derecho Comercial y Empresarial, es esencial apostar por un tema que sea sometido a debate como “El derecho societario: Entre el dogma y la ciencia”. En dicha línea, se suman temas sugestivos como, “Mecanismos para desprenderse de socios minoritarios”, “El Acuerdo de Confidencialidad”, “El buen gobierno corporativo hoy”, “Reglas básicas de la contratación pública” y “Los operadores de comercio exterior, autorización y categorización”, que son aquellos que analizan desde sus diferentes aristas la esfera tan importante como lo es el Derecho Corporativo y Empresarial.

En consecuencia, el área de Derecho Privado, espera que la presente obra sea de suma utilidad para todos aquellos interesados en el estudio, reflexión, análisis y crítica de temas novísimos expuestos en la misma. Desde AMACHAQ Escuela Jurídica, nos comprometemos y reafirmamos el compromiso de seguir contribuyendo con la comunidad jurídica en la búsqueda e incentivo de portales que ayuden

a poder extender el conocimiento, y cultivar el mismo sin parámetro alguno.

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Marleny Huasco Quispe

I. DERECHO CIVIL PARTE GENERAL

La imprescriptibilidad de las acciones judiciales por actos jurídicos nulos*

Úrsula Rosalía Aniceto Norabuena**
Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Eficacia y validez de los Actos jurídicos / 3. Causales de Nulidad de Acto Jurídico / 4. Prescripción de las Acciones Judiciales de Nulidad del Acto Jurídico / 5. Caso Practico / 6. Propuesta de imprescriptibilidad de las acciones judiciales por actor jurídicos nulos / 7. Conclusiones / 8. Respuesta a las preguntas del público.

1. Introducción

En el presente trabajo vamos a abordar un tema controvertido, pero de suma importancia, teniendo en cuenta tanto lo prescrito en los artículos en el Libro de Acto Jurídico y Prescripción y Caducidad del Código Civil de 1984 así como los artículos referidos sobre la Excepción de la acción judicial por Prescripción Extintiva, regulado en el Código Procesal Civil de 1993.

La Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 1519-2008-ICA determinó que la declaración judicial de la prescripción de la acción judicial de nulidad de un acto jurídico no implica que este sea válido, por lo que es posible demandar la nulidad de aquellos actos que sean celebrados posteriormente. Entonces, cabe preguntarse: ¿El transcurso del plazo prescriptorio implica que el negocio nulo se convierta en uno válido? ¿Lo establecido en el art. 220 no es contradictorio con al art. 2001, inc. 1) del Código Civil? ¿la negligencia haber dejado pasar el plazo prescriptorio de las acciones judiciales de nulidad de acto jurídico, convalida un acto jurídico nulo de pleno derecho? Estos y otros hechos es materia de análisis del presente trabajo a continuación.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

**Abogada y Magister por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.

2. Eficacia y validez de los actos jurídicos:

Debemos tener presente que los negocios jurídicos están sometidos a un proceso de calificación y valoración por parte del Ordenamiento Jurídico, y para estos se plantean típicamente no sólo problemas de relevancia o irrelevancia, sino también complejidades con carácter autónomo frente a los primeros, problemas relativos a los fenómenos de validez e invalidez, como también de eficacia-ineficacia.

Del mismo modo, los negocios jurídicos son actos vinculantes de privada reglamentación de intereses, y representan un ámbito de libertad para los particulares. Este ámbito se asume como tal —de libertad— con una relevancia positiva para el ordenamiento jurídico estatal cuando los valores de los particulares portadores sean compatibles con los expresados por el ordenamiento.

Los actos vinculantes son realizados por los particulares con la finalidad de alcanzar un determinado resultado práctico tutelado por nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, resulta conveniente, que en cuanto amparado por el sistema jurídico, se convierta en un resultado jurídico conformado por determinados efectos jurídicos. Esto implica que todos los negocios jurídicos, cuando son celebrados conforme a ley, producen una consecuencia lógica y, necesariamente, efectos jurídicos. En otras palabras, los negocios jurídicos son fuente de efectos jurídicos y son celebrado a fin de que sean productos o productores de estos.

En sentido amplio, el negocio jurídico siempre podrá ser calificado como eficaz o ineficaz, atendiendo a la posibilidad de desplegar los efectos que corresponden a su tipo. El negocio que produce normalmente sus efectos de vinculación subjetiva es eficaz, mientras que, por otro lado, será ineficaz aquel negocio al que cualquier obstáculo o defecto implique o impida que despliegue sus naturales consecuencias.

Podemos citar, también, la doctrina italiana que sostiene que la noción de eficacia entendida en su sentido más amplio agrupa todos los casos en los cuales los contratos no producen los efectos que le son propios. Por lo tanto, no es posible identificar la ineficacia al relacionarla con la falta de efectos. De ese modo, si bien el contrato ineficaz no produce los efectos que le son propios, puede producir otros.

Pero, ¿Qué es acto jurídico? El acto jurídico es una especie de hecho jurídico, siendo que todo acto jurídico es un hecho jurídico, pero no todo hecho jurídico es acto jurídico. Por ejemplo, un accidente de tránsito es un hecho jurídico, pero no es un acto jurídico, pese tener ese hecho relevancia

jurídica. En este sentido, definimos el acto jurídico como un acto humano y lícito con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas; por ejemplo, mediante el acto de contraer matrimonio, se ha creado una institución jurídica denominada sociedad conyugal, se regula sus derechos y deberes de los contrayentes, se modifica cuando se tramita separación de cuerpos y se extingue el vínculo matrimonial por una causal de divorcio.

La eficacia del acto jurídico consiste en la aptitud del acto para producir los efectos pretendidos por un sujeto o los sujetos que lo realizan, por ejemplo, la entrega del bien y el pago de su precio en la compraventa de un bien inmueble.

La ineficacia del acto es la incapacidad o falta de idoneidad del acto para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido o bien porque ciertas circunstancias exteriores al acto impiden sus efectos; por ejemplo, la hipoteca no inscrita en los Registros Públicos es nulo.

En doctrina existe dos clases de ineficacia:

1. La ineficacia estructural llamada también inicial u original o por causa intrínseca que es aquella que se presente al momento de la celebración del acto jurídico, es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación; por esta razón sus características son: a) La coetaneidad al momento de la formación del acto jurídico; b) tiene un defecto en su estructura desde su celebración (defecto en sus elementos o en su presupuesto o requisitos), y c) se fundamenta exclusivamente en el principio de legalidad;
2. Ineficacia funcional, llamada también sobreviniente o causa extrínseca que supone en todos los casos un acto jurídico perfectamente estructurado, en el cual han concurrido todos sus elementos (manifestación de voluntad y la causa o finalidad), presupuestos (el objeto y el sujeto) y los requisitos (la capacidad legal de ejercicio, la capacidad natural (entendida como el actuar con discernimiento), la licitud, la posibilidad física y jurídica, etc., solo que dicho acto por un evento ajeno a su estructura debe dejar de producir efectos jurídicos (por ej., falta de pago de arriendo que puede llevar a la resolución del contrato de arrendamiento).

La validez o invalidez del acto jurídico. El acto jurídico válido reúne todos los elementos, presupuestos y requisitos de la estructura del acto jurídico; en cambio, los actos jurídicos que no reúnen devienen en inválidos. En

efecto, cuando el acto reúne los requisitos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil se dice que el acto es válido, en caso contrario son inválidos. Entonces, el acto jurídico al cual le falta alguno de los requisitos de validez adolece de nulidad y los actos que adolecen de algún vicio es anulable. Nos dice el maestro Aníbal Torres: *“En definitiva, la invalidez constituye la hipótesis principal y característica de la ineficacia del acto jurídico. Es inválido un acto jurídico cuando la ley lo priva de sus efectos normales, por falta de uno de sus elementos, o por ser contrario al ordenamiento jurídico cuando viola normas imperativas, el orden público, o las buenas costumbres (...)”* (p.577).

3. Causales de nulidad de acto jurídico

Hay dos tipos de invalidez de acto jurídico: la nulidad y la anulabilidad, regulados en nuestro Código Civil de 1984.

Las causales de nulidad de acto jurídico están establecidas en el artículo 219 de la precitada norma sustantiva, donde originariamente se reguló 8 causales; sin embargo, el numeral 2) referido: “cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358”, ha sido derogado por la única Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 de setiembre del 2018. A continuación, veamos brevemente el análisis de dichas causales:

Cuando falta la manifestación de voluntad el agente.

Al respecto, el artículo 140, inc. 1) también ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1384, con el siguiente texto: “Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley”. Esta causal implica que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación o declaración de voluntad, significando que ésta es una sola unidad entre la voluntad y la declaración, para su configuración se requiere de dos voluntades: la voluntad declarada (contenido del acto) y la voluntad de declarar (manifestación). Siendo esto así, los supuestos de causal de nulidad son los siguientes: a) Incapacidad natural: sujeto privado de discernimiento y b) error en la declaración, llamado error obstativo, ya que el sujeto por un error ha declarado en forma inconsciente una voluntad distinta a la verdadera.

...

Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Del análisis del artículo 140, inc.2) del Código Civil se concluye que: el objeto del acto jurídico es la relación jurídica, a su vez, el objeto de

la relación jurídica es la prestación y el objeto de la prestación son los bienes, derechos, servicios y abstenciones.

La relación jurídica será válida si su objeto es lícito, posible, determinado o determinable.

La prestación objeto de la relación jurídica debe ser posible y lícito.

Los bienes, derechos y abstenciones, objeto de la prestación, deben ser posibles, determinados o determinables.

La posibilidad es la física o material. La posibilidad jurídica es la licitud.

Solamente la prestación, que es conducta humana, puede ser calificada de lícita, según sean conforme o contraria con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. De tal manera que ni los bienes ni los derechos objeto de la prestación pueden ser calificados de lícitos o ilícitos.

Consecuentemente, el inciso 3) contiene una causal de nulidad por ausencia de ciertos requisitos que son de aplicación al objetivo del acto jurídico.

Cuando su fin sea ilícito

Inciso 4) del artículo 219 señala que el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito. La palabra fin en derecho civil está relacionada al concepto de causa. Entonces, deberá entenderse como aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo, sea ilícita por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del requisito de la licitud, aplicable al fin, que constituye uno de los elementos del acto jurídico.

Cuando adolezca de simulación absoluta.

La simulación no consiste sino en un caso de discrepancia de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros

Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Esta causal está referida al supuesto de que el un acto jurídico solemne o con formalidad ad solemnitaten, no concorra la forma dispuesta por la ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el acto jurídico será nulo (por ejemplo, el derecho real de garantía anticresis debe ser por escritura pública, bajo sanción de nulidad, art.1092).

Cuando la ley lo declara nulo.

Este inciso hace referencia a los supuestos de nulidades expresas o textuales; son aquellas que vienen dispuestas manifiestamente por un texto legal

Nulidad virtual.

Es el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa. Las nulidades virtuales son aquellas que se producen cuando un determinado acto jurídico contraviene una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres. Así, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo es nulo tácitamente.

Con respecto a lo referente a la acción de nulidad, hay consenso en sostener que la nulidad opera de pleno derecho, es decir, *ipso iure*. Por lo tanto, no se necesita previa impugnación o celebración judicial. Para que la nulidad opere como causa de ineficacia no es necesario que sea declarada, los efectos perseguidos no se persiguen por el solo efecto de que el negocio sea nulo, así lo reconocieron los legisladores en la exposición de motivos y comentarios de nuestro código de 1984. Sin embargo, para desconocer a la nulidad de manera eficaz, es decir, para evitar que el negocio jurídico nulo cree una situación de apariencia en la cual pueden ampararse terceros contratantes de buena fe y a título oneroso, será necesario pedir la declaración judicial de nulidad.

Puede ocurrir que, pese a la nulidad del negocio jurídico, y a su ineficacia de pleno derecho, se instaure una situación de hecho. Podríamos, incluso, decir que se haya pretendido instaurarla según los términos del negocio; en reiteradas ocasiones esto representa una situación posesoria no acompañada por el derecho, puede dar lugar a la necesidad o interés de declarar la nulidad como premisa para cesar el estado de hecho contrario para poner fin a una perturbación o bien anticiparse a ella.

Por estas razones, generalmente es recomendable iniciar un proceso judicial solicitando que se declare nulo determinado negocio. Ahora bien, esta pretensión, que va dirigida a obtener una sentencia meramente declarativa, no está sujeta a la prescripción extintiva, aunque ciertamente puede ser paralizada por un hecho de usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, con la consiguiente suspensión de la acción de repetición que se genera cuando sé esta frente a un negocio nulo. Esto significa que existe una relación eminente entre la naturaleza jurídica de la nulidad y del carácter de la sentencia que se pronuncia sobre el caso, así como del plazo que existe para la solicitud de declaración de nulidad de determinado negocio jurídico.

De la naturaleza jurídica de la nulidad, no cabe duda de que esta es el modo más enérgico, eficiente —y por ende— más satisfactorio de reacción del derecho contra los actos que se oponen a sus disposiciones y deriva del hecho de que las sentencias que se pronuncian sobre ellas serán meramente declarativas. Por lo tanto, encontramos la justificación de porqué la acción de nulidad resulta imprescriptible; en otras palabras, es posible indicar que, siendo la nulidad una reacción enérgica dentro de este sistema jurídico frente a un acto de reglamentación de intereses, la sentencia que se pronuncia sobre ella posee un carácter —como lo venimos indicando— meramente declarativo, en cuanto se limita a reconocer una situación que ya ha operado con la sola celebración del negocio. Por ello, no existe un plazo prescriptorio para que la sentencia pueda ser emitida toda vez que al ser declarada se limita a reconocer una situación que ya ha operado *ipso iure*.

Sin embargo, nuestro código Civil, al igual que el argentino, español o francés, fija un plazo de prescripción a efecto de que los intereses demanden la declaración de nulidad de determinados negocios jurídicos. El código civil peruano ha establecido que la acción de nulidad del acto jurídico prescribe a los 10 años. Esta regulación, por la que optaron los legisladores de aquel entonces, puede generarnos una suerte de problemática toda vez que el modelo directo del libro II de nuestro código civil —en la parte de los contratos del código civil italiano de 1942— estableció expresamente que la acción de nulidad es imprescriptible.

Efectivamente, no resulta una novedad para nadie que el articulado del código civil peruano vigente es producto de una denominación pseudo-francesa del acto jurídico; y, también, de una definición germana de la declaración de voluntad y de buena fe por parte del código civil italiano. En suma, si bien es cierto que el código civil regula en su libro segundo el negocio jurídico, esto no es menos que una réplica —muchas veces mal realizada— de las normas del código civil de 1942.

Por lo tanto, si el modelo legislativo de nuestro código —al menos en la parte relativa al negocio jurídico— fue el libro de los contratos del código italiano, cabe preguntarse ¿Por qué el legislador nacional optó por alejarse de la realidad italiana en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad? ¿En qué se basó para establecer un plazo prescriptorio de 10 años? Es bastante lamentable que la exposición de motivos —y los comentarios— no señalen nada al respecto; pero resulta más preocupante que a la fecha —a pesar de haber transcurrido ya varios años— no existen alternativas, sino todo lo contrario, se dejan llevar por lo acontecido en la casación antes indicada.

Por otro lado, nuestro código civil de 1984 —que ya tiene bastante tiempo— amerita realizar cambios, se tiene que regular por parte, no solo de la ley, sino también de la jurisprudencia. En ese sentido, el legislador debe tener muy en cuenta la doctrina entorno a los efectos de la ley que se deroga y las necesidades de las normativas jurídicas al momento de elaborar una nueva ley.

No existe una opinión expresa dentro de la doctrina por parte de los diferentes juristas que nosotros reconocemos. Los legisladores nacionales no han logrado proveernos de una opinión precisa. Podríamos indicar que, si bien contamos con estudios sobre este tema, no se han pronunciado sobre lo contradictorio que resulta el plazo prescriptorio de los 10 años. En síntesis, al día de hoy este tema —el hecho de que una persona pueda venir a interponer una demanda para solicitar como pretensión o excepción la prescripción de los 10 años— resulta altamente perjudicial.

4. Prescripción de las acciones judiciales de nulidad del acto jurídico

En primer lugar, entendemos que el transcurso del tiempo tiene especial relevancia jurídica, por cuanto puede modificar o extinguir una relación jurídica, ya sea como constituyendo una prescripción adquisitiva, ya porque puede extinguir la pretensión como en la prescripción extintiva.

Por otro lado, la figura jurídica de prescripción es una institución jurídica se remonta al Derecho Romano, resultando antes la prescripción adquisitiva y luego la prescripción extintiva. En efecto, la usucapio es un modo de adquirir la propiedad de las cosas, por una posesión prolongado, significando que la inacción del propietario implicaba el abandono tácito de su derecho, resultando que el poseedor consumado en beneficio del poseedor.

Bueno, entendemos que la prescripción es un medio o modo por el cual, el transcurso del tiempo modifica una relación jurídica.

En efecto, el artículo 2219 del Código Civil francés de 1804, establecía: “La prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por transcurrir un espacio de tiempo, en las condiciones determinadas por la ley”.

Al respecto, el Dr. Anibal Torres nos dice: “toda relación jurídica se encuentra sometida a la ley del tiempo”. “Las figuras a través de las cuales se manifiesta la influencia del tiempo en la vida del derecho subjetivo son los plazos, las prescripciones y las caducidades”. También del precitado artículo del Código Civil francés se colige la existencia de dos tipos de prescripción: la adquisitiva y la extintiva. En nuestro sistema jurídico en

el Título I del Libro VIII de nuestro Código Civil. El artículo 1989 a la letra dice: “La prescripción prescribe la acción, pero no el derecho mismo” y, el artículo 2001 de la precitada norma sustantiva establece el plazo de prescripción extintiva, que dice: “Prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1) A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y **la de la nulidad del acto jurídico**”.

En efecto, cualquiera de las causales de nulidad establecida en el artículo 219 del Código Civil al haber transcurrido los diez años, sin haberse interpuesto la acción de nulidad del acto jurídico por el agraviado, queda prescrita y consecuentemente queda válida, pese que la parte in fine del artículo 220, prescribe taxativamente: “No puede subsanarse por la confirmación”.

5. Caso práctico:

Don Antonio Barreto Sánchez en su relación extramatrimonial con doña María Ruiz Olivera, tuvo dos hijos: Manuel y Jesús. Ambos hijos tienen constituida unión de hecho: Manuel con doña Rosa Paredes López. Don Antonio tenía un bien de 160 metros cuadrados en la ciudad de Huaraz, donde había construido una vivienda de dos pisos, de material rústico donde vivía con sus dos hijos, nueras y demás nietos.

Resulta que, en el año 2003, mediante escritura pública, don Antonio celebra en una notaría de la ciudad la transferencia del predio a doña Rosa Paredes López quien es la pareja de uno de sus hijos. Entonces, transfiere el bien en forma total y a título gratuito, compra que tiene inscrita en los registros públicos de esta ciudad.

En el año 2014, don Antonio Barreto Sánchez, sin dejar testamento, fallece. Su hijo Jesús, entonces, propone a su hermano Manuel realizar la sucesión intestada de su padre, para luego tramitar la partición y división. No obstante, se dan con la ingrata sorpresa de que dicho inmueble no era de su causante, sino de la pareja de su hermano; quien supuestamente desconocía dicha donación. Frente a dicha situación injusta e ilegal, Jesús contrata los servicios de un abogado, quien interpone acción de nulidad de acto jurídico y del documento que lo contiene, así como la cancelación del asiento registral. Pero la demandada, Rosa Paredes López, formula la excepción de prescripción extintiva contra la acción planteada, por haber transcurrido más de diez años desde la compraventa de dicho inmueble. En efecto, el juzgado civil declaró fundada la excepción, ordenando su archivamiento. Apelado el auto en la sala civil, se confirmó y concluyó así la expectativa del demandante para recoger la herencia.

Así como este ejemplo existen muchos casos injustos e ilegales que no es amparado por el problema del plazo de prescripción establecido en el artículo 2001, numeral 1 de nuestro actual Código Civil.

6. Propuesta de imprescriptibilidad de las acciones de nulidad de actos jurídicos nulos

Nuestra preocupación es de carácter social y como tal el Derecho tiene que regular un hecho social que se constituye en un hecho jurídico, como, por ejemplo: Don José en su relación extramatrimonial con doña María procrearon dos hijos, Jesús y Alberto; por otro lado, don José tenía como su único bien propio el inmueble ubicado en el Jr. Gamarra N° 780 de esta ciudad de una extensión de 200 M²., donde construyó su vivienda de material rústico. Pero, en el mes de febrero de 2005, celebró un contrato de donación del total de su bien a favor de su hijo Alberto. Este acto jurídico es nulo de pleno derecho por contravenir una norma de orden público; pues, el artículo 725 del Código Civil establece, “el que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente del tercio de sus bienes”. Pero en el presente caso, la persona que dispuesto en un acto gratuito del total de sus bienes ha incurrido en una causal de nulidad. Pero resulta que, fallecido don José en el mes de mayo del año 2017, Jesús le propone a su hermano Alberto tramitar la sucesión intestada de su padre, a efectos de recoger la parte de su herencia; es entonces, Alberto le contesta que el único inmueble de su papá, le fue donado hace más de 10 años a él.

Frente a esta situación Jesús interpone la nulidad de acto jurídico por causal establecida en el numeral 8) del artículo 219, concordante con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y el artículo 725 del acotado; pues, según este último dispositivo “el que tiene hijos (...), puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes”, significando que en el presente caso se ha celebrado un acto jurídico nulo a sabiendas que el donador tenía otro hijo y que de acuerdo al artículo 6, último párrafo de la Constitución Política “todos los hijos tienen derechos y deberes. (...)”. Admitida la demanda y corrido el traslado a demandado Alberto, éste antes de contestar la demanda deduce Excepción de Prescripción extintiva contra acción, amparado en el artículo 446, numeral 12 del Código Procesal Civil y, el A quo, luego de su trámite, resuelve declarando **fundada la excepción**, apelado el Auto, la Sala Confirma.

Con esta decisión judicial quedó sin derecho a la herencia el hermano Jesús, porque ha operado el transcurso del tiempo establecido en el artículo 2001, numeral 1) del Código Civil. Este hecho como otros tantos de similar naturaleza, colisiona con la parte in fine del artículo 220 del Código

Civil que, si bien establece que la nulidad por las causales establecidas en el artículo 219, “no puede subsanarse por la confirmación”, pero resulta que vía de excepción son convalidados los actos jurídicos nulos.

Así como este ejemplo existen muchísimos casos injustos que no es amparado por el problema del plazo prescriptorio establecido en el artículo 2001, inc.1) del actual Código Civil.

Siendo así mi posición personal es que las acciones de nulidad de actos jurídicos regulados en el artículo 219 del Código Civil deben ser imprescriptibles; consecuentemente, deben modificarse el artículo 220, parte in fine debe decir, “las acciones de la nulidad por causales establecidos en el artículo 219 son imprescriptibles”; de igual modo, debe suprimirse la parte final del artículo 2001, inc.1) que prescribe: “y la de nulidad de acto jurídico”.

8. Conclusión

Mi propuesta se sustenta en lo siguiente:

1. Los actos jurídicos para su eficacia y validez tienen que cumplir con los elementos, presupuestos y requisitos en su formación; en caso que no se cumplen con ellos no surten efectos jurídicos queridos, entonces resultan actos jurídicos ineficaces e inválidos.
2. El artículo 219 del Código Civil establece las causales de nulidad de los actos jurídicos y el artículo 220, establece quiénes deben alegar la nulidad, esto es, “quienes tengan interés”, “por el Ministerio Público” y hasta el propio Juez puede declarar de oficio, cuando resulte manifiesta; por eso, en la parte in fine taxativamente prescribe “No puede subsanarse por la confirmación”; es decir, el acto jurídico nulo no puede convalidarse, en cambio los actos jurídicos anulables sí pueden confirmarse, conforme lo establecen los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil.
3. Un acto jurídico nulo de pleno derecho no surte efectos jurídicos. Sin embargo, por la aplicación de la figura jurídica de plazos de prescripción de diez años dicho acto jurídico nulo queda convalidado, con el no estoy de acuerdo.

8. Respuesta a las preguntas del público

8.1. En torno al tema ¿Qué imprecisiones puede encontrar usted en determinadas decisiones que han emitido algunos órganos?

En los últimos tiempos, justamente con todos los protocolos provocados por la pandemia en la que todos hemos sido afectados de alguna manera, podemos indicar que nuestro Código Civil ya amerita realizar cambios; no solamente en el ámbito de los negocios jurídicos, sino también en lo concerniente, por ejemplo, a los derechos reales, sucesiones, familia, etcétera.

Con respecto a los órganos jurisdiccionales, cuando se presentan este tipo de procesos, los señores magistrados, emiten de acuerdo a ley, declarando fundada la prescripción extintiva, ya que se encuentra en nuestra normativa y sólo lo aplican, es por ello que en mi propuesta resalto que se debe de modificar el artículo 220 y el artículo 2021 inc.1. de nuestro código civil, de tal manera que cambiaría las decisiones por los magistrados.

Estas son cuestiones que todavía se tienen que efectivizar y adecuar sobre la base de las circunstancias que se efectúan, además de considerar las perspectivas de las partes.

8.2. Si bien tenemos consagrado el ordenamiento jurídico, así como el apoyo de la jurisprudencia, en torno al tema tratado ¿Qué alternativas o soluciones propone usted para que no se susciten pequeños atropellos dentro de las decisiones que puedan tomar determinados órganos?

Considero que la doctrina debe jugar un rol importante en la toma de decisiones, como se mencionó anteriormente, ya existen investigaciones y trabajos; sin embargo, estos no deben ser evasivos. Se debe profundizar en los temas y atenderlos con la finalidad de poder cambiar —e incluso derogar— algunos que ya se encuentran dentro de nuestro contexto actual.

La alternativa que propongo es que se debe de modificar el artículo 220 y el artículo 2021 inc.1 del Código civil, el primero debe de contener el siguiente texto: “las acciones de la nulidad por causales establecidos en el artículo 219 son imprescriptibles” y el segundo artículo debe suprimirse la prescripción con respecto a las acciones de nulidad del acto jurídico.

Siendo así, cambiaría el panorama de estos casos y el derecho de los sujetos de exigir ante los órganos jurisdiccionales, el derecho que les corresponde.

II. DERECHO DE LAS PERSONAS

Las nuevas fronteras en el derecho de las personas: la protección jurídica a las personas con discapacidad e identidad personal*

Angelo Venchiarutti**

Universidad de Trieste (Italia)

Carlos Antonio Agurto Gonzáles***

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Maria-Pía Guadalupe Díaz Díaz****

Universidad de Turín (Italia)

I

Angelo Venchiarutti

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El interdicto y la inhabilitación / 3. A los casi 20 años de la elaboración del proyecto de Ley N°6 del 2004: Reforma del sistema de protección a los incapacitados / 4. Proyecto de ley para derogar el interdicto y la inhabilitación.

1. Introducción

El tema a tratar es la capacidad jurídica de las personas en la experiencia italiana. El tratamiento de las enfermedades mentales tratadas en un

* Mesa de diálogo llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Profesor de la Universidad de Trieste (Italia).

*** Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad San Martín de Porres, así como de la maestría en derecho civil y comercial de la Universidad de Huánuco. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster por la Universidad de Bolonia y miembro asociado del Centro de Estudios sobre América Latina de la misma universidad (Italia). Doctorando en la Universidad de Turín (Italia). Ha sido secretario técnico del grupo de revisión y mejora del código civil peruano de 1984 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

**** Magíster por la Universidad de Salamanca (España) y por la Universidad de Sevilla (España). Doctoranda por la Universidad de Turín (Italia). Catedrática en la Universidad San Martín de Porres. Profesora de la maestría en derecho civil y comercial de la Universidad de Huánuco.

hospital psiquiátrico, aquellas personas con discapacidades se encuentran progresivamente en una maraña diaria de relaciones patrimoniales con la sociedad.

La situación individual de estas personas discapacitadas es tratada por la Ley de Reforma del sistema de asistencia psiquiátrica N°180 de 1978, debido a que el Código Civil italiano de 1942 resulta insuficiente para tratar la situación jurídica de los enfermos mentales. Por ello, los temas que debe abarcar el derecho privado, entorno a regular legalmente la situación de las personas discapacitadas es la noción de la incapacidad de entender y querer; la actividad contractual del enfermo mental; los tratamientos sanitarios; los institutos de protección; la responsabilidad civil; la obligación resarcitoria causado por un enfermo psíquico y el trabajo.

2. El interdicto y la inhabilitación

Los institutos de protección de los incapaces mayores de 18 años no existe una medida de distinción de modo severo fruto de la concesión de una superación total en el ámbito psiquiátrico. Esto se debe al vacío de regulación para la protección a esta población vulnerable, que se puede apreciar en la actuación del interdicto y de la inhabilitación.

El interdicto debe ser excluido de cualquier actividad jurídica, puesto que ofrecería una protección adecuada a la persona con discapacidad psíquica, debido a que la esencia de la capacidad de actuar en cada ámbito de vida del individuo determina una sustancial propinación de las actividades del interdicto.

Por otro lado, la inhabilitación tiene una incorporación al sistema jurídico evasiva, debido a que no permite adaptar la protección de las necesidades específicas del individuo discapacitado.

El sistema italiano se viene identificado con una gran falta de régimen de protección, que provoca la reducción de los derechos y posibilidades de iniciativas del individuo discapacitado frente a una previsión legislativa con inflexibilidad sobre los instrumentos de asistencia para colmar las crisis e inercia de la persona psíquica.

3. A los casi 20 años de la elaboración del proyecto de Ley N°6 del 2004: Reforma del sistema de protección a los incapacitados

Transcurrido casi 20 años de la elaboración del primer proyecto de Reforma de sistema de protección a los incapacitados, y su aprobación el 09

de enero del 2004, en la Ley N° 6, constituye una arquitectura legislativa, debido a que el legislador siguió el camino de la nueva redacción del Código Civil italiano. Debido a ello, el Título XII del Libro I del mismo código es redelineado a un Capítulo I: *La administración de Apoyo y el Capítulo II a la incapacidad natural, inhabilitación e interdictos*, que son antiguas disposiciones que han sido parcialmente modificadas para regular la situación jurídica de los discapacitados.

La Ley N° 6 del 2004 tiene como finalidad tutelar con la menor limitación la capacidad de actuar de las personas que carecen total o parcial autonómica, en el ejercicio de las funciones de la vida cotidiana mediante medidas de apoyo temporal o permanente. Referente a la expresión de la falta de autonomía del incapacitado, que prescribe el artículo 1 de la misma ley, se manifiesta al desarrollar instrumentos de apoyo para las personas discapacitadas que se encuentran en dificultades de situación de abandono.

El principio cardinal de la presente ley se prescribe en el art. 404 del Código Civil (CC) italiano es que la persona discapacitada podrá ser asistida por un administrador o apoyo en previdencia de una enfermedad o deficiencia psíquica o física, que pueda causar imposibilidad parcial o temporal de satisfacer su propio interés.

La nueva disciplina de la administración de apoyo, que prescribe la presente ley, en el cual se menciona que es la capacidad legal de ejercicio que debe ser observado activamente durante el proceso de nombramiento de un administrador de apoyo, también se apoya en el art. 405 del CC, según el cual el poder representativo o curativo del administrador se limitara a los negocios mencionados específicamente en el decreto de nombramiento.

Referente a la administración de apoyo, la diferencia del contenido de las reglas sobre la interdicción e inhabilitación son evidentes. La interdicción se dedica a atender los propios intereses de los incapaces. En cambio, en conformidad con el párrafo 1 del art. 415 de CC italiano, sobre la inhabilitación precisa que en el estado de enfermedad del incapacitado no debe ser tan grave como para requerir una interdicción, sino que el plano legislativo hace mención de un registro en el tratamiento de enfermedades mentales sobre la variedad de las patologías mentales y la disminución de la capacidad cognitiva de la persona, que constituyen normalmente un proceso de evolución irregular y fluctuante, relacionados a los trastornos con mayor o menor frecuencia de una manera discontinua como estar lucidos, distraídos, etc.

En la primera parte del art. 409 del CC, el beneficiario conserva la capacidad de actuar con respecto de todos los actos que nos refieren la presentación exclusiva o asistencia necesaria del administrador de apoyo.

Otro punto, es lo que se refiere el párrafo segundo del art. 409 del CC, cuando se provee que el beneficiario de la administración de apoyo podrá en cualquier caso realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades de la vida cotidiana del incapacitado. En concordancia a lo dicho, el párrafo 4 del art. 411 del CC, atribuye al juez la facultad determinar las líneas de protección intensa para la operación de la administración de apoyo, y así proteger la situación específica del incapacitado, en la relación entre el momento de la salvaguardia y de la ablación de la capacidad.

El procedimiento ha sido transformado profundamente con la nueva medida de apoyo, puesto que se rompe la ecuación tradicional, es decir, el automatismo de protección de la incapacidad; en cambio se afirman nuevas equivalencias como el decreto de nombramiento de apoyo, a diferencia de la sentencia de interdicción o inhabilitación, que no determinan un status de incapacidad de la persona. El mismo Tribunal Supremo de Italia ha evidenciado como la administración de apoyo se ha introducido en el ordenamiento italiano con el fin de superar las bases de origen del siglo XIX, que contemplaba al enfermo mental sujeto a régimen jurídico especial y a la relación capacidad e incapacidad en una ineludible alternativa configurando un vacío con el nuevo instrumento.

Por el contrario, en la actualidad la protección podrá ser graduada en relación a las necesidades del beneficiario con el fin de revalorar su capacidad residual evitando a la media de la posible la administración de capacidad de decisiones.

4. Proyecto de ley para derogar el interdicto y la inhabilitación

A los 15 años de la entrada en vigor de la ley N°6 del 2004, se discute la aprobación de un proyecto para abolir la interdicción y la inhabilitación con la finalidad de constituir un sistema inspirado y orientado a los derechos de las personas incapacitadas protegiendo su dignidad personal.

Las características negativas de la interdictos e inhabilitación son múltiples. Una de ella, es que, con la interdicción, la persona incapacitada se coloca en un status legal equivalente a una muerte civil al declararse incapaz.

Esto conlleva a la exclusión total del actuar o conducta que produzca efectos jurídicos, entonces, la protección tiene consigo un valor punitivo

y excluyente. Es cierto, que el espacio de aplicación de las medidas de protección tradicionales es totalmente residual, debido a la difusión de la nueva cultura de apoyo introducida por la Reforma de la Administración de Apoyo y, por la jurisprudencia del Tribunal Constitución y el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo mencionó que la interdicción y la inhabilitación quedaron relegadas a rango de último recurso por la reforma del 2004; no obstante, en algunos casos los jueces todavía consideran inexplicablemente, especialmente que la interdicción es la medida más protectora, y esta situación es muy alarmante y negativo al asumir el riesgo de construir una dependencia entre el interdicto judicial y los hechos del lugar donde se reside. Además, en favor de la abolición de la interdicción y de la inhabilitación, es necesario recordar los principios consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Último punto, en el proyecto de reforma decidieron derogar la interdicción e inhabilitación con la finalidad de constituir un sistema mejorado de la disciplina de la administración de apoyo. El sistema de protección se concentrara únicamente en la medida de administración de apoyo, los destinatarios serán todas las personas que carecen total o parcialmente de autonomía para realizar las actividades de la vida diaria; esto será posible por el carácter flexible de la administración de apoyo, y así se puede modular en relación a las necesidades específicas del interesados con la derogación de la interdicción y la inhabilitación con respecto a las personas incapacitadas con la previsión total o parcial de la capacidad jurídica para actuar, y se sustituye por la posibilidad de una incapacitación funcional, que se refiere a que la incapacitación solo afectara a los actos, específicamente mencionados en la ley, mientras que para todos los demás actos el beneficiario conserva su intacta su soberanía .

Carlos Antonio Agurto Gonzáles

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Un cambio radical en el Derecho / 3. La importancia del Código Civil de 1984: derecho de las personas / 4. Los aportes de la jurisprudencia sobre el derecho de las personas / 5. La capacidad jurídica en el CC peruano de 1984 /6. Conclusión.

1. Introducción

El Libro I del Código Civil, en la parte de derecho de las personas, tiene un desarrollo histórico importante, respecto a la regulación del CC de 1852 y del CC 1936, que en cierta medida reflejan las codificaciones que fueron su fuente de inspiración: el Código Civil alemán y el Código Civil francés, que se

concentraban en la protección de la tutela de la propiedad y el patrimonio¹. En el Perú, Carlos Fernández Sessarego estudió las más importantes codificaciones del mundo, así como el fenómeno de pensamiento conocido como “existencialismo”, que influyó en el campo jurídico también (principalmente gracias a sus aportaciones). Aquello cambió el foco en el ámbito jurídico, de un eje concentrado en el patrimonio principalmente, para enfocarse en la persona en sí.

2. Un cambio radical en el Derecho

Este cambio de eje del patrimonio a la persona es radical en el Derecho, puesto que la persona, en un primer momento, había sido olvidada totalmente en los códigos. Existe un cambio de eje de perspectiva, es decir, una nueva fase en el Derecho, debido a la influencia del fenómeno del existencialismo y como consecuencia del personalismo jurídico, que se originó en el contexto de las guerras mundiales; esto provocó una reflexión profunda en el jurista sobre la fragilidad humana, por lo cual apareció, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como una valoración de la persona en el Perú².

El Libro de Derecho de las Personas de 1984 representa un salto de ideológico, puesto que los códigos son obras que se encuentran en un contexto histórico, que se están cargados ideológicamente, por ejemplo: la revolución francesa influyó en la redacción del Código Civil francés.

El Código Civil peruano de 1984, en la parte de derecho de las personas, refleja unas series de cambios, aportes y transformaciones de ideología. Uno de los grandes aportes del CC peruano es el reconocimiento de la categoría de sujeto derecho - y la superación de la expresión de la personalidad-, que es solo la forma de ser del sujeto, siendo los derechos del ente, del ser humano. Los derechos en sí les pertenecen a las personas, por eso que el CC peruano de 1984 destierra la expresión personalidad, además que es un concepto hueco y vacío. Los modernos estudios de la psicología y del psicoanálisis demuestran que la personalidad es el modo de ser del sujeto, por lo que no pueden existir derechos del “modo de ser”, también tómese en cuenta la revolución de los derechos fundamentales, hace que la utilización de la expresión personalidad quede superada. Los derechos de la personalidad no existen, debido a que la persona -el ser- es el centro del Derecho, no la personalidad, que es su modo de ser.

1 Lo menciona también Guido Alpa en su libro, escrito junto a Giorgio Resta, *La persona física e i diritti della personalità*, Utet, 2019.

2 Recordamos los aportes de Francisco Miro-Quesada Cantuarias y José León Barandiarán, y una serie de intelectuales que reflexionaron sobre el ser humano, y señalan que el Derecho debe ser más humanizado y personalista, y constituyendo el humanismo jurídico.

3. La importancia del Código Civil de 1984: Derecho de las personas

Las cuatro categorías del sujeto derecho, especialmente la protección del concebido que proviene de una tradición genuina del Derecho de América del Sur desde el siglo XIX, base para la posterior teoría de la subjetividad (aporte del CC peruano de 1984). Evidentemente, esto no implica que no se deba dejar de tutelar a los animales ni menos al medio ambiente; obviamente, tienen relación relevante para la humanidad. Se les protege porque son entes que necesitan y merecen protección jurídica, pero no deben distorsionarse las categorías que protegen al ser humano, como la del sujeto del derecho.

La protección de los derechos en el CC de 1984 es más rica que en los códigos precedentes (por ejemplo: la voz, la intimidad, el domicilio, el daño a la persona, etc.).

Existe una “teoría de la dependencia cultural” en relación con la cultura occidental, cegando la posibilidad de reconocer aportes originales en el Derecho de América Latina. No obstante, en el Libro de Derecho de las Personas del cc peruano de 1984 las contribuciones son muy ricas, por ejemplo, la categoría del “sujeto de derecho” considerada por Juan Espinoza Espinoza y Enrique Varsi Rospigliosi como uno de los mayores aportes del derecho peruano.

El tema de identidad es un tema importantísimo, que Fernández Sessarego no pudo colocarlo en el CC vigente porque los miembros de comisión codificatoria no entendían el referido derecho (algo que pasaba incluso también en Europa, en experiencias tan desarrolladas como la italiana). Pudo hacerlo en la Constitución, gracias a su influencia en su discípulo Carlos Torres y Torres Lara, uno de los redactores de la carta magna de 1993, al introducir dos derechos: derecho a la identidad personal y el derecho al bienestar. Entonces, se tiene ahí otro aporte. El tema del daño a la persona (por ejemplo: daño al proyecto de vida y las otras voces de daño) que está consolidado tanto en la jurisprudencia de los Derechos Humanos como también en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. La clasificación del daño patrimonial y no patrimonial, utilizada por cierto sector del formante doctrinal peruano, no tiene sustento legislativo en el código civil vigente, además que se centra en el patrimonio, como las antiguas concepciones del siglo XIX.

4. Los aportes de la jurisprudencia sobre el derecho de las personas

Es la jurisprudencia la gran defensora de los derechos de las personas en el Perú. Por ejemplo, recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha dispuesto una lectura orientada en el orden de los apellidos. Si bien el CC vigente no ha establecido un orden, generalmente, las instituciones públicas, como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), consideraban que el orden era prelativo: primero el apellido del padre y luego, de la madre. Sin embargo, el TC ha indicado que, en realidad, tiene que haber una lectura constitucional con enfoque de género respecto a los apellidos.

5. La capacidad jurídica en el Código Civil peruano de 1984

En citado Libro primero dedicado a las personas del código civil cuenta con una serie de aportes, por ejemplo, sobre la persona jurídica, comprendida como un sujeto de derecho, en la realidad tridimensional de la experiencia jurídica.

La teoría tridimensional (creada por Carlos Fernández Sessarego en Perú en 1950 y en Brasil por Miguel Reale en 1953) ingresa al Libro de Personas y subyace, precisamente, en el articulado del Código Civil cuando se define la asociación, comité, fundación y comunidades campesinas y nativas.

Respecto a las organizaciones de personas, base de la persona jurídica, tal expresión indica siempre al ser humano. Asimismo, en el derecho comparado, es interesante evidenciar que el Código Civil chino, vigente desde enero de 2021, también reconozca que las personas jurídicas son organizaciones, con lo cual nos alejamos de la *fictio* de Federico Carlos de Savigny, la posición organicista de Otto von Gierke, la normativista kelseniana, y entre otros. La organización de personas (aspecto ontológico, la conducta humana), que con un fin valioso (aspecto axiológico, que puede ser altruista como la fundación o crematista como una empresa), necesita la inscripción en registro (aspecto normativo); he aquí la teoría tridimensional del ente colectivo, lo que ha llevado tanto a Juan Espinoza Espinoza y Enrique Varsi Rospigliosi a considerar que la teoría tridimensional en el Perú se evidencia con mayor nitidez en la persona jurídica.

Desde los años ochenta del siglo XX, Fernández Sessarego señalaba que él no pudo cambiar el tema de capacidad del CC. El maestro sanmarquino pensaba que era necesario un diálogo entre médicos, psicólogos y psiquiatras para tutelar los derechos de las personas con discapacidad y consideraba que todas personas (seres humanos) tienen capacidad, mucho antes (casi treinta años) que la declaración internacional de las personas con

discapacidad. Enseñaba Fernández Sessarego que es imposible limitar la capacidad, puesto que todos los seres humanos somos capaces. Si bien es cierto que existen algunas personas que, por su condición física, no pueden expresar el ejercicio de la capacidad, pero esto lo afecta su capacidad, que es consustancial al ser humano.

La capacidad denominada de goce es inherente al ser humano, el ejercicio de la capacidad sí puede tener alguna limitación, por alguna pena o condición física, mentalidad en parte recogida por el Decreto Legislativo N°1384 de septiembre del 2018, que modificó al código civil de 1984.

6. Conclusión

El Código Civil peruano de 1984 representa un cambio de mentalidad: el pasaje de la tutela del patrimonio a la protección integral de la persona en sí misma. En todo estudioso dedicado al Derecho debe tenerse en cuenta ello, como expreso alguna vez la jurista italiana Patrizia Ziviz, que lo descrito es producto de *“un cambio radical de perspectiva, que obliga a profundas reflexiones, respecto al rol del juez o, más en general, del jurista: ayer empeñado en leyes y expedientes, hoy convocado a preguntarnos, en primer lugar, que es el ser humano”*.

Maria- Pía Guadalupe Díaz Díaz

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El derecho a la identidad personal y su protección jurídica / 3. Los aportes de la jurisprudencia sobre el derecho a la identidad personal / 4. La evolución del derecho a la identidad personal / 5. El derecho a la identidad personal y el derecho al nombre /6. Conclusión.

1. Introducción

El tema a tratar es buscar un panorama más amplio sobre el sujeto derecho dentro del derecho civil, entendiéndose a la concepción de la persona, desde una perspectiva que contribuye a la diversidad humana de la mano de las personas con discapacidad.

2. El derecho a la identidad personal y su protección jurídica

El último reporte de personas transexuales asesinadas indica que desde octubre de 2020 hasta setiembre del 2021 se han contabilizado 375 muertes o asesinatos, de los cuales el 96% corresponde a mujeres trans. Por lo tanto, las personas transexuales resultan ser una población mínima discriminada y violentada por la sociedad ni que decir de un grupo específico,

que es el caso de las mujeres transgénero debido a la pobre protección jurídica.

Durante los últimos años, en el Perú se ha desarrollado una interesante evolución sobre el derecho a la identidad personal por parte del Tribunal Constitucional (TC) y también de la justicia ordinaria. En las sentencias del año 2006 y 2016 se refiere a que un sujeto de derecho trasciende a las categorías de hombre y mujer debido a que cada sujeto tiene derecho a ser reconocido, en cuanto a su identidad de género³.

La persona humana como un ser libre goza de una dignidad especial entre los seres de la naturaleza, pues este construye su proyecto de vida, y a la vez, su identidad. La identidad está conformada por elementos estáticos y también por elementos dinámicos; estos se relacionan con el proyecto de vida de cada persona.

El derecho a la identidad se reconoció en la Constitución Política del Perú de 1993. A partir de ello, en los últimos años, la interpretación del derecho a la identidad ha ido evolucionando optando por entender que la concepción de un sujeto de derecho de la persona trasciende al sexo de hombre y mujer.

3. Los aportes de la jurisprudencia sobre el derecho a la identidad personal

El resultado de esta evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha llegado a colocar a la persona transexual dentro de la concepción de sujeto de derecho que merece protección jurídica por su condición de ser humano.

Ciertas sentencias para resolver cuestiones de este tipo aplican el artículo 29 del Código Civil referido al cambio de nombre que emplean una interpretación extensiva, es decir, se extiende hasta ser un componente del derecho de la identidad personal.

Asimismo, la sentencia emitida en mayo del 2021 por el Juzgado Civil de Huancayo ha vuelto aplicar este criterio al de extender los alcances del art. 29 CC para amparar pretensiones sobre el derecho a la identidad, con el criterio de que el cambio de nombre se relaciona de manera directa con el cambio de sexo de las personas.

3 Desde el año 1988, Carlos Fernández Sessarego nos ilustraba sobre la comunidad LGTBI, especialmente la transexualidad. Esta doctrina hace mención a la concepción del derecho a la identidad, específicamente a su concepción dinámica, que tiene como fundamento en la triada de la libertad, identidad y dignidad.

Entonces, se utilizan ciertos criterios para otorgar la protección jurídica. Y así, se ampliaría la concepción sobre el sujeto derecho, entendiéndose al ser humano como un ente libre⁴. Las personas afrontan fuertes desafíos por su propia condición de derecho; no obstante, en el derecho existe al servicio de la persona para protegerla y permitirle que se autorrealice en su proyecto de vida.

4. La evolución del derecho a la identidad personal

La evolución de este derecho ha ido dando pasos en su evolución. La sentencia del año 2016, ha abierta la posibilidad de una protección jurídica en la vía judicial, más allá de la protección constitucional del derecho a la identidad personal contemplado en el art. 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

En el año 2016, en la jurisprudencia se abarca que el derecho a la identidad personal está compuesto por elementos estáticos y dinámicos, y así se construye un camino para la protección jurídica de este derecho. Sin embargo, en el 2021 la pandemia afectó gravemente los derechos de estos colectivos debido a que existe una desprotección al derecho de la identidad y que no se logra cubrir realmente la necesidad de protección que se requiere en el aspecto material o real. Entonces, no resulta suficiente el avance logrado sobre la protección judicial reflejado en la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y los juicios ordinarios.

5. El derecho a la identidad personal y el derecho al nombre

El nombre y el documento de identidad hacen posible el ejercicio de otros derechos. El DNI permite ejercer un listado de derechos conexos, en el cual se encuentra el reconocimiento de la identidad. El nombre desencadena la identidad de la persona frente a la sociedad.

Respecto, a la comunidad LGTBI, en el Juzgado Constitucional de Lima en el 2020, el caso se concentraba en el petitorio de una persona intersexual solicitando el cambio de sexo. La problemática radica en la individualidad de caracteres sexuales desde el nacimiento y la incorrecta atribución del sexo al momento del registro de su nacimiento, debido a que, al pasar el tiempo, esa persona optó por un sexo distinto a lo registrado en el DNI. Por lo tanto, el Juez Constitucional ampara la pretensión, en conformidad con el marco legal de los DD.HH. y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴ Carlos Fernández Sessarego señala que en la sociedad existen personas diversas con características particulares; por ello, se debe permitir el ejercicio libre de todos los derechos de la persona.

Además, en la jurisprudencia nacional existía un pronunciamiento desde el año 2017 respecto de este tema en específico de la protección de la identidad de las personas diversas. En esta sentencia se tuvo un avance más amplio a comparación de lo que se había logrado con la sentencia del Tribunal Constitucional en el 2016. Por ello, se obtuvo un resultado de declaración inconstitucional, debido a que no existiera una vía procedimental alternativa para tratar estos casos que no sea la vía judicial, pues debería existir una vía extrajudicial para el cambio del nombre o mención del sexo directamente ante los registros.

Asimismo, hasta la fecha se han presentado demandas individuales ante la justicia ordinaria, en los procesos contenciosos, en donde el RENIEC tiene la calidad de demandado y en los cuales los jueces amparan el petitorio en la primera instancia, pero el demandado apela esta sentencia provocando la dilatación del proceso judicial. Además, que está sujeto a la interpretación arbitraria del magistrado para resolver estos casos.

Por otro lado, en una reciente sentencia del 2020 en donde el Juzgado Constitucional de Lima reconoció el cambio de sexo sin ninguna intervención quirúrgica; entonces, se puede apreciar que existen jueces que se adhieren a los DD.HH. y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sin embargo, aun continuamos ejerciendo una justicia que no otorga una protección de manera integral, sino que se mantiene en la incertidumbre, sobre todo en la excesiva duración de un proceso civil. Asimismo, aun existen ciertas exigencias adicionales de medio probatorios para que a la persona se le ampare su derecho a la identidad personal, entre ellos se encuentra el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

Finalmente, se puede apreciar del caso de Azul Rojas Marín que se emite una sentencia condenatoria por parte de la Corte IDH por vulnerar el derecho a la libertad, a la integridad personal, a la vida privada, a no ser sometido a tortura, a las garantías procesales y a la protección judicial. Asimismo, señaló que en la sociedad peruana existen fuertes prejuicios contra la población LGTBI por lo cual se incita a la violencia por parte de agentes particulares o por agentes estatales incluyendo efectivos de la Policía Nacional del Perú (PNP) y serenazgo como ocurrió en este caso de Azul. Entonces, sentencia en mención corrobora las distintas formas de violencia en la sociedad peruana que deviene en graves violencias a los derechos humanos.

Es importante entender al ser humano como un ser de libertad y dignidad, puesto que todas las personas merecen protección jurídica por el derecho a su persona.

6. Conclusión

El Código Civil peruano de 1984 tiene el reto de afrontar a la persona, a través de su diversidad; no solamente de un grupo homogéneo que ha originado el ocultamiento de la diverso, sino entender la necesidad de un derecho civil que ampare al sujeto de derecho. Por ende, el derecho a la identidad personal no solo implica la identificación, sino también el reconocimiento de otros derechos de su condición de ser humano.

II

Respuestas a las preguntas del público

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿considera usted que la regulación italiana establece límites a la figura del administrador de apoyo, en el caso de la rendición de cuentas?

Si, en la regulación italiana, el administrador de apoyo debe rendir cuentas cada año ante el juez tutelar. Debe realizar cuentas cada año. Asimismo, la ley establece un control del juez sobre la actividad del administrador de apoyo, es decir, por algunos actos necesarios para que este cumpla las actividades correspondientes, por ejemplo: los actos patrimoniales.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿existen facilitadores judiciales en el proceso judicial italiano, en el cual se promueva la intervención de la persona discapacitados?

Si, existen facilitadores en el proceso civil judicial italiano para ayudar a la persona discapacitada, y así podrá asistir normalmente al proceso judicial.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿cuáles fueron las resistencias de la cultura jurídica italiana, respecto al nuevo modelo que portaba la administración de apoyo para las personas con discapacidad?

No es una resistencia, sino un desinterés por el derecho civil hacia las personas discapacitadas, se ha estudiado a la capacidad jurídica solo en el ámbito teórico, pero no desde el funcionamiento de los institutos. Esto derivan del Código civil francés, la tradición civilista es común a la tradición civilista del Perú, por la parte francesa.

En síntesis, es un desinterés a esta materia de problemas. Además, puede existir una resistencia por un nuevo instrumento, debido a que al principio no parecía ser un instrumento eficaz para la capacidad o incapacidad.

Contrarespuesta del Prof. Carlos Agurto Gonzáles: En el Perú, existe un desinterés hacia el tema de la capacidad, pues son pocos autores que tratan sobre la problemática en profundidad; entre estos, para citar a los más conocidos, destacan los profesores Carlos Fernández Sessarego, Juan Espinoza Espinoza y Enrique Varsi Rospigliosi.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti:: ¿la diferencia entre interdicción y la inhabilitación radica en que la persona carezca de autonomía en sus necesidades que se presentan en su vida cotidiana? ¿Explique la autonomía de las necesidades en la vida cotidiana para entender mejor esta diferencia?

El administrador de apoyo tiene como función representar al beneficiario en sus actos de vida necesaria. La idea fundamental de la diferencia entre la interdicción y la inhabilitación, es que la esta última solo puede ejercer los actos administrativos ordinarios y la necesidad de la asistencia del curador por lo actos de la administración extraordinaria.

El juez delibera el nombramiento del administrador de apoyo; y también, designa si el poder de este puede ser un poder de representación o uno de asistencia, pero solamente por la ejecución de actos específicos, mas no por la totalidad de la actividad de la persona discapacitada. Asimismo, el Código Civil italiano tiene algunas prohibiciones sobre las personas interdictas, por ejemplo: el interdicto no se puede contraer matrimonio. El juez solo debe considerar el interés del beneficiario.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿cómo el juez reconstruye la voluntad de una persona en estado vegetativo o en coma?

No tenemos una regla precisa para reconstruir la voluntad de la persona en estado vegetativo. Sin embargo, se puede reconstruir la voluntad, a partir de si tiene algunas expresiones, por ejemplo: el padre de una joven le solicito al juez de ser autorizado a interrumpir la asistencia, él fundamento que su hija no deseaba estar en una situación vegetativa.

Otro caso, es un tema de suicidio asistido, en el código penal italiano, se prescribe una punición por el delito de ayuda al suicidio, entonces, el Tribunal Constitucional italiano señala que en el caso de si una persona ayuda a otra a suicidarse ha construido una especie de decálogo, referido a las estructuras sanitarias en Italia.

Actualmente, la prensa señala que el comité ético de un hospital ha autorizado el suicidio de una persona, pero en este caso, si puede comunicar su voluntad.

Por último, otro caso, es que se pueda reconstruir la voluntad de la persona en base a su historia, por ejemplo, la Ley de la Administración de Apoyo establece que el administrador debe respetar las aspiraciones del beneficiario, pero resulta complicado inferir las aspiraciones de las personas en estado vegetal, debido a que no existe una comunicación expresa.

Contrarespuesta del Prof. Carlos Agurto Gonzáles: El derecho y las enfermedades mentales, en realidad a los juristas les da miedo o temor a tratar este tema, por lo que ha sido tan poco estudiado, salvo en la obra de Paolo Cendon en Italia, o de Fernández Sessarego en el Perú al tratar el daño psíquico.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿cómo eran los hospitales psiquiátricos, en donde residían las personas con enfermedades mentales en Italia antes de la reforma de fines de los años 70 del siglo XX?

Anteriormente, los enfermos mentales tenían una atención por el derecho criminal, respecto a las expectativas de la tutela de la protección sobre la salud mental, puesto que se debe indemnizar por el daño a la salud mental. En la Constitución italiana esta prescrito un artículo que tutela a la salud como un derecho fundamental de las personas.

En los años 70's, se programaba solamente la implementación de la reforma de la asistencia psiquiátrica, la reforma de la asistencia sanitaria general. La reforma de la asistencia psiquiátrica se encuentra en la reforma sanitaria en Italia en la Ley de 1978, número 180, esto significa que es un cambio fundamental a la salud convirtiéndose en un derecho fundamental de la persona. El daño a la salud mental es la base del discurso de la indemnización por el daño existencial y biológico; esto se debe un poco al cambio de una perspectiva patrimonialista del CC italiano hacia la tutela de la persona.

Pregunta al Prof. Angelo Venchiarutti: ¿existe la responsabilidad civil para las personas incapaces?

Al respecto en el ordenamiento jurídico italiano no contiene un artículo preciso. El incapaz legal puede cometer un daño, entonces, se tiene que indemnizar por el daño. El juez debe verificar la capacidad de la persona al momento del daño.

Asimismo, la primera regla para estos casos, el juez debe considerar que la capacidad natural es diferente a la capacidad legal; la segunda regla, el juez debe reconocer la discapacidad de la persona, al momento de la

comisión del daño, y la existencia de un sujeto que puede indemnizar. La última regla, es que la víctima debe recibir la indemnización y demostrar su diligencia; el juez puede imponerle el monto del resarcimiento al sujeto incapaz, en conformidad con las condiciones económicas de las dos partes (el incapaz y la víctima).

Pregunta al Prof. Carlos Agurto Gonzáles: ¿cuáles son las principales flaquezas en la actual regulación de la capacidad jurídica en el Perú?

Las principales flaquezas están referido a las personas terminales, en coma, vegetativos o personas en donde se le dificulte la reconstrucción de su voluntad. No existe una regulación legal para las personas terminales. Otro tema, los medios probatorios para sustentar la reconstrucción de la voluntad de la persona. Quizás se imponga una reforma legislativa que prevea adecuadamente este supuesto.

Y cabe agregar que el lenguaje jurídico debe cambiar a un lenguaje sencillo sin complejidades. Así como está sucediendo en el derecho comparado, un claro ejemplo es el derecho español. Este tema ha sido descuidado por la doctrina peruana.

Pregunta a la profesora Maria-Pía Díaz Díaz: ¿cuáles son las principales flaquezas en la actual regulación de la capacidad jurídica en el Perú?

Es importante que se incorpore un sistema de previsión de una futura incapacidad, de manera que simplifique la problemática sobre el apoyo.

Otro es los facilitadores judiciales que, así como lo está adaptando el sistema español en su ley N° 8 del 2021, en donde han regulado el tema de la capacidad jurídica, que ha sido modificado de la mano de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

En el Perú, brilla por la ausencia de la adaptación de los facilitadores judiciales en los procesos judiciales, entonces, este debe preparar una justicia en relación con la diversidad de los sujetos de derecho, por ejemplo: los mecanismos para que los justiciables puedan actuar libremente sin tener las barreras para el entendimiento del proceso. Por ende, podría tomar en consideración la experiencia española sobre los facilitadores judiciales para su regulación en el Perú.

Pregunta al Profesor Angelo Venchiarutti: ¿cuáles son las principales fortalezas en torno a la capacidad jurídica en el sistema italiano?

La principal fortaleza de la administración de apoyo es el carácter de modelar la protección de la persona incapaz; por tanto, que es necesario mantener que el incapaz pueda obrar autónomamente, y así se puede tutelar sus intereses.

III. DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Accidentes de tránsito: la imprudencia de la víctima en el análisis causal según la jurisprudencia*

Romely Trujillo Hoces**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Delimitación temática, 2. La causalidad: ¿Imprudencia “determinante” o imprudencia “concurrente” de la víctima?, 3. Dos pequeños ejemplos de casaciones sobre accidentes de tránsito, en relación con el punto 2.

1. Delimitación temática

La presente exposición se encuentra enmarcada en la responsabilidad civil extracontractual, específicamente en relación a los accidentes de tránsito y tiene por objeto compartir más reflexiones que conclusiones, estando en proceso de investigación aún.

Como es conocido, el denominado “juicio de responsabilidad civil” conlleva al análisis de diferentes elementos de la misma; sin embargo, delimitaremos la presente exposición al elemento causal, en relación con el tipo de accidentes antes referido. Específicamente, dentro de dicho análisis, daremos cuenta de la intervención de la víctima en el análisis y cuándo puede considerarse que su accionar resulta o no “determinante” de acuerdo a algunas casaciones que comentaremos. Por cuestiones de tiempo, no se podrá ahondar en la mayoría de ellas, habiéndose seleccionado sólo unas cuantas del grupo de casaciones descargadas de la página del Poder Judicial (ítem “Jurisprudencia Sistematizada”).

2. La causalidad: ¿Imprudencia “determinante” o imprudencia “concurrente” de la víctima?

Antes de iniciar la exposición resulta pertinente indicar y recomendar el Libro de “Introducción a la responsabilidad civil – Lecciones universitarias” del profesor Gastón Fernández Cruz.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Cursa estudios de post-grado y Maestría en Derecho Civil en la PUCP, miembro de la Comisión de Derecho Civil de la Sociedad Peruana de Derecho.

En este caso, nos parece relevante resaltar la parte asignada al elemento de la causalidad, como parte del “juicio de responsabilidad civil”.

Sin perjuicio de ello, a fin de tener una imagen general, hay que considerar que, a nuestro entender, para dicho análisis se debe partir –a su vez- de un análisis material para, posteriormente, recién pasar a un análisis de imputabilidad. Dentro del análisis material, entendemos se debe evaluar los elementos de daño, el hecho generador y relación de causalidad, siendo este último el que permitirá relacionar el hecho generador del daño con la acción u omisión que lo ha ocasionado. No resulta pertinentes para los fines de la presente exposición entrar al detalle respecto del análisis de imputabilidad.

Ahora bien, a nivel normativo, en el artículo 1972 del Código Civil, se habla de la improcedencia del derecho a reparación del daño y en el mismo se establece que el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de la imprudencia de quien lo padece, mientras que, en el artículo 1973, se aborda la reducción judicial de la indemnización, según las circunstancias del caso.

A priori, puede advertirse que en ambos casos se parte de un supuesto fáctico claro: LA VÍCTIMA HA INTERVENIDO EN LA CAUSALIDAD DEL DAÑO. Lo que, en todo caso, no queda –a nivel- claro es cuándo dicha intervención resulta “imprudente y relevante” (bajo los términos del Art. 1972) o cuándo resulta “concurrente” (bajo los términos del Art. 1973, para efectos de la reducción de la indemnización).

Al respecto, es necesario resaltar que el término imprudencia –por principio- no nos parece correcto o –en todo caso- no resulta ser a nuestro entender el mejor que pudo usar el legislador, ya que se puede dar a entender que la ley exige –en ese momento- un análisis de culpa.

Sin embargo, creemos que, más bien, el objetivo inicial es identificar si la víctima contribuyó o no CON SU ACCIONAR U OMISIÓN en la causalidad del daño. Posteriormente, se verá si dicha accionar u omisión se realizó o no con culpa. Pero no es este el momento. Primero corresponde evaluar su comportamiento con fines de establecer el acto o omisión que ocasionó el daño o, mejor dicho, que contribuyó con la producción del daño, si es que no lo produjo determinadamente. A pesar de ello, los artículos antes mencionados se refieren al término ‘imprudencia’. Lo que, no parece ser del todo conveniente, al generar una confusión, a priori, con el análisis de los criterios de imputación.

A pesar de dicha observación terminológica, vienen a nosotros otras preguntas que son mucho más relevantes: ¿cuándo la imprudencia de la víctima produce las consecuencias del Art. 1972?, ¿cuándo la imprudencia únicamente contribuye con la producción del daño, sin causarlo totalmente?, ¿cómo diferencia el legislador la imprudencia de la que habla en el Art. 1972, de la que habla en el Art. 1973?, ¿Qué nivel de imprudencia exige el Art. 1972 y cuál el Art. 1973?, ¿Podemos establecer una especie de estándar entre distintos niveles de imprudencia?, ¿Será posible diferenciar entre una imprudencia baja, media, alta o utilizar otro tipo de clasificación?, peor aún ¿Incluso estableciendo diferentes niveles de imprudencia (relevante para aplicar las diferentes consecuencias que trae consigo el Art. 1972 y Art. 1973) cómo tener por acreditado cada uno de ellos?, ¿quedará ficticiamente crear la imagen del “peatón razonable”? o ¿será mejor guiarse de máximas de experiencias?

Compartiremos a continuación algunas reflexiones más que conclusiones sobre dichas interrogantes, ya que no es una investigación concluida, sino más bien en proceso. El enfoque, por ahora, es únicamente descriptivo, de tipo legal y jurisprudencial.

Estando a ello, sobre lo antes dicho, se considera que bajo una interpretación sistemática el Artículo N° 1973, -al menos a simple vista- abordaría una imprudencia concurrente, mientras que el Art. 1972 una imprudencia determinante, dada la redacción previa del “hecho determinante de tercero”.

Sin embargo, aun teniendo en claro que el artículo 1972 se refiere a un hecho determinante de la víctima y que el 1973 se refiere a un hecho concurrente, pero no determinante, ¿cuándo un hecho es determinante y cuando un hecho es concurrente?, ¿cuándo la imprudencia es realmente la causa y cuando la imprudencia solamente ha concurrido? Este no es un problema sencillo de resolver, más aún si le sumamos todas nuestras interrogantes previamente anotadas, por cuanto el código no brinda mayores pautas para eso (y no las podría dar con mucho detalle, toda vez que no solo hace alusión solo a los accidentes de tránsito, sino que se trata de las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual).

Para el operador de derecho, sin embargo, resulta necesario realmente saber, en cada caso en concreto, cuándo el accionar de la víctima es determinante y cuándo es concurrente.

En la práctica, muchos de los lectores sabrán -si es que han podido tener acceso a las pericias que se practican en caso de accidentes de tránsito- que en la mayoría de casos explicar o fijar dicha diferencia se reduce a trans-

cribir lo que el perito indica en su propio informe. Esto último resulta relevante, puesto que, corresponde a la evaluación fáctica del caso, realizada por un experto, sin embargo, cuando llega a manos del juzgador –no corresponde al juzgador replicar su mismo análisis– en algunos casos coincidirá, cierto, pero en otros, quizá no. Recordemos nuestras interrogantes previas. Por un lado, lo que el perito da son datos objetivos, afirmaciones sobre hechos, cálculos de velocidad de los vehículos involucrados, identificación de señales, rastros o señales de impacto, etc. Pero, por otro lado, el juez debe determinar si esas circunstancias terminan encajando o no en los adjetivos de “determinante” o “concurrente” a los que hace alusión el Art. 1972 y 1973, subsumir los hechos del caso en concreto en la premisa fáctica de la norma, en otras palabras. Esto puede llegar a ser complejo y algo abstracto, porque el juez juega con categorías jurídicas genéricas. Tarea que no corresponde realizar al perito, ni podría hacerlo, al no estar capacitado para ello. Corresponderá al juez, analizar el caso, por ejemplo, si es que no existen pruebas suficientes, vía indicios o máximos de experiencias. Si tomamos en cuenta nuestras preguntas previas, podría incluso entrar hasta un análisis respecto si determina acción de la víctima corresponde o no a la de un “peatón razonable”.

Ahora, no solamente el problema viene por el término utilizado por el legislador y la dificultad de identificar cuándo se trata de un caso de imprudencia determinante y cuándo no, sino que también, podría preguntarse si la imprudencia a la que se refiere el Art. 1972, para ser tal, requiere ser una causa ÚNICA. ¿Determinante significa excluyente? Aquí se suma un nivel más de análisis, no basta entonces –con lo dificultad del caso– identificar cuándo estamos ante una imprudencia concurrente o determinante, sino además ocurre que, podemos estar involucrados ante una causa determinante de la víctima, pero no única, sino acompañada de otras causas, que aunque no han determinado el accidente, han contribuido con el mismo.

Lo anteriormente señalado debe ser considerado como un problema adicional, ya que a nivel de jurisprudencia es posible encontrar pronunciamientos como el de la Casación 4723-2007-Lima, en la que el fundamento noveno señala que la norma contenida en el artículo 1972 contempla la ruptura del nexo causal en el hecho determinante del tercero y no en el hecho determinante de la propia víctima.

Esto claramente contradice la propia propuesta del Anteproyecto de Reforma al Código Civil y la propia interpretación que hasta ahora he manejado en la exposición, pero en todo caso es sumamente relevante mencionarlo, ya que, de lo contrario, el Art. 1972 se estaría refiriendo a cualquier tipo de imprudencia de la víctima o, en todo caso, el pronunciamiento antes

referido, no explica cómo lo diferenciaríamos entonces de la imprudencia a la que hace referencia el Art. 1973, que únicamente logra la reducción de la indemnización.

Entonces, la Corte Suprema debería de hacernos notar cual es la diferencia entre aplicar el Art. 1972 y el Art. 1973, y cómo sistematizar ambos, por cuanto se entiende que el Código Civil debería funcionar como un todo armónico y sistemático, donde no habría razón para que en dos artículos se regule el mismo supuesto. Como fuere, estas son algunas reflexiones previas que planteadas con respecto al tema.

Por otra parte, al analizar las casaciones en relación con los accidentes de tránsito y en relación a la imprudencia de la víctima sobre ellos, he recurrido a la base de datos del Poder Judicial, y debo mencionarlo, por responsabilidad, toda vez que las casaciones elegidas vienen siendo la muestra de un cúmulo de casaciones que han estado siendo revisadas de dicha base de datos, no de los cuadernos de “El peruano”, cuya revisión está en proceso en nuestra investigación.

En relación a la base de datos del Poder Judicial, específicamente, nos hemos centrado en la búsqueda de “accidentes de tránsito” así que, de ellas, se han seleccionado una muestra. No es una investigación integral ni concluida ya que aún se está haciendo la revisión de las casaciones correspondientes del ‘El peruano’, pero se comparte con los lectores la investigación preliminar, así como también más reflexiones que conclusiones.

Habiendo realizado dicho hincapié, debe mencionarse entonces que, existen un grupo de casaciones, según las cuales, el artículo 1972 del Código Civil asume que el hecho de la víctima o imprudencia, como lo llama el propio artículo, debe ser un hecho único, sin embargo, hay casaciones en las cuales se señala que no necesariamente es único, sino que debe ser determinante. Hay otras en las que, a nuestro entender, se está confundiendo el análisis causal de la responsabilidad civil con el análisis de la culpa.

3. Dos pequeños ejemplos de casaciones sobre accidentes de tránsito, en relación con el punto 2

Bueno, hablemos de la Casación Nro. 5375-2009-Lima. En este caso, se trata de una víctima ebria y de un chofer que manejaba a una velocidad que no se puede llegar a acreditar.

Ahora bien, se sabe que los casos son muy complejos y siempre dependen mucho de las circunstancias particulares que existen en cada uno.

Las casaciones en muchas ocasiones entran en mucho detalle fáctico, a veces no, así que se debe realizar un pequeño paréntesis de observación, ya que la disertación se basa únicamente en lo que la casación misma ha podido expresar.

Por principio, dicha casación señala (en su fundamento décimo primero):

“Que, en tal sentido, debe analizarse si la Sala Civil de mérito dejó de aplicar el precitado artículo 1972 del Código Sustantivo, el mismo que regula los supuestos de fractura causal entre el hecho y el daño producido, esto es, cuando se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la producción de un daño, el cual sólo puede ser el resultado de una sola de dichas conductas. Según el precitado artículo un sujeto al cual se le atribuye responsabilidad civil extracontractual podrá liberarse de la misma si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena a él o de la causa atribuible a un tercero o bien se trate de un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor o del propio hecho o causa de la propia víctima (de su imprudencia). Ahora bien, debemos precisar que si las dos causas contribuyeron al daño, ya no estaremos ante una causal eximente de responsabilidad sino de los supuestos de concausa previsto por el artículo 1973 del mismo Código, en donde la imprudencia de la víctima conduce a la reducción de la indemnización.”

Como puede apreciarse, la Corte Suprema asume una clasificación diferente, donde la diferencia entre el Art. 1972 y 1973 está determinada en el sentido si la imprudencia de la víctima ha contribuido o no. Si ha contribuido DE FORMA EXCLUSIVA pues será de aplicación el Art. 1972, de lo contrario, el Art. 1973. De lo que, podemos concluir que no interesa si dicha imprudencia fue o no determinante (determinante, como referíamos, no excluye otras conductas, acciones u omisiones, sino más bien, indica que a diferencia de las restantes es la que ha contribuido en mayor medida ¿cuál es dicha medida? esa es otra cuestión problemática).

Entonces, la Corte aquí asume una posición claramente diferente. Sin embargo, posteriormente, se contradice y señala (en el fundamento décimo segundo):

“el supuesto que interesa establecer es si la imprudencia de la propia víctima causó el daño, lo cual implica que el demandado para liberarse de la responsabilidad deberá probar que el accionar de la víctima fue determinante en la producción del daño, pues si sólo acredita que dicha conducta fue concurrente a su causa la responsabilidad será compartida.”

Es decir, ahora sí interesa si el accionar de la víctima fue o no determinante, ya no sería necesario que fuera la causa única. Sino que ahora, el problema estaría el analizar si fue o no determinante.

Otro aspecto, relevante, está relacionado con la acreditación de las premisas fácticas, y aunque corresponda más al tratamiento de la evaluación del razonamiento probatorio seguido por el juzgado, vale la pena mencionarlo.

Como se ha señalado, no se llega a acreditar la velocidad a la que iba el conductor, lo que sí se llega a acreditar es que la víctima había ingerido alcohol. Si se considera que se trata de un caso de accidentes de tránsito lógicamente no es posible limitar su análisis al Código Civil. En ese sentido, hay que recurrir a la legislación especial. En el Reglamento de Transportes, la regla general es que el peatón goza de una presunción a su favor, pero siempre y cuando no incurra en violaciones a las propias normas de tránsito, siendo una de ellas lógicamente transitar bajo la influencia de alcohol.

Entonces, en estos supuestos, que serían similares al caso de la casación, esta presunción a favor de la víctima se rompe, y lo que más bien se genera es una presunción de responsabilidad.

Sin embargo, fíjese lo sustentado –contra ello– por la Corte Suprema (fundamento décimo cuarto):

“(…) toda vez que la parte demandada no ha acreditado fehacientemente que la conducta de la propia víctima (su estado de ebriedad) constituya el único factor predominante en la producción del daño, puesto que, conforme se ha señalado, no es posible determinar ciertamente la velocidad con que se desplazaba el vehículo que atropelló al actor, esto es, si iba a la velocidad permitida o por el contrario, a gran velocidad, no configurándose, por ende, la infracción normativa sustantiva por inaplicación de los artículos 1972 y 1985 del Código Civil, pues los hechos así establecidos se configuran mas bien en el supuesto previsto por el numeral 1973 del mismo Código, no evidenciándose, además, la infracción normativa sustantiva del precitado artículo 1973, debiendo por tanto declararse infundado el recurso en cuanto a este extremo se refiere (...)”

Es decir, se desconoce la regla del reglamento antes referido. Al menos en el aspecto que no invierte la carga de la prueba, en el sentido de que, ahora, corresponde a la víctima acreditar que cometió infracción alguna. Otro aspecto, claro está, es determina si incluso así su conducta fue o no determinante. Lo grave es que, aun sin poder acreditarse la velocidad a la que iba el vehículo antes referido, se entiende no sólo que el accionar de

la víctima no ha sido determinante, sino que además ha concurrido con el accionar del vehículo, en un mismo nivel de actuación.

Comentemos rápidamente, por cuestiones de tiempo, otro caso, también de accidente de tránsito, evidentemente. Se trata de un caso donde la víctima estuvo ebria e iba en una bicicleta al momento del accidente.

En este caso, la Corte Suprema da cuenta de una comparación de estructuras (bicicleta vs carro) Y señala (en el fundamento quinto):

“... La Sala Superior no ha analizado debidamente la figura jurídica de la fractura causal, pues lo que se requiere para que se configure dicha figura es que el autor no haya sido el causante del daño sino la imprudencia de la propia víctima, lo que no ha quedado claramente establecido por la instancia superior cuando señala que no puede determinarse de los actuados en que situación era imposible que la UT 2 infringiera daño alguno ya que aún cuando la velocidad haya sido de quince o veinte km. Por hora la colisión del vehículo UT 1 contra la UT 2 podía causar el mismo daño dada la diferencia de sus estructuras al ser uno de ellos automotor y por tanto seguiría representando peligro con lo que implícitamente está estableciendo que se causó daño a la víctima por consiguiente no resulta aplicable a dicha situación fáctica lo dispuesto por el artículo 1972 del Código Civil configurándose la infracción normativa de carácter material por aplicación indebida”.

A pesar de una redacción algo confusa, y estando a las premisas fácticas acreditadas en el caso en concreto, la Sala Superior asume, a nuestro entender, la aplicación del Art. 1972. Mientras que, por su parte, la Corte Suprema, asume que no aplicaría tal cual, ordenándole emita un nuevo fallo. Partamos de las premisas fácticas acreditadas (no entraremos al análisis fáctico y probatorio sobre cómo llegó a dicha conclusión, porque requiere la evaluación de las pericias, que no es objeto de la presente exposición): 1. El menor habría sido el imprudente y habría cometido dicha imprudencia mientras se transportaba en una bicicleta. 2. No se llegó a determinar la velocidad a la que iba el vehículo con el que impactó. El razonamiento de la Sala Superior, entonces, es que no interesa la velocidad del vehículo, puesto que, fuera a la velocidad que fuera, siempre –por la diferencia de estructuras– iba a generar un impacto relevante. Entonces, creemos que implícitamente intenta sustentar que, en el caso en concreto, estamos ante una imprudencia determinante. Es decir, no sólo estaría asumiendo que, bajo el Art. 1972 puede haber concurrencia de causas también, siendo que además, asume que dentro de ello, de lo que se trata es de buscar la determinarte, para efectos de la exoneración. Encontrándola, en el caso,

en la imprudencia del menor. Por su parte, la Corte Suprema, a nuestro entender, bajo esas premisas fáctica, olvida primero la presunción de responsabilidad de la que antes hablábamos sobre la víctima. Segundo, da a entender que el Art. 1972 requiere la acreditación de una causa única, no determinate. Y tercero, aun admitiendo la posibilidad de que pueda tratarse de varias causas, asume que, en el caso, el accionar de la víctima, no resulta determinante. Con lo que, limitándonos a lo que ahí expone y cómo lo expone, no nos genera la suficiente convicción de que esté en lo correcto, de acuerdo a todos los fundamentos previamente señalados.

Como puede apreciarse, nuestro listado de interrogantes previas, al menos en parte, requieren mayor reflexión para ser capaces de asumir respuestas que puedan dar mayores luces a casos como los presentados. Decimos en parte, porque en nuestro proceso de investigación, peor aún, ni siquiera hemos advertidos que muchas de ellas se pongan en mesa para el debate, al momento de resolver casos a nivel de Corte Suprema.

Cabe reiterar también que, no hemos abordado aquí el análisis de culpa o de los otros elementos de la responsabilidad civil en los casos antes señalados.

Corresponderá hacerlo en otro espacio, en el que esperamos compartir mayores avances de nuestras investigaciones.

IV. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

La importancia del derecho de las obligaciones*

Mario Castillo Freyre**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El Libro VI del Código Civil / 2.1. Clasificación de las obligaciones / 2.1.1 Según su naturaleza / 2.1.2. Según la pluralidad de prestaciones / 2.1.3. Las obligaciones conjuntivas / 2.1.4 Según la pluralidad de sujetos / 2.2. Cesión de Derechos / 2.2.1. Pago / 2.2.2. Medios extintivos de las obligaciones / 2.3. Ejecución de las obligaciones / 2.3.1. Las disposiciones generales / 2.3.2. La mora / 2.3.3. La cláusula penal / 3. Importancia del derecho de obligaciones / 4. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

Siempre les digo a mis alumnos cuando comenzamos el curso de Derecho de Obligaciones, que esta materia no es una especialidad. Se puede hacer una revisión por las páginas web de los estudios de abogados del Perú y realmente no se encontrará a ninguna persona especializada en Derecho de Obligaciones; sí expertos en Derecho laboral, societario, familiar, corporativo, entre otros; pero de obligaciones, jamás. Esto, debido a que las obligaciones no constituyen un área específica del Derecho y del ejercicio profesional, sino algo mucho más importante, pues estas se encuentra en todas las áreas del Derecho. Así como existe el viejo dicho “todos los caminos conducen a Roma”, todos los caminos —en materia de Derecho— conducen al Derecho de Obligaciones.

Alguna persona puede tener un problema de naturaleza societaria, minera, energética, petrolera o ambiental, los cuales presentan contratos que, posteriormente, generarán procesos en los cuales se discute si las obligaciones se cumplieron o no, si hubo mora, si hubo intereses, si hubo pago, si hubo

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Especialista en Derecho Civil, Arbitraje y Seguros.

compensación, entre otros; y, de manera colateral (respecto del tema de contratos), si se resolvió bien o mal, cuánto se debe por concepto de penalidades (es decir, de cláusulas penales), etcétera.

No hay abogado de ningún área del conocimiento jurídico que pueda prescindir del Derecho de Obligaciones; uno podría especializarse en cualquier rama del Derecho, pero no podrá prescindir del Derecho de las Obligaciones porque está en todas esas áreas de Derecho; entonces, renunciar a conocer obligaciones o desconocerlas implica, en la práctica, renunciar a ser un buen abogado.

Las obligaciones no solo nacen de fuentes contractuales (las cuales son fuente infinita y cotidiana de obligaciones) sino también de fuente legal. Ante ello, se puede sospechar sobre la cantidad de obligaciones que nacen todos los días en el mundo y, a su vez, sobre su cumplimiento e incumplimiento. De esta manera se muestra el panorama de las obligaciones en la cotidianidad de la gente.

Se ha venido diciendo desde hace muchos años que el Derecho Civil está más cerca de la gente. Eso es cierto por una razón fundamental: un individuo puede pasarse la vida contrayendo contratos, ejecutándolos, etc. y, seguramente, invoque una serie de normas del Código Civil, ya sea a la firma de un contrato, un acta de matrimonio, un divorcio, entre otros; pero, probablemente no invoque —a lo largo de su vida— una norma constitucional. Se puede tener la suerte de no recurrir una invocación de un precepto constitucional, debido a que no sea necesario recurrir a la Constitución. El Código Civil es, pues, la Constitución de la gente y esta tiene la natural importancia de estar presente en todas las áreas del Derecho. En resumen, los individuos no pueden prescindir nunca del Derecho Civil ni del Derecho de las Obligaciones.

2. El Libro VI del Código Civil

El Código Civil regula las obligaciones en el Libro VI entre los artículos 1132 y 1350. Su anteproyecto fue elaborado por el recordado profesor Felipe Osterling Parodi, quien fue un gran maestro del curso de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Fue un gran maestro con el que tuve el privilegio de trabajar investigando sobre Derecho de Obligaciones durante 20 años. Además, fue ministro de justicia y el último presidente del Senado antes del golpe del 5 de abril de 1992.

El libro de obligaciones es un buen libro. No se sabe de qué manera exacta se puede medir la bondad de los libros de un código civil, pero una referencia es viendo cuántas normas del Código Civil están modificadas

o derogadas y, sin duda, en el Derecho de Obligaciones ocurre algo muy particular: salvo lo relativo al pago por consignación, al artículo 1237 y el artículo 1236, que se modificó dos veces (pero la segunda volvió al texto original), prácticamente no hay más normas modificadas en el Derecho de Obligaciones y ese es un buen síntoma.

Se diría que tiene 2 explicaciones esta falta de modificación masiva de normas, como ocurre en Personas o en Familia. En primer lugar, el libro es bueno; en segundo, porque felizmente las obligaciones son un tema de mayor permanencia y de menos volatilidad en Derecho Civil.

Por ejemplo, es muy probable que, en materia de Derecho de las Personas, la evolución y los cambios de la sociedad hagan que se tengan que modificar, derogar o adicionar otros artículos; lo mismo pasa en las relaciones de familia. Sin embargo, en materia de obligaciones ese vínculo que se genera cuando se contrae una obligación, va de la mano con la idea del cumplimiento futuro de esa obligación, de tal modo que —indudablemente— esta guía para el pago para el cumplimiento futuro de las obligaciones, será permanente en todos los códigos civiles. En este sentido, por más que pasen los años, si hay algo que no se puede poner en riesgo, es la fortaleza del propio Derecho Civil, es la obligatoriedad del cumplimiento en las relaciones obligatorias y contractuales.

2.1. Clasificación de las obligaciones

El Código Civil peruano no abunda en clasificaciones de las obligaciones. De hecho, en doctrina hay muchos criterios adicionales que aquellos que el Código establece, el cual solamente contiene tres.

2.1.1. Según su naturaleza

Las obligaciones según su naturaleza se dividen en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Las *obligaciones de dar* ocurren cuando alguien se obliga a entregar algo. Las *obligaciones de hacer*, cuando nace una obligación de realizar un servicio o una obra. Por ejemplo, cuando un sujeto se obliga a realizar una conferencia virtual sobre un tema determinado. En este caso, se está ejecutando una obligación de hacer y esta no va a concluir en la entrega de algo. En cambio, sí tendría que ocurrir en el supuesto que se contratara a un abogado para que elabore un informe o absuelva la consulta de una empresa y los *entregue* por escrito.

Entonces, en el ejemplo, el abogado va a absolver el informe, le llevará una buena cantidad de horas elaborarlo, pero al final va a entregar al cliente ya sea en físico o a través del correo electrónico el informe solicitado. De todos modos, habrá una entrega en estas obligaciones.

A estas obligaciones que terminan en la entrega de un bien también se les denomina obligaciones de hacer, porque el rasgo fundamental de estas obligaciones no está —precisamente— en aquello que se entrega; esta es una mera consecuencia de aquello que se hace y la dificultad mayor en este tipo de obligaciones no es la entrega (que puede ser en tiempos modernos apretar cuatro o cinco botones de la computadora y enviar el documento), es por ello que el Derecho llama a estas obligaciones de hacer, a pesar de que concluyen en un dar.

Por último, las *obligaciones de no hacer* son aquellas que consisten en abstenciones. Todos los abogados se encuentran obligados, por el Código de Ética de los colegios de abogados, a guardar el secreto profesional. El abogado no puede comentar con terceros aquello que conoce de los casos de sus clientes, no se puede hacer porque se debe guardar el secreto profesional. Una obligación de no hacer se cumple absteniéndose de hacer aquello a lo que se ve obligado.

2.1.2. Según la pluralidad de prestaciones

El Derecho de Obligaciones contempla a las obligaciones que tienen más de una prestación u obligaciones de objeto plural o con pluralidad de objeto: las obligaciones alternativas y facultativas.

Las *obligaciones alternativas* salen a relucir cuando uno se obliga a ejecutar una prestación “A” o una prestación “B”, y se ejecutará cualquiera de las dos por elección del deudor, en principio.

La *obligación facultativa* es aquella en la cual hay una prestación principal y una accesoria. El ejemplo más notorio de obligaciones facultativas en el Perú es el de obligaciones contraídas en moneda extranjera: si uno le debe a otra persona 1,000 dólares americanos, de acuerdo al artículo 1237 CC, salvo que se haya pactado lo contrario, el deudor está obligado a pagarle 1,000 dólares americanos, pero uno como deudor puede liberarse de la obligación pagando en soles al tipo de cambio de venta del día de vencimiento de la obligación.

Es decir, el deudor no debe soles, a él se le exige dólares, porque es lo que debe; sin embargo, tiene la facultad de pagar con algo distinto a la prestación principal. Por ello, en las obligaciones facultativas se dice que hay

una prestación principal y una prestación accesoria. En el ejemplo dado, la principal sería la obligación de pagar en dólares y la accesoria la posibilidad de cumplir en soles al tipo de cambio de venta del día de vencimiento de la obligación.

2.1.3. Las obligaciones conjuntivas

El Código Civil peruano, al igual que casi la totalidad de códigos del mundo, no regula las obligaciones conjuntivas porque considera (y así lo expresó el legislador en su momento) que estas son de fácil solución aplicando las normas generales de obligaciones y de acto jurídico.

Se muestra en casos donde hay problemas en contratos de arrendamiento, el arrendatario que alquila una casa para vivir en ella durante 12 meses tiene que pagar cada mes la renta correspondiente a ese mes. Entonces, en enero pagará la renta de enero, pero no se libera entregando la renta de dicho mes porque luego cuando venga febrero también tendrá que pagar la de febrero y así sucesivamente.

Así, la obligación conjuntiva es aquella en donde se debe cumplir con todas las prestaciones. No se consideró en serio legislar sobre ellas, salvo en algunos trabajos académicos de hace años. Se cree que la regulación de las obligaciones conjuntivas sería más una idea de tentación académica que una idea fruto de la necesidad social.

2.1.4. Según la pluralidad de sujetos

En las obligaciones de sujeto plural existen obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias. Si uno quisiera crear un segundo curso de obligaciones o un curso lectivo, podría hacerlo en base a las obligaciones de sujeto plural, porque los temas que abarcan estas obligaciones son amplios.

En primer lugar, se parte de una idea en la cual cuando hay un deudor y un acreedor, no se habla de obligaciones divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias porque ese único deudor va a tener que ejecutar toda la prestación en favor de ese único acreedor.

Más allá de que el cumplimiento sea fraccionado por cuotas, por partes, entre otras formas, al final el único deudor va a tener que cumplir íntegramente frente al único acreedor, con lo cual no interesa el tema de si la obligación es divisible; esto interesa cuando se encuentra ante dos deudores y un acreedor, un acreedor y dos deudores o varios deudores y acreedores. ¿Por qué interesa? Pues, debido a que lo relevante aquí es si resulta posible fraccionar el cumplimiento de la obligación entre tantos deudores como

acreedores haya. Si eso fuese posible se estaría en presencia de una obligación divisible; en cambio, si no resultara posible, se estaría en presencia de una obligación indivisible.

Las *obligaciones divisibles e indivisibles* están determinadas fundamentalmente debido a la posibilidad o no de dividir el objeto de la prestación. Generalmente, cuando se está frente a obligaciones de dar sumas de dinero, estas son obligaciones divisibles, en la medida de que el dinero se puede —precisamente— fraccionar entre tantos deudores como acreedores haya.

Luego están las *obligaciones mancomunadas y solidarias*; una obligación *mancomunada* es cuando no hay que pactar nada porque, en realidad, la solidaridad no se presume y, al no presumirse la solidaridad, lo que se presume es la mancomunidad. La *solidaridad* solo rige si es que se pacta o la ley la establece de manera expresa, esto, por una razón fundamental: en la obligación solidaria, el acreedor común puede exigir el cumplimiento de la obligación a todos los acreedores, a todos los deudores que hay juntos o a cualquiera de ellos.

Por ejemplo, “A” puede ser acreedor de una obligación solidaria y él puede terminar cobrándole solo a uno de los deudores el íntegro de la prestación, pues esa es una facultad del acreedor en una obligación de este tipo. El poder de cobrar el íntegro a uno solo de los deudores; esa es la gran ventaja de la solidaridad, por eso es que la ley quiere que se esté en presencia de una obligación solidaria, siempre que esta haya nacido de pacto expreso, de lo contrario no sería una obligación solidaria, sino mancomunada.

2.2. Cesión de derechos

El Código Civil al tratar la cesión de derechos, regula el pago y los medios extintivos de obligaciones.

2.2.1. Pago

Pagar en el ámbito jurídico significa ejecutar la prestación debida. Si “A” debe 1,000 soles y paga, quiere decir que “A” está dando los mil soles a su deudor. En otras palabras, no se considera que se ha pagado hasta que se cumpla con la totalidad e integridad de la obligación. Si el deudor realiza un pago parcial, la aceptación de tal pago por parte del acreedor es a voluntad de este, pues —en teoría—, de acuerdo al principio de integridad del pago, el acreedor podrá negarse a aceptar un pago parcial.

Las disposiciones normativas sobre el pago abarcan una regulación muy amplia; dentro de ella se trata sobre los principios del pago. Por ejemplo,

los *principios de integridad e identidad* se regulan respecto de las obligaciones de dar, pero —en realidad— son aplicables a todas las obligaciones. El *principio de localización o lugar que pago* impone como regla general que este deberá realizarse en el domicilio del deudor, es decir, si no se establece dónde deberá realizarse, se entenderá que será en el domicilio del deudor. Esto implica que el acreedor deberá ir a cobrar al deudor la obligación.

El *principio de oportunidad*, por su parte, establece el momento en el que debe realizarse el pago de la prestación. En ese sentido, si se contrae una obligación y no se establece plazo para el cumplimiento, el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Las normas también regulan lo relativo al pago por consignación, al pago indebido y a la dación en pago. Este último se puede explicar con el siguiente ejemplo: supóngase que “A” tiene una obligación respecto de “B” al que debe pagar realizando una prestación “x”; sin embargo, “A” paga a “B” con una prestación “y”; es decir, implica la posibilidad de pagar una obligación con algo distinto a lo debido. Un gran sector de la doctrina señala que sí es posible realizar el pago con una prestación diferente a la pactada sin que medie un cambio de la obligación por otra, o sea, sin que se produzca un supuesto de novación de las obligaciones.

2.2.2. Medios extintivos de las obligaciones

Además del pago, otro medio extintivo de la obligación es la *compensación*, la cual puede ser bilateral o unilateral. A continuación, se explica mediante un ejemplo. “A” debe a “B” 10 soles y “B” le debe a “A” 6 soles. En ese caso, uno de los dos decide compensar al otro de manera que simplemente el que debe la cantidad mayor le entregue el saldo al otro (en el ejemplo, simplemente “A” entregaría a “B” la suma de 4 soles). La compensación es una manera conveniente de evitar el pago inútil en dos obligaciones, en donde solamente se termina pagando el saldo de la obligación de monto menor.

Otro medio extintivo es la condonación, la cual es un acuerdo entre el acreedor y el deudor para extinguir la obligación sin que se realice el pago. En otras palabras, es el perdón de lo acordado porque, en principio, el deudor no está obligado a aceptar que el acreedor le quiera perdonar el cumplimiento de la obligación. De hecho, el deudor podría no querer que le perdonen el cumplimiento de la obligación y, por tanto, el deudor podría querer pagar y forzar el pago, e incluso podría recurrir al mecanismo del pago por consignación, como se ha mencionado antes. Entonces, la condonación es el perdón de la deuda acordado entre deudor y acreedor.

Asimismo, está la *consolidación* que es cuando se reúnen en una misma persona las calidades de acreedor y deudor. Un supuesto es cuando un hijo único le debe a su padre 10,000 soles; la madre ha premuerto y muere el padre, entonces el heredero universal del padre es su único hijo. A raíz de esto, ahora se daría la paradoja en virtud de la cual el hijo es deudor y acreedor de sí mismo. Como ustedes comprenderán las obligaciones están para regular cosas serias y no para regular este tipo de cosas. Si el hijo es deudor y acreedor de sí mismo, esto significaría que él se tendría que pagar y se tendría que cobrar, eso sería simplemente una payasada; en este sentido se produce la consolidación de la deuda por reunirse en una misma persona las calidades de acreedor y deudor; además, la consolidación puede ser parcial.

La ley también regula el *mutuo disenso*, que ocurre cuando las partes que celebran un acto jurídico deciden dejarlo sin efectos. Cabe recordar que cuando el Código entró en vigencia, en 1984, la expresión “mutuo disenso” se empleaba en dos ámbitos: dos preceptos en temas de Derecho de Familia (en relación con la separación por mutuo acuerdo, que actualmente se conoce como separación convencional) y uno en el Derecho de Obligaciones, en el artículo 1313, por el que las partes acuerdan dejar sin efecto el acto jurídico.

Finalmente, está la *transacción* como medio extintivo de obligaciones. Esta consiste en un acuerdo entre las partes para dar por finalizada la obligación sin la necesidad de que la solución del conflicto llegue a un ámbito jurisdiccional o finalizando el proceso ya iniciado. La transacción podría realizarse mediante concesiones recíprocas entre las partes. En eso consiste la transacción.

2.3. Ejecución de las obligaciones

El Código Civil regula en la última parte del Libro VI, la inejecución de las obligaciones entre los artículos 1314 al 1350, en donde se establece las disposiciones generales, la mora y la cláusula penal.

2.4. Las disposiciones generales

Se debe partir del viejo principio francés que se traduce en “no hay responsabilidad sin culpa”. Pues bien, para que un deudor se encuentre obligado a indemnizar al acreedor tiene que haber incumplido la obligación por dolo o culpa y causa imputable a ese deudor. Además, si el incumplimiento hubiese causado daños al acreedor, tendrá que indemnizar a su acreedor por los daños y perjuicios causados.

2.5. La mora

Es una situación anormal de incumplimiento en virtud de la cual una parte se ha retrasado en el pago y ha sido intimada para que cumpla. Sobre este particular, cabe anotar que no hay que confundir mora con demora. El deudor incurre en mora cuando ha sido constituido en mora por su acreedor, es decir, cuando este le ha reclamado el pago o cuando ha incurrido en mora automática.

La mora genera la obligación de pagar intereses moratorios. Por ejemplo, en obligaciones de dar sumas de dinero. También cuando hay de por medio pago de daños y perjuicios moratorios, los cuales se han generado como consecuencia del estado moratorio.

Generalmente se habla de mora respecto del deudor, sin embargo, también el acreedor puede incurrir en mora. Este caso se evidencia cuando el acreedor no quiere aceptar el pago. Por ejemplo, cuando no realiza los actos de colaboración necesarios para que su deudor pueda pagar.

2.5.1. La cláusula penal

El Código trata acerca de las obligaciones con cláusula penal. En estas cláusulas cabe la posibilidad de que las partes pacten en sus contratos que de producirse el incumplimiento de determinada obligación tendrá que pagarse la indemnización respectiva por daños y perjuicios causados a la contraparte. Ese es un pacto anticipado de indemnización. Por ejemplo, si “A” incumple esta obligación, le pagará a su acreedor 100,000 soles.

El régimen legal peruano es flexible porque permite la reducción de la penalidad en virtud del artículo 1346 del Código Civil, cuando lo solicite el deudor, sea porque la penalidad se considere verdaderamente excesiva o cuando se trate de un cumplimiento parcial o defectuoso.

La penalidad no debe —sin duda— reducirse a cero, sino que puede haber casos en los que la penalidad sea realmente excesiva y la ley establezca que en estos supuestos el deudor obligado a pagar la penalidad podrá solicitar al juez su reducción.

3. Importancia del Derecho de Obligaciones

Con todo lo anterior se puede concluir que el Derecho de Obligaciones resulta verdaderamente importante porque está presente en todas las áreas del Derecho. Si —como se afirma— el Derecho Civil es el centro del Derecho, entonces, el Derecho de Obligaciones es el centro del centro. Tal vez

sea por esta consideración que —con el paso de los años— me he quedado solo dictando esta materia en la carrera de Derecho.

Digo esto porque hace 30 años yo dictaba varios cursos: civil, contratos parte general, contratos típicos I, contratos típicos II, obligaciones y hasta arbitraje, pero —sin duda— le tomé mucho cariño al curso de Obligaciones porque —en primer lugar— he escrito bastante sobre la materia y, en segundo lugar, porque —considero— es de enorme utilidad.

4. Respuestas a las preguntas del público

4.1. Usted ha mencionado que dentro del Libro de Obligaciones no ha habido muchos cambios en comparación con otros libros del Código Civil, pero ¿cuál sería el tratamiento que ha adoptado la responsabilidad patrimonial a lo largo de los años?

En realidad, el tema del esquema de la responsabilidad por inexecución de obligaciones no ha variado porque en nuestra tradición jurídica siempre se ha adoptado la idea de que el deudor responde solo si el incumplimiento de la obligación ha obedecido a dolo o culpa suya, de tal manera que el tratamiento que, en la historia de la codificación nacional como en el Código de 1852, de 1936 y de 1984 se ha seguido con esa misma idea, la cual es —evidentemente— de gran influencia francesa.

Además, yo diría que no es una idea discutida, porque no es que en materia de ejecución de obligaciones se pueda o se pretenda asumir un criterio objetivo de responsabilidad. De modo tal que el esquema seguido por el Código de 1984 —considero— es bueno y del cual soy partidario.

4.2. ¿Cuál sería la característica que permite distinguir la relación jurídica obligatoria propiamente de otros deberes que puedan ser confundidos con esta?

Fundamentalmente está el tema de la patrimonialidad. Todo el Derecho de Obligaciones versa sobre prestaciones de contenido patrimonial, lo cual significa que *pueden* (es decir, que existe la posibilidad) ser valorizadas patrimonialmente, pero no quiere decir que hayan sido (necesariamente) valorizadas patrimonialmente.

Por ejemplo, un individuo puede haberle regalado un lapicero a un amigo y no se ha valorizado porque es un regalo. Daría lo mismo si fuese una compraventa. En ambos casos, el lapicero resulta susceptible de valorización, independientemente de que se le valore o no.

Por otra parte, el tema central en cuanto a la patrimonialidad no está en la valorización que se haga de la prestación, sino en la valorización que pudiera hacerse si es que se hiciese el ejercicio de valorizar. En ese sentido, cabe la pregunta: ¿es susceptible la valorización o no? Sí, en realidad casi todo es susceptible de valorización, salvo aquellos deberes en donde la sociedad se niegue a su valorización.

Cuando se habla del deber jurídico de fidelidad, que nace del matrimonio, el cual consiste en un *no hacer*, ¿esta es susceptible de valorización patrimonial? En realidad, uno podría decir que sí, pero para la sociedad no sería aceptable porque ¿cómo sería posible hacer un ejercicio mental para valorizar la fidelidad?

En fin, esta es solo una breve exposición introductoria sobre la importancia del Derecho de las Obligaciones.

Muchas gracias

V. DERECHO DE LOS CONTRATOS

Los problemas contractuales durante la pandemia Covid-19 desde una perspectiva internacional*

Mauro Grondona**
Universidad de Genova

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Función del legislador en la situación de emergencia / 3. Diferencia entre el derecho de urgencia y el derecho excepcional / 4. La globalización jurídica en el contexto del Covid-19 / 5. Rol del gobierno en el Estado de Emergencia / 6. La solidaridad estatal en el Estado de Emergencia en el Estado / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El tema a tratar se centra en la relación entre la pandemia y el derecho civil, derecho contractual y derecho comercial, por lo que el presente trabajo se dividirá en tres partes. En la primera parte se discutirá dos *problemas acerca de la relación entre el legislador y la jurisprudencia*: (i) se discutirá acerca de la relación entre la disciplina legislativa y la excepción y (ii) relación entre el derecho de la emergencia y el derecho de la excepción.

En la segunda parte se abordarán los aspectos relacionados con la situación jurídica italiana, dentro la cual se abordarán las problemáticas siguientes: el primero es que ante un acontecimiento sobrevenido (como una pandemia) se cuestiona cuál es la respuesta más adecuada para las necesidades y emergencias provocadas por la pandemia, así como la intervención del legislador, la jurisprudencia y la intervención de la autonomía privada.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad de Génova (Italia). Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Pisa (Italia). Profesor ordinario de la Universidad de Génova. Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El segundo problema trata sobre *el acontecimiento actual caracterizado por ser inesperado pero imaginable, puesto que la respuesta de los ordenamientos jurídicos debe moverse entre la línea de la emergencia o la excepción*. Es decir, tanto el legislador como la jurisprudencia en el momento que ofrecen una respuesta a la demanda de justicia de las partes, se enfrentan a distintos problemas que plantea la pandemia, razón por la que deben dirigirse a la línea del derecho de emergencia y, por tanto, dar lugar a medidas siempre cuidadosas para equilibrar los distintos intereses en juego (porque es indudable que incluso la parte que obtiene una ventaja en un contrato en el contexto de una pandemia puede ser luego la parte desfavorecida). O también pueden dirigirse en la línea del derecho excepcional introduciendo nuevas normas (pensando, en primera instancia, en el objeto del contrato, así como en el principio de fuerza de ley que tiene este entre las partes).

El tercer problema es que *ante acontecimientos inesperados y que afectan a todas las personas, se debe determinar cuál es la relación entre lo nacional y lo global*, es decir, si la globalización puede recibir un nuevo impulso de la situación de emergencia. Asimismo, se debe preguntar si puede el contrato entrar en una fase de globalización repensando en un derecho contractual latinoamericano o europeo, ya que hay una posibilidad cultural ante este problema.

De imaginar una dimensión jurídica-global gracias a la pandemia y esta situación de emergencia sanitaria, económica, jurídica y política se intentará responder a todas estas preguntas que son cuestiones difíciles y que tienen más de una sola respuesta.

2. Función del legislador en la situación de emergencia

En relación al primer problema la cuestión se enmarca dentro del rol del Estado de Derecho y del Estado de Bienestar ante una situación que va más allá del ámbito sanitario (pues la pandemia ha tocado el ámbito económico, político y hasta cultural). La intervención del legislador era necesaria e indispensable. Y durante esta pandemia, el gobierno legisla con carácter de urgencia. Estas medidas suelen ser de carácter existencial, por ejemplo, suspensión de ciertos pagos, ampliación de ciertas obligaciones fiscales, etc.

Es evidente que ante medidas de esta naturaleza la única vía posible es la vía legislativa. A pesar de la polémica, el legislador tiene la tarea de equilibrar los intereses y, por tanto, el lugar adecuado es el lugar cultural, intelectual y político representado por el legislador para hacer una evaluación o cualificación de diferentes y conflictuales intereses. En materia contractual —por ejemplo— en arrendamientos, la intervención del legislador

debe ser apreciada porque pretende regular una clase de casos y clase de intereses uniformes que recibirán todos los mismos tratamientos jurídicos.

Por otro lado, es bastante evidente que es preferible la intervención del legislador cuando se produce una situación de emergencia. Mientras que la intervención del juez está en mayor contacto con un específico conflicto de intereses. Además, ante la emergencia económica existe una necesidad primordial de intervenir para proporcionar ayuda económica a las personas con dificultados. Estas intervenciones no pueden confiarse a las jurisprudencias porque obviamente tienen una tarea diferente (pero esencial) dentro de este fenómeno de emergencia.

Es necesario distinguir la finalidad de la intervención jurídica del Derecho en un sentido amplio; por tanto, el papel del legislador debe moverse dentro de una política económica solidaria que es una concretización del principio de la solidaridad social. En cambio, la jurisprudencia debe resolver el conflicto de intereses en base a un derecho especial producido por el legislador frente a esta situación de emergencia. Pero este derecho especial o *lex specialis* no representa una excepción, sino es un régimen jurídico transitorio debido a la emergencia.

Por ejemplo, una regla especial, con la cual se va a introducir el derecho renegociar el contrato desequilibrado. Asimismo, se puede añadir una consideración que cuestiona si ante la emergencia económica es suficiente que el legislador se mueva por la vida de la solidaridad política, social y económica o si el legislador debe —por el contrario— tratar de favorecer el mercado.

En esta línea, la dimensión de la solidaridad puede ser considerada como opuesta a la dimensión del mercado, pero hay la opción de una distinta interpretación que no está caracterizada por esta oposición que considera necesaria ambas intervenciones legislativas aisladas de la política solidaria y la política mercantil. Se puede añadir que todos los ordenamientos jurídicos liberales y democráticos están conociendo ambas tipologías de intervención política.

3. Diferencia entre el derecho de urgencia y el derecho excepcional

Respecto al segundo problema, este gira en torno a la diferencia entre el derecho de urgencia y el derecho excepcional, y la cuestión de si el régimen ordinario de los contratos en esta situación de pandemia debe modificarse en sentido de urgencia o de excepción.

En este caso, la respuesta debe ser bastante clara en el sentido de una prevalencia del derecho de emergencia (y no desde el derecho de la excepción), esto desde una perspectiva general respecto del papel del derecho y no pensando específicamente en el derecho contractual que también desempeña un papel entre esta oscilación entre estas dos percepciones del derecho.

Comenzando con una reflexión más general cabe preguntarnos en qué sentido se debe distinguir entre el derecho de urgencia y el derecho excepcional. La teoría jurídica y política ha ofrecido diversas respuestas a lo largo de las décadas. Se puede hacer una síntesis y argumentar que el derecho de emergencia se mueve en un contexto jurídico que no ha sufrido una convulsión y por tanto ante una determinada emergencia, es decir, la respuesta del sistema jurídico es una respuesta de emergencia y esta se mueve dentro de la fórmula clásica y dentro del Estado de Derecho.

Sin embargo, cuando se hace referencia al derecho excepcional, se piensa en una alteración del orden constitucional, es decir, la legalidad constitucional ha sido alterada en parte o en su totalidad y, por lo tanto, aquellos poderes que antes de la emergencia estaban sujetos a un control de legalidad en el sentido constitucional ahora escapan a cualquier control en el sentido que la excepción de hecho (la pandemia) justifica la excepción de derecho.

Al presentar el contraste de esa manera (tal vez, incluso, demasiado radical) no habría ninguna duda de que ante la situación que todos seguimos viviendo solo los estados autoritarios han procedido por la vía del derecho de la excepción; los estados democráticos —en cambio— han adoptado medidas que pueden remontarse al derecho de urgencia que prevé un control de constitucionalidad de los actos normativos adoptados por el gobierno en el proceso legislativo.

Cabe resaltar que esta contraposición entre el derecho de urgencia y el derecho excepcional adquieren un significado diferente cuando se utilizan en referencia al derecho contractual. Por lo que se debe dejar de lado los sistemas de los estados autoritarios que no interesan en esa perspectiva, y hablar únicamente de las medidas adoptadas en los Estados de Derecho.

En estos Estados cuando la doctrina ha dado lugar a una discusión sobre una relación del derecho contractual de la emergencia y el derecho contractual de la excepción se ha referido a la conveniencia o no de introducir por vía legislativa una norma que en ese sistema particular produzcan el efecto de alterar la teoría general del contrato, pensando en el problema del equilibrio contractual y en los remedios para abordar estos desequilibrios.

Por ejemplo, en Italia no existe una renegociación legal disciplinada dentro del Código Civil de los contratos, pero el gobierno ha presentado un proyecto de reforma del Código Civil que introduce el derecho a renegociar. También debido a la pandemia se desarrolló en Italia el régimen contractual de emergencia o de excepción, es decir más allá de la voluntad del legislador puede haber una parte que justifique la renegociación, en cualquier caso. Incluso en ausencia de esa intervención legislativa, algunos sostienen que sí existe esa base haciendo referencia a la buena fe contractual, entendida como cooperación. Si es así, se podría añadir que la renegociación es un remedio de emergencia, pero no excepcional porque el fundamento de la renegociación es la buena fe y esta se encuentra reconocida en el sistema jurídico o contractual italiano. La renegociación, en ese sentido, es un remedio que está implícitamente presente en el sistema contractual italiano y, por tanto, es apropiado en una situación de emergencia.

Otros responden negativamente, es decir, tanto que el sistema italiano gracias a la buena fe pueda brindar lugar al recurso de renegociación, así como que el legislador pueda introducir ese remedio. Al respecto se puede decir que si se introdujera ese remedio sin una revisión general de toda la disciplina del contrato (de la teoría general del contrato) nos encontraríamos frente a un remedio excepcional y no frente un derecho de emergencia.

4. La globalización jurídica en el contexto de la pandemia covid-19

Lo anterior, nos lleva a un tercer problema que es la relación entre lo local y lo global. Este, por supuesto, tiene que ver con el fenómeno de la globalización jurídica, tal como en relación con la globalización del contrato. Por tanto, cuenta con las posibilidades concretas de crear un derecho contractual común o uniforme para zonas geopolíticas como el derecho contractual latinoamericano.

Precisamente porque hay varias iniciativas se diría que la situación de emergencia sanitaria y económica, por un lado, y la necesidad de recuperación económica, por otro; han puesto de una manera manifiesta la necesidad de aproximar los distintos sistemas tanto en el ámbito sanitario como el económico. Se trata de un elemento desde el que se debe repensar la globalización en términos renovados, tanto bajo la dimensión económica como la jurídica. Cabe decir que estos aspectos deben estar interconectados, es decir, son recíprocos y dependientes.

Esta idea de un repensamiento crítico sobre la globalización como fenómeno político, económico y jurídico representa un tema ciertamente ambicioso porque es necesario una elaboración de una nueva teoría general de la

obligación que requiere la concurrencia de muchas competencias diferentes. Este proyecto parece demasiado minucioso por lo que de forma modesta se examinará solo la globalización desde la perspectiva del contrato y la perspectiva de la teoría general del contrato.

Ahora bien, considero que la pandemia ha hecho que todos los juristas sean más conscientes de que la distancia entre las distintas disciplinas es más aparente que reales, son diferencias estructurales, las cuales son menos importantes que las diferencias funcionales. La diferencia estructural de la disciplina puede superarse y, a veces, es preciso y necesario traspasar estas diferencias porque el razonamiento funcional es enormemente preferible al razonamiento estructural.

Si pensamos en la teoría general del contrato se diría que es el momento para repensar esta, de manera que busque el acercamiento de los ordenamientos jurídicos y que favorezca el diálogo.

5. Rol del gobierno en el estado de emergencia

Para este apartado es necesario establecer dos cuestiones: por un lado, la función del Estado ante la emergencia y, por otro, el rol del juez y de las partes, así como los criterios de administración de riesgo contractual.

El punto de partida es que la emergencia sanitaria más grave (en el sentido estricto del término) ya ha quedado atrás; se trata de una enfermedad endémica, por lo que hay que convivir con ella hasta cierto punto. La cuestión abierta es que el tratamiento jurídico debe reservarse a los contratos celebrados durante la emergencia. Por ejemplo, respecto a los contratos celebrados antes del estallido de la emergencia sanitaria, el legislador italiano ha intervenido generalmente con una norma especial (precisamente en el sentido de emergencia mencionado antes); la norma dice que el cumplimiento de la observancia de las medidas de restricción se considera siempre a efectos de excluir la responsabilidad por incumplimiento en sentido técnico del deudor, con la consecuencia de que el cumplimiento de la observancia de las normas de contención justifica el incumplimiento del deudor.

La norma también se refiere al funcionamiento o aplicación posible de clausula penales, es decir, si la prestación estaba prohibida. Esto porque para cumplir la obligación, el deudor habría tenido que violar ciertas normas imperativas establecidas por el legislador para protección de salud pública. Entonces, estamos ante un incumplimiento justificado que no da lugar a la obligación del deudor de pagar daños y perjuicios. Pero uno de los problemas que pueden configurarse en esta segunda fase del llamado

reinicio, se refiere al tratamiento jurídico que debe establecerse para los contratos reservados en el momento en que la emergencia sanitaria estaba en su punto más álgido y, de hecho, continúa, pero las actividades económicas se han reiniciado gradualmente.

Entonces, el escenario es diferente y no hay necesidad —por razón de la salud pública— de suspender las actividades económicas. Hay una opuesta necesidad de favorecer estas actividades económicas o empresariales. Así, se trata de entender la relación entre el derecho contractual de la emergencia y el derecho contractual de la normalidad. Se trata de saber en qué medida es conveniente —e incluso necesaria— una aplicación flexible del derecho contractual, precisamente porque las partes han contratado en circunstancias anormales, pero ahora conocibles.

Este fenómeno plantea una serie de preguntas. La normativa de emergencia sobre contratos y sobre la necesidad de introducir —por lo menos— una cierta flexibilidad contractual legítima, una referencia a los deberes y a las obligaciones de solidaridad no en clase privada, sino una solidaridad pública.

Puede considerarse que le corresponde al Estado intervenir en términos económicos ante los incumplimientos contractuales derivados del régimen especial introducido por el legislador y no de la emergencia sanitaria como tal. Si la respuesta es afirmativa y, en todo caso, será una respuesta que luego habrá que precisar en función de las características de las distintas relaciones contractuales debiendo el legislador intervenir más donde la dificultad económica sea más grave y; si la respuesta es afirmativa cabe pensar —en primer lugar— en los deberes imperativos de solidaridad a la luz de las intervenciones estatales de carácter estrecha y claramente existencial para que las relaciones contractuales puedan seguir existiendo.

Pero también es importante señalar que existe una solidaridad política y económica vinculada a la libertad de empresa (por hacer una comparación con la experiencia italiana en el artículo 41 de su Constitución Política). Es una libertad como principio constitucional que fundamenta la libertad contractual, es decir, que no puede realizarse en contra de la utilidad social. Entonces, el hecho de que en el mismo artículo 41 el legislador considere, por un lado, la libertad de empresa y, por otro lado, considera los límites necesarios para evitar violaciones de la utilidad social de la dignidad de la persona.

Todo esto se puede leer en clave estrictamente asistencial y la libertad de empresa en este momento de emergencia puede desarrollar una función social en el sentido de que esta libertad es una libertad económica empre-

sarial. Entonces, este principio de libertad empresarial puede favorecer el desarrollo económico para que el mercado y las actividades económicas se desarrollen y expandan, al igual que aquellas empresas que tienen una función política.

La política económica del Estado realizada directamente por el legislador o por el Gobierno puede ser realizada de una manera indirecta por las actividades económicas desarrolladas por los particulares. En ese sentido, si se acepta esta idea (que no es original sino muy sencilla) estas intervenciones solidarias podrán estar conectadas de una manera útil o benéfica con la lógica del mercado. Así, las medidas estarán destinadas a que las relaciones contractuales no solo puedan reanudarse a pleno rendimiento, sino que puedan renacer en número, precisamente porque el contrato es el instrumento clásico que crea y hace circular la riqueza. Con todo lo anterior, se puede pensar en un espacio para el llamado “Estado empresarial” que quiere imitar al mercado o —al menos— dejar que el mercado realice —en la medida de lo posible— la función para lo que antropológicamente existe.

Asimismo, la referencia a la solidaridad apunta en dos direcciones: proteger la parte contractual en dificultad y, luego, permitir que el contrato entre en una etapa de máxima rapidez y utilidad; utilidad tanto individual como colectiva, derivando —en la medida de lo posible— los obstáculos de carácter primordialmente político y burocrático. Por ejemplo, el ilustre jurista italiano Sabino Cassese, estudioso del Derecho Administrativo y juez constitucional en el pasado, recientemente ha hablado de la plaga de la poli-burocracia, un nivel burocrático regulatorio que afecta de manera impropia el desarrollo de las actividades económicas. En esta situación de emergencia las intervenciones de carácter solidario deben ser consideradas paralelamente con las intervenciones que favorecerán el desarrollo de las actividades económicas.

6. La solidaridad estatal en el Estado de Emergencia

En lo referente a la responsabilidad, este principio puede funcionar como el segundo pilar de un derecho contractual de emergencia junto con la solidaridad estatal, libertad económica, libertad de empresa, libertad contractual y responsabilidad contractual, que es una tipología que puede ser reconducida a la dimensión más amplia de la responsabilidad de las personas.

La responsabilidad contractual, especialmente en las circunstancias actuales puede servir —justamente— para evitar que cada parte tenga un incentivo para confiar indebidamente en determinadas circunstancias de hecho y de derecho a su favor, violando así el principio de confianza frente a la otra parte.

Un principio de responsabilidad que se remonta, en primer lugar, a los deberes de protección de la esfera jurídica de los demás, pero —quizá— también pueda vincularse a la responsabilidad precontractual. Es así que este principio de la libertad individual puede conocer diferentes o específicas concretizaciones; una de ellas es la idea de que la responsabilidad contractual reconozca un éxito o una aplicación particular típica frente a esta situación de emergencia más que sanitaria económica.

El tema de la responsabilidad precontractual es un tema bastante interesante; en ese sentido, dado que estamos dentro de un régimen contractual de contingencia, la parte que no informa con precisión a la otra sobre las condiciones contextuales que pueden impedir la efectividad del contrato, deberá responder por el daño sufrido por la otra, ya que ha confiado en la pasividad de realización plena de la utilidad contractual; por lo tanto, es evidente que desde este punto de vista es indispensable una base de juicio basada en la causa concreta considerando específicamente la función económica particular de aquel contrato.

Sobre ello, el tema difícil es la administración razonable del riesgo contractual. Este principio de responsabilidad contractual en la lógica de la responsabilidad individual cumple la función de equilibrar las reciprocas pretensiones contractuales. Algunos estudiosos han observado que si se examina con detenimiento estamos ante una crisis intencionada una crisis voluntaria porque el problema económico no se deriva precisamente de la emergencia sanitaria, sino de la decisión de adoptar una línea muy estricta por razones bien conocidas y aceptables. Aquí la diferencia es el cierre de actividades económicas no presenciales; es —precisamente— en esta perspectiva en la que intervino el gobierno italiano. En particular sobre la no imputabilidad del deudor al incumplimiento precisamente porque este no podría haber realizado la prestación contractualmente venida sin violar la ley; la referencia textual a que el cumplimiento de las medidas cautelares se valora siempre a efectos de juicio de la responsabilidad debe entenderse en el sentido de que el deudor será responsable en los casos en los que a pesar del cumplimiento de las medidas cautelares podría y debería haber cumplido.

Entonces, el principio fundamental de equidad durante la fase de ejecución emerge como criterio de juicio porque es necesario balancear las dos exigencias. Por un lado, la exigencia o la pretensión el derecho del acreedor y, por otro lado, la pretensión equitativa del deudor. En ese sentido, se puede decir que el escenario general frente a este tema de la pandemia que ha causado la emergencia sanitaria y económica, es un escenario difícil y peligroso; pero, por otro lado, si se considera este escenario desde la

perspectiva jurídica como estudiosos de derecho, se podría considerar este escenario muy valioso, útil y necesario para conseguir algunos resultados importantes.

En primer lugar, un pensamiento general de la teoría del contrato. El elemento más importante sería la idea de que se requiere una actividad intelectual y cultural acerca de la idea de que la teoría general del contrato. La noción de contrato conocido básicamente por los códigos civiles europeos y latinoamericanos es algo que todavía necesita una revisión porque la situación de emergencia ha demostrado claramente que sería una teoría general más flexible, más adaptable a las diferentes exigencias contextuales. Esta flexibilidad de la teoría general del contrato sí está aceptada y también puede producir un escenario favorable a la información, a la elaboración de un derecho contractual uniforme o común porque los obstáculos dogmáticos que son los peores obstáculos frente a la idea de armonización. Entonces, si se acepta esta idea, la dogmática jurídica requerirá un repensamiento radical, por lo que este es el momento favorable para un repensamiento de este tipo para la teoría general del contrato.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. ¿Cuál es el papel de la buena fe en la ejecución de los contratos dentro del contexto de la pandemia de Covid-19 y cómo se relacionaría con la solidaridad económica?

El tema de la buena fe es muy variado ya que es un concepto tradicional que se remonta al derecho romano. Se considera que en una situación de emergencia sanitaria la buena fe tiene dos papeles: el primero es acerca de la cooperación con las partes y desde esta perspectiva, la buena fe se encarga de favorecer las conductas cooperativas de las partes en la idea de que cada una posee un nivel mínimo de actuar de una manera útil en términos económicos a favor de la otra. Este es un papel que se puede calificar como una fe endémica contractual ya que opera al interior del contrato.

El segundo papel es más extenso que se refiere a la buena fe solidaria que está conectada con el principio de la solidaridad económica y social, si se acepta este segundo papel la buena fe se presenta con características diferentes ya que no es un criterio que opera al interior del contrato porque tiene como principio el control de las conductas de las partes. En este segundo papel la buena fe tiene un objetivo más amplio y diferente de introducir y alterar el proyecto económico de las partes y esta modificación es fundamentada sobre el principio de solidaridad.

Si se acepta esta idea nos enfrentaremos a un fenómeno de interrelación entre contrato y ordenamiento estatal; por otro lado, los sistemas jurídicos europeos como Francia, Italia, Alemania, España, entre otros, consideran necesario la intervención en clave solidaria de la buena fe.

Se puede añadir que en el contexto de esta idea que se ha expresado acerca de una oportunidad de repensar a la teoría general del contrato en la que podría ser útil reflexionar acerca de la tarea de una buena fe contractual más fuertemente basada en la dimensión económica que sirve para desarrollar las potencialidades del contrato y no una buena fe que sirve para limitar el programa económico de las partes.

Existe un balance entre los dos papeles de la buena fe como descripción objetiva de un fenómeno. Por cierto, en Europa continental el papel solidario de la buena fe es una dimensión prevalente. La dimensión económica de la buena fe es una dimensión que conoce algunas argumentaciones sostenidas por algunos autores, pero no es la prevalente dimensión o utilización por la jurisprudencia italiana, que es muy sensible a la conexión entre solidaridad constitucional y la buena fe. La buena fe en ese sentido es un criterio de actuación de concretización en el contrato de principio de solidaridad.

7.2. ¿Mediante qué mecanismos legislativos o jurisprudenciales se podría evitar el rompimiento de los contratos y litigios que han sido afectados por la falta de economía generada por la pandemia?

En este caso la tarea del legislador es ayudar a las personas que se encuentran en dificultad económica. Entonces, frente a un problema de funcionamiento contractual en la hipótesis de que una parte contractual no pueda cumplir con su obligación porque le falta dinero, el legislador puede intervenir con específicas medidas de carácter económico que opera en una política económica solidaria para ayudar a las personas en dificultad.

El papel de la jurisprudencia es diferente ya que es muy estrecho sobre todo en un momento de emergencia. No puede ser considerada como el poder estatal útil u oportuno para reequilibrar contratos desequilibrados; la jurisprudencia puede adaptar con su típica y necesaria discrecionalidad ciertas reglas legislativas frente a necesidades de diferentes casos concretos, pero no puede crear reglas necesarias en momentos de emergencia.

No hay una difícil competencia entre el legislador y la competencia de jueces porque son ambos poderes indispensables pero cada poder tiene su función propia. El legislador individualiza diferentes regímenes aplicados

a esta situación de emergencia, pero no de excepción. La jurisprudencia, por su parte, adapta este régimen a las situaciones particulares. Ahora bien, el gran problema es si la jurisprudencia puede controlar directamente el equilibrio contractual y si es así, ¿cómo lo puede hacer?

Se cuestiona cuáles serían las herramientas técnicas que legitiman el control de la jurisprudencia. Por ejemplo, en Italia hubo un debate en el cual se refería exactamente a la relevancia jurídica de la buena fe para construir un remedio atípico como la renegociación que en Italia no existe. Entonces, en un tiempo de emergencia, por un lado, es necesario repensar profundamente las varias teorías generales contractuales, pero, por otro lado, resulta indispensable que el legislador intervenga para construir reglas emergenciales que no representan una contradicción con la idea de un repensamiento de la teoría general del contrato porque son ámbitos diferentes.

En ese sentido, el legislador y la jurisprudencia tienen tareas diferentes y la interrelación entre el legislador y la jurisprudencia no debería ser una interrelación problemática sino fisiológica teniendo en cuenta el objetivo general que es superar esa situación de dificultad económica.

7.3. Frente a la dicotomía que existe entre la autonomía privada y la regulación del derecho de urgencia, pero siendo ambas dos pretensiones protegidas por el ordenamiento jurídico, ¿cuáles serían los parámetros para ponderar una de ellas dentro del contexto de la pandemia mundial?

En este caso, la autonomía privada tiene en su interior muchos elementos que pueden ser utilizados para contrarrestar los efectos negativos de la pandemia. Las partes contractuales haciendo ejercicio de autonomía privada pueden elaborar cláusulas contractuales. En sentido muy amplio, la autonomía privada se puede considerar aquella donde las partes en momentos de dificultad pueden reglamentar los remedios reconducibles directamente a la autonomía privada, los cuales son remedios atípicos pero legítimos que tienen como base la autonomía privada.

El problema es saber cuáles son los límites a la autonomía privada. Esta reconoce su propia legitimidad hasta el límite de la violación de derechos fundamentales de las personas, estos derechos fundamentales son relevantes al interior del contrato. Por ejemplo, un contrato que afecte derechos fundamentales es un contrato ilícito; por otro lado, hay la necesidad de la intervención legislativa. Una vez más se puede razonar en una perspectiva de cooperación entre autonomía privada y el legislador como antes se ha presentado una cooperación entre legislador y particulares o partes

contratantes y la autonomía privada que es legítima en cuanto respecta a los derechos fundamentales y una intervención legislativa que tiene como su propia trayectoria. El objetivo de ayudar a las partes contractuales en dificultad.

Entonces, a veces hay una verdadera alternativa entre el remedio nacido por la autonomía privada y el remedio construido por el legislador. Otras veces hay una exclusión o incompatibilidad recíproca. En los casos en los que el legislador ha construido un remedio legítimo que impide a la autonomía privada su propia eficacia jurídica, pero de una manera teórica, nos preguntamos cuáles son los escenarios posibles entre autonomía privada y legislador. Básicamente no hay un contraste sino una benéfica interrelación.

7.4. Cuál cree usted que sean los efectos o modificaciones que se originen en la teoría del contrato general una vez superada la pandemia

El principal efecto sería un repensamiento radical de la teoría general del contrato y, después, una modificación radical de los códigos civiles. Por ejemplo, el Código Civil italiano de 1942 el cual es un código viejo en su lenguaje, es decir, en la utilización de los conceptos jurídicos.

Entonces, en esos momentos de crisis, existe algo de benéfico frente a esta crisis: como juristas de los diferentes ordenamientos jurídicos se desarrolla una obra de transformación de los conceptos jurídicos y de los remedios contractuales, de la forma y de responsabilidad. Si consideramos de una manera más estrecha el derecho contractual, parecerá que la principal necesidad es la de transformar en un sentido funcionalista la teoría general del contrato.

Los conceptos jurídicos no son solos estructurales o dogmáticos, son conceptos funcionales porque tienen que servir para conseguir un específico objetivo, si no lo consiguen son conceptos inútiles. Los conceptos dogmáticos entendidos como conceptos de estructura de forma son conceptos básicamente inútiles o tienen que ser constantemente reinterpretados para ser utilizados.

Se espera que en esta situación global se pueda reflexionar críticamente sobre esta necesidad. Respecto al derecho contractual europeo, solo existe un derecho contractual de la Unión Europea por razones de nacionalismo jurídico y político. El nacionalismo es profundamente negativo y afecta la oportunidad de dialogar entre ordenamientos jurídicos y —ojalá— que Europa y América latina puedan reconsiderar la idea de elaborar un derecho contractual latinoamericano y europeo.

El artículo 1135 del Código Civil: alcances normativos y confusiones en su aplicación*

Jorge Beltrán Pacheco**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción /2. Comentarios a la primera y segunda ponencia del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2020 / 3. Sistema de transferencia de propiedad / 3.1. Noción y función / 3.2. Sistema de transferencia de la propiedad en el Perú / 3.2.1. La unidad del contrato / 3.2. El debate entre el *ser* y el *oponer* / 4. Confusiones en torno a la venta de bien ajeno y la nulidad /5. Conclusiones/ 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2020, tiene como eje temático la discusión sobre si la segunda venta efectuada por el mismo vendedor respecto del mismo bien inmueble es válida o, por el contrario, ineficaz.

Al respecto se desarrolló dos ponencias en el Pleno con posiciones contrapuestas. La primera concluyó que el segundo contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado por el mismo vendedor con un distinto comprador, es *nulo* por las siguientes causales: finalidad ilícita, objeto jurídicamente imposible y/o ser contraria a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La segunda ponencia determinó, en cambio, que ese mismo contrato era *válido pero susceptible de ser declarado*

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Bachiller y magister en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrático de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ineficaz frente al primer comprador, por lo cual se deberá tener en cuenta la aplicación de las reglas establecidas en el art. 1135 CC.

Finalmente, el Pleno Jurisdiccional acordó por mayoría que el segundo contrato de compraventa celebrado entre el mismo vendedor y distinto comprador era nulo por alguna de las causales ya señaladas líneas arriba.

2. Comentarios a la primera y segunda ponencia del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil del año 2020

Respecto a los comentarios de cada ponencia me atrevo a establecer lo siguiente. Como bien se explicó, la primera ponencia se centró en tres causales: (i) *la finalidad ilícita*. Básicamente la casuística enseña que aquella persona que vende un mismo bien inmueble a un segundo comprador (luego de habérselo vendido a un primer comprador) ocultándole la primera venta, tiene como propósito defraudar al primer adquirente, lo que —dicho sea de paso— generaría consecuencias penales, pues el hecho se subsumiría en el delito de estelionato.

(ii) El *objeto jurídicamente imposible*. se presenta como otra tesis de nulidad, en el sentido de que es imposible que alguien venda una cosa que no le pertenece, pues en aplicación del principio de consensualismo en materia de transferencia inmobiliaria, en el momento de la segunda compraventa el vendedor ya ha dejado de ser propietario del bien.

La causal de ser (iii) *contraria a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres*, tiene sustento en el carácter inviolable del derecho de propiedad consagrado en el artículo 70 de la Constitución. Además, según lo previsto en el artículo 949 del Código Civil, así como en otras disposiciones legales, se puede concluir que el ordenamiento jurídico no permite la doble venta de un mismo bien inmueble.

De otro lado, la segunda ponencia, en la aplicación de la regla del consensualismo, determina que la primera venta convierte automáticamente al comprador en propietario y que el segundo contrato de compraventa se convierte en el típico supuesto de bien ajeno. Sin embargo, el objeto del mismo no es jurídicamente imposible, en la medida que el art. 1409 CC habilita a las partes de un contrato para que el acto jurídico que celebren tenga como objeto un bien ajeno; por ende, no se configuraría la causal de nulidad, pues el propio Código Civil peruano regula la venta de bien ajeno.

Por su parte, el art. 1135 CC regula el supuesto de un mismo sujeto deudor que se ha comprometido ante diversos acreedores estableciendo diversas

expectativas de satisfacción y que estos distintos acreedores se comportan de buena fe acudiendo con el propósito de ser satisfechos. En tal sentido, si partimos de la tesis de la nulidad no podría haber concurrencia de acreedores, puesto que si el contrato es nulo no hubiera producido los efectos jurídicos. La sola existencia de una concurrencia de acreedores determina que el contrato es eficaz bajo las reglas del art. 1135 CC.

Entonces, descartada la tesis de la nulidad del contrato bajo los supuestos mencionados, nos encontraríamos ante la tesis de la ineficacia, por lo cual se debe proteger a quienes se encuentren en una posición de privilegio. En ese sentido, se ampararía —por ejemplo— a los que hayan inscrito las adquisiciones (en base a la confianza) en el registro público correspondiente, pues estos registros gozan de publicidad registral; por ende, la oposición del derecho frente a otros es mucho más eficaz.

3. Sistema de transferencia de propiedad

3.1. Noción y función

El sistema de transferencia de propiedad peruano está formado por un conjunto de reglas y procedimientos que orientan la transferencia de la propiedad en el Perú.

Las funciones de un sistema de transferencia de propiedad son (i) maximizar la circulación de los bienes, es decir, buscar la mayor cantidad de transferencias para una provocar una posición dinámica; (ii) fortalecer la seguridad jurídica, dicho de otro modo, busca la protección de la situación jurídica del sujeto, así como la oposición del derecho frente a otros sujetos, (iii) la protección en el tráfico de bienes y (iv) reducir adquisiciones de sujetos sin legitimidad.

3.2. Modelo de transferencia de propiedad en el Perú

3.2.1. La unidad del contrato

Existe un único contrato del cual se desprenden efectos obligatorios y reales. Según el consensualismo —contrato de causa única— la celebración del contrato es suficiente para la transferencia de la propiedad; mientras que, en la unidad del contrato de causa doble, el contrato tiene un título (que es la fuente) y un efecto (que se materializa mediante un modo: la entrega del bien). Una parte de la doctrina propone que en el caso de transferencias de bienes inmuebles debe existir el título y que el registro debe ser el modo.

El artículo 949 del Código Civil¹ se acoge al sistema de la *unidad del contrato de pacto único* que parte del consensualismo, debido a que no se crea una obligación, sino que el solo el consenso convierte en propietario el individuo².

3.2.2. Debate entre el ser y el oponer

El *ser* se refiere al propietario con el propósito de constatarse en tal calidad, pues no es importante que se encuentre registrado como propietario. El sujeto es propietario por el solo consenso.

El *oponer* se refiere a que el derecho será oponible frente terceros si está debidamente registrado. Aquel es sugerido con el ánimo de proteger el derecho. La doctrina propone la tesis que establece que mientras el derecho no esté inscrito, no tendrá sentido³.

Finalmente, el *ser* y el *oponer* son nociones distintas debido a que el sujeto es propietario por el consenso, pero para que el derecho sea oponible se requiere que esté inscrito en el registro correspondiente.

4. Confusiones en torno a la venta de bien ajeno y la nulidad

La causa que determina la nulidad en torno a la venta de bien ajeno, no resulta óptima ya que constituye un fin ilícito, objeto jurídicamente imposible y ser contrario a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres por las siguientes razones:

El (i) *fin ilícito* se refiere a que la causa y el negocio jurídico vulneran las normas imperativas, debido a que en el momento de la celebración del contrato fue trasgredido el sistema jurídico. (ii) El *objeto jurídicamente imposible* aparece cuando nos encontramos en un escenario donde el sistema jurídico no considera un efecto jurídico para tal situación (por ejemplo, hipotecar un automóvil). El ejemplo en mención es imposible, es decir, no se logra dentro del ordenamiento jurídico peruano. (iii) *Ser contrario a las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres*, está orientado al negocio jurídico que va en contra de las buenas costumbres. En ese sentido,

1 Artículo 949 CC.- Transferencia de propiedad de bien inmueble: la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

2 Según Manuel de la Puente y Lavalle se puede transferir la propiedad con la sola fuente de la obligación de enajenar.

3 Respecto de la inscripción se puede señalar someramente que los problemas del registro son el acceso y la falta de catastro para una óptima identificación de los bienes.

pues, se está aludiendo a lo establecido en el art. V del Título Preliminar⁴ y el art. 219 CC⁵. Además, cuando se hace referencia a la vulneración de normas de orden público se está ante una situación de incompatibilidad donde la norma no establece de manera expresa lo correspondiente a la causal de nulidad, sino que está refiriéndose a una nulidad por incompatibilidad.

En el escenario de la compraventa de bien ajeno (art. 1537 del CC), debe cumplirse los siguientes requisitos: a) un contrato; b) una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad y c) ambos saben que el bien objeto de transferencia es ajeno. Ahora bien, si el deudor no cumple lo pactado, se frustra la expectativa del acreedor, por lo cual este puede solicitar un resarcimiento.

En la venta ajena no se está comprometiendo al propietario a que venda el bien mueble o inmueble al deudor (quien pactó la venta ajena), pues el compromiso es personal, pero tampoco la compraventa de bien ajeno es la venta de cosas robadas (de ser el caso, sí se estaría incurriendo en un fin ilícito). Cuando el sujeto adquirente tiene conocimiento de que el bien es ajeno, según art. 1539 CC, es causal de rescisión del contrato, es decir, el ordenamiento jurídico no sanciona tal acto con nulidad⁵. Sí existe un contrato válido sobre bienes ajenos, el cual se encuentra amparado en los art. 1537 CC y el art. 1409 del CC.

Ahora bien, ¿en qué se sustenta el art. 1135 CC⁶? Pues, no versa sobre la compraventa de bien ajeno, sino sobre acreedores diversos que intervienen en una situación de preferencia para adquirir el bien en custodia. Para la compraventa de bien ajeno propiamente, sujeto adquirente debe conocer la ajenidad, tal y como se mencionó anteriormente.

El derecho de la entrega del bien se sustenta en la buena fe, es decir, en la ignorancia de la existencia de otros acreedores; se protege primero al acreedor cuyo derecho esté inscrito; dicho en otras palabras, se tutela al acreedor que haya actuado con mayor diligencia debida.

El art. 1135 del Código Civil aplica para el derecho de las obligaciones; así surgirán actos válidos. El cuestionamiento al sujeto que ha transferido o

4 Art. V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

5 Artículo 1539.- Rescisión del compromiso de venta de bien ajeno. La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda.

6 Artículo 1135.- Concurrencia de acreedores de bien inmueble. Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

generado varias obligaciones es la ilegitimidad: esta no es causal de invalidez. Los acreedores deben actuar de buena fe. En esta norma no se discute la calidad de propiedad, pues no engloba a los derechos reales, sino que tiene una filosofía para el derecho de obligación con la prestación de dar bienes inmuebles a comparación del art. 1136 CC que aplica para casos de bienes muebles (donde no tiene relevancia el registro de la propiedad). Por lo tanto, se protege la tutela de crédito, no el mejor derecho de propiedad. No se discute la calidad propietaria.

5. Conclusiones

En el Perú se adquiere la propiedad inmueble por el solo consenso. Es recomendable, mas no obligatorio, un modo eficaz de información del derecho adquirido.

No se puede considerar la segunda venta efectuada respecto de un mismo bien inmueble un caso de nulidad sino un caso de ineficacia funcional (rescisión) acorde el art. 1539 CC. De ser considerado nulo no tendría razón de existencia lo dispuesto en el art. 1135 CC.

El art. 1135 CC no está relacionado a un tema de determinación de la calidad propietaria sino a definir qué acreedor debe ser preferido por haber cuidado mejor su derecho de crédito: se discute el mejor derecho de propiedad. No se discute la calidad propietaria porque el art. 1135 CC pertenece al derecho de obligaciones. Se está queriendo sustentar primero en el registro y luego en el derecho.

También se debe derogar el art. 1135 CC y propiciar un intercambio de bienes usando el DNI electrónico debido a que en un sistema en donde se quiere proteger la buena fe, pues, se quiere tutelar de manera especial la posición jurídica de los sujetos; entonces, se debe derogar el art. 1135 del CC.

Por último, se debe generar mecanismos donde no haya lugar de propiciar situaciones de informalidad ni tampoco se premie al informal. Se deben generar mecanismos donde la propiedad sea más segura y con un registro público más organizado y progresivo.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Qué opina sobre la aplicación del art. 1135 del CC para resolver un caso de mejor derecho de propiedad?

El art. 1135 CC es un artículo para derecho de obligaciones. Existe un deudor con distintos acreedores que debe entregar un bien, de decir, debe

realizar una prestación de dar. El artículo en mención no se refiere a quien se merece ser propietario: no está relacionado con la transferencia de propiedad. Es una prestación de dar que tiene varias expresiones. Por lo tanto, no es una situación real, sino la tutela del crédito.

6.2. ¿En qué casos es aplicable el art. 1135 CC?

El art. 1135 CC se refiere a la concurrencia del crédito, a la tutela del mismo. Esta es una opción legislativa. La norma en mención es relevante para el registro de la propiedad; a diferencia del art. 1136 CC referido a transferencia de bienes muebles en donde es indiferente la inscripción. Por ende, se debe eliminar dicha norma por medio de mecanismos para, de esta manera, proporcionar transferencias efectivas con efectos obligatorios y relativos.

VI. DERECHO DE SUCESIONES

La redefinición del derecho sucesorio post-pandemia*

Manuel Bermúdez Tapia**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El contexto de pandemia / 3. La evaluación de conflictos familiares post pandemia / 4. Las perspectivas de reforma de la legislación y proceso en el ámbito familiar / 5. Respuestas a las preguntas del público / 6. Referencias Biográficas.

1. Introducción

La inmensa cantidad de fallecidos en el Perú y en el contexto mundial, sobre todo en Europa por una referencia al Sistema Jurídico Romano Germánico [Canónico Francés] provocará en la mayoría de los países adscritos a este sistema una reforma integral de sus principales legislaciones en el contexto de las relaciones personales, familiares y económicas.

En este sentido, tanto el Derecho de Familia como el Derecho Sucesorio deberán asumir una actualización respecto de sus contenidos porque la pandemia del Covid-19 provocó un contexto socio familiar donde se han evidenciado problemas que sólo eran analizados en debates académicos.

El surgimiento de *familias paralelas*, *familias migrantes*, *familias sucesivas o continuas* permiten detallar una serie de problemas que serán habituales en los órganos judiciales peruanos y en el extranjero porque la definición o asignación de derechos serán requeridos por parte de quienes registran una *legitimidad para obrar* o un *interés* respecto de alguna pretensión derivada de una relación familiar.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil, y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

**Profesor ordinario auxiliar de la Facultad de Derecho y de la Unidad de Posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador de la Universidad San Juan Bautista.

Consecuentemente, es necesario detallar que las reglas del derecho sucesorio no pueden mantenerse porque su principal objetivo de evaluación es la “familia nuclear” y dicha referencia resulta limitada frente a toda la realidad familiar que se ha venido desarrollando en el país y en el extranjero, especialmente debido a las adaptaciones familiares a nuevas situaciones.

El análisis legal de esta referencia, permite detallar el siguiente texto.

2. El contexto de pandemia

En épocas de crisis, los cuestionamientos al Estado suelen ser muy referenciales porque la atención de las necesidades más importantes ha sido limitada. Los derechos fundamentales, más referenciales, como el de acceder a servicios sanitarios, el de acceder a servicios educativos, o el de poder trabajar, el de acceder a una alimentación o el de garantizar la propia vida, literalmente han quedado relativizados.

La pandemia del Coronavirus-19, de alcance mundial, ha cuestionado severamente la estructura, institucionalidad y modo de vida de la población en todos los países del mundo y por ello es que la necesidad de garantizar los derechos es un objetivo esencial para la legitimidad del Estado, porque en esencia, fue construido para atender a la población.

La propia naturaleza humana generó una idea de *convenio* para garantizar su propia supervivencia, tanto en el ámbito interno como a nivel externo, sobre la cual se construyó un “contrato social”, conforme el esquema de Hobbes, Kant y sobre todo Locke, porque sólo de este modo se podía superar un contexto de naturaleza ajena a la racionalidad.

Sin embargo, el Estado peruano no cuenta con muchos recursos o medios políticos para garantizar su propia legitimidad porque todavía no superamos problemas históricos que han provocado una exclusión social que ha sido ampliada, esencialmente porque muchas familias están asumiendo un panorama complicado en el ámbito de sus propias condiciones de vida.

Y una de las especialidades jurídicas con mayor referencia durante la pandemia y que será materia de mucho análisis cuando la gran mayoría de peruanos sean vacunados será el *Derecho de Familia*, en particular porque el Código Civil de 1984 no podrá ser empleada en forma proporcional a las necesidades y condiciones procesales y judiciales de muchas familias, que no podrán superar contextos de crisis extrema.

Por ello, en una evaluación a una etapa *post pandemia* debemos señalar que las condiciones procesales, probatorias, sustantivas y judiciales requeri-

rán de una reforma integral que permita complementar una legislación sustantiva y procesal en un único cuerpo normativo, diseñado bajo una perspectiva interdisciplinaria, porque el actual panorama en el Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia es insostenible (Bermúdez, 2011 a, p. 21).

3. La evaluación de conflictos familiares post pandemia

La evaluación del *conflicto familiar* pasará a ser un elemento esencial porque esto supera la perspectiva decimonónica de la evaluación del “expediente judicial” que resulta limitado y disfuncional, cuando las *partes procesales* desarrollan acciones de malicia y temeridad procesal en varios órganos judiciales, sobre las cuales desarrollan no sólo patologías que inciden en sus comportamientos sino también una densa carga procesal que no logra ser visualizada por el Estado.

Un “único hecho” en la actualidad puede ser evaluado en la jurisdicción penal y también en civil e inclusive en la constitucional y con ello observamos que la evaluación del *plazo razonable* resulta una condición efímera en la atención de los derechos fundamentales de las partes más débiles del conflicto.

Personas que pese a tener la condición de ser “sujetos de derecho” al no ser *parte procesal* quedan limitados en la atención de sus derechos naturales, humanos, convencionales, constitucionales, civiles y progresivos porque sus *progenitores* son quienes se enfrentan en un conflicto que es absurdamente limitado por las reglas procesales que no puede comprender la dimensión humana y subjetiva que condiciona a las personas en conflicto (Bermúdez, 2020, p. 118).

Condiciones que provocan una multiplicidad de situaciones en varios niveles, en particular porque provoca casos de *procrastinación* cuando no se ejecutan acciones legales para la defensa de un derecho. Un *comportamiento negligente* o de *hartazgo* que resulta equivalente al Síndrome de Burnout en el ámbito laboral y finalmente un comportamiento beligerante que le impide a esta persona apreciar la verdadera dimensión del conflicto, especialmente porque el elemento subjetivo no logra ser atendido (Bermúdez, 2019, p. 199).

Por ello es que la mayoría de los conflictos familiares judicializados se analizan en “dos partes” que implica un excesivo período de tiempo en crisis que amplifica los daños entre las partes intervinientes, porque quien no cumple con los “alimentos” no puede tener derecho de “visitas”. Condición que provoca que el perjudicado por no ver a sus hijos ejecute el delito de

omisión de asistencia familiar o el delito de *sustracción de menor*, que puede provocar inclusive un proceso judicial a nivel internacional.

Complementariamente, es posible observar que las *consecuencias* de algunas acciones inciden en los hijos, a quienes se les puede provocar una *alienación parental* o eventualmente un efecto de *padrectomía*. Todos estos problemas provocarán *patologías* que afectarán su desarrollo y personalidad, provocando que forma parte de relaciones disfuncionales, donde repetirá el círculo de violencia que vivió de niñez.

Ante lo detallado, los conflictos familiares judicializados representan la mayor carga procesal en el Poder Judicial y pese a esta referencia son muy pocos los magistrados especializados en familia los encargados de atender estos expedientes, con lo cual se observa que condiciones de temporalidad y de accesibilidad a derechos resulta ser condicionado por el mismo Estado que no logra asumir que estos problemas se multiplicarán en la etapa *post pandemia*, porque el cobro de alimentos devengados, situaciones de violencia familiar o las reclamaciones por derechos sucesorios, por citar algunas referencias, amplíen el margen de carga procesal que ya se registra en la actualidad.

4. Las perspectivas de reforma de la legislación y proceso en el ámbito familiar

Consecuentemente, surge la necesidad de dotar al juez de familia de poderes en el ámbito jurisdiccional penal, constitucional y civil para así poder unificar los procesos judiciales, ejecutar acciones de tutela inmediata a las acciones de denuncias o demandas, porque sólo modificando el procedimiento judicial se podrá valorar el *elemento humano* antes que el elemento formal y procedimental del trámite judicial (Bermúdez y Bocanegra, 2021, p. 145).

Ampliando el margen de discrecionalidad de los órganos judiciales se podría atender de modo eficientes la gran cantidad de casos de violencia familiar, superando el actual problema material de *evaluación probatoria* que limita la defensa de una víctima, tanto en lo físico como en lo psicológico, porque si los magistrados *conocen* de modo inmediato y directo la realidad de la familia en crisis, podrán comprender el *contexto del conflicto* y así podrían brindar una mejor justicia, porque las *personas débiles* en estos ámbitos sólo eran partes ajenas a la relación procesal evaluada.

Téngase en cuenta que muchas personas pueden generar condiciones personales, sociales, económicas, familiares y laborales totalmente diferentes a la realidad que presentan en el trámite judicial y con ello, las situaciones

maliciosas quedarían condicionadas a eventuales *cargas procesales* o sanciones que permitan legitimar la función judicial, cuando un niño, una madre en abandono o una persona de tercera edad requiera de la intervención del Poder Judicial.

Sin embargo, esta condición exige que la *legislación* sea modificada, porque de lo contrario, la evaluación de derechos vinculados al ámbito de los “alimentos”, por ejemplo, seguirían supeditados a las acciones de los progenitores que abusan de la limitada regulación normativa que no ha sido adaptada a las exigencias de la sociedad contemporánea porque se asume que los conflictos familiares pueden ser solucionados en forma privada (Bermúdez, 2012, p. 69).

Un error de perspectiva, porque en esencia se trata de elementos que forman parte del derecho público porque la Constitución determina que el *fin supremo del Estado y de la sociedad es la persona*, con lo cual debería condicionarse la amplitud de interpretación del artículo 4º de la Constitución, porque en muchos casos la *realidad familiar* no es conocida por los jueces y fiscales, sobre quienes se puede cuestionar la *inmediación procesal* que han desarrollado.

Ante el panorama de crisis que se aproxima que complicará mucho más las condiciones de vida de muchas personas, la pandemia no puede ser un elemento de justificación ante la inercia estatal en la reforma de la legislación familiar, porque esta disciplina requiere de una nueva visión para analizar el *conflicto familiar*; que en muchos casos puede evitar el trámite judicial si se conocen las condiciones que han provocado la crisis familiar o eventualmente se atienden de modo eficientes las necesidades básicas de las partes más débiles.

Se proyecta, por tanto, una nueva perspectiva que mejore el *Derecho de Familia* como disciplina jurídica histórica porque el proceso de constitucionalización comenzó cuando el Tribunal Constitucional definió su esencia: el *vínculo familiar* es el elemento superlativo porque las *realidades familiares* pueden ser muy variadas y esto supera la visión que impuso el legislador que promulgó el Código Civil de 1984 (Bermúdez, 2011 b, p. 43).

5. Respuestas a las preguntas del público

5.1 En el caso del testamento que otorga un cónyuge disponiendo de bienes que no son propios sino conyugales sin consentimiento de la cónyuge, en ese sentido se está otorgando de mala manera. Se dispone lo que no le corresponde al testador, ¿cuál es la situación jurídica?

Es inexistente. Ni siquiera es nulo o anulable, sino inexistente. Hay algunas que suelen ser dejadas de lado por los mismos abogados. El notario, para poder inscribir un testamento hace el estudio de fichas registrales, y si una persona quiere dejar un testamento, se pide la declaración de la lista de bienes de los que se pueden disponer para poder hacer el estudio. Luego, se suscita la pregunta —a la misma persona— sobre si es conviviente, casado, tiene hijos o sucesores y la persona da una respuesta. En el supuesto caso en que la persona declare que está casado (20 años, por ejemplo) y solo figura él en la ficha registral, es de importancia que se pida la adecuación del mismo acorde a su estado civil a fin de reconocer que hay un bien de sociedad conyugal. Distinto a lo anterior, sería si los bienes fueron adquiridos antes de su matrimonio, pasando a ser absolutamente individual.

Si del caso, se desprende al fin y al cabo que es un bien de sociedad de gananciales; lo primero, es resolver el inconveniente sobre los bienes. En segundo lugar, es de recalcar que incluso siendo una persona separada (mas no divorciada) y fallece, el testamento requerido sería nulo si se sigue casado por lo que importará la aplicación de un proceso de divorcio o —eventualmente— un divorcio notarial o municipal. ¿Qué pasa si la persona muere en el trámite? Se debería evaluar si la cónyuge mantiene el derecho o si se respeta la voluntad de quien es titular de los bienes de quien era su ex esposo. Lo correcto sería mantener la voluntad del fallecido en cuanto forma parte de una esfera privada que debe ser respetada y porque se inició el trámite formal (nadie plantea una demanda de divorcio para que al final no se llegue a una sentencia). Esto se llama Registro de Matrimonio Formal versus Registro de Matrimonio Real (si es que hay dos involucrados).

Por seguridad jurídica, si fallece cualquier causante al ver la ficha del RENIEC solo son visibles los datos de los padres. No salen los demás datos (tal vez una demanda). Los hijos que tienen no están inscritos por lo que los hijos deberían presentar sus documentos, a pesar de ser hijos matrimoniales, para que se reconozca una sucesión. Lo anteriormente explicado se llama inseguridad jurídica, por lo que RENIEC no debería tener una categoría de órgano constitucional autónomo porque lo único que tiene que ejercitar la identidad lo hace mal, pasando a ser una solución que sea absorbida por la SUNARP. El órgano constitucional autónomo debería estar en dependencia de una Oficina de la SUNARP porque no tiene categoría para ser como se le denomina.

Sobre esta base, cuando se tenga lo deseado en la normatividad futura, se podría plantear a la persona que quiera hacer un testamento (pero que sus bienes no están bien detallados) que no puede hacerlo. A eso se le llama

seguridad jurídica. Por ejemplo, si uno va a un banco y desea solicitar una línea de crédito, pero se informa que el cliente tiene deudas con el INFO-CORP, no se le otorga. Si hay un cliente que desea un crédito y además tiene un bien inmueble que puede respaldar el crédito que solicita sí se otorga porque en el comercio siempre se busca la seguridad jurídica.

En la actualidad siempre consultan la pregunta planteada, configurándose una muestra de la falta de seguridad jurídica suscitándose detalles.

6. Referencias bibliográficas

Bermúdez-Tapia, M. (2011 a) *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante,

Bermúdez Tapia, M. (2011 b). Redefiniendo el Derecho de Familia en la tutela del vínculo familiar en la jurisprudencia peruana. *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, (5), 43-62

Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos

Bermúdez-Tapia, M. (2019) *Elementos procesales y probatorios en el Derecho de Familia*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica

Bermúdez-Tapia, M. (2020). El bloque de convencionalidad en el desarrollo del ISN que evalúa derechos de orden multidimensional e interdependientes a favor de niños y adolescentes. *Revista Oficial del Poder Judicial. Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú*, 11(13), 117-138.

Bermúdez-Tapia, M. y Bocanegra Risco, T.C. (2021, marzo) La debida diligencia estatal y el trámite de un expediente judicial en familia. *Actualidad Civil*. (81), 145-159

VII. DERECHO DE PROPIEDAD

La independización de los aires*

Oscar Huerta Ayala**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Los aires / 3. Naturaleza jurídica de los aires / 4. Precisión de la naturaleza jurídica de los aires / 5. La reserva de aire sin independización / 6. Extensión de las unidades de propiedad exclusiva. / 7. Precedente de observancia obligatoria / 8. Reconocimiento de aires y reserva de aires / 9. Independización de aires y problemas / 10. Pagos de gastos de mantenimiento / 11. independización de aires / 12. Respuestas a las preguntas del público .

1. Introducción

La independización de los aires se encuentra íntimamente relacionado con las edificaciones, es decir, para que se pueda hablar de una independización de aires se debe contar, en primer lugar, con una dedicatoria de edificación, entendida como aquel reconocimiento legal que se realiza a una edificación.

En segundo lugar, se deberá inscribir un reglamento interno, entendido como aquel acto jurídico que realizan los propietarios y en el cual se establecen las reglas que van a definir la convivencia. Dentro del reglamento interno deben estar presentes ciertos elementos básicos. Por ejemplo, un porcentaje de participación, una correcta identificación de cuáles son las áreas comunes y las zonas de propiedad exclusiva.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado, magister en Derecho Civil y Comercial y doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente por la Universidad Peruana Los Andes (Huancayo). Jefe de Unidad Registral de la Zona Registral N° XIII-Sede Tacna.

Con respecto a la formalidad de dichos reglamentos, pueden ser por escritura pública o documento privado con firma legalizada ante notario. Asimismo, dentro del reglamento se deberán señalar los porcentajes de los gastos de mantenimiento, cuáles son los servicios comunes y la organización que adoptará la junta de propietarios.

2. Los aires

Existe en la parte de la azotea un área que será denominado aires. Con relación a ello, el Código Civil peruano menciona que sobre dicha área está presente un derecho sobre elevación, es decir, puede existir una propiedad diferente bajo y sobre el suelo. En el mismo orden de ideas, para la directiva de Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) el derecho sobre elevación es considerado como aires.

Los aires pueden ser definidos como el techo del último piso de una edificación sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. En principio, los aires son comunes, salvo que los títulos de propiedad establezcan lo contrario. Los aires al ser comunes no pueden ser materia de transferencia porque pertenecen a todos los propietarios, existiendo una copropiedad sobre ellos.

Los aires pueden ser independizados cuando sean considerados como bienes de propiedad exclusiva, pero para ello se requiere que en reglamento interno se encuentren presentes los porcentajes de participación de los aires, es decir, solo se podrá independizar los aires —como regla general— cuando se haya establecido un porcentaje de participación para dichos aires (entendido como unidad inmobiliaria).

La Resolución N° 340-2008-SUNARP/SN señala que los aires son una facultad que se concede a una persona a fin de sobre elevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las existentes. Se verá concretado el derecho de sobre elevación o de aires cuando se realice la ampliación de la edificación.

Es recomendable que antes de comprar aires se haya —cuanto menos— tramitado un certificado de planos urbanísticos, para que se pueda verificar la altura máxima de la edificación para evitar problemas futuros al momento de realizar la aplicación de la edificación.

Los aires son definidos como el techo del último piso de una edificación sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. Se hace referencia a este régimen porque en el régimen de copropiedad con independización el terreno le pertenece a la casa, existiendo así un solo titular de

dicha casa, es decir, el suelo y lo que se extiende hacia arriba le pertenece a un solo titular, lo que no sucede en un régimen de propiedad exclusiva de predio común, donde puede existir distintos titulares y con niveles diferentes.

3. Naturaleza jurídica de los aires

Los aires como regla general se reputan como comunes, salvo precisión contraria al reglamento, los aires al ser comunes no podrían ser transferidos sin una previa una desafectación y autorización por parte de la junta de propietarios, pues esta junta debería señalar que los aires dejan de ser comunes y serán considerados como propiedad exclusiva. Entonces, si se desea transferir aires e independizarlos, estos deben ser señalados dentro del reglamento interno como una unidad independiente, con porcentaje de participación. Además, se deberá señalar en los planos de independización cuál es el área de acceso.

En suma, si en el reglamento interno los aires son considerados como una sección de propiedad exclusiva; entonces, se debe asignar un porcentaje de participación y tener un área proyectada de acceso, ello puede quedar en la partida matriz si el reglamento así lo establece.

Los aires no necesariamente serán independizados, debido a que se puede optar por una reserva de aires para que en un futuro se puedan independizar los mismos, modificando el reglamento interno. No obstante, en el caso anterior no se podrían transferir los aires, ya que para ello es necesario que se encuentren previamente independizados.

4. Precisión de la naturaleza jurídica de los aires

Para poder cambiar la naturaleza jurídica de los aires, es decir, para lograr que los aires no sean considerados como zonas comunes y sean zonas de propiedad exclusiva, se debe modificar el reglamento interno con una mayoría calificada, dicho en otras palabras, se necesitan dos tercios (66.6%) de votación para que se pueda realizar esa afectación. Además, se deberá autorizar al presidente de la junta para que pueda firmar la escritura pública. Es decir, se deberá independizar dichos aires en una partida a nombre de la junta de propietarios y luego dar una autorización al presidente de la junta para que pueda firmar la escritura pública de transferencia.

Según la ley N° 27157 la junta de propietarios no es una persona jurídica, aunque se comporte como tal, existiendo así la posibilidad de que una junta de propietarios a través de junta directiva pueda, por ejemplo: pagar servicios, contratar personal de limpieza y de seguridad. Asimismo, el

presidente de la junta puede entablar proceso, es así como la ley reconoce ciertas facultades al presidente y a la junta de propietarios. Es importante ello debido a que la decisión de la junta no será inscrita en el registro de persona jurídica, sino que será en el registro de propiedad inmueble.

5. La reserva de aires sin independización

En los supuestos de reserva de aire sin independización se debe señalar en el reglamento interno que existe una reserva de aire e indicando además hacia quien es dicha reserva. El registrador al momento de inscribir el reglamento interno lo anotara en un rubro distinto denominado “reserva de aire”.

El problema que se puede generar con la reserva de aires consiste en: ¿hasta qué nivel puede construir el propietario de aires reservados? Al respecto, el Tribunal Registral ha señalado que se puede inscribir un derecho sobre elevación, un derecho en el cual se puede establecer una cláusula a favor de una persona para que pueda tener la facultad de construir distintos niveles, es decir, el Tribunal Registral admite la posibilidad de que exista una reserva de aires sobre aires, entendido como una cláusula de un derecho de elevación en el cual se puede establecer la facultad de construir pisos adicionales. No obstante, la independización de aires sobre aires se encuentra prohibida por la Directiva de la SUNARP.

6. Extensión de las unidades de propiedad exclusiva

Las unidades de propiedad exclusiva pueden ser extendidas hacia áreas y el espacio vacío (pozo de luz) que corresponda a la planta en que se encuentre según la proyección vertical. La extensión y ámbito de la propiedad privada se adquiere con independencia de los límites impuestos por la zonificación. No obstante, muy a menudo equivocadamente se suele pensar que para la transferencia de los porcentajes en zonas comunes se debe generar un contrato distinto, lo cual es incorrecto puesto que al momento de transferir el bien inmueble se encuentran incluidos los porcentajes de participación, siendo innecesaria la aclaración de la transferencia de dicha transferencia.

7. Precedente de observancia obligatoria

En el supuesto de que un individuo pretenda independizar los aires de un edificio antiguo, que posee un reglamento interno enmarcado en la legislación anterior, el registrador solicitará que se adecue el reglamento interno a la Ley N° 27157. La obligatoriedad en la adecuación del reglamento interno dependerá del bien que se desee inscribir: si se desea inscribir una

modificación del reglamento interno será necesaria dicha adecuación a la Ley N° 27157, pero si no se desea inscribir una modificación al reglamento interno no sería obligatoria la adecuación del reglamento interno a dicha ley.

En el caso de que el bien inmueble no cuente con un reglamento interno, se deberá realizar una regulación del reglamento, continuando después con una serie de procedimientos para lograr la independización de los aires.

8. Reconocimiento de aires y reserva de aires

Hay una gran diferencia entre el reconocimiento, independización y desafectación de aires. En primer lugar, el reconocimiento de aires hace referencia a que el propietario del bien no se pronunció —en su momento— sobre el destino de los aires, no obstante, puede solicitar el reconocimiento de los aires. Si la junta de propietarios así lo desea, aquellos pueden ser reconocidos, dicho acto otorga al propietario la titularidad de los aires.

La desafectación de aires consiste en que el reglamento interno al establecer que los aires son comunes, requiere que previamente se realice un cambio sobre la naturaleza de los aires, es decir, los aires deberán ser de propiedad exclusiva, para ello se deberá modificar el reglamento interno debido a que la modificación implica que las unidades inmobiliarias cambiaran de porcentaje de participación.

Esto se debe a que al generarse una nueva unidad inmobiliaria se afectarán los porcentajes de participación de las unidades inmobiliarias iniciales, necesitando además el 66,6% de la votación de los propietarios de las áreas comunes y de todos los propietarios en general, requiriéndose una mayoría cualificada, si no se cumple con el quórum necesario los títulos son tachados.

9. independización de aires y problemas

Pueden surgir una serie de problemas en cuanto a la independización de los aires, por ejemplo, si un individuo desea independizar aires propios, sin embargo, los aires propios no pueden ser materia de independización porque que forman parte de la unidad inmobiliaria, por ejemplo, los pozos de luz que no pueden ser materia de independización.

Otro problema surgiría si se desea independizar unidades estableciendo como criterio de independización las áreas techadas. Esto se debe a que no todas las unidades inmobiliarias poseen áreas techadas, por ejemplo, no todos los estacionamientos cuentan con áreas techadas, lo mismo sucede con la independización de aires, lo que se prefiere en estos casos es utilizar

el criterio de área ocupada que consiste en calcular los porcentajes de participación teniendo en cuenta el área ocupada. En suma, para la independización de aires se debe señalar en el reglamento interno un porcentaje de participación y el área proyectada de acceso.

Los aires al ser independizados pueden ser materia de: compraventa, transferencia, hipoteca, embargo y hasta prescripción adquisitiva de dominio. Se puede muchos problemas si alguien compra aires y construye más de un nivel en virtud de que el comprador al momento de la transacción sólo adquiere un nivel, salvo que haya una inscripción de derechos sobre elevación en el que conste una cláusula que permita la construcción de más de un nivel que es admitido por el Tribunal Registral.

Otro problema relacionado con la independización de aires es la independización de aires sobre aires que es prohibida por la directiva de SUNARP; no obstante, existen posiciones que señalan que sería posible independizar aires sobre aires, porque se trata de un derecho sobre inmueble. Sin embargo, la dificultad de dicha independización radicaría en el nivel de ejecución, es decir, en el supuesto en que se logre independizar los aires sobre aires, serían inejecutables los embargos o las hipotecas. Existiendo una mayor conformidad con respecto de los aires sobre aires por el sector registral, si se señala en una cláusula el derecho sobre elevación o que se va a comprender más de un nivel no habría mayor inconveniente.

Un problema distinto se puede generar si se desean señalar distintos niveles a distintos titulares. Por tal motivo, es necesario tratar el tema de los aires en una normativa especial, para analizar la problemática se ha planeado líneas anteriores, caso contrario se pueden realizar distintos tipos de interpretaciones, siendo necesario generar predictibilidad registral.

En síntesis, para la independización de aires son necesarios: en principio una dedicatoria de edificación, en segundo un reglamento interno y que en los planos de interpretación se señale existe un área proyectada de acceso para que se puedan acceder a las construcciones futuras.

10. Pagos de gastos de mantenimiento

En el supuesto de que se pretenda hacer el cobro por mantenimiento a un propietario que únicamente tiene aires. En principio todos los propietarios que cuentan con un porcentaje de participación deben pagar los gastos de mantenimiento, pero existe un debate debido a que se podría argumentar que se trata de una propiedad que no es utilizada, en virtud de que el reglamento de la Ley N° 27157 no señala mayor alcance al respecto. independización de aires

11. Independización de aires

El derecho de sobreelevación (aires) es un derecho real conforme lo señala Artículo 955.- del Código Civil al señalar: El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

Al respecto según Rivera Bustamante: “(...) con respecto al espacio aéreo, el titular del suelo puede ejercer su atributo de goce, por el cual, entre otros atributos, tiene un derecho a edificar o a sobreelevar la edificación del mismo; en el caso de que ya exista algún tipo de construcción, dicho derecho surge como una facultad inherente a su sola condición de propietario del suelo”¹.

El derecho de sobreelevación se consume cuando su titular culmina la construcción de una o más plantas sobre el edificio pre-existente, atribuyéndose en consecuencia la propiedad de dicha construcción. Por tal razón, el derecho de sobreelevación constituye una situación interina hacia la propiedad definitiva de la nueva unidad inmobiliaria que se conforme².

El Artículo 2 del Reglamento de la Ley 27157 señala que las Unidades Inmobiliarias: Son los terrenos sin edificar, las edificaciones, los aires o las secciones de cualquiera de ellos que sean factibles de independizar, y cuyos derechos sean susceptibles de inscripción en el Registro Público respectivo.

Según la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común, aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN) señala que: “El término “aires” alude a la facultad que se concede a una persona a fin de sobreelevar una edificación, es decir, construir plantas adicionales a las ya existentes. Esta figura se conoce también en doctrina como derecho de vuelo o levante, y se encuentra regulado -por ejemplo- en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario Español, cuya doctrina ha ido perfilando los contornos jurídicos de la institución”.

Al respecto Freddy Silva³ ha señalado que: “Tradicionalmente, el término “aires” de una edificación ha sido definido como el techo del último piso de

1 Rivera Bustamante, Raúl. Código Civil Comentado. Tomo V Derechos Reales. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Primera Reimpresión. Lima, 2007. Pág. 254.

2 González Barrón, Gunther. Derecho Urbanístico. Jurista Editores. Sexta Edición. Lima, 2011. Pág. 557

3 Silva Villajuán, Fredy. RESERVA DE AIRES E INDEPENDIZACIÓN. En: Blog de Revista Electrónica El Visir. <http://blog.pucp.edu.pe/item/104718/reserva-de-aires-e-independizacion>

una edificación sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, techo que puede tener la calidad de zona común o de sección de propiedad exclusiva, supuesto último que deberá constar expresamente en el reglamento interno. En efecto, según lo previsto por el literal h) del artículo 40 de la Ley 27157, los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso, los sótanos y azoteas, salvo que en los “títulos de propiedad” de las secciones aparezcan cláusulas en contrario. Es decir, se equipara a los aires con la “azotea” que es el nivel accesible encima del techo del último nivel techado, área que puede ser libre o tener construcciones de acuerdo con lo que establecen los planes urbanos”.

Sin embargo, el mismo autor señala que: “Sin embargo, el numeral 5.9 de la Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común aprobada por Resolución N° 340-2008-SUNARP/SN del 23/12/2008, extendió los alcances de los aires al precisar que “Las inscripciones de las unidades de propiedad exclusiva pueden extenderse al área techada y al espacio vacío que corresponda a la planta en que se encuentre, según la proyección vertical y según los límites del perímetro”.

En el caso que los “aires” tengan la calidad de sección de propiedad exclusiva, su titular tendrá el derecho de sobreelevar o construir nuevos pisos si es que ha sido autorizado expresamente en el reglamento interno o, de no ser así, obtenga la aprobación de la junta de propietarios”⁴.

Considero que lo ideal sería que en el caso de los aires se indique en el Reglamento Interno, cuáles son los límites de su derecho de sobreelevación, precisando cuantos pisos puede construir el beneficiario, en la medida que la construcción que realice deberá respetar la altura máxima de edificación que constan en los parámetros urbanísticos del inmueble, y además así se podría evitar conflictos con los demás propietarios.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 27157 señala que las Unidades Inmobiliarias son los terrenos sin edificar, las edificaciones, los aires o secciones de cualquiera de ellos que sean factibles de independizar y cuyos derechos sean susceptibles de inscripción en el Registro Público respectivo. Asimismo, cuando en el reglamento interno se establezca la reserva de aires de la edificación, se podrá independizarse siempre que se le asigne un porcentaje de participación en los bienes comunes y cuente con un área proyectada de acceso.

El Tribunal Registral se ha pronunciado respecto a algunos casos de independización de aires, como, por ejemplo: en la Resolución N° 019-2012

⁴ Ibidem

SUNARP-TR-T de 18/01/2012 estableció que: cuando en el reglamento interno se establezca la reserva de aires de la edificación, esta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo, siempre que se le asigne porcentaje de participación en los bienes comunes.

El Tribunal Registral, mediante la resolución N°222-2015-SUNARP-TR-L de 30/01/2015 ha manifestó que los aires pueden independizarse en dos o más secciones, es decir, si un propietario puede seccionar los aires en distintos niveles si así lo desea. Así mismo, dicho tribunal, a través de la resolución N°1509-2014-SUNARP-TR-L de 11/08/2014 declaró improcedente la independización de los aires propios porque forma parte de una unidad inmobiliaria.

En muchos contratos de compraventa se suele señalar que en dicho acuerdo se encuentran incluidos los aires, por lo que se entiende que se ha realizado la venta del lote de manera integral. No obstante, si se realiza el mismo contrato de una propiedad exclusiva —por ejemplo, de un departamento— y se incluye en dicho contrato, la venta de los aires, siendo necesario presentar frente a los registros la partida en la que se sustente la independización de los aires para probar la propiedad de los aires, por tal motivo se debe tener especial cuidado cuando se redacte los contratos de transferencia de unidades exclusivas.

Fredy Silva señala que tradicionalmente el término “aires” de una edificación ha sido definido como el techo del último piso de una edificación, sin embargo según el numeral 5.9 de la directiva de la SUNARP: “se extiende el alcance de los aires al precisar que: las inscripciones de las unidades de propiedad exclusiva pueden extenderse al área techada y al espacio vacío que corresponda a la planta en que se encuentre, según la proyección vertical y según los límites del perímetro”, existiendo un cambio conceptual respecto a los aires.

La directiva de la SUNARP señala con relación a la reserva de aires: que se reputan zonas comunes, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario por las cuales se les atribuya la condición de sección de propiedad exclusiva”.

El tribunal agrega además que “Para efectos de registrales la cláusula en contrario contra en el reglamento interno o en una modificación posterior en el que se apruebe el acto de reconocimiento de la propiedad preexistente de los aires”. Por último, declara que “Si el reglamento interno atribuye expresamente la condición de zona común a los aires será aplicable el artículo 135 del decreto supremo N° 035-2006-VIVIENDA, salvo que el reconocimiento de la propiedad preexistente se realice por unanimidad de

los propietarios”, es decir, para un reconocimiento se necesita la unanimidad de los propios, lo cual es un poco complicado que se pueda dar.

El Tribunal Registral emitió una resolución en el año 2014 en la cual señala que “los aires se reputan como zonas comunes, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario por las cuales se les atribuya la condición de sección de propiedad”.

Al respecto, si se realiza una interpretación, se puede afirmar que la reserva de aires es a favor del único propietario de la edificación; sin embargo, en caso de que existan varias unidades independizadas sin reglamento interno a favor de distintos propietarios y pretenden regularizar o adecuar su reglamento interno a la Ley N° 27157 será conveniente que la reserva de aires precise a favor de quien será la reserva, por ejemplo: si una persona es propietaria del edificio, no habría duda que la reserva de aires será a favor de dicho propietario, mientras que si son muchos titulares es preferible señalar a favor de quien será la reserva de aire.

El Tribunal Registral en el año 2013 declaró que la reserva de aires sin independización debe constar en asiento independiente en la partida registral, ello para que se brinde una mejor publicidad registral.

En el año 2015 dicho tribunal dictaminó la improcedencia de rectificación de reserva de aires, por lo que:” no procede extender un nuevo asiento o efectuar la apertura de una partida, vía rectificación, respecto de la estipulación de reserva de aires sin independización, prevista en el reglamento interno, cuando esta consta en un asiento de la partida matriz de la edificación”.

De igual modo, dicha institución señala que la reserva de aire no siempre debe presumirse que son para el predio matriz, toda vez que puede establecerse en el Reglamento Interno algo diferente, tal como lo demuestra en la Resolución N° 268-2014-SUNARP-TR-L de 10/02/2014: “Si los aires han sido reservados para determinada unidad inmobiliaria que forma parte de la edificación sujeta a un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común no debe concluirse que los aires han sido reservados por el predio matriz aun cuando en esta partida se encuentre inscrita la referida reserva”.

Respecto a la reserva de aires sobre aires, el Tribunal Registral en el año 2015 resolvió que: “cuando se establezca la reserva de aires de la edificación se entenderá que constituye una sección de dominio exclusivo; sin embargo, los aires sobre aires no pueden ser materia de reserva”.

No obstante, en la actualidad si es admitida la reserva de aires sobre aires por medio del derecho de sobreelevación, que puede ser sobre varios niveles.

La Resolución N° 1716-2013-SUNARP-TR-L de 22/10/2013 informa que: “no es procedente la rectificación de un asiento de compraventa para incluir una reserva de aires cuando no consta inscrito un régimen de propiedad exclusiva o propiedad común en donde se determina como unidad de dominio exclusivo a los aires”.

En buena cuenta, si se realiza una reserva de aires y se pretende independizar dichos aires, se tendrá que modificar el Reglamento Interno; mientras que, si los aires fueron independizados y se busca inscribir la ampliación de fábrica.

De igual modo se deberá modificar el reglamento interno debido a que los aires no tiene un área techada y con la ampliación de fábrica se deberá aumentar el área techada, por lo que se tendrá que modificar el Reglamento Interno. Aquella modificación se podrá ejecutar de manera unilateral siempre y cuando se encuentre prevista en el Reglamento Interno una cláusula autoritativa, caso contrario se deberá solicitar autorización ante la Junta de Propietarios.

12. Respuestas a las preguntas del público

12.1. Con respecto al derecho de los derechos aires, ¿se trata de un derecho temporal o permanente?

El derecho de los aires generalmente se toma como un derecho temporal, no obstante, por ejemplo, si un padre desea comprar aires para sus hijos, que tienen uno o dos años, no habría ningún problema para que sigan siendo considerados aires a pesar de haber transcurrido diez, veinte o treinta años, es decir, la situación planteada con anterioridad no desnaturaliza a los aires. Sin embargo, para el uso y disfrute de los aires es preferible tener una edificación. En suma, los aires como regla general son temporales, pero no existe ningún obstáculo para que puedan ser percibidos como algo definitivo.

12.2. ¿Se pueden expropiar los derechos de aires?

Los aires si pueden ser materia de expropiación, aunque en principio sea muy difícil que el estado se fije en los aires, debido a que debería expropiar todo el edificio en todo caso, pero legalmente hablando si el estado por un tema de necesidad pública. Por ejemplo, en un supuesto en el cual nos en-

contramos en guerra y justamente el estado necesita colocar equipamiento militar; entonces, se deberá expropiar el edificio.

En conclusión, en una situación muy excepcional en la que se encuentre justificada la expropiación y debidamente autorizada en la ley autoritativa, si se puede presentar la expropiación sin ningún inconveniente.

12.3. ¿De qué manera se podría individualizar el derecho de los aires?

La individualización de los aires se logra con la independización de estos. En el derecho es importante la concreción y la determinación de este para que se pueda disfrutar. Es por ello que si se desea independizar aires se deberá señalar cuáles son los linderos y medidas perimétricas, porque se haciendo referencia a que se va a realizar una futura construcción, entonces cuando se independizan los aires se señalará cuál es el área ocupada (no tiene área techada) y cuáles son sus linderos y medidas perimétricas —que también deberían aparecer en los planos de independización—.

Cuestiones problemáticas del Derecho de Propiedad ¿Existe una verdadera seguridad jurídica dentro de nuestro sistema de transferencia de propiedad? *

Oscar Martín Guerrero Sánchez**

Universidad Señor de Sipán

SUMARIO: 1 Objetivo / 2. El derecho de propiedad. Fundamento constitucional y civil / 3. Presupuesto social y económico que sustenta la categoría jurídica del derecho de propiedad / 4.- Planteamiento de la problemática / 5. La seguridad jurídica como fundamento base para garantizar el derecho de propiedad. Un breve análisis a su sistema de transferencia / 6. Conclusiones / 7. Bibliografía.

RESUMEN: Son muchas las cuestiones problemáticas que podemos encontrar dentro de los derechos reales. En el presente artículo analizaremos si el derecho de propiedad reviste esa función constitucional y sustantiva para la sociedad. Y si en realidad el Estado garantiza una verdadera seguridad jurídica en las relaciones jurídicas contractuales de bienes inmuebles. Toda vez que, de acuerdo a la casuística que se tiene, se evidencia que el derecho de propiedad, resulta ser uno de los más problemáticos en nuestra realidad, pues su regulación jurídica, no termina de garantizar del todo el derecho de adquisición de su titular.

PALABRAS CLAVE: Derechos reales, propiedad, posesión, transferencia, compraventa, casación.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la “Universidad Señor de Sipán”; egresado de la Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial por la “Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo”; Gerente en PIGNUS PERÚ – Asesoría inmobiliaria; director – fundador del Estudio Guerrero Sánchez Abogados Civilistas; Director de la Revista Jurídica Exegesis. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7114-4675>

ABSTRACT: There are many problematic issues that we can find within the real rights. In the present article we will analyze if the property right has that constitutional and substantive function for society. And if in reality the State guarantees a true legal certainty in the contractual legal relations of real estate. Since, according to the casuistry that exists, it is evident that the right of property, turns out to be one of the most problematic in our reality, since its legal regulation does not fully guarantee the right of acquisition of its owner

KEYWORDS: Real rights, property, possession, transfer, sale, matching.

1. **Objetivo.**

El objetivo del presente artículo, es realizar un breve análisis del contexto social y normativo del derecho de propiedad y sus implicancias prácticas.

2. **El derecho de propiedad. Fundamento constitucional y civil.**

A lo largo de la historia, la propiedad ha sido una institución que ha existido desde siempre, desde el antiguo derecho romano, desde las antiguas civilizaciones que datan a. de C. Su evolución siempre fue constante adaptándose poco a poco a cada realidad social de su época, tal es así que, no es lo mismo hablar de un concepto de propiedad actual, con una de hace 200 años. Estudiar y analizar la definición y alcances del derecho de propiedad no solo debe agotarse desde una lectura del artículo 923° del Código Civil, sino también, ir más allá y analizar su aspecto social, histórico, económico, político, cultural y jurídico. Ello, a fin de tener un mejor panorama de esta institución tan importante, al momento de resolver un caso.

En palabras del profesor FORT NINAMANCCO (2018), la propiedad puede entenderse como el “señorío más pleno” que puede tener sobre un bien. Más allá de las limitaciones de origen público o privado que existen para el ejercicio del derecho de propiedad, el titular de un bien puede actuar con total libertad y con goce absoluto de las características que el derecho de propiedad le confiere (p. 123).

Ahora bien, para observar la seriedad del tema, basta con analizar primero los conceptos y base normativa del derecho de propiedad. Partiendo de lo general, debemos empezar a analizar cuál es la verdadera finalidad del artículo 70° de la Constitución Política del Perú, la cual hace mención de manera decimonónica a la “inviolabilidad del derecho de propiedad”, afirmando que es el Estado quien lo garantiza. Continúa diciendo que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de

seguridad nacional o necesidad pública (expropiación). A continuación, lo citamos textualmente, Art. 70°:

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

Entendemos que dentro del marco constitucional, el Estado es quien garantiza y salvaguarda al derecho de propiedad no permitiendo ningún tipo de interferencia ilegítima. Bajo este análisis, en palabras de GONZALES BARRON (2013): “Tampoco se admiten las interferencias ilegítimas de la administración pública (ejemplo: inscripciones irregulares fundadas en la discrepancia entre título archivado y la inscripción), o de particulares que celebran actos jurídicos sin la intervención del titular competente. La consecuencia es la inmunidad, es decir, el propietario no se afecta” (pp. 97-98). Sin embargo, la evidencia de que esto se cumpla y respete es casi de cero. Si bien es cierto, los dispositivos normativos del Código Civil plantean una serie de formas de adquirir la propiedad, estas no son del todo seguras para garantizar el derecho del mismo. Por ende, la inviolabilidad a la que hace referencia el artículo 70° de la Constitución, no se cumple.

Por su parte el artículo 923° del Código Civil, define a la propiedad como:

“El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

Como premisa, cabe aclarar que cuando se promulgo el Código Civil de 1984, se encontraba aún vigente la Constitución Política de 1979, que hacía referencia al interés social como referente para el ejercicio el derecho de propiedad. Ya con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, este término se sustituye por el de “*bien común*”, es por ello que incluso, este artículo debería modificarse para entrar en armonía con el mismo artículo 70° de la Constitución.

Podemos ver que la propiedad es el derecho patrimonial más importante, el cual reviste garantías para su protección, o al menos, eso es lo que en la letra se dice. Sigamos, a decir de GUILLER BORDA (1996), nos señala que: “El derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío,

de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino, desmembración de ella (...)" (pp. 359-363). Haciendo un breve análisis, queda claro que el derecho de propiedad reviste un inmenso poder de goce y disposición sobre la cosa, la cual le es otorgada al titular del derecho. Sin embargo, considero que semejante fuerza o poder no puede ser utilizado como arma conveniente para causar perjuicio a terceros. Si bien es cierto, la autonomía privada permite a las personas contratar bajo los acuerdos y alcances que más les convengan, estas relaciones no deben interferir ni actuar de ninguna manera en perjuicio de la sociedad.

3. Presupuesto social y económico que sustenta la categoría jurídica del derecho de propiedad.

Partimos de la idea de que toda sociedad tiene la necesidad de generar riqueza y desarrollo económico para el progreso de sus habitantes y eso solo se lograra, a través de la distribución de los bienes, del uso y explotación que su titular le dé al mismo. "Sabemos que la economía estudia la aplicación que los individuos dan a los recursos escasos. Ella enfoca las actitudes racionales frente a los bienes y servicios. Sin embargo, estos adquieren utilidad económica solamente a través de los derechos que les conciernen" (LEYSSER L. 2007, p. 45). Para este caso en particular, nos referimos al derecho de propiedad y su origen en cuanto a su utilidad y repartición de los bienes en aras del aprovechamiento de la riqueza.

No es lo mismo hablar de derecho de propiedad de hoy, que el de hace más de 200 años. La propiedad ha evolucionado y variado a través del tiempo, en virtud a hechos como, el reconocimiento universal de los derechos humanos, los contextos sociales, tecnológicos, etc. Por lo que la misma noción de propiedad de aquella época liberal ha cambiado radicalmente. De esta forma, la relevancia social que puede tener el ejercicio de la propiedad sobre determinadas categorías de bienes, orienta y dirige la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad. (GONZALES BARRON, 2013, p. 811).

Uno de los comportamientos constantes en la naturaleza humana es el "afán de adquirir". Este deseo de adquisición es común a todos los seres vivientes. En sus formas más primitivas, este afán de adquisición es una expresión clara del instinto de supervivencia. En sus formas más refinadas, constituye un rasgo esencial de la personalidad humana, en el que los logros y las adquisiciones son medios de autorelación, lo cual a su vez se vincula directamente con la libertad individual. (PIPES, 1999, p. 363).

Como manifiesta RADBRUCH, G. (1933):

La regulación de las relaciones entre los hombres, en un mundo en que la provisión de bienes es limitada, tiene que ser también una regulación de relaciones entre los hombres y con las cosas, con lo cual se demuestra que el derecho real es un concepto que ningún ordenamiento jurídico puede eludir. Así entre los derechos reales aparece la propiedad, como un concepto no fundado en la experiencia, es decir, como una categoría del pensar jurídico anterior a toda experiencia del derecho. (p.176).

Hoy, la propiedad se encuentra sometida desde su propio interior a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina exclusivamente por esfuerzo suyo. El propietario disfruta de bienes económicos por obra de muchos factores ajenos a quienes le debe su actual situación de prerrogativa, tales como la protección del Estado, la administración (...) de esta forma, la relevancia social que puede tener el ejercicio social que puede tener el ejercicio de la propiedad sobre determinadas categorías de bienes, orienta y dirige la actividad la actividad de su titular hacia el destino económico más adecuado para la satisfacción de las necesidades de la colectividad. (GONZALES BARRON, 2013, p. 811).

“Bajo ese análisis, la riqueza de los bienes no se agota en el aspecto patrimonial o económico, sino que guarda una estrecha relación con la libertad individual y con la dignidad de la persona” (DE LOS MOZOS, 1993, p. 145). “Recuérdese que la propiedad es un presupuesto de la libertad económica y por ende de la libertad política. En efecto, existe una directa relación entre lo que uno posee y en el poder o capacidad de ordenar la propia vida, que es justamente la libertad social y política” (Cit. GONZALES BARRON, 2013, p. 59).

En ese contexto, puede llegarse a decir que las sociedades antiguas y modernas han desarrollado, de una u otra manera, el afán de pertenencia sobre los objetos del mundo externo, y aun cuando las reglas jurídicas de atribución de los bienes no sean las mismas en todo tiempo y lugar, si parece comprobada históricamente esta necesidad de asignación de la riqueza entre los diversos miembros de la comunidad. (GONZALES BARRON, 2013, pp. 57 y 58).

“Por tal motivo, se ha dicho con razón, que la regulación de la propiedad es la piedra de toque que expresa un sistema económico y explica la ideología bajo la cual la sociedad se organiza” (SANTOS JUSTO, 2010, pp. 14-15). En ese sentido, podemos decir que el fundamento social y económico que subyace la categoría jurídica de los derechos reales, es la “organización”,

a través de la designación de los bienes y la distribución de la riqueza. La cual explica la ideología bajo la cual la sociedad se organiza.

4. Planteamiento de la problemática.

El derecho de propiedad hoy en día refleja una problemática latente en cuanto a diversas situaciones jurídicas en las que se ven envueltos titulares del derecho o detentadores del mismo. Tal es así, que de los nueve Plenos Casatorios Civiles que tenemos hasta la fecha, al menos en seis de ellos está inmerso el tema de derecho de propiedad. Y esto se debe –valgan verdades– a que no se ha podido lograr hasta hoy verdaderos cambios sustantivos que garanticen de manera contundente una verdadera seguridad jurídica en la transferencia de inmuebles. Para ponerlo más claro, la seguridad jurídica ha sido y sigue siendo puesta en cuestión, pues son innumerables los casos en los que titulares de un bien inmueble han sido despojados de su propiedad, o situaciones en las que de la celebración de un contrato de compraventa de bien inmueble –y pese a que así lo estipula la norma– esta no garantiza siquiera que el derecho del nuevo adquirente sea protegido y salvaguardado por nuestro sistema jurídico, generando de esta manera dos cosas: i) estancamiento para el desarrollo económico¹; y ii) temor y desconfianza en la sociedad al momento de adquirir un inmueble.

Entrando ya a la realidad problemática que atañe al derecho de propiedad, son innumerables los supuestos que afectan y comprometen seriamente su rol garantista dentro de un estado constitucional de derecho. El artículo 70° de la Constitución Política del Perú habla sobre la inviolabilidad del derecho de propiedad; sin embargo, ante tanta inseguridad jurídica a nivel contractual, notarial y registral, este enunciado sería solo un cuento inventado por el legislador, o para ser más optimista, su finalidad constitucional solo quedó en buenas intenciones, puesto que la realidad actual refleja otros escenarios. Pongamos algunos ejemplos para presentar el panorama real: 1) Usted es propietario registral de un inmueble ubicado en el Departamento de Lambayeque, por cuestiones laborales tuvo que salir fuera de la ciudad por un par de años, a su regreso se da con la ingrata sorpresa que su propiedad ya no se encuentra a nombre suyo, sino, de un tercero llamado “C” y que a su vez, ya había pasado primero por un segundo llamado “B”. La pregunta es, ¿Cuáles son sus opciones si ahora es demandado por desalojo en un proceso judicial?; 2) Usted compra un inmueble a “B”, luego de un tiempo es notificado con una demanda que busca declarar nulo dicho

¹ En tal sentido, la atribución, reparto y destino de la riqueza constituye un capítulo fundamental en la organización económica y social de la colectividad (...) (GUNTHER GONZALES, Tratado de Derechos Reales, tomo I, tercera edición, 2013, Jurista Editores, p. 60).

contrato porque su vendedor “B”, que poseía el bien y que figuraba inscrito en el Registro como propietario, en realidad nunca lo fue, pues el contrato por medio del cual “adquirió” el bien fue simulado. ¿Qué dirá usted frente a ese pedido que busca dejar sin efecto su adquisición? ¿Podrá conservar el bien adquirido invocando algún dispositivo del Código Civil? ¿O tendrá acaso que devolverlo?; 3) Usted celebra un contrato de compraventa de un inmueble “no registrado” con “B” y en el mismo, se estableció una cláusula de reserva de la propiedad por el periodo de 1 mes, mientras se tramitaban que el vendedor realizaba su mudanza y daba de baja a sus servicios, en el ínterin, su vendedor vuelve a vender el mismo inmueble a “C”, quien entra a tomar posesión inmediata del bien. La pregunta es ¿Qué pasara con usted una vez que se cumpla el mes de la cláusula de reserva de la propiedad celebrada? ¿Cuál sería su argumento legal para entablar una posible demanda teniendo en cuenta que el inmueble no se encuentra registrado siquiera por su vendedor? ¿Qué es lo que resuelve el Código Civil para estos casos?; veamos un ejemplo más, 4) Usted (80 años) es poseedor por más de 20 años de un bien inmueble familiar y de pronto es notificado con una demanda de desalojo entablada por su sobrino quien ha adquirido el mismo inmueble a través de sucesión intestada. La pregunta es ¿Procede el desalojo entre familiares? ¿Tendría algo que ver las normas del adulto mayor? Y así, un sin número de supuestos que no solamente van desde la casuística, sino también, desde cómo es que los jueces vienen resolviendo estos temas.

Ahora bien, más allá de analizar y dar solución a cada uno de los supuestos planteados, lo que nos ocupa en esta ocasión, es poner en evidencia que tan vulnerable puede ser nuestro sistema de propiedad y cuáles son las reflexiones que busco respecto al tema, pues muchos de estos casos terminan en procesos judiciales muy largos, o en el mejor de los casos, terminan con contratos que no pueden inscribirse en SUNARP a efectos de publicitar su propiedad, siendo la única forma a través de un adecuado saneamiento físico legal.

Sin duda alguna, todo este panorama se ve ligado también a otra problemática social y judicial –si bien no es el tema central de este artículo-, pesa hasta hoy gran desazón en la población; por ejemplo, tenemos que el acceso a la justicia es una de las más preocupantes situaciones que afronta nuestro sistema judicial. “No se trata únicamente, de tener jueces o de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera, porque no es éste el problema; la dificultad tiene connotaciones sociológicas, como la desconfianza en el Poder Judicial, y otras contrariedades como el desconocimiento de los derechos” (GOZAINI, 2004, p. 205).

En ese contexto, pero bajo un distinto enfoque desde lo normativo a lo práctico, esperamos que el presente artículo sea de utilidad para los lectores, ya que no solo es un trabajo enfocado en el análisis dogmático de este tema, sino que también, como podrán observar, he considerado algunos ejemplos prácticos y casaciones emitidas por la Corte Suprema (referentes al tema a desarrollar), a fin de alternar con hipótesis o eventuales escenarios para hacer así más dinámico el tema.

5. La seguridad jurídica como fundamento base para garantizar el derecho de propiedad. Un breve análisis a su sistema de transferencia.

Cada vez que un propietario pierde su derecho sin haberlo consentido estamos ante la denominada adquisición a *non domino*². Y ante todos estos supuestos, estamos ante una clara vulneración y violación del derecho de propiedad. La misma Corte Suprema en reiterados pronunciamientos ya ha advertido por ejemplo, que si alguien quiere adquirir un derecho de propiedad, ya no basta solo con ver quién es el que figura como propietario registral ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante SUNARP); sino también, verificar quien tiene la posesión del mismo. Asimismo, la nueva redacción del artículo 2014^o del Código Civil, modificado por la Ley 30313³, advierte también que, si quiero ser un tercero de buena fe amparado por el registro, se tiene que realizar una búsqueda del título archivado que aparece en la Partida Registral de SUNARP, a fin de asegurarse que no exista ningún tipo de defecto que ponga en peligro el derecho de propiedad que se va a adquirir. Sin embargo, la gran cuestión es ¿Resulta sencillo para un ciudadano promedio poder advertir todas estas situaciones a nivel contractual y registral para salvaguardar su derecho? Creo que no. Y peor aún, todo este panorama lleno de incertidumbres y zozobras genera también un estancamiento en el desarrollo económico, pues tal y como lo veremos más adelante, el fundamento social y económico que subyace la categoría jurídica de los derechos reales, es la circulación de la riqueza, y sin esta, pues, el desarrollo económico producto de la inversión privada no progresaría más.

Ahora bien, de todo ello, solo basta analizar el artículo 949^o del Código Civil vigente para darnos cuenta que nuestro sistema de transferencia de

² Acción y efecto de adquirir un bien o un derecho por transmisión de quien no tenía poder de disposición para enajenarlo.

³ Ley N° 30313, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 25 de marzo del 2015. Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentos y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y los artículos 4 y 55 y la quinta y sexta disposiciones complementarias, transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049.

propiedad no es perfecto y que incluso, contiene serios vacíos e incertidumbres. Analicemos, el artículo en mención señala que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace el acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. En este último punto, consideramos como pacto en contrario a la compraventa con reserva de propiedad (artículo 1583° del Código Civil) y pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta (artículo 1585° del Código Civil). Hasta aquí, la tesis consensualista no pareciera tener mayores inconvenientes; sin embargo, el problema surge cuando existen dos o más personas que intervienen en la adquisición de la misma propiedad inmueble, conocido en nuestro ordenamiento como concurso de acreedores, regulada en el artículo 1135° del Código Civil y en la doctrina como la “*doble venta*”. Pongamos el siguiente ejemplo, “A” vende a “B” un inmueble bajo un contrato privado de compra venta celebrado el 01 de marzo del 2020; y después, con fecha 01 de mayo del mismo año, vuelve a vender el mismo inmueble a “C”, inscribiendo este último su derecho en SUNARP. La pregunta es ¿A cuál de los dos le corresponde el derecho de propiedad? Para empezar, para que la protección sea total al tercero que inscribió su derecho, debe primar la buena fe, pues sin ella no se produciría tal efecto. Pero el sistema es doble y confuso, el artículo 949° dice que el solo consentimiento y obligación de enajenar hace al acreedor propietario de él. Si esto en verdad es así ¿Qué derecho otorgo “A” en la segunda venta? En este ejemplo, podemos ver que el primer comprador solo aplico el principio consensual, el cual no exige la inscripción del título para poder oponer y excluir su derecho y el segundo, estaría aplicando el principio de buena fe pública registral, pero el problema sigue siendo la naturaleza de la primera transferencia, a la cual se ampara el primer comprador, pues si aplicamos el principio consensualista al que hace referencia el artículo 949°, diríamos que el primer contrato es el que tiene eficacia jurídica, por ser el primero en celebrarse en el tiempo, y segundo por el principio de la buena fe contractual.

Una primera solución nos la puede dar el artículo 2022° (primer párrafo) del Código Civil, el cual señala que para oponer dos derechos reales, debe prevalecer el primero que haya inscrito su derecho. En otras palabras, ante un conflicto entre dos derechos reales (propiedad vs propiedad; propiedad vs usufructo; uso vs superficie; etc.), ganará el primero que haya inscrito su derecho en SUNARP, por ejemplo, si “A” vende a “B” un inmueble a través de un contrato privado de compraventa; pero al querer hacer uso del mismo se da con la sorpresa que el inmueble ha sido dado en usufructo a “C”, y que este inscribió primero su derecho en SUNARP, aplicando las reglas del artículo 2022°, quien tendría que ganar es “B”, pues inscribió primero su derecho como usufructuario. Ojo, esto no quiere decir que “B”

será el nuevo propietario, pues la naturaleza del usufructo es otra, lo que quiere decir aquí, es que “B” tendrá su derecho ganado solo hasta la vigencia del usufructo. Hasta aquí parece ser que el 2022 resuelve el conflicto. Pero qué pasaría si (volviendo al primer ejemplo) ni “A” ni “B” inscribió su derecho en SUNARP y solo cuentan con contratos privados de compraventa, a cuál de ellos le corresponde ese derecho teniendo en cuenta que el 2022 solo resuelve el conflicto de oponibilidad con aquel que inscribió primero su derecho. Si buscamos un poco más a fondo, una posible solución ante esta problemática nos las puede dar justamente el artículo 1135° del Código Civil, el cual refiere que cuando existe concurrencia de acreedores sobre un mismo deudor (es decir, un vendedor frente a varias personas que le compraron el bien), ganara el quien: 1) Haya inscrito primero su derecho de buena fe; 2) Si nadie inscribió su derecho, ganara el documento de fecha cierta más antiguo; 3) Si no hay documento de fecha cierta, ganara el documento privado más antiguo. Vale mencionar que el anteproyecto de reforma del Código Civil, prevé a la posesión como un supuesto de preferencia más, señalando que, a falta de inscripción, ganara el primero que haya empezado a poseer el bien. Es importante resaltar que los supuestos que prevé el 1135 deben ser considerados y aplicados en orden y no al azar. Hasta aquí, pareciera que las reglas del 1135 podrían resolver este conflicto; sin embargo, existe un problema, la Corte Suprema ha dicho en algunos de sus pronunciamientos (Casación N° 3312-2013-Junin), que el artículo 1135 solo debe ser usado para resolver asuntos de índole obligacional y no asuntos de índole real. La pregunta es ¿Tiene lógica esto? Yo creo que no, el 1135 encierra un contenido más amplio incluso que el 2022, pues prevé situaciones más allá del registro, las cuales podrían aplicarse tranquilamente para resolver también cuestiones de naturaleza real.

Bajo todo este análisis del presente caso, podemos ver que se da una excepción del artículo 949° del Código Civil, donde triunfa quien inscriba primero su título en SUNARP. Pero aun así, el problema de fondo aún no ha sido resuelto, pues qué pasaría si a pesar que “C” (segundo comprador) inscribió primero su derecho, “B” tuviese la posesión del mismo. Insisto, no se trata de plantear estrategias legales sobre si procede el desalojo, reivindicación u otra acción de naturaleza real. De lo que realmente se trata es de solucionar un problema de incertidumbre jurídica y respecto al adquirente de un bien inmueble y ello solo lo lograremos con un sistema de transferencia de bienes inmuebles que respete las premisas normativas y constitucionales de su especie, y con un Estado que en verdad garantice la seguridad jurídica en el sistema de transferencia de bienes inmuebles.

6. Conclusiones

Queda claro que existen cuestiones problemáticas muy importantes en cuanto al derecho de propiedad se refiere. Lo que versa en la norma no se cumple ni se refleja en la realidad social. Seguimos sumergidos en un sistema veleidoso donde las leyes –en muchos casos- no encuentran un verdadero espíritu que abarque y cubra realmente una verdadera necesidad, en este caso, ajustada a la casuística que se ventila a diario. Pues más allá, de los Plenos Jurisdiccionales y –sobre todo- los Plenos Casatorios civiles, que buscan promover la unificación de la jurisprudencia en materia civil y marcar las directrices que debe seguir un juez; debe encontrarse cambios estructurales que garanticen realmente dos cosas: (i) Una verdadera seguridad jurídica por parte del Estado; y (ii) Cambios sustantivos en nuestra legislación, que ajusten y prevean, aspectos determinantes en las relaciones contractuales de transferencia de bienes inmuebles. Bajo este criterio y contribuyendo justamente a estos cambios que tanto aquejan, saludo el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano de 1984, realizado por el grupo y sub grupos de trabajo de revisión y mejora del Código Civil, constituido por Resolución Ministerial 0300-2016-JUS. Donde han sido muchas las mejoras introducidas en el libro de Derechos Reales (Lo cual podrá ser materia de otro análisis), esperando que esta pueda ser aprobada en un futuro.

Estoy convencido que la suma de la implementación efectiva del Anteproyecto de reforma del Código Civil, de la aplicación correcta de la jurisprudencia para cada caso en concreto y de un verdadero cambio por parte del Estado como ente garantizador de la seguridad jurídica a nivel de propiedades; traerá consigo grandes cambios positivos y significativos. No podemos seguir con un sistema civil que no cumple con su verdadero fin, la práctica me ha permitido recoger el sentir de muchos ciudadanos, de SUNARP, Municipalidad y hasta de los mismos operadores judiciales, quienes coinciden que efectivamente algo no está marchando bien. Es por ello que debemos entender que la tarea puede parecer difícil, pero tengan la certeza que no es imposible. Los cambios sustanciales empiezan no solo de un arduo análisis; si no también, de propuestas innovadoras, las cuales podríamos aplicar tranquilamente para el campo de los derechos reales.

7. Bibliografía

Libros:

DE LOS MOZOS, José Luis (1993). *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa.

GONZALES BARRON, Gunther (2013). *Tratado de derechos reales*. Tomo I, tercera edición. Lima: Jurista Editores.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2004). *Derecho procesal constitucional – el debido proceso*, 1º Edición, Santa Fe: RUBINZAL – CULZONI EDITORES.

GUILLER BORDA (1996). *Manual de Derecho Civil parte general*. Buenos Aires: Ed. Abelardo Perrot.

LEYSSER L. León (2007). *Derecho de las relaciones obligatorias*. Primera edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

NINAMANCCO CORDOVA, Fort (2018). *Jurisprudencia civil vinculante de la Corte Suprema. Análisis de todos los Plenos Casatorios Civiles*. Lima: Gaceta Jurídica.

PIPES, Richard (1999). *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

RADBRUCH, G. (1933). *Filosofía del derecho. La propiedad*. Madrid: Reus.

SANTOS JUSTO, A. (2010). *Direitos Reais*. Almedina: Coimbra Editora.

La Tutela Jurisdiccional en Derecho de Propiedad. Una aproximación*

Gelner Morocho Núñez**

Universidad Privada Antenor Orrego

RESUMEN: La propiedad, desde su aparición, primero como colectiva, familiar y luego individual, su evolución se ha centrado en la preocupación de cómo protegerla; en la actualidad dentro del contexto económico en la gran mayoría de las legislaciones se han creados instituciones que garanticen el ejército pleno de sus atributos, es ese objetivo, aparecen acciones reales y personales, dentro de las primeras sin ser limitativos nos referiremos únicamente a la acción reivindicatoria, el mejor derecho de propiedad; dentro de la segunda (acciones personales) tenemos la acción de desalojo, tercera excluyente de propiedad todas estas como instrumentos legales que permitan el pleno ejercicio del derecho de propiedad; derecho que únicamente puede ser afectado por el Estado, siempre que sea por seguridad nacional o por necesidad pública, conforme lo establece el artículo 70° de nuestra constitución política de 1993.

I. Derechos, derecho real y propiedad.

Cuando nos referimos a la clasificación de los derechos subjetivos, estos pueden ser clasificados en tres grupos: los de la personalidad, los de familia y los de carácter patrimonial, en estos últimos -al tener un contenido eminentemente patrimonial- podemos ubicar a los derechos reales.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Juez titular del Primer Juzgado Civil de Bagua (Corte Superior de Justicia de Amazonas), abogado egresado de la Universidad Privada Antenor Orrego, Magister en Derecho Civil y Empresarial por la misma universidad. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura.

Entendemos por derechos reales, a los derechos que recaen directamente sobre las cosas (*ius in re*), es decir, se origina de la relación directa entre el titular del derecho real y el objeto del mismo. Avendaño (2017,16), señala que son dos las características de la relación real: primer lugar, un derecho absoluto, no visto desde el punto de vista literal, sino como un derecho que es oponible a todos, es decir, que tiene una vocación *erga omnes*, autoriza al titular a exigir que todos lo reconozcan como tal. En segundo lugar, una relación directa del titular con el bien, nadie se interpone entre los dos, por ejemplo, el propietario de un bien inmueble lo usa sin necesidad de tener la autorización de otra persona.

De característica mencionada precedentemente, se puede identificar que el derecho real confiere atributos que son ajenos o diferentes al derecho personal: el derecho de persecución y el derecho de preferencia. El derecho de persecución permite al titular perseguir el bien objeto de su derecho y recuperarlo, se ejercita a través de las acciones reales (propriadamente la reivindicación y mejor derecho de propiedad). El derecho de preferencia significa que en caso de colisión entre derecho real con otros derechos, ya sea de igual o distinta naturaleza, prevalece las reglas del derecho común, y cuando son de distinta naturaleza prima el derecho real (derecho de propiedad frente a un embargo).

Los derechos reales pueden distinguirse entre derechos reales principales y los derechos reales de garantía o accesorios. Los primeros tienen una existencia propia o autónoma, es decir, no dependen de otro derecho, mientras que los otros existen únicamente para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación.

El principal derecho real es el derecho de propiedad, entendido como el poder jurídico, el más amplio y completo que toda persona puede tener -y que a nivel de nuestra constitución- es un derecho fundamental, así expresamente lo señala la constitución política en el artículo 70º, cuyo texto es el siguiente:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

Este derecho reconoce una autoridad plena sobre el bien, que legislativamente ya había sido reconocido a nivel de nuestro Código Civil, especifica-

mente en el artículo 923°, que reconoce el derecho de propiedad como un poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

Las restricciones al derecho a la propiedad -cualesquiera que sean- como señala Iglesias (1999,155), siempre serán impuestas por norma legal y siempre que sea para tutelar un interés público o privado, cuando no surgen de la existencia de vínculos o derechos concurrentes como son las servidumbres, prohibiciones de enajenar o de reivindicar, copropiedad, etc. Fuera de tales limitaciones el propietario puede actuar libremente y tan pronto como desaparecen, la propiedad retorna automáticamente a su estado de plenitud, lo que otros pasan a denominar como la elasticidad de la propiedad.

En cuanto a sus atributos del derecho de la propiedad, por “*usar*” debe entenderse como servirse del bien. Por ejemplo, se usa un inmueble quién vive en el, usa una computadora quién la utiliza para su trabajo o para lo que él desee.

Por “*disfrutar*” no es otra cosa más que aprovechar económicamente el bien, percibir sus frutos (naturales, industriales o civiles).

Por “*disponer*” se debe entender a la posibilidad de no contar con el bien, como dice Avendaño (1997, 59), es prescindir del bien (mejor aún del derecho), deshacerse del bien, ya sea para por una relación contractual compra - venta, lo cual supone un provecho; como por acciones que no suponen tal provecho, como es el caso del abandono.

Por último, “*reivindicar*” supone recuperar el bien que está en poder de terceros, cuando se busca la tutela del derecho a la propiedad es esta facultad que exterioriza y busca compatibilizarla legal y materialmente de quién tiene la titularidad del derecho real con quién materialmente de gozar de sus atributos.

II. La propiedad y su prueba

La esencia, naturaleza y contenido de un derecho es siempre inseparable del medio donde lo contiene. Las pretensiones en el derecho, se encuentran siempre limitadas por la inaccesibilidad de la verdad como tal, para solo importarnos una verdad como correspondencia, que en términos de Morocho y Vásquez (2021, 213), debe ser entendida, que la verdad de un enunciado indicará la correspondencia de los que se dice del mundo objetivo; es decir, una cierta descripción de los hechos es verdadera, si se advierte que eso es lo que efectivamente ha sucedido en el mundo independiente y perceptible a nosotros.

En el derecho de propiedad, según el sistema adoptado en nuestra legislación en el artículo 949° del Código Civil, es el sistema consensual, y lo expresa del siguiente modo:

“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario él”.

Así como está regulado, para ser propietario significaría que no es necesario un título, pues sería suficiente con el acuerdo. O la sola obligación de querer vender (por parte del vendedor) y la obligación de comprar y pagar su precio (por parte del comprador); sin embargo, procesalmente en materia probatoria se vería afectado su probanza, pues sería imposible poder determinar el tracto sucesivo del derecho de propiedad, y por ente determinar quién es el propietario en sí, lo que llevaría asumir la tesis del título y modo, pues se requiere del título para acreditar el derecho de propiedad, y más para oponerlo a terceros.

El artículo 912° del Código Civil, señala:

El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor medido. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

Históricamente el derecho de propiedad era protegido por un estado de apariencia como propietario -como se advierte de la norma mencionada precedentemente- que podía ser un poseedor, el cual tenía derecho a seguir detentando la posesión (es protegido jurídicamente) y solo puede ser privado por el ejercicio de una acción judicial y con un medio de prueba de mejor derecho, o de un título que el poseedor no tiene.

En este contexto, creemos que no puede haber derecho de propiedad, si este no va acompañado de su medio probatorio o documento que lo sustente y sea oponible. Y solo así se legitimará para ejercer cualquier acción real o personal que le asegure el disfrute de los atributos que del derecho de propiedad se derivan.

III. La tutela jurisdiccional del derecho de propiedad

Ya se ha dicho que el derecho a la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, que es un derecho absoluto e inviolable, por regla general, siendo su excepción cuando el estado puede privarla en los límites materiales a los que se refiere el artículo 70° de la constitución política. Esto es, afectar la propiedad por seguridad nacional o necesidad pública, sujeto claro está al pago del justiprecio. Esto

para algunos es la primera manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional del derecho a la propiedad.

Sin embargo, creo que la expresión máxima de la tutela jurisdiccional del derecho de propiedad está en las acciones reales y personales dentro de las primeras esta la acción reivindicatoria, mejor derecho de propiedad, la acción de desalojo y la tercería de propiedad, sin precisar otras que también tiene esa finalidad.

1. La acción reivindicatoria

El artículo 923° del Código Civil establece que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; mientras que el artículo 927° señala que la acción reivindicatoria es imprescriptible.

De la lectura concordada de dichos dispositivos legales, se aprecia que la reivindicación es una de las principales facultades de que goza todo propietario de un bien, la misma que tiene el carácter de imprescriptible; es decir, es una potestad que puede ejercitarse en cualquier momento, sin que el transcurso del tiempo extinga la posibilidad de hacerla valer judicialmente frente a terceros. Así pues, tenemos que la reivindicación, es una acción real, pues nace de un derecho que tiene este carácter: el dominio, el cual le permite exigir a quien lo detenta el reconocimiento de ese derecho, y consecuentemente la restitución de la cosa por el tercero que la posea.

En este sentido, al ser el derecho de propiedad el derecho real por excelencia, la pretensión reivindicatoria se cierne como la pretensión real más importante que tiende a cautelar tan importante derecho. En la doctrina tradicional y en la legislación civil vigente todavía se habla de acciones reales, siendo lo correcto actualmente decir pretensiones reales.

El autor **Musto** (2000, 510) estaca que *“la acción reivindicatoria es la que se confiere a quien, afirmándose titular de un derecho real con derecho a poseer (ius possidenti), pretende, ante el desconocimiento de su derecho, la declaración de certeza de éste y la entrega de la cosa consecuente o simplemente lo segundo, si no mediara tal desconocimiento”*. Añade este jurista que *“el primer legitimado es el titular de un derecho de dominio, pero ello no excluye que puedan tener legitimación iure proprio otros titulares de derechos reales sobre cosa propia como el titular de la propiedad horizontal, el condómino con las aclaraciones que formularemos, el heredero, legatario, cesionario, comprador sin tradición; y quienes la ejercen en nombre del propietario pero en interés propio”*.

Por su parte, **González Barrón** (2003, 441) subraya que la pretensión reivindicatoria es una pretensión real porque puede ser dirigida contra cualquier persona que posea el bien. Agrega que esta pretensión tiene ventajas de tres tipos: “a) el actor sólo requiere la prueba de su propiedad, no necesita probar la existencia de una específica obligación de restituir por parte del demandado, b) la reivindicatoria tiene éxito no sólo contra el usurpador, sino contra cualquiera que tuviese el control del bien luego de la usurpación, c) el legislador suele acordar a favor del reivindicante términos largos para ejercer su pretensión”.

A nivel de Corte Suprema en la **CASACIÓN N° 3130-2015-LA LIBERTAD**, sobre la reivindicación señala:

CUARTO: *Que, la reivindicación importa la restitución del bien a su propietario, en atención a ello, para su procedencia debe existir siempre un examen sobre el derecho de propiedad del accionante, dado que la acción reivindicatoria persigue que sea declarado el derecho y que, en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre la cual recae. Por lo tanto, la reivindicación implica, de manera inseparable, el reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su propietario.* **QUINTO.**- *Que, esta Corte Suprema, en reiteradas y uniforme jurisprudencia, como la recaída en la Casación número 3436-2000/Lambayeque, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, así como en la Casación número 729-2006/Lima, expedida por esta Sala Civil Permanente, ha señalado que si bien es cierto, la norma no define exactamente los alcances de la acción reivindicatoria, para su ejercicio deben concurrir los siguientes elementos: a) Que, se acredite la propiedad del inmueble que se reclama; b) Que, el demandado posea la cosa de manera ilegítima o sin derecho a poseer; y, c) Que, se identifique el bien materia de restitución.*

En ese mismo sentido, la **CASACIÓN N° 4946-2008-LORETO**, señala:

OCTAVO.- *En tal sentido, corresponde señalar que el derecho de propiedad es el derecho real por excelencia, consagrado en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado. Este derecho otorga a su titular la posibilidad de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, conforme señala el artículo 923 del Código Civil, siendo que este derecho sólo se realiza o desarrolla de manera plena cuando excluye a otras personas en la participación del mismo derecho sobre determinado bien, dado que es imposible que sobre un mismo bien existan o subsistan dos idénticos derechos de propiedad. De otro lado, uno de los atributos del derecho de propiedad es la reivindicación, entendida inicialmente como la pretensión real destinada a conseguir la restitución de la posesión del bien, de la que se encuentra*

privado el propietario, de persona que sólo tiene la calidad de poseedor; sin embargo, en virtud a que por su propia naturaleza el derecho de propiedad excluye la posibilidad de que otra persona alegue idéntico derecho sobre el mismo bien, el ejercicio del atributo reivindicativo comprende también la posibilidad de recuperar la posesión del bien de persona que incluso se atribuye derecho de propiedad, para cuya dilucidación es posible la aplicación de las reglas contempladas en el Código Civil, sobre concurso de acreedores, prioridad registral, oponibilidad de derechos reales y fe pública registral.

Según lo expuesto, la acción reivindicatoria, tiene por finalidad restituir al titular en la posesión del bien, previa dilucidación del cumplimiento de los requisitos para estimarla, siendo dichos requisitos los siguientes:

a) La acreditación de la propiedad del bien por parte del actor, por lo que se requiere que estos cuenten con título de propiedad;

b) Individualizar el bien; esto es, que se identifique el bien materia, materia de restitución.

c) Que el demandado debe hallarse en posesión del bien, pues en caso contrario la demanda sería infundada;

d) Que los demandados no deben ostentar ningún derecho que le permita mantener la posesión del bien, lo que no le impide invocar cualquier título, incluso uno de propiedad, pues en la acción reivindicatoria se pueden enfrentar, tanto a sujetos con título, como a un sujeto con título frente a un mero poseedor, encontrándose el Juez legitimado, a través de la acción reivindicatoria, para decidir cuál de los dos contendientes es el legítimo titular.

2. El mejor derecho de propiedad

El derecho de propiedad otorga a su titular los atributos de “usar”, “disfrutar” y “reivindicar”, y este derecho es oponible frente a cualquier otro derecho de igual o distinta naturaleza, de allí su característica de absoluto. De allí, que no puede aceptarse que existan dos propietarios sobre un mismo bien, con intereses diferentes, excepto la copropiedad, donde la titularidad es común, pero por una situación de indeterminación de cuota que le corresponde a cada copropietario.

Esta pretensión se presenta cuando dos sujetos buscan con su derecho de propiedad excluir a otro también con título de propiedad, y a partir de allí busca definir cuál de las dos partes tiene realmente derecho de propiedad exclusivo respecto del predio -en litigio-.

En otras palabras, la pretensión de “mejor derecho de propiedad” es bastante frecuente en nuestra jurisprudencia. Es intentada generalmente por quien ostenta un derecho de propiedad sobre un bien contra otra persona que también detenta derecho de propiedad sobre el mismo bien. Es decir, existe una confluencia de cuando menos dos titulares de derechos de propiedad de un mismo bien que se disputan el reconocimiento preferente de uno de ellos en desmedro del otro.

Debe destacarse que el término “**mejor**” no es el más adecuado, en tanto un bien sólo puede pertenecer a una persona o conjunto de personas en forma exclusiva y excluyente, desde que no se puede jurídicamente sostener que existen dos derechos de propiedad simultáneos frente a un mismo inmueble y que uno de ellos es mejor que el otro, sino que cuando existe convergencia entre títulos de propiedad excluyentes entre sí de diferentes sujetos de derecho que se ciernen sobre un mismo bien, sólo uno de ellos prevalece, pero no por ser mejor que el otro, sino porque este último carece de validez y eficacia jurídicas.

Por este razonamiento es que algunos autores prefieren denominar a la pretensión de “mejor derecho de propiedad” como “pretensión declarativa de dominio”; lo cual parece ser más congruente y acorde con su naturaleza jurídica, en tanto forma parte de la pretensión reivindicatoria en sentido lato.

Respecto a lo dicho anteriormente, según la **Casación 3805-2015, Lima Este**, se señala que en vez de usarse la denominación de **mejor derecho de propiedad** debería usarse, siguiendo a Gunther Gonzáles Barrón, la de **acción declarativa de dominio**.

A diferencia de la pretensión reivindicatoria en sentido estricto o restringido, la cual usualmente es postulada por el “propietario no poseedor contra el poseedor no propietario”, en la pretensión de mejor derecho de propiedad existen dos títulos de propiedad que pugnan el uno contra el otro por lograr primacía. Sin embargo, no es pacífica la aceptación de la existencia de esta pretensión real con dicha denominación, conforme antes se ha acotado, pues muchos la consideran dentro de la pretensión reivindicatoria; es decir, formaría parte de ésta, como una de sus modalidades. Y que creo que esa es la razón para que se haya aceptado a nivel de la jurisprudencia el análisis en una pretensión de reivindicación la discusión y análisis del mejor derecho de propiedad.

Varias son las casaciones donde se acepta esta posibilidad; como puede verse de la Casación N° 1320-2000-ICA de fecha 11 de junio de 2002, publicada el 30 de junio de 2004; Casación N° 1240-2004-TACNA de fecha 1

de septiembre de 2005; Casación N° 1803-2004-LORETO, de fecha 25 de Agosto de 2005, publicada el 30 de marzo de 2006; Casación N° 729-2006-LIMA de fecha 18 de julio de 2006; y, asimismo, el Acuerdo del Pleno Distrital Civil de la Libertad de Agosto de 2007.

3. La concurrencia de acreedores

El artículo 1135° del Código Civil, indica, la posibilidad que un bien inmueble y sobre este pueden concurrir diversos dueños o acreedores a quienes el mismo vendedor (deudor) se ha obligado a entregarlo, dicha norma hace referencia que se prefiere al comprador (acreedor) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

La norma en mención, es propia del derecho obligacional, y del texto expreso de esta, se puede establecer que tiene los siguientes elementos: a) Un bien inmueble; b) Un deudor (vendedor); c) Dos o más acreedores (compradores); d) El deudor (vendedor) se haya obligado a entregar el bien (inmueble) a dos o más acreedores (compradores). Si esta situación se presentará, la solución será: a) se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito; b) se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) cuyo título sea de fecha anterior; c) se entregará el bien inmueble al acreedor (comprador) cuyo título conste de documento de fecha cierta más antigua.

Aun, cuando dichas normas, son parte del derecho obligacional, y se afirma en algunos sectores que no resulta aplicable para resolver un conflicto propio de derecho reales; dicho razonamiento es errado ya que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema estableció lo contrario, extendiendo dichas disposiciones a la determinación del mejor derecho de propiedad, mediante la sentencia recaída en la **Casación 3565-2012, Callao**, quedando, así como un criterio jurisprudencial. El cual se podría resumir en asumir el siguiente principio como regla principal “*el primer derecho es mejor derecho*”.

4. La acción de desalojo

Es una acción personal derivada de relaciones obligacionales, o de situaciones de hecho, y es su finalidad la recuperación de la posesión cuando se incumple el contrato o cuando existe un vencimiento del mismo, o se está ante esta situación puede ser dirigido al arrendatario, usuario, usufructuario, superficiario, comodatario; sin embargo, debe aclararse que esta no es una acción exclusiva del propietario, pues también lo pueden ejercer tam

bién lo pueden ejercer el arrendador e administrador, pero que siempre a nivel jurisprudencial es el propietario el principal usuario de esta acción judicial.

5. Conclusión:

Como su propio del título de la investigación “*La tutela jurisdiccional del derecho de propiedad*”. Una aproximación. Solo es eso una aproximación descriptiva de algunas acciones que tienen el propósito de tutelar el derecho de propiedad, y no con ello se cierra el número de pretensiones que también tienen ese propósito. Siendo, el derecho de propiedad un derecho constitucional, merece tutela como cualquier otro derecho, pues su efectividad y su garantía es y será siempre la defensa de la persona, como uno de los fines de la sociedad y del Estado, tal y como lo establece el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

6. Referencias Bibliográficas

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José. Curso de Derecho reales. Tomo I. 1era. Edición . Madrid, Civitas SA. 1986.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge; AVENDAÑO ARANA, Francisco. Derechos Reales. FONDO EDITORIAL PUCP, 2017.

MOROCHO NUÑEZ, Gelner; VASQUEZ REBAZA, Olga Fiorella Julia. El Poder Probatorio del Juez desde la Corte Suprema de Justicia. Instituto Pacífico. 2021.

MUSTO NÉSTOR, Jorge: “Derechos Reales”, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

RAMIREZ CRUZ, Eugenio Maria. Tratado de Derechos Reales, 2d. Edición. Lima. Rodhas.2003.

VIII. DERECHO NOTARIAL

Prescripción Adquisitiva de Dominio en Sede Notarial*

Óscar Escate Cabrel**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Asuntos de competencia notarial Ley N° 26662 / 3. La prescripción Adquisitiva de Dominio / 4. Concepción de Posesión / 5. Usucapión Extraordinaria / 6. Requisitos Generales / 7. Consideraciones Finales / 8. Respuestas de las preguntas del público.

1. Introducción

La prescripción adquisitiva de dominio es un tema de gran trayectoria histórica, muy estudiada y poco difundida, extremo que se trata de compartir elementos esenciales que se requieren para poder adquirir un bien inmueble de manera originaria. Al respecto, en el presente trabajo, se abordará un punto de vista práctico, en el cual un poseedor que cumpla ciertas características requeridas por ley se convertirá en propietario a partir de la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio.

Antes de introducirnos a la prescripción adquisitiva de dominio, es necesario resaltar preguntas dirigidas los asuntos no contenciosos: ¿por qué en el Perú la prescripción adquisitiva de dominio se puede conocer ante los notarios?, ¿por qué el notario es competente para conocer esta forma originaria de convertirse en propietario?, ¿el Perú posee vanguardia en los asuntos

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asimismo, especialista en materia inmobiliaria, civil, registral y notarial. También es catedrático en la Asignatura de Derecho Registral y Notarial, Derecho de los Contratos, en Pregrado y Post Grado de la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega. Además, es ex vocal del Tribunal Registral Especialista en Derecho Inmobiliario.

no contenciosos (aquellos en donde no existen intereses contrapuestos)? A continuación, se ampliará la explicación.

2. Asuntos de competencia notarial Ley N°26662

Desde el año 1996, en el Perú entra en vigor la Ley N°26662, donde se les otorga competencia a los notarios para conocer determinados asuntos no contenciosos y así poder brindar solución a las incertidumbres jurídicas en aplicación a la jurisdicción voluntaria. La jurisdicción voluntaria es aquella que establece las partes y se somete a la autoridad de un funcionario que posee un poder determinado para disponer la finalización de una incertidumbre jurídica. Se incorporaron seis procesos no contenciosos en competencia de los notarios y todos se iniciaron por vía notarial, a través de una minuta, la cual debe tener una formalidad similar a una demanda aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil.

Uno de los mitos que se encuentra en los asuntos no contenciosos, es negar un poder por escritura pública, ya que debe intervenir de forma directa el que posee legitimidad para obrar. La aplicación supletoria del Código Procesal Civil indica que se puede solicitar ante un notario un asunto no contencioso de ratificación de partida, sucesión intestada, comprobación de testamento, adopción de personas mayores, convocatoria de la junta, separación convencional de divorcio e incluso la prescripción adquisitiva de dominio, donde el poder para el juicio se dispone por escritura pública o por acta ante el juez (art. 72 CPC). Es así que se puede presentar una minuta y aplicar la institución de la representación procesal, donde se requiere que el poder requiera de escritura pública y para su eficacia procesal no necesita estar inscrito en registros públicos, salvo que la ley especial lo exija, como en el caso de todos los procesos no contencioso que se pueden iniciar y conocer ante el notario.

Los asuntos no contenciosos se inician con un escrito dirigido al notario que contiene una solicitud y debe poseer un destinatario, domicilio real, domicilio procesal y fundamentos de hecho y de derecho con la firma del solicitante, autorizado por un abogado. Por ejemplo, lo mismo sucede con el reconocimiento de unión de hecho. La constitución de 1979 establece que es una persona quien mantiene una relación, sin impedimentos matrimoniales durante dos años y puede beneficiarse como si fuera una sociedad de gananciales, dicha unión se puede realizar por vía notarial o judicial. La separación convencional y divorcio ulterior no es ajeno a ello, porque si una pareja tiene hijos y se quiere separar, puede hacerlo por sede notarial. Para esto, los requisitos son los siguientes: no poseer ningún bien a nombre de la sociedad conyugal, no tener nada pendiente en el derecho

de familia y que el matrimonio tenga una duración de dos años. Una solución al querer la separación y poseer bienes adquirientes de pago, es una separación de patrimonios y adjudicar los bienes, al convertirse en bienes propios el cónyuge puede asumir la carga que se tenga sobre el bien sin involucrar a la sociedad de gananciales.

3. La prescripción adquisitiva de dominio

La prescripción adquisitiva consiste en la forma originaria de convertirse en propietario. El poseedor de un bien inmueble se convierte en propietario, pero no lo hacen un inquilino o un huésped. Sin embargo, algunos mencionan que si se vence el contrato de arrendamiento, el individuo ya no sería un inquilino y podría dominar el bien. Lo que presenta mayor relevancia en la prescripción adquisitiva de dominio es la causa posesoria, puesto que la forma de convertirse en propietario es ejercer la posesión y lograr con eficacia a la usucapión. Es así que, al reconocer un derecho superior como arrendatario, huésped o guardián, la posesión no sería autónoma, pero se podría cobrar los derechos sociales a locación de servicio o de responsabilidad contractual. El poseedor no debe depender de otro y su causa posesoria no debe ser una relación contractual de carácter patrimonial.

La posesión debe ser un plazo que exija la norma, en nuestro país se verifica un plazo largo o extraordinario de 10 años y un plazo ordinario de 5 años; para que ocurra una reducción del plazo de posesión autónoma debe de existir un justo título que permita ejercer la posesión. Por ejemplo, en una asociación de vivienda el secretario adjudica un lote de terreno a un individuo y cuando se recurre a los estatutos sociales se verifica que el presidente es el único que puede transferir la propiedad del bien. En dicho caso, existe un acto jurídico de transferencia de dominio, pero el problema ocurre en las personas facultadas. También puede ocurrir que, en una sociedad conyugal, donde uno de los cónyuges aparece como soltero y vende una propiedad, el acto sería nulo. En consecuencia, el acto jurídico no es suficiente para transmitir el dominio, potencialmente si pudiera, pero en ciertas circunstancias no serviría para tomar la adquisición de la propiedad.

4. Concepción de posesión

El término posesión proviene del término "*posidere*", que significa poner los pies sobre el bien. Por ejemplo, cuando se quiere adquirir un bien inmueble que presenta cinco hectáreas, pero solo se ejerce la posesión de una hectárea, puesto que solamente se prescribe el área que se ejerce posesión. Es así que, cuando una persona inicia una prescripción adquisitiva de do-

minio vía notarial o judicial, debe de recurrirse a que un ingeniero levante un plano de ubicación en coordenadas UTM y que establezca una memoria descriptiva. Luego se debe sacar dos copias de los planos y presentarlos a los registros públicos, así genera un proceso administrativo registral que se denomina “búsqueda catastral”. Registros Públicos está obligado a expedir una constancia donde se establezca en forma específica si el inmueble presenta una partida registral, perteneciente al estado o privados, todo esto en 15 días hábiles.

Se debe establecer la diferencia entre propiedad y posesión. La propiedad en nuestro país se adquiere por el simple consentimiento de las partes; la sola obligación del transferente convierte en propietario al adquirente, salvo ley especial, por ejemplo, en el caso de la donación de un inmueble que se realiza por escritura pública. A diferencia de Alemania, la adquisición de la propiedad se logra con la inscripción a Registros Públicos, siendo constitutiva. En el Perú se debe tomar en cuenta que la adquisición es consensual, el documento privado que contiene los elementos esenciales de la compraventa de un inmueble lo convierte en propietario.

Existe una serie de problemas en temas inmobiliarios, debido a que sería imposible que con solo comprender con el 30% de bienes inscritos en el Perú, se establezca en nuestro código civil la transferencia constitutiva, porque muchos no serían propietarios. La transferencia de bienes inmuebles se ejecuta con solo el consentimiento de las partes. Un ejemplo de esto podría ser un cliente que adquirió un inmueble en una asociación de vivienda, la asociación le entregó posesión a otra persona natural y al cliente le ofreció por escritura pública. Entonces se inicia una demanda de reivindicación del inmueble, donde la otra parte presenta más de 10 años de posesión e interpuso una demanda. Cuando se plantea una demanda de reivindicación o relacionado con la litis del dominio de un inmueble inscrito, se debe solicitar una medida cautelar de anotación de la demanda para que *erga omnes* reconozca la interposición del dominio del bien, con la restitución de la posesión y otorgar la publicidad al proceso judicial.

Si el titular registral desea garantizar que es propietario y que el poseedor no puede demostrar que se encuentra en ejercicio de posesión continua, pública y pacífica; se recomienda que se anote las demandas, puesto que si se interpone la demanda en prescripción adquisitiva de dominio se solicita la medida cautelar de anotación. El titular registral, al realizar la transferencia, puede constituir una garantía real de hipoteca, entonces se adquiere el dominio, pero no levanta las cargas o los gravámenes; siempre se debe dar publicidad a las acciones judiciales relacionadas con la posesión y la propiedad.

La Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN) en el 2010 publicó una norma donde se establece que todo inmueble que no se encuentre inscrito a nombre de particulares es de propiedad y posesión del Estado. En dicha normativa, no se debe ejercer la posesión, porque es la posesión un hecho factico. Una ley no puede declarar derechos, en ese caso, no debe existir posesión a través de una norma, pues si consideramos que el 70% de los inmuebles en el Perú no se encuentran inscritos en registros públicos y muchas familias resultarían perjudicadas. No es por descuido del ciudadano, sino del Estado, porque no avanza su catastro y no incrementa las unidades inmobiliarias. Entonces, la norma se declararía inconstitucional, incluso no posee sustento doctrinario, debido a que no se puede ofrecer el carácter de poseer a alguien que no ejerce el dominio sobre el bien.

Un caso conocido es el de Huaura, donde muchos posesionarios tenían una ocupación 30 años en el lugar de las playas de Salinas. La Superintendencia de Bienes Nacionales (SBN) notificó a todos los asociados, después a uno de ellos le llega una notificación y se convoca a todos los posesionarios. Se realizó una colecta y se pagó la suma de adjudicación de remate, luego se reconoció la propiedad. Dicha conducta es peligrosa, debido a que se reconoce un derecho superior; el Estado no representa el animus domin, no se comportan como propietario.

5. Usucapión extraordinaria

Cuando se ejerce la posesión extraordinaria de 10 años respecto a un bien en zona urbana se puede recurrir a la vía notarial, toda vez que solo él puede conocer los inmuebles ubicados en la expansión urbana que posean servicios mínimos o una habilitación urbana. Por ejemplo, en la plaza de armas de Surco, casi todos los bienes colindantes en su partida registral refieren como inmuebles rurales; es decir, que no presentan la habilitación urbana, pero poseen todos los servicios. Aquellos bienes que no poseen habilitación de zona urbana se pueden prescribir por vía notarial acreditando el autovalúo o los comprobantes de pago.

Existe la confusión que, para la prescripción adquisitiva, el autovalúo se encuentre al nombre del poseedor, pero no se podría colocar a su nombre, según la ley de tributación municipal. Cuando se adquiere un bien, se solicita la carga y el que transfiere realiza la descarga del patrimonio predial con un documento fehaciente, otorgándolo hasta el último día del mes siguiente entregado el contrato, sino se interpone una multa que puede ascender a una UIT. No es obligatorio efectuar un pago a los impuestos para la prescripción adquisitiva, pero cuando se transfiere un bien inmueble el vendedor está obligado a pagar el impuesto predial de todo el ejercicio. Se

comprende que la prescripción adquisitiva no es una transferencia, sino una adquisición originaria como conducta de poseedor con relación al art. 650 de CC.

El Código Civil de 1984 no define con claridad el significado de justo título, pero existe abundante doctrina al respecto. Es preferible inclinarse a la causa de adquisición posesoria que es un acto jurídico; sin embargo, esto no es suficiente para la inscripción a Registros Públicos, porque se genera una patología que no lo convierte en un título autentico. Es por ello que el legislador menciona que hay un justo título y buena fe.

6. Requisitos generales

En una prescripción adquisitiva, el juez competente debe conocer los inmuebles ubicados dentro de su función, también se debe indicar quién es poseedor y el estado civil en que se encuentra. Hubo un caso en la Jurisprudencia Nacional en el que una la señora estaba iniciando una prescripción adquisitiva en sede de COFOPRI y se le exigía que intervenga su cónyuge, porque según RENIEC la señora se encontraba casada, pero era imposible que el esposo firme, porque se encontraba preso por más de 20 años. El señor no se podría beneficiar por no poseer la calidad de poseedor, pero según un pleno del tribunal registral del 2009, se acordó que aquella persona que interponga su solicitud de prescripción adquisitiva, siendo casado, beneficia a su cónyuge.

Existen requisitos específicos donde debe existir la causa posesoria, fundamentos, medios probatorios, libretas escolares, partidas de registros civiles, la atención de RUC, pagos de vigilancia, pagos de servicios, etc. En esencia, se requiere de tres testigos mayores de 25 años, cuando el inmueble no está inscrito en Registros Públicos y se necesita que se encuentre visado de plano de ubicación con coordenadas UTM y memoria descriptiva. Si el inmueble forma parte de una matriz que no se encuentra independizada para que pueda realizarse por prescripción adquisitiva de independización, se aplica la Ley N°27157 sobre “Regulaciones de Edificaciones”, donde se adjudican los planos de la constancia de posesión en la municipalidad. Sin embargo, en ocasiones algunas municipalidades no ofrecen dicha constancia y originan barreras burocráticas que pueden ser denunciada ante INDECOPI.

7. Consideraciones finales

La posesión es un carácter fáctico, se puede acumular los pazos posesorios, pero no se transmite por herencia. Por ejemplo, si un padre hereda un inmueble a sus hijos, pero solo uno de ellos ejerce el uso del bien inmueble,

eso no lo convierte en herencia. Caso distinto es que al fallecer el titular registral y algunos herederos se encuentran en el extranjero, pueden renunciar a la herencia, pero no se puede prescribir siendo copropietario de un bien común, no se puede usucapir las cuotas ideales.

Cuando recién se aplicaba la prescripción adquisitiva de dominio en el Perú, la adquisición de compraventa era consensuada. Es decir, que si alguien vendía un inmueble en un documento privado y se tardaba en formalizar la escritura pública, podría existir problemas. Hace algunos días en Surco se presentó un caso donde un señor había comprado un inmueble hace más de 30 años, pero se quedó en documento privado. Luego apareció un titular registral y lo quiso desalojar. Cuando se adquirió el bien se buscó inscribir, pero resultaba dificultoso, luego aparecen de forma sorpresiva unos títulos de archivo general y logran inscribirse en los registros públicos, donde se empiezan a revivir títulos antiguos interponiendo desalojos. Es así, que el contrato de compraventa es un medio probatorio, debido a que es una forma de acreditar la causa posesoria y convertirse en un título auténtico para inscribirse en registros públicos.

8. Respuestas de las preguntas del público

8.1. ¿Cuánto tiempo aproximadamente tarda el proceso para registrar una propiedad?

En ocasiones se crean teorías de la calificación registral y califican todo un historial. Cuando se encuentra en un procedimiento registral administrativo, la ley establece que la inscripción debe durar 7 días, al séptimo día se puede calificar en positivo (al inscribir o pagar la tasa registral) o negativo (cuando observa y tacha). Luego se puede apelar a segunda instancia. En el Perú, esta segunda instancia debe ser de 5 días. Por otro lado, en Guatemala se evidencian dos instancias: un registrado que tiene 5 años de experiencia, que califica la primera instancia; y otro registrado que tiene 10 años, siendo de segunda instancia, corrige la plana, estas dos se reúnen y realizan una resolución para confirmar o revocar la información. En síntesis, se debe cambiar la mentalidad del significado de saneamiento en el Perú, debido a la existe de muchas barreras burocráticas.

8.2. ¿Por qué se dice que la usucapión sirve también como seguridad jurídica del derecho?

Los romanos decían que existía la prueba diabólica. Si se empieza a revisar todos los sitios archivados nunca se terminarían, porque quizá hay algunos lugares que pertenecieron a ciertos propietarios y que indebidamente se convirtieron en titulares. Muchos títulos en las zonas más ricas del Perú

se han adquirido por título de juzgado de paz, entonces si llamaran a una investigación se encontraría sorpresas. Es por ello, que la prescripción adquisitiva reconoce la propiedad al poseer, brinda seguridad jurídica fáctica.

Se debe tener cuidado, porque cuando uno es poseedor descuida la inscripción a los registros públicos y si el facineroso logra inscribirlo puede desalojar al poseedor. Por eso se recomienda anotarse en alerta registral, para que, ante cualquier movimiento de publicidad formal, de acciones judiciales o de transferencias de propiedad inscrita, se pueda comunicar al poseedor por número del celular o correo electrónico. En el Perú se debe incentivar y especializar a los jóvenes para que generen catastro y así más inmuebles se inscriban en los registros públicos. La falta de saneamiento de inmuebles se ha incrementado en la pandemia y falta que los abogados y estudiantes de derecho, con buena gestión se preocupen por en saneamiento en el sistema inmobiliario.

IX. DERECHO PROCESAL CIVIL

Proceso monitorio en el proyecto del Código Procesal Civil*

Liubisa Yong Becaj**

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Antecedentes históricos / 3. Proceso monitorio bajo la perspectiva del *mandatum de solvendo* / 4. Doctrina sobre el proceso monitorio / 4.1. *Chiovenda* / 4.2. *Couture* / 4.3. *Calamandrei* / 5. Tipos de procesos monitorios / 5.1. Proceso monitorio puro / 5.2. Proceso monitorio documental / 5.3. Elementos diferenciadores entre el proceso monitorio puro y documental / 5.3.1. Medios probatorios / 5.3.2. Eficacia del mandato de pago / 5.4. Elementos comunes entre el proceso monitorio puro y documental / 5.5. Naturaleza jurídica del proceso monitorio / 5.6. Características del proceso monitorio / 5.7. Supuestos de procedencia del proceso monitorio / 5.8. Ordenamientos internacionales / 5.9. Ordenamiento nacional / 5.9.1. Proceso monitorio para sumas de dinero / 5.9.2. Proceso monitorio especial.

1. Introducción

Desde el mes de mayo del 2021 se ha empezado con la socialización del proyecto de reforma del Código Procesal Civil elaborado por el docente universitario Giovanni Priori Posada, bajo encargo del Ministerio de Justicia. Dentro de las innovaciones que trae este nuevo modelo procesal, se encuentra la incorporación del proceso monitorio, el mismo que no resulta muy moderno, extremo que data de los tiempos de Roma con el mandato

*Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

**Docente de los cursos de derecho civil y comercial en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

de los *solvens*. En esos tiempos, era una especie de orden o llamada al pago que se tenía frente a ciertos acreedores.

2. Antecedentes históricos

El *mandatum de solvento* del Derecho civil medieval italiano es el antecedente más lejano al proceso monitorio. Este se convertía en una especie de alternativa o solución para que aquellos casos en los que el acreedor no tenía medios de prueba que sustenten su crédito, abriéndoles la posibilidad, de obtener justamente un título ejecutivo a través de la orden expedida por el juez que pudiera sustentar o acreditar la presencia de ese crédito. Por ejemplo, 'A' le presta \$ 50 mil a 'B' de manera presencial y sin la firma de ningún documento que acredite la entrega del dinero. Este es el proceso a seguir para que 'A' pueda exigirle a 'B' el cumplimiento de la obligación es de este tipo.

Por otro lado, este procedimiento no tenía una fase previa de cognición, y se prescindía de la fase probatoria, reduciéndose de esta manera, los trámites y requisitos para resolver controversias de carácter civil y mercantil.

El proceso monitorio proviene de la voz latina *monitorius* que significa avisar, amonestar, advertir o requerir. Está presente, principalmente, en Europa en países como Alemania, Francia e Italia; pero también en Latinoamérica en Argentina, Uruguay, Chile y Colombia, por ejemplo.

3. Proceso monitorio bajo la perspectiva del *mandatum de solvento*

Si el proceso monitorio es visto desde la perspectiva del *mandatum de solvento*, aquel acreedor que veía insatisfecho su crédito podía acudir directamente al juez mediante una petición escrita, solicitando que se expida contra el demandado sin contradictorio y con la obligación de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión una orden de pago que contenía una cláusula en la que el deudor contaba con un plazo para comparecer ante el juez y provocar, de esta manera, el contradictorio.

Frente a ese orden lógico de ideas, había tres salidas que podía tener el deudor: (i) el deudor pagaba la deuda y concluía el proceso, que es la forma de extinción de obligaciones por excelencia. (ii) El deudor no comparecía al proceso guardando silencio y, por ende, el mandato adquiría fuerza ejecutiva. (iii) El deudor comparecía, el mandato quedaba sin efecto y su oposición transformaba el proceso monitorio de especial a ordinario, por cuanto al promoverse el contradictorio se tenía que realizar todo el decurso del proceso.

4. Doctrina sobre el proceso monitorio

4.1. Chiovenda

Para Chiovenda el proceso monitorio es una acción sumaria que constituye una declaración de certeza con un factor predominante de funciones ejecutivas; por eso, algunos suelen confundir el proceso monitorio con uno ejecutivo o de función; sin embargo, debemos tener presente que no son lo mismo.

4.2. Couture

Couture señala que es aquel proceso que no empieza con la demanda en sentido formal (que es la lógica que nosotros conocemos de los procesos judiciales), sino más bien, con una intimación o una interpelación al demandado para que realice una determinada prestación. Aquí es donde puede suscitarse alguna confusión en relación al proceso de ejecución, pues frente a la existencia del título ejecutivo el juez le otorga un plazo al demandado para que cumpla con la prestación contenida en el título, pero no es lo mismo que el proceso monitorio. El apercebimiento con respecto a lo que planteaba Couture es que si no respondía el demandado se iba a proceder dictando una sentencia en su contra.

4.3. Calamandrei

Calamandrei establecía que es una acción a través de la cual un acreedor acude a un juez, quien sin promover el contradictorio y, tan solo con lo dicho por el solicitante, emitía una orden de pago, la misma que cuando el demandado no contesta o no se opone termina convirtiéndose en un título ejecutivo.

5. Tipos de procesos monitorios

Existen dos divisiones, la de Calamandrei por la que existían puros y documentales; y la de Segni que las clasificaba en monitorio *stricto sensu* y procedimiento documental ejecutivo. Se tomará primera división porque es aquella a la que se adhiere la doctrina mayoritaria y porque, de alguna manera, tampoco difiere mucho en cuanto a la división de Segni.

5.1. Proceso monitorio puro

En el proceso monitorio puro (que no es el que se tiene en el proyecto del Código) se expide un mandato de pago sin que exista cognición sobre los fundamentos del pedido por parte del demandado. La característica fundamental es que existe una ausencia evidente de medios probatorios que

reclame la deuda; dicho de otro modo, es la palabra del demandante frente a la palabra del demandado.

Asimismo, en la búsqueda de cubrir el principio de igualdad entre las partes en el proceso, así como no existía formalidad del demandante de presentar el medio probatorio que acredite la existencia de crédito, de la misma manera, el demandado podía oponerse sin necesidad de sustentar o justificar por qué lo está haciendo.

En resumen, el proceso monitorio puro es mediante el cual el mandato de pago se libra a partir de la sola afirmación del acreedor, toda vez que no se tiene necesidad de medios de prueba documentales que acrediten la preexistencia de la deuda reclamada, y en el cual, basta la simple oposición del deudor para impedir la constitución de dicho mandato en título ejecutivo, el cual, obliga a que el mismo se dilucide a través de un proceso de conocimiento posterior.

5.2. Proceso monitorio documental

Como contraparte del proceso monitorio puro, el proceso documental es donde —necesariamente— la petición tiene que estar acompañada de un documento que acredite la persistencia de la deuda. Este es el orden que ha seguido el proyecto de la forma del código. Por ejemplo, en el caso peruano el modelo del proceso monitorio (que es evidentemente documental) difiere mucho del que está aplicado en Colombia, porque aquí se requiere el documento que acredite la preexistencia. Añadido a lo anterior, también se abre la posibilidad de que, si el demandante no tiene de manera inmediata el medio probatorio, pero sabe cómo probar que existe, el juez puede solicitar la exhibición de este; de alguna u otra manera amplía un poco más el campo de acción.

Por otro lado, en este proceso monitorio documental, la oposición de deudor debe estar debidamente fundamentada, es decir, no solamente se debe de cumplir con el hecho de señalar que se realizó el préstamo de dinero, sino que se debe tener una descripción detallada de los hechos (fundamentación fáctica), al igual que una debida fundamentación jurídica.

Asimismo, la oposición formulada por el demandado no deja sin efecto el mandato, no lo concluye, sino más bien, constituye el primer paso para iniciar el juicio de contradictorio. Así es como se vuelve al elemento tripartito del proceso, donde será el juez quién en base al principio de intermediación y las pruebas aportadas por ambas partes, decidirá si admite y surte efectos esa oposición o, por el contrario, acoge el mandato y lo convierte en título ejecutivo.

En resumen, el proceso monitorio documental no es otro que aquel proceso, en el cual, para que el órgano jurisdiccional declare la admisibilidad de la demanda, se requiere que la misma se encuentre acompañada de un documento o medio probatorio documental que permita inferir la existencia de la pretensión reclamada, y que servirá de sustento para la emisión del mandato de pago. Asimismo, frente a la oposición del deudor (debidamente sustentada en base a hechos y derechos) impedirá la constitución del título ejecutivo, toda vez que el asunto deberá dilucidarse mediante un proceso de conocimiento posterior.

5.3. Elementos diferenciadores entre el proceso monitorio puro y documental

5.3.1. Medios probatorios

Uno de los aspectos resaltantes de ambos procesos será la necesidad de probar la pretensión reclamada para la emisión del mandato de pago. De esta manera, atendiendo al tipo de proceso monitorio puede decirse que en el puro bastará la afirmación no probada del acreedor. Por ejemplo, 'A' puede decir que prestó cierta cantidad de dinero y que se lo tienen que pagar sin adjuntar ningún documento; en cambio, en el proceso documental, sí tendrían que presentarse pruebas documentales que acrediten la pretensión del deudor.

5.3.2. Eficacia del mandato de pago

En el caso de la pérdida de eficacia del mandato de pago, en el proceso puro basta con la oposición del deudor, y como no existen medios probatorios para solicitar el mandato, tampoco se requerirán pruebas que acrediten la oposición; en cambio, en el proceso documental con la oposición del deudor, se da inicio al proceso de contradictorio, por ello, tendrá que sustentarse porque se opone como inexigibilidad de la obligación o iliquidez.

5.4. Elementos comunes entre el proceso monitorio puro y documental

El primero de ellos es que el mandato de pago es emitido *inaudita altera parte*, es decir, se emite sin que las partes sean escuchadas u oídas.

El segundo es la rápida creación de un título ejecutivo que no existía, y es quizá este uno de los elementos que podría haber servido como incentivo para la incorporación de este tipo de procesos en nuestro modelo procesal próximo a promulgarse.

Finalmente, es posible que eventualmente se realice un contradictorio en caso de oposición.

5.5. Naturaleza jurídica del proceso monitorio

Hay dos posiciones marcadas, por un lado, la que considera que el proceso monitorio tiene naturaleza declarativa por cuanto busca la declaración de certeza de un derecho de crédito existente, o de la existencia de una obligación que tiene que cumplir el demandado en su condición de deudor a favor del demandante (acreedor); y por otro lado, un sector de la doctrina que señala que se trata de un proceso ejecutivo porque tiene muchos elementos comunes con este, además, de que se busca ejecutar deudas y obtener medidas ejecutivas para poder llegar al ejecución forzosa.

En suma, lo cierto es que este modelo es un proceso declarativo especial porque se va a originar un requerimiento de pago contra deudor y, finalmente, obtener un título ejecutivo.

5.6. Características del proceso monitorio

Pueden encontrarse características esenciales, como la creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada si no es impugnado o cuestionado por las partes; y la inversión de la iniciativa del contradictorio (contrariamente a como suele ocurrir los procesos). Además, se encuentran características complementarias como la especialidad porque es un proceso que está destinado puntuales casos, principalmente obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, pero también —como en el modelo que se propone en el proyecto del Código— para la restitución de bienes; y que se trata de un proceso plenario rápido.

Respecto de lo último señalado, se hace alusión a la célebre frase de Couture “justicia que tarda no es justicia”, pues se sostenía que una justicia tardía no termina siendo considerada como tal porque lo que se busca, en realidad, es ver satisfecha las pretensiones de manera rápida.

5.7. Supuestos de procedencia del proceso monitorio

El proceso monitorio en virtud de su finalidad implica la reclamación del cumplimiento de obligaciones, en específico de aquellas de carácter dinerario, y se verá que los supuestos dependen del ordenamiento jurídico.

5.8. Ordenamientos internacionales

El Derecho español puede acceder a este tipo de procesos cualquier persona que pretenda el pago de cualquier tipo de deudas de carácter dinerario, siempre y cuando esté vencida, sea exigible y de una cantidad determinada.

Por su parte, para el derecho alemán, la reclamación debe pretender el pago de una suma de dinero determinada en moneda nacional. Además, el derecho italiano considera que la reclamación debe consistir en el cobro de una suma líquida de dinero, bienes fungibles o cosas muebles determinadas. Por último, el derecho francés establece el cobro de ciertos créditos dinerarios y determinadas obligaciones de hacer.

5.9. Ordenamiento nacional

En el caso peruano, este proceso está regulado en los artículos 815 al 826 del proyecto del Código Procesal Civil, y aquí se verá dos tipos de procesos: para sumas de dinero y el especial.

5.9.1. Proceso monitorio para sumas de dinero

El objeto del proceso para otorgar sumas dinero radica en el poder exigir el cobro de sumas dinerarias que alcancen las 200 URP¹. La obligación tiene como requisito ser cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable y que este contenida en uno o más documentos que no sean título ejecutivo. Esta distinción se hace porque si esa cantidad de dinero estuviese contenida en un título ejecutivo -por ejemplo, una letra de cambio, un acta de conciliación, una escritura pública o una sentencia judicial- ya no sería necesario iniciar el proceso monitorio por la simple razón de que para ello existe el proceso de ejecución.

Por otro lado, la demanda tiene un requisito para su notificación, y es que el demandado debe tener domicilio cierto, toda vez que no procede la notificación por edicto.

Por otro lado, será competente el juez del lugar del domicilio del demandado; si la cuantía es menor o igual a 100 URP, lo será el juez de paz letrado; y si es mayor a 100 URP hasta los 200 URPS, lo será el juez especializado en lo civil. De alguna manera, con esto lo que se busca es aligerar la carga procesal, por cuanto es algo que —lamentablemente— caracteriza a nuestro sistema de administración de Justicia, y por lo cual, ante la extensa demora, muchas personas desisten del proceso (sea por cansancio, porque se mueren en el ínterin de él, o simplemente porque ya lo dan por perdido al no alcanzar la justicia de manera rápida).

Respecto a algunos aspectos procesales, puede decirse que procede la apelación sin efecto suspensivo y no procede la casación. Asimismo, de los requisitos de la demanda, de acuerdo al proyecto el código, serían los previstos en los art. 193 y 194 los que vendrían a ser el equivalente a lo previsto en el actual Código Procesal Civil en los art. 424 y 425.

¹ En este momento, una URP vale 440 soles, entonces serán 88 mil soles como máximo.

Un aspecto a mencionar es que no se requiere la firma del abogado para la demanda o solicitud que se presenta, es más, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial tiene que emitir un formato preestablecido que solamente será rellenado y presentado en mesa de partes. No obstante lo antes señalado, sí se tiene que cumplir el requisito especial de la demanda: la presentación del documento en el que se encuentre contenida la obligación y la liquidación del saldo de la obligación formado por el demandante o su representante. Sobre el particular, así se trate de contrato, recibo, comunicación, carta, u otros, tendrá que adjuntarse; y, además, si hubo pago en partes o en cuotas se tiene que liquidar el saldo porque eso será lo que se va a ejecutar y no la totalidad de la deuda.

En cuanto al plazo, el demandado tiene 10 días desde notificado el mandato para formular oposición, caso contrario, el juez convierte ese mandato de pago en título ejecutivo y da pase a la fase de ejecución forzada. Resulta que esa resolución que da pase al inicio de la etapa de ejecución forzada no es impugnabile, es decir, ‘genera una especie de cosa juzgada’. En el caso de que sí hubiera oposición, esta puede ser con base en la negación de los hechos constitutivos de la obligación o también, al agregar cualquier hecho extintivo de la misma; pero tiene que formularse con medios probatorios que acrediten por qué se va a calificar esa posición. Si no cumple con las expectativas o los requisitos, la rechaza; pero si es admisible, va a correr traslado de esa oposición a la parte demandante por el plazo de 10 días (allí ya se inició ese proceso del contradictorio) y se va a emitir la sentencia.

La sentencia que se emite, una vez que ya se pasó a proceso contradictorio, sí es apelable; pero sin efecto suspensivo. Además, en la oposición no procede la reconvencción.

5.9.2. Proceso monitorio especial

Este es el proceso que más abunda en los juzgados porque la restitución de un predio o de un bien, se convierte en algo calamitoso para quién lo reclama. De esta manera, este proceso busca que la restitución de la posesión de bienes muebles o inmuebles sea más rápida, pero –al igual que en el caso del proceso monitorio para dar suma de dinero– debe tener como antecedente un documento de fecha cierta y que no sea un título ejecutivo. En ese sentido, por ejemplo, puede ser el vencimiento del plazo para la restitución del bien o la resolución del contrato que origine la resolución del bien.

En cuanto a los medios probatorios a utilizarse podrían ser, si se trata de un arrendamiento o una cesión de uso, el contrato donde claramente debe estar especificado de que bien se trata, las características y la fecha de vencimiento del plazo para que sea idóneo.

Por otro lado, aquí también, el juez admitirá la demanda siempre que se señale en ella el domicilio del demandado, pues tampoco procede la notificación por edicto. Asimismo, será competente el juez del domicilio del demandado, el del lugar donde se encuentre bien cuando se trata de bienes inmuebles, o del lugar donde se debe ejecutar la restitución del bien si se trata de uno mueble.

En cuanto a los aspectos procesales, la apelación como medio impugnatorio se concede sin efectos suspensivos y no procede la casación frente a la decisión que pone fin al proceso monitorio. De esta manera, lo que se ha buscado es aligerar un poco la carga de los órganos jurisdiccionales supremos.

Los requisitos de la demanda son los mismos del art. 192 y 194 del proyecto del Código Procesal Civil. Además, no se requiere firma de abogado para la solicitud del proceso monitorio especial. Por otro lado, dentro de los requisitos especiales de la demanda se encuentran la presentación del contrato que vincula las partes y la documentación idónea donde se acredite la obligación de restituir el bien.

Sobre el plazo, este será de 10 días para cumpla con la entrega, caso contrario se procede a la ejecución forzada, decisión que es inimpugnable y se dará en el caso de que el demandado no formule oposición, pero si lo hace, tendría que argumentar dos situaciones: no procede o que sea inexigible la entrega del bien. Además, no basta con alegarlo, sino que debe acompañarlo de medios probatorios documentales que acrediten su posición. Un poco se persiste con la presencia de la prueba escrita.

Aunado a lo anterior, sobre los efectos de la decisión, se correrá traslado de la oposición al demandante por el plazo de 10 días para su absolución y ofrecimiento de medios probatorios adicionales. Además, el juez señala fecha para audiencia única en la que debe emitir sentencia. En cuanto a algunos aspectos relevantes, no procede la reconvencción y la sentencia sí puede ser apelada sin efecto suspensivo y con posibilidad de ejecución provisional, es decir, antes de la decisión de segunda instancia.

Finalmente, si no se formula oposición al mandato, el requerimiento del juez se convierten un título de ejecución que sí puede ser apelable sin efecto suspensivo y que se debe ejecutar en ese mismo proceso monitorio especial. Además, se pueden dictar medidas de ejecución.

La Oralidad en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil*

Pedro Huaccho Trujillo**

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión

SUMARIO: 1. Introducción / 2. La oralidad en el CPC de 1993/ 3. Proyecto de Reforma del NCPC / 4. Régimen de audiencias en el proyecto NCPC / 5. ¿Problemáticas en el proyecto de reforma del CPC? / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El presente artículo, trata de un tema que tiene impacto en el presente y lo tendrá en el futuro; en el presente porque lo que se propone en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil (en adelante NCPC) es similar a lo que se está implementando en los módulos civiles corporativos de litigación oral a nivel nacional, e importante para el futuro porque se espera que dicho proyecto pueda discutirse a través de los órganos competentes, y coadyuve en la solución de los litigios civiles en plena observancia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Es así que, a fin de desarrollar la temática, el presente trabajo estará dividida en tres ejes temáticos, como son: la oralidad en el Código Procesal Civil de 1993, el Proyecto de Reforma del NCPC y el régimen de audiencias que propone dicho proyecto.

*Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

**Docente de los cursos de derecho civil y comercial en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.

2. La oralidad en el CPC de 1993

El originario Código Procesal Civil de 1993 (en adelante CPC), establecía estructuralmente una postulación escrita, esto es, demanda y contestación escrita, audiencia de saneamiento oral, audiencia de conciliación (fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio) de manera oral, una audiencia de pruebas, en caso sea necesario, y posteriormente se emitía de la decisión final.

Sin embargo, a pesar de esa apuesta por un proceso con audiencias orales, se tiene que, por la falta de implementación y recursos económicos, tanto magistrados y abogados fueron dando pasos atrás con esta novedosa estructuración procedimental.

Es así que, en el año 2006 se expidió la Ley N° 29057 que modificó totalmente este modelo procedimental, luego el decreto legislativo N° 1070 y la ley N° 30293 que de alguna manera nos indicaba que deberíamos regresar a lo que originalmente se planteaba en un inicio. Al respecto, nos referiremos brevemente a las citadas modificaciones:

- En el año 2006, con la ley N° 29057 se elimina la audiencia de saneamiento y, si uno verifica el texto del CPC de 1993, en el artículo 449, simplemente se establece que el juez tendrá que resolver la excepción dentro de los diez días siguientes y deberá establecer si declara o no saneado el proceso.
- En el año 2007, con el Decreto Legislativo N° 1070, se derogan los artículos 326, 468, 470 y 471 del CPC; y se produce la eliminación de la audiencia de conciliación; los artículos 471 y 478 versaban sobre la audiencia conciliatoria y la discusión de los puntos controvertibles en el saneamiento probatorio, quedando eliminados con dicho decreto citado líneas arriba.
- En el año 2014, a través de la ley N° 30293, de alguna manera se orientaba a volver a tener presente la oralidad en las audiencias, verificándose así que el artículo 204, en su modificación establece que la grabación de las audiencias debía ser en audio y vídeo, y en el artículo 208 se establece que ya no se debe de usar el pliego interrogatorio para los testigos.

Con esas dos novedades de los años 2006 y 2007 se puede entender que el legislador y la legislación pretendían dinamizar el proceso, por cuanto la carga procesal civil retardaba la tramitación de los procesos civiles; y es bajo esas contrarreformas, que la oralidad en el CPC vigente de 1993,

solamente se reservó para la audiencia de pruebas, cuando se interrogue a los testigos y las partes, y lamentablemente, el auto de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio quedo de manera escrita, de igual forma el saneamiento procesal, conforme al artículo 468 del CPC.

Ahora bien, si observamos las estructuras comparativas entre el originario CPC y el actual CPC, se tiene que se han suprimido las audiencias en las que estaba presente la oralidad, puesto que en el originario CPC la postulación era escrita, pero había una audiencia de saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos, y una audiencia de pruebas. Pero, el actual CPC bajo las reformas del 2006 y 2007 lo que propone es un procedimiento fundamentalmente escrito a excepción de la audiencia de pruebas.

3. Proyecto de reforma del NCPC

3.1. Generalidades

En cuanto al proyecto de reforma del NCPC, debemos de partir por señalar que la reforma del CPC resulta importante por los cambios sociales, políticos y económicos que viene atravesando nuestro país, ya que el derecho debe responder a la dinamicidad de nuestra sociedad.

Entre algunas de las razones por las cuales es necesario estar frente a la necesidad de reformar el CPC, conforme lo ha venido señalando el Prof. Priori, se tienen las siguientes:

- Actualmente las modificaciones del CPC efectuadas en estos últimos 20 años han sido realizadas de manera asistemática.
- Existe una tendencia de reformar las legislaciones procesales a nivel nacional y a nivel latinoamericano. A nivel nacional, se tiene el Código Procesal Penal - se ha implementado en casi la totalidad de las Cortes - y la Nueva Ley Procesal del Trabajo; vale decir que, son dos ordenamientos procesales que se han reformado y tienen una dinamicidad muy particular, apostando por un enfoque de oralidad. A nivel latinoamericano, se tienen las reformas de Ecuador, Argentina y Costa Rica, en donde los modelos procedimentales se han ido adecuando o han estado pendientes en buscar un modelo procedimental oral.
- Es necesaria la incorporación de las nuevas tecnologías, debido al contexto actual, el mismo que ha permitido acelerar el paso para que el proceso civil tenga que estar a la altura de los contextos que presenta la pandemia. En este aspecto es de señalar que la incor-

poración de nuevas tecnologías, de alguna manera vemos que ya se viene implementando con el expediente judicial electrónico, y la posibilidad de presentar los escritos de manera virtual, cambios que implican la necesidad de que el CPC debe responder a esos nuevos escenarios.

3.2. La reforma del CPC

Con respecto a la gestación del proyecto de reforma del CPC, se tiene que, en el año 2016, el Ministerio de Justicia designa un grupo de trabajo para la revisión y mejoras al CPC para que puedan proponer y revisar el actual CPC; esa comisión de trabajo estuvo presidida por el Prof. Giovanni Priori quien, junto a otros destacados procesalistas, elaboraron un proyecto de reforma que luego fue publicado en el año 2018 a través de la Resolución Ministerial 0070-2018-JUS. Sin embargo, en mayo de este año, el Ministerio de Justicia nuevamente ha publicado un proyecto de reforma del CPC bajo la denominación de Proyecto del NCPC, y de alguna manera esta ha sido el resultado de toda la recepción de comentarios y sugerencias desde la publicación originaria en el 2018 y sobre todo en observancia de los retos del actual contexto de la pandemia. De manera que todo ello, conllevó a que el grupo de trabajo realice una nueva estructuración, ampliación y supresión de algunas disposiciones que se encontraban originariamente en el citado proyecto del año 2018.

Entre los principales lineamientos de la reforma, que se encuentran en el Título Preliminar del proyecto del NCPC, tenemos a los siguientes:

- Como primer lineamiento se destaca que la tutela jurisdiccional tiene las características de ser adecuada, oportuna y eficaz.
- Como segundo lineamiento, se toma especial atención a la dignidad e igualdad de las partes, y si uno verifica el artículo 2 de ese proyecto se establece que, los jueces y toda persona judicial cuando presta los servicios deben tener la suficiente empatía y sensibilidad que sea necesaria.
- Como tercer lineamiento, se tiene que se destaca al informalismo y a la flexibilidad procesal, y se establece de manera expresa que, ninguna forma del NCPC va a ser imperativa.
- Como cuarto lineamiento, se incide mucho en la buena fe y colaboración de abogados.
- Como último lineamiento, se tiene la especial atención al contradictorio en todas las decisiones judiciales dentro del proceso. Una

muestra de ello, es que, frente a la petición o solicitud de una medida provisional, ese proyecto indica que, toda medida cautelar debe ser concedida previo contradictorio, es decir, ya no se sigue la regla de que las medidas cautelares se conceden sin escuchar a la otra parte.

Ahora bien, conforme indicamos, en marzo de 2021, se da una nueva denominación al “Proyecto de Reforma de CPC” publicada en el año 2018 y se le nombra como “Proyecto de NCPC”. Por lo que, bien cabría preguntarse si es que en los proyectos de reforma publicados presentan grandes diferencias en su aspecto estructural.

Al respecto, si uno verifica el aspecto estructural del proyecto de reforma de 2018, tiene un título preliminar y 7 secciones, la misma que nuestro CPC vigente, y la única diferencia es que, agrega la sección séptima donde se incorporan los procesos especiales, fuera de ello estructuralmente es lo mismo que el CPC vigente. Sin embargo, verificando la estructuración del proyecto del NCPC de 2021 puede notarse que, tiene un Título Preliminar, y 9 secciones, y si verificamos las denominaciones de las secciones, las mismas son distintas.

Por otro lado, el articulado también ha variado, puesto que, en el proyecto del 2018 se establecían 869 artículos y del 2021 se establecen 921 artículos, entonces estructuralmente podemos decir que, ha existido un cambio en ambos proyectos.

Pero también, cabría preguntarse si han existido cambios sustanciales entre los proyectos del 2018 y el del 2021. Al respecto, es de advertir que, con respecto a la exigibilidad de la conciliación extrajudicial, el proyecto de reforma de 2018, en su artículo 324 establece que, la conciliación extrajudicial previa no es exigible para las interposiciones y admisión de la novedad; pero si una verifica el proyecto del NCPC de 2021, en su art 375 establece que, el acta de falta de acuerdo conciliatorio es un requisito de la demanda para aquellas pretensiones que deban conciliarse extrajudicialmente. Como segundo ejemplo, se tiene la excepción de falta de interés para obrar; en el proyecto de reforma de CPC de 2018 se revisa que, en el artículo 496 se agregaba el inciso 15 que establecía que, se constituía como un tipo de excepción procesal la falta de interés para obrar; pero, si uno verifica el proyecto del NCPC del 2021, en el artículo 241 ya no se regula de forma expresa la falta de interés para obrar; entonces las excepciones procesales por su carácter taxativo son solamente mecanismos de defensa formal cuando están establecidos en el CPC. Con lo cual, si han existido algunos cambios que podemos evidenciar en el proyecto del NCPC del 2021 y del 2018.

3.3. Principales novedades y oralidad

Entre algunas de las novedades que nos plantea el nuevo proyecto del 2021, podemos indicar las siguientes:

- Primero se debe destacar que, si uno verifica el artículo 7 del código, se establece de manera expresa el contradictorio previo, luego se tiene la expresa regulación en el artículo 9 sobre la posibilidad de la celebración de acuerdos procesales; además si uno verifica en el artículo X inciso 4, se establece la posibilidad de predictibilidad de la propia jurisprudencia, y esto quiere decir que, se establece la exigencia de que todos los jueces tengan la necesaria obligación de respetar su propia jurisprudencia y de conocer los precedentes vinculantes de materia civil.
- Otra novedad se da en el otorgamiento de poder en el artículo 19, por cuanto el poder podrá ser otorgado no solamente por acto de inscripción o ante el juez, sino también a través de un documento con firmas legalizadas notarialmente; el artículo 116 establece pautas para la expedición de resoluciones y también en temas de motivación y valoración de la prueba; el artículo 194.5 establece que, cuando es prueba documental no es necesario adjuntar los documentos originales, basta las copias, es claro que, en ese artículo se establece la excepción si esos documentos son materias de cuestionamiento, si no es así pueden presentarse en copias simples.
- La otra importante novedad es en el tema de admisibilidad de la demanda, y se establece en que, el juez tiene un plazo máximo de 20 días hábiles para calificar una demanda, y si se supera el plazo se entiende que la demanda ha sido admitida.
- Otra novedad es que, en el artículo 510 se establece que, ya no es una regla que se dé la inspección judicial, solo es a pedido de parte y en función a los hechos que puedan ocurrir; además, dentro del interdicto de retener, se permite la posibilidad de que pueda convertirse a uno de recobrar; y también el artículo 591 establece la posibilidad de la concesión de medidas provisionales con el previo contradictorio.

En cuanto a las referencias de la oralidad en el proyecto del NCPC, se advierte que la oralidad se hace muy presente en el desarrollo del proceso, pues si uno verifica el artículo 6, se establece que las audiencias son realizadas ante el juez, pero se precisa como una necesaria razón de reforma que tiene que responderse a los contextos actuales, por eso se establece

que, esas audiencias pueden ser realizadas por medios virtuales; cuando se regulan las formas de los actos de las partes, también se hace referencia a la oralidad, señalando que la palabra es el medio a través del cual se va a ejercer los derechos procesales y proveerá información dentro del proceso. Además, las actuaciones procesales conforme al artículo 123, serán actuaciones orales y se registrarán en audio video.

Asimismo, las excepciones procesales deben expedirse oralmente y dentro de la audiencia preliminar, se le da, la oportunidad previa a la decisión sobre las excepciones procesales, la posibilidad de defensa oral a las partes; y, además, propiamente, hay oralidad en la audiencia preliminar donde se establece expresamente en el artículo 263 numeral 3, que debe primar la oralidad sobre la actuación escrita, por lo que, la audiencia preliminar fundamentalmente será oral. Por otro lado, el artículo 364 establece la posibilidad de alegar, pero luego de haber concluido audiencia de pruebas; en este punto es innecesario que se pueda establecer esa posibilidad de permitir a las partes que después de celebrada la audiencia pueden presentar alegatos. Una crítica a dicha posibilidad es que si se entiende que una sub fase de la audiencia de pruebas va a concluir fundamentalmente con los alegatos de clausura, no parece justificable que, las partes pueden indicar informaciones adicionales a las que se expresaron en los alegatos de clausura, que es el escenario ideal para que se desarrolle las conclusiones fundamentales de la teoría del caso. Otra referencia se tiene en sede impugnativa cuando se regula la posibilidad de que los informes deban ser orales.

Por otro lado, en cuanto a la clasificación de los procesos que se han tomado de la revisión del proyecto de NCPC, es de señalar que se tienen principalmente los procesos de cognición que son los procesos ordinario y sumario. El proceso ordinario es un proceso en el que se tramitara aquellas pretensiones que se tramitan en los procesos de conocimiento y abreviado. También se tiene el proceso sumario, la tutela provisional donde se ventilará asuntos de tutela cautelar y tutela anticipatoria; y también se tienen los procesos de ejecución donde habrá procedimientos de ejecución de sentencias y ejecución de título extrajudiciales.

La mayor novedad es referida a los procesos especiales, en los que se tramitaran la prueba anticipada, los procesos colectivos para la protección de intereses colectivos y difusos, y la incorporación del proceso monitoreo. Finalmente, se tendrán también los denominados procesos no contenciosos.

4. Régimen de audiencias del proyecto de NCPC

El proceso ordinario fundamentalmente tiene dos tipos de audiencia: una preliminar y solo si el caso lo amerita, una audiencia de pruebas. De manera general, un proceso ordinario tendrá una audiencia preliminar y una audiencia de pruebas, y el proceso sumario tendrá una audiencia única.

En la estructuración procedimental, lo que se debe tener en claro es que, a pesar de que se apueste por la oralidad, el proceso no es un proceso fundamentalmente oral, se partirá necesariamente de una postulación fundamentalmente escrita, luego se dará la posibilidad de una audiencia preliminar, y de ser el caso, una audiencia de pruebas y la emisión de la decisión final, que puede ser incluso emitida en la audiencia preliminar o al finalizar la audiencia de pruebas. Además, debe de señalarse que los objetivos de la audiencia preliminar son propiciar la conciliación entre las partes, sanear el proceso, determinar los puntos controvertidos y establecer las reglas del procedimiento, ello según el artículo 263.

Los lineamientos a grandes rasgos para efectos del desarrollo de la audiencia preliminar son que, el juez debe de velar fundamentalmente por el contradictorio, todas las actuaciones que se van a dar dentro de las audiencias, ya sea por ejemplo la discusión de una nulidad que se presente días antes de la audiencia preliminar o la propia resolución de las excepciones procesales, tienen que pasar necesariamente por el contradictorio previo entre las partes; otro lineamiento también es que, se debe promover la solución de los conflictos, el antiformalismo, la promoción de la igualdad de las partes, la primacía de la oralidad y la permisión de la celebración de los acuerdos procesales entre las partes.

En cuanto al desarrollo, estructuralmente hablando, existe mucha semejanza al desarrollo que tiene la audiencia preliminar bajo el modelo del Módulo Corporativo de Litigación Oral, que viene implementándose de manera paulatina en alrededor de 19 Cortes Superiores de Justicia del país. Es así que, lo que se establece para el desarrollo de una audiencia preliminar es que esta se inicia en la hora y fecha fijada en la resolución que convoca a esa audiencia preliminar; luego se produce el registro de audio y video y se verifica la existencia de las partes, pero la primera fase importante de esa audiencia preliminar va a ser la posibilidad de que las partes puedan presentar sus alegatos de apertura, entonces las partes inician presentando sus alegatos de apertura, luego se pasa a una fase de conciliación, se proponen las fórmulas conciliatorias, y se busca que las partes puedan arribar justamente a un acuerdo conciliatorio. Luego sigue una fase de saneamiento procesal donde se discuten justamente los presupuestos pro-

cesales y las condiciones de la acción, y en caso se haya propuesto por las partes procesales, se pasa a una fase de la revisión de los acuerdos procesales que las partes hayan celebrado; después se pasa a la fase de organización de la causa, esto es, establecer los puntos controvertidos y los no controvertidos; luego se produce y se pasa a la discusión del saneamiento probatorio bajo las reglas de admisibilidad sobre todo las de pertinencia; y, si es que, el caso requiere pruebas que actuar, se dispone de la convocatoria a una audiencia de pruebas que debe ser realizada de manera posterior, en caso contrario y no existan pruebas que actuar, y solamente sean medios probatorios documentales, se pasa el juzgamiento anticipado, en cuyo caso, el juez permite a los abogados a que formulen sus alegatos de clausura.

El desarrollo de la audiencia de pruebas es muy similar a lo que se establece en el CPC del 1993, es decir el código vigente, no existiendo mayor cambio al respecto; se inicia en la hora y fecha fijada, la audiencia se registra en audio y video, se verifica la existencia de las partes, y se va a la actuación de la prueba pericial, luego se apertura la fase de actuación de la prueba testimonial, reconocimiento y la exhibición de los documentos, se produce la declaración de las partes y finaliza con los alegatos de clausura; siendo el desarrollo que propone ese proyecto del NCPC referido en el específico caso a la audiencia de pruebas que está en el artículo 360 de dicho nuevo proyecto. Por lo tanto, no hay muchos cambios y es muy similar a lo que ya se tiene en el CPC vigente.

5. ¿Problemáticas en el proyecto de reforma del CPC?

Al respecto, se debe de cuestionar si es posible que el modelo procedimental de oralidad que nos plantea el proyecto del NCPC va a tener éxito o no, y esto porque de alguna manera la crítica señala que nuestro CPC originario de 1993 -si verificamos la estructuración del recurso procedimental - apostó por la oralidad, se tenía 3 audiencias, era un proceso por audiencias y fracasó. De manera que, se ha apostado por la oralidad y ha fracasado, entonces, ¿por qué volver a lo mismo?, al respecto podemos señalar que el proyecto del nuevo código -como ya lo hemos visto- plantea principalmente dos audiencias, y se tiene que evaluar de manera reflexiva, porque si uno ve la estructuración, el proyecto del nuevo código - como es el mismo modelo que ya se viene incorporando al proyecto piloto de oralidad - es que se pueda concentrar en menos audiencias, ya que el original de CPC establecía la posibilidad y discusión del saneamiento en la fijación del punto de saneamiento probatorio en dos audiencias; en cambio, en ese proyecto se establece solamente en una, de ser el caso se pasa a audiencia de prueba, si no, se termina. Entonces la estructuración es distinta, hay mayor concentración, y puede permitir un mayor éxito; además, se suman

los necesarios recursos que tendrán que establecerse para el éxito de ese modelo.

Respecto a las problemáticas, el profesor Monroy, indica que, a pesar de la buena voluntad que puede existir dentro de los jueces y del Poder Judicial, esta tiene que ir de la mano con mayores recursos económicos de infraestructura y tecnología, si uno no dota de los recursos necesarios, es muy difícil; otra problemática son las programaciones de las audiencias, si es que se necesitan más jueces o no, desconociendo si realmente se trata de más jueces o de personal administrativo, donde se concentra el problema de la lentitud de algunos procesos laborales; siguiente problemática es que, si no se adoptan esos mayores recursos, es necesario más desgaste físico y mental del magistrado, y ello se evidencia en los procesos penales donde hay jueces que tienen un gran desgaste debido a las audiencias que son prolongadas; esto también ocurre en los procesos laborales, y es un problema en donde se requeriría de mayores magistrados.

Con respecto a la motivación de la sentencia en la audiencia, verificando el artículo 117 de ese proyecto, se encuentra con una serie de criterios para que una decisión esté debidamente motivada, pero lo que ocurre es que, se tiene que seguir de alguna manera la práctica que ya está establecida en algunas cortes; bajo ese proyecto piloto de oralidad, los jueces dan el sentido del fallo, y posteriormente establecen la motivación y notifican la decisión final.

Otra problemática es la falta de mayor precisión, respecto a cómo es que, se va a discutir dentro de la audiencia preliminar el tema de la carga dinámica probatoria y la prueba de oficio; pues verificando los artículos 276 y 278 de dicho proyecto, no se establece claramente como puede ser la discusión.

En lo que respecta al tema de las deficiencias en la conciliación, lamentablemente, en la práctica y cultura litigiosa de las partes y sus abogados se hace muy problemático que se pueda lograr acuerdos conciliatorios, y eso va también de la mano de la necesaria capacitación de los jueces, y sobre todo también de los abogados, para poder solucionar de una mejor manera los conflictos.

Finalmente, se debe tener en cuenta que, el presente y el futuro de las audiencias civiles van a ser orales, como ya se citó líneas arriba, si verificamos la implementación progresiva, en los proyectos pilotos de los módulos civiles corporativos de litigación oral, ya se está apostando por el mismo, dentro del proceso civil; y en el futuro, de ser aprobado y discutido dicho proyecto, se va a instalar de forma más regular en ese nuevo ordenamiento procesal el que las audiencias civiles tengan que ser orales.

5. Respuestas a las preguntas del público:

5.1. ¿Cambiar de la actuación escrita a la oralidad implicará un gran cambio que podría traer problemas en la práctica?

Se debe tener muy en claro que la apuesta por el modelo de oralidad, en ese nuevo proyecto, no es que el proceso civil se oralice en su totalidad, por cuanto se tiene que tener presente una necesaria postulación escrita. Al respecto, si uno verifica alguno de los ordenamientos procesales latinoamericanos que ya se han venido reformando, por ejemplo, el de Costa Rica y de Ecuador, y, sobre todo, el código procesal civil de Iberoamérica y Uruguay, se establece la necesidad que se dé una postulación escrita para permitir una mejor discusión.

Lo que permite la oralidad es que, uno dinamice la discusión y pueda mejorar la comunicación de la información para que el juez pueda tomar una mejor decisión, extremo que a través de esa oralidad y el contradictorio realizado, se van a proporcionar mejores herramientas e información a los magistrados.

Se ha podido conocer que, el modelo de la oralidad no ha tenido muchos problemas salvo en materia de ejecución de las decisiones judiciales. Las audiencias se programan y los procesos terminan entre 6 u 8 meses, los sumarísimos 4 meses, y el problema está en las ejecuciones (estas presentan problemas si no estamos debidamente preparados tanto los jueces como los mismos abogados).

5.2 ¿Qué beneficios encuentra tanto el abogado como las partes al momento de acceder a esa nueva modalidad de los procesos orales?

Es importante la apuesta por la oralidad, porque permite una mejor discusión de la Litis; cuando uno presenta el caso, se debe verificar la reglamentación y establecer la exigencia y obligatoriedad del juez a verificar y analizar el caso antes de ingresar a la audiencia; entonces ahí, se presume que el juez va a la audiencia preliminar conociendo el caso, y eso implica que los abogados estén mejor preparados para no repetir lo que se ha dicho en la demanda, toda vez que, se entiende que el juez ya lo conoce; por lo que, solo se deberá discutir puntos trascendentales del caso.

Por otro lado, en el aspecto de los abogados litigantes, cada vez que se apueste por la oralidad, implicará que tenga que ser mejor abogado y estar mejor preparado (eso genera réditos económicos para ellos porque están mejor preparados y cobrarán lo que merecen en base al conocimiento que tienen).

Propuestas para acelerar los procesos de desalojo*

Jimmy Ronquillo Pascual**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Fórmulas propuestas para la celeridad en el proceso de desalojo / 3. Propuestas de soluciones alternativas / 3.1. Eliminar la tripartición de los procesos de desalojo ordinarios / 3.2. Los procesos de desalojo por ocupación precaria deben ser de conocimiento del juez de paz letrado / 3.3. Acumulación del pago de la renta / 3.4. Apelaciones sin efecto suspensivo / 3.5. Conciliación extrajudicial facultativa / 3.6. Oponibilidad de las actas de conciliación extrajudicial contra terceros de mala fe.

1. Introducción

Los procesos de desalojo en nuestra praxis judicial demoran una buena cantidad de tiempo cuando, en realidad, deberían ser procesos rápidos, pues la mayoría de ellos se tramitan como procesos sumarísimos. En el sistema jurídico peruano se ha previsto una tripartición de los procesos de desalojo, a los que podríamos denominar tradicionales u ordinarios: **(i)** proceso de desalojo por ocupación precaria; **(ii)** desalojo por vencimiento de contrato; y **(iii)** desalojo por falta de pago.

Se suele creer que el proceso de desalojo por ocupación precaria siempre va a ser de conocimiento del juez especializado en lo civil y, en consecuencia,

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima. Docente de Derecho Civil en pregrado y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

con los recursos impugnatorios se podrá llegar hasta la Corte Suprema. Mientras tanto, los procesos por vencimiento de contrato y por falta de pago son de conocimiento del juez de paz letrado.

2. Fórmulas propuestas para la celeridad en el proceso de desalojo

El legislador ha planteado distintas fórmulas para que los titulares obtengan más prontamente la restitución de sus bienes. Primero, el desalojo por cláusula de allanamiento a futuro, también conocido como desalojo *express*, que exige un contrato con firmas legalizadas y un plazo de seis (06) días para contestar la demanda (en principio, no hay audiencia única). Pasado los seis días con o sin contestación de la demanda, el juez cuenta con un plazo de quince (15) días para ordenar el desalojo si es lo que corresponde. Segundo, el proceso único de ejecución de desalojo que aún no se ha implementado, pues no hay conocimiento de ningún caso sujetado a este proceso. Y, en tercer lugar, se planteó un procedimiento de desalojo con intervención notarial por el cual se hace un trámite en sede notarial donde se concede a la parte emplazada un plazo de cinco días (05) para que formule oposición sujetándose a las causales previstas por la ley especial. Luego el notario deberá verificar si procede o no el desalojo, y en el primer caso elabora un acta no contenciosa y remitirá los actuados al juez de paz letrado quien verificará la legalidad del trámite realizado en sede notarial y de ser positivo el resultado, ordenará el lanzamiento, decisión que podrá ser apelada, pero la apelación se concederá sin efecto suspensivo.

La orden de lanzamiento no debe ser entendida como algo automático pues el juez de paz letrado no es mesa de partes de ninguna notaría y más bien deberá verificar que el procedimiento en sede notarial se haya sujetado a lo que establece la ley especial, y en caso de haber alguna omisión de formalidad o de contenido, el juez podrá declarar improcedente el lanzamiento o devolver los actuados a la notaría para subsanar la omisión suscitada.

Desde la judicatura se pueden conseguir resultados más eficientes que los anteriormente señalados, a efectos de que los titulares obtengan la restitución de sus bienes y logren hacerse de la posesión de los mismos en un plazo más corto.

En algunos casos se necesita una reforma legislativa, pero en otros ésta no es requerida, sino que es suficiente interpretar correctamente las normas que ya se tienen.

3. Propuestas de soluciones alternativas

3.1. Eliminar la tripartición de los procesos de desalojo ordinarios

La primera propuesta es eliminar la clásica tripartición de procesos (desalojo por ocupación precaria, por falta de pago y vencimiento de contrato). No hay razón teórica ni práctica para el planteamiento de esta diferenciación. Por ejemplo, en el desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento, en el artículo 1700 CC y 1704 CC, se señala que la relación contractual continúa si el arrendatario se mantiene en posesión del bien, y dicha relación perecería cuando el arrendador comunique al arrendatario que ha concluido el plazo del contrato y solicite la devolución del bien. Esto es un desistimiento del contrato con fuente o base legal, pues la propia ley faculta al arrendador a dar por concluido el contrato de arrendamiento en cualquier momento, una vez que el plazo original ya se encuentra vencido. En nuestra opinión, este desistimiento también puede ser usado por el arrendatario -al igual que en el caso anterior- una vez que el plazo de vigencia del contrato se encuentre vencido.

En este desalojo por vencimiento del contrato lo usual no es que el arrendador inmediatamente invite a conciliar al arrendatario y luego presente su demanda de desalojo, sino que lo que hará en primer lugar es comunicar -vía carta notarial- la conclusión del plazo y solicitará la devolución del bien, con la esperanza de que la restitución se produzca sin tener que llegar a instancias judiciales. Pues bien, cursada dicha comunicación habrá un título fenecido, tal y como señala el Cuarto Pleno Casatorio Civil en una de sus reglas vinculantes, y, en consecuencia, habrá posesión precaria, pues la posesión precaria se da en tres supuestos: cuando el poseedor no tiene título, cuando posee un título fenecido o cuando su título es manifiestamente nulo.

En el desalojo por falta de pago sucede algo similar. Cuando el arrendatario deja de pagar renta por dos (02) meses y quince (15) días, lo que hará el arrendador es enviar una carta notarial resolviendo el contrato por incumplimiento del pago de la renta; y esa resolución extrajudicial se dará vía resolución por cláusula resolutoria expresa (si es que se ha previsto en el contrato), sujetándose a lo establecido en el artículo 1430 del Código Civil, o vía resolución por intimación sujetándose al artículo 1429 CC. Y, en ese escenario, nuevamente nos encontraremos ante un título fenecido -tal y como lo ha ratificado el Cuarto Pleno Casatorio en una de sus reglas vinculantes- y, en consecuencia, se configurará uno de los supuestos de posesión precaria.

Lo usual es que en los desalojos por vencimiento de contrato o por falta de pago se configure un supuesto de posesión precaria. Entonces, se debería reconocer solamente la causal de desalojo por ocupación precaria pues, generalmente, el vencimiento del plazo y la falta de pago terminan en la configuración de un título fenecido. Y, algo más, el proceso de desalojo por ocupación precaria, así unificado, debería ser de conocimiento del Juez de Paz Letrado, en la medida que son procesos sumarios en donde únicamente se analiza y discute el derecho a la restitución de un bien, mas no se termina asignando propiedad a alguna de las partes en conflicto como sí sucede, por ejemplo, con los procesos de reivindicación, mejor derecho de propiedad y prescripción adquisitiva de dominio en donde sí se justificará que la controversia pueda llegar incluso hasta la Corte Suprema.

3.2. Los procesos de desalojo por ocupación precaria deben ser de conocimiento del juez de paz letrado. -

La segunda propuesta es que todos los procesos de desalojo por ocupación precaria sean de conocimiento del juez de paz letrado para que concluyan ante un juez especializado. Esto dado que cuando se inicia un proceso ante un juez de paz de letrado solo se puede llegar, vía apelación, al juzgado especializado para que confirme, revoque o anule la sentencia impugnada. Esta propuesta es viable porque en los desalojos no se le asigna propiedad a ninguna de las partes a diferencia de lo que sucede en otros procesos como la reivindicación, la prescripción adquisitiva de dominio, el mejor derecho de propiedad, entre otros.

Estos últimos procesos sí se deben iniciar ante el juzgado especializado debido a su complejidad y por los efectos determinantes que tienen ya que se asigna y se discute el derecho de propiedad, pudiendo llegar hasta la Corte Suprema.

Lo que se resuelva en un proceso de desalojo es reversible, pues el demandado que pierde en éste, luego puede iniciar su proceso de prescripción adquisitiva de dominio y demostrar que el verdadero propietario es él sin haberlo podido probar al contestar la demanda en el proceso de desalojo.

Eso es característica de los desalojos. Existe la posibilidad de revertir lo que ahí se decida, pues es un proceso en el que solo se discute el derecho a la restitución del bien, incluso sin necesidad de ser propietario, como podría ser el caso de un usurpador que no es propietario del bien pero sí es acreedor (v.gr. arrendador) con derecho a solicitar a su deudor (v.gr. arrendatario) la restitución del bien.

El tema de que los desalojos sean conocidos por el juez de paz letrado, tal y como está la norma en estos momentos, es viable. No es necesario esperar una reforma legislativa: El artículo 547° del Código Procesal Civil señala que los procesos de desalojo son de conocimiento del juez especializado en lo civil cuando no existe cuantía y cuando la renta supere las 50 URP (Unidad de Referencia Procesal). 50 URP equivale a más de S/.20,000.00 Soles que es un monto que no corresponde a la gran mayoría de procesos de desalojo, pues los ciudadanos no pagan dicha cantidad por el alquiler de sus viviendas o locales comerciales. Probablemente, ese monto de renta se podrá encontrar en alquileres de grandes centros comerciales. Por ende, los procesos de desalojo, incluso los que corresponden a la causal de posesión precaria, pueden ser de conocimiento del juez de paz letrado.

Infelizmente, en el Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrado se discutió este tema y, por mayoría, se adoptó como conclusión plenaria que en los procesos de desalojo por ocupación precaria no existe cuantía, por lo que siempre serán de conocimiento del juez especializado.

Cuando la norma se refiere a la cuantía, excluye el caso de los usurpadores, pues no pagan renta y no hay cuantía, no tienen —y nunca han tenido— título, y ese proceso siempre va a ser de conocimiento del juez especializado; pero si en algún momento existió título y renta, entonces, se debe verificar la cuantía, así como el límite de las 50 URP, para decidir si el proceso de desalojo por ocupación precaria podría iniciar ante un juez de paz letrado.

En caso se proceda con la reforma, sería conveniente que todos los procesos de desalojo —haya o no cuantía— sean de conocimiento del juez de paz letrado (incluso el desalojo contra usurpadores).

3.3. Acumulación del pago de la renta

Una tercera propuesta tiene que ver con el hecho de que se permita acumular el pago de la renta en los desalojos. Lo que buscan los titulares de los bienes —o los titulares al derecho a la restitución de los bienes— no solamente es que se devuelva la posesión del bien, sino que se cancelen las deudas (rentas insolutas).

Es incoherente que en el sistema peruano se regule el desalojo por falta de pago y se establezca que, en este caso, sí se pueda acumular la pretensión del pago de renta, pero en los desalojos por ocupación precaria que inician ante el juez especializado no. Es incoherente porque si se supone que los procesos menos complejos deben conocerse por los jueces de paz letrado y los más complejos deban ser conocidos por el juez especializado, resulta un contrasentido que el juez de paz letrado tenga competencia para definir

si se devuelve el bien y adicionalmente —si corresponde o no— ordenar el pago a la renta insoluta, estando los jueces especializados imposibilitados de conocer ello.

En una eventual reforma debería habilitarse la posibilidad de demandar la restitución del bien vía desalojo por ocupación precaria y, adicionalmente, acumular la pretensión del pago de renta, si es que el título fenecido se ha producido a consecuencia del incumplimiento del pago de renta.

3.4. Apelaciones sin efecto suspensivo

Una cuarta propuesta es que, en los procesos de desalojo, las apelaciones deben ser concedidas sin efecto suspensivo. Esto necesita reforma porque actualmente en los desalojos ordinarios y en el desalojo por cláusula de allanamiento a futuro las apelaciones contra las sentencias se conceden con efecto suspensivo, por lo que no se puede llevar a cabo el lanzamiento hasta que el superior confirme la sentencia que declare fundada la demanda de desalojo.

Sin embargo, ya en estas fórmulas nuevas que planteó el legislador (Proceso Único de Ejecución de Desalojo y el Procedimiento de Desalojo con Intervención Notarial) se ha establecido que las apelaciones de los autos finales (equiparables a la sentencia) se conceden sin efecto suspensivo; es decir, por más que el arrendatario apele, ello no suspenderá el lanzamiento, pues la apelación no suspende la ejecución.

Esto último desincentiva a arrendatarios morosos a formular apelaciones porque muchas veces apelan sin tener ningún sustento o la más mínima razón, haciéndolo porque se paga un monto menor y con eso aseguran la posesión del bien por seis meses o un año más. Si se le impone al arrendatario que por más que apele igualmente habrá lanzamiento, entonces no tendrá incentivos para apelar cuando su defensa no tiene ningún sustento.

Otra razón para que se consagre la apelación sin efecto suspensivo es que en la gran mayoría de procesos de desalojo en donde la sentencia termina siendo fundada, ésta es confirmada por el superior jerárquico.

3.5. Conciliación extrajudicial facultativa

Una quinta propuesta consiste en que la conciliación extrajudicial debe ser facultativa en todos los procesos de desalojo. Claro está que no se hace referencia al Proceso Único de Ejecución pues éste no necesita trámite previo de conciliación extrajudicial, así como tampoco al Procedimiento de Desalojo con Intervención Notarial, pero a todos los otros sí.

Lo que se dijo en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil llevado a cabo en Chiclayo en el año 2017, en el sentido de que en el desalojo por cláusula de allanamiento a futuro por el cual no es obligatoria la conciliación extrajudicial nos parece errado.

Se presentan muchas demandas de desalojo por cláusula de allanamiento a futuro invocando lo que se dijo en dicho Pleno Jurisdiccional, siendo ejemplo de lo que no se debe hacer a nivel de Plenos Jurisdiccionales y, afortunadamente, estos no vinculan a diferencia de los Plenos Casatorios.

Los jueces que adoptaron dicha conclusión se equivocaron porque olvidaron que ellos no son legisladores y la Ley de Conciliación Extrajudicial no señala en ninguna parte que en el desalojo por cláusulas de allanamiento a futuro la conciliación no es obligatoria o es facultativa. En ningún momento se ha modificado dicha Ley, y los procesos de desalojo versan sobre materias o pretensiones perfectamente conciliables.

Lo ideal sería que la ley establezca que la conciliación es facultativa en este tipo de procesos. De esa manera los titulares de los bienes —o del derecho a la restitución de los bienes— podrán obtener más rápidamente la posesión de los mismos, pues los trámites de la conciliación duran entre 20 y 40 días, considerándose tiempo perdido.

Generalmente los arrendatarios morosos no asisten a la conciliación extrajudicial y si lo hacen y arriban a un acuerdo conciliatorio lo hacen con el propósito de dilatar aún más la restitución del bien como se verá más adelante. Se debe permitir a los titulares de los bienes o del derecho a la restitución de los bienes, presentar directamente sus demandas de desalojo sin tener que transitar previamente por un centro de conciliación.

3.6. Oponibilidad de las actas de conciliación extrajudicial contra terceros de mala fe

La sexta y última propuesta tiene que ver con que las actas de conciliación relativas a la restitución de un bien puedan ejecutarse contra terceros de mala fe.

Se presentan casos en donde los arrendatarios morosos arriban a un acuerdo conciliatorio con el arrendador del bien y suscriben el acta correspondiente, obligándose a devolver el bien en uno o dos meses tras condonarse la renta insoluta; sin embargo, pasado el plazo acordado el bien no es devuelto al arrendador obligándose a éste a iniciar un proceso judicial de ejecución de acta de conciliación extrajudicial.

Aunque se gane en primera instancia, el arrendatario moroso puede apelar; luego se confirma el auto final para iniciar la ejecución y cuando se va dar el lanzamiento aparece en escena un tercero poseedor. Este sujeto, generalmente familiar o amigo del ejecutado, solo busca dilatar la restitución del bien, y como sustento de su oposición al lanzamiento, invoca que él no firmó el acta de conciliación extrajudicial que es materia de ejecución y que, en consecuencia, no se puede hacer valer contra su persona.

Claramente nos encontramos ante un tercero de mala fe, que incluso tiene a su favor un Pleno Jurisdiccional del año 2011 en donde se concluyó que las actas de conciliación no se pueden hacer valer frente a terceros que no intervinieron firmando el acta y que el artículo 583° del Código Procesal Civil (norma que señala que en el desalojo el lanzamiento procede contra el demandado y contra todo aquél que se encuentre en el bien), no aplica en procesos de ejecución del acta de conciliación extrajudicial.

El Pleno Jurisdiccional mencionado es impecable para casos donde la colusión se da entre ejecutante y ejecutado que se ponen de acuerdo para seguir un proceso a espaldas del poseedor del bien (tercero) buscando que se produzca el lanzamiento sin la posibilidad de que el tercero tenga opción de defenderse. El ejecutado (que está coludido con el ejecutante) seguramente se va a allanar y se emitirá el auto final para llevar adelante la ejecución con un tercero que no tuvo la oportunidad de defenderse en el proceso judicial. Este tercero es de buena fe, la mala fe viene del lado del ejecutante y ejecutado lo cual es un caso distinto.

En cambio, en el caso comentado, la colusión se produce entre el ejecutado y el tercero, para perjudicar al ejecutante. Aquí el tercero es de mala fe y si eso se demuestra –aun en la etapa de ejecución- o fluye de los actuados, el acta de conciliación sí debe ejecutarse contra él.

Lo correcto sería que las actas de conciliación puedan ejecutarse contra terceros de mala fe. Afortunadamente, esta conclusión se adoptó en el Encuentro Jurisdiccional Nacional de Jueces de Paz Letrado en el año 2020.

La oralidad y el proceso civil*

Ruben Gonzales Ormaechea**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Propósito de la oralidad / 3. Escenario actual de la oralidad / 4. Análisis de la oralidad como factor de celeridad del proceso / 5. Prevalencia de la oralidad sobre la tradicional escritura en el proceso civil peruano / 6. La oralidad en el derecho comparado / 7. La Oralidad en el Código Procesal Civil peruano / 8. Infraestructura del proceso / 9. Problemas de la oralidad / 10. Conclusiones.

1. Introducción

La oralidad en el marco del proceso civil es un tema que se aplica en la casuística judicial, más aún en los juzgados especializados en litigación oral, sobre todo en los juzgados civiles donde se está aplicando dicho procedimiento en los últimos tiempos. Este modelo también ha sido aplicado en procesos de otro tipo de materias, como los referentes al ámbito laboral. Asimismo, también se va a aplicar y se está aplicando en los procesos constitucionales.

Cabe referir en esta introducción una cita del profesor Piero Calamandrei quien, en su libro “Elogio de los jueces”, narraba acerca de lo que significaba la oralidad en el proceso en general. El referido autor señalaba que para que el alegato del defensor sea verdaderamente eficaz, este no debería consistir en un monólogo continuado, sino que debe existir un “dialogo

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil & I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cursa estudios de maestría en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del grupo de investigación de Derecho Procesal Crítico y Constitución de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente ejerce la docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

vivaracho” con el juez, quien es el destinatario del discurso y debería responder con expresiones faciales, gestos o interrupciones. Estas últimas –según Calamandrei– deberían agradar al abogado, puesto que les permiten evidenciar que el juez no se muestra frío o impassible durante el alegato.

La interrupción que pueda realizar el juez implica una reacción de parte de este, la cual es la mejor prueba de un efecto estimulante de acuerdo con lo sostenido por Calamandrei cuando hablaba sobre la oralidad y escribía sobre la forma en que la oralidad afectaba en el proceso y como dicha oralidad se desarrollaba.

Resulta importante precisar que la oralidad –lo que Calamandrei entiende como la manera de dialogar, intensivamente con el juez a fin de lograr un nivel incremento judicial– es una técnica utilizada para conseguir un nivel de Justicia mayor.

Así las cosas, se pretende reflexionar –desde una perspectiva– respecto a la aplicación actual de la aplicación actual de la oralidad, así como en cuanto a la forma en la cual ha sido implementada en otros procesos que no son civiles, sino también laborales y en el marco de los procesos constitucionales a partir del nuevo Código Procesal Constitucional.

También se hará referencia al desempeño de la oralidad en los órganos jurisdiccionales y la forma en la cual esta ha influido en que un órgano judicial resuelva de manera de rápida los casos o los expedientes judiciales.

De igual modo, se hará importante mención de algunos aportes que ha realizado y que contiene el reglamento del módulo civil corporativo de litigación oral, cuya aplicación a los expedientes judiciales en diversas salas y juzgados a nivel nacional se ha ido dando de manera paulatina en cada distrito judicial.

2. Propósito de la oralidad

Debe señalarse en primer lugar que la oralidad es una forma de comunicación humana, lo oral es una forma de comunicación que viene desde mucho tiempo atrás, en tanto que a través de este mecanismo en particular se puede materializar el lenguaje. A diferencia de la escritura –que almacena información– la oralidad produce información, de manera que es la materialización del debate que se origina por las partes y es dirigido por el juez.

En tanto que intervienen las partes y hacen ejercicio de sus derechos a la defensa y al debido proceso, es que deben aplicarse los presupuestos que revisten la confesionalidad de la oralidad contenidos en el artículo 8.1 de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se establece que toda persona tiene derecho a ser oído, así como los demás derechos que le asisten a todas las personas en el marco de un determinado proceso.

La intención de la oralidad es la comunicación fluida como una técnica procesal que consiste en escuchar a las partes en un mismo espacio y tiempo para la toma de una decisión judicial, es decir, para que se emita sentencia en su oportunidad.

Con respecto al intercambio de ideas que las partes realizan ante el juez, es que se debate mucho sobre el principio de inmediación –tanto en su sentido fuerte como en su sentido débil– el cual en la oralidad no puede manifestarse a través de la escritura, sino que es una técnica que siempre se deberá realizar en vivo, lo cual resulta de suma importancia.

En consecuencia, la oralidad no puede reducirse meramente a la grabación o a la audiencia, sino que debe ir más allá de una audiencia porque es una forma de comunicación dinámica entre las partes y el juez, donde se transmite información tanto mediante los alegatos de las partes, sino que el juez también transmite información.

Así las cosas, la oralidad busca ofrecer una oportuna y efectiva tutela procesal efectiva, porque a raíz de la comunicación fluida las partes pueden ejercer sus derechos materiales y tener la posibilidad de que la pretensión que reclama sea declarada fundada.

3. Escenario actual de la oralidad

El escenario actual de la realidad es la audiencia, en donde se genera el debate directo de las posturas de ambas partes a través de la litigación oral. Debe recordarse que en todo proceso judicial hay puntos controvertidos, ya sea laboral, civil, constitucional, o de otra índole. Los alegatos en torno a los puntos controvertidos son la base del debate directo sobre el cual el juez va a dictar una sentencia.

No obstante, el hecho de que la oralidad se vincule con la realización de la audiencia no implica que el proceso oral se reduzca solamente a la audiencia. Al respecto, el profesor español Andrés Ibáñez, quien sostenía que lo que garantiza el debate público oral en las audiencias procesales es el carácter inmediato, es decir, que no es una comunicación mediada, de manera que está libre de interferencia, lo cual propicia a conseguir un enjuiciamiento propicio y que el juez tome postura respecto de las partes.

Debe quedar claro que la oralidad no implica el desplazamiento de la escritura, es más, la oralidad y la escritura pueden ser usadas de manera

estratégica, lo cual se puede evidenciar al analizar la forma en que se usa la oralidad y la escritura dentro de las etapas del proceso civil.

En el marco de ese análisis, se evidencia que la escritura prevalece mucho en la etapa postulatoria porque en dicha etapa se interpone la demanda, y esta es contestada también por escrito. Asimismo, se deducen excepciones, se formulan tachas, y también se puede reconvenir, todo ello mediante la técnica de la escritura, evidenciándose la prevalencia de la forma escrita sobre la oralidad.

A diferencia de la primera, la etapa probatoria –es decir, la audiencia de actuación de pruebas y de alegatos orales– es inminentemente oral, de manera que prevalece la oralidad sobre la escritura, al igual que en la fase decisoria. Esto último se presentará solo en el caso en que el juez dicte sentencia en la misma audiencia, porque también hay posibilidad de que la sentencia sea dictada luego de la audiencia y posteriormente notificada a las casillas electrónicas de las partes.

4. Análisis de la oralidad como factor de celeridad del proceso

En función de lo previamente mencionado, puede señalarse que la oralidad es un modelo de acto procesal, pero no es –como tal– un modelo del proceso, lo cual debe ser diferenciado de manera ineludible.

Es importante analizar si en realidad la oralidad se constituye como la solución más eficaz contra la duración excesiva del proceso escrito, puesto que en realidad el problema principal es la carga de los expedientes judiciales, lo cual no se soluciona con priorizar la técnica oral, sino que en realidad es más un tema de estructura. En esa línea, si bien el proceso civil peruano se realiza por audiencia, este proceso siempre ha sido mixto, de manera que no vale descuidar a otros aspectos que influyen en las condiciones en las cuales se desarrolla el proceso.

Uno de esos aspectos que no debe descuidarse y debe tenerse en cuenta siempre es que la oralidad no puede estar divorciada de los recursos tecnológicos, lo cual se evidencia más aun en la actualidad, donde se utilizan las plataformas de Hangout, Zoom, Google Meet, entre otras, mediante las cuales se desarrollan las audiencias judiciales en la mayoría de los casos (ya sea en materia civil, en materia laboral, en materia de familia, entre otros).

Sin embargo, no se debe pecar de optimistas y afirmar que el uso de tecnología y la oralidad son una solución a los problemas que se vienen atravesando en el ámbito judicial desde hace muchos años. En ese sentido, si bien

los recursos tecnológicos aportan mucho a la oralidad y a que los procesos se desarrollen de la mejor forma y avancen, en realidad no es la solución total ya que en realidad se trata más de un tema de infraestructura.

Así las cosas, no se resta méritos a la tecnología, la cual ha dado un aporte significativo a la reducción de la carga procesal. Para evidenciar ello, puede acudir a reportes como el Boletín Estadístico Sesional, el cual arroja que entre él hay un nivel de crecimiento en los procesos resueltos entre el 2018 y el 2020, pero luego del 2020 ha habido una mínima reducción. Se tiene entonces que creer que el uso de las herramientas tecnológica y la oralidad sean el factor relevante para la reducción de la carga procesal no es la respuesta.

En conjunto con los medios tecnológicos, la oralidad puede aportar mucho a la mejora de los actos procesales en la audiencia única del proceso sumarisimo los actos procesales son oralizados, e incluso el juez puede resolver en esa misma audiencia el proceso a través de una sentencia.

5. Prevalencia de la oralidad sobre la tradicional escritura en el proceso civil peruano

En este apartado cabe preguntarse porque se ha priorizado la oralidad sobre la tradicional escritura en el proceso civil peruano, lo cual nace de una reacción de insatisfacción ciudadana sobre el servicio de Justicia. Se consideraba que el proceso civil era un problema pues este era realizado en su mayoría mediante escritura y a través de papeles, de manera que la oralidad –como una forma distinta de proceso– fue concebida como la solución.

En ese sentido, la instalación de la oralidad en los juzgados civiles de ligación oral responde a una insatisfacción ciudadana sobre la celeridad del servicio de Justicia del Perú, lo cual se debe tomar en cuenta para hacer un análisis más amplio.

6. La oralidad en el derecho comparado

A efectos de realizar un análisis holístico sobre la oralidad, debe acudir a la forma en que esta se desarrolla en otros sistemas jurídicos.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que Uruguay es el país pionero de la oralidad en materia del proceso civil. Actualmente el Código General del Proceso de Uruguay ha emitido el Código Procesal Civil modelo para Latinoamérica, el cual fue redactado por el Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal, el cual sigue vigente.

En Europa, la CPO austriaca de 1895 marcó un hecho importante, porque a partir de dicho instrumento se empezaron a ver indicios y se hablaba sobre la oralidad. Y es que el autor austriaco Franz Klein señalaba que el proceso era un mal que implicaba pérdida de tiempo y de dinero, mediante el cual se afectaba también la economía de un país. En esa línea, se concibió un procedimiento oral, él implicaba un notable aumento de los poderes institucionales del juez, de manera que el procedimiento de la oralidad va de la mano con el aumento de los poderes discrecionales del juez. Se entiende entonces que implica una visión publicística del proceso porque se le reviste de poder al juez para poder incluso tomar decisiones que tal vez pueden afectar al derecho de las partes.

Es así como Klein concebía el proceso desde una visión social, en función de la cual el juez es director del proceso, en el cual no se le podía presentar mucho.

7. La oralidad en el Código Procesal Civil peruano

El debate de la oralidad y el proceso civil actual no es un tema reciente, sino que data de hace más de 100 años, de manera que no es un tema novedoso porque es una técnica procesal que ha tenido aciertos y desaciertos en varias legislaciones del mundo.

Así las cosas, cabe preguntarse si priorizar la oralidad, puede ser eficiente en la realidad peruana. Debe reflexionarse en torno a que, si la oralidad en la realidad peruana puede ser aplicada con éxito, para lo cual hay que tomar en cuenta que el Perú tampoco se mantuvo indiferente respecto a la oralidad.

De hecho, el Código Procesal Civil regula el proceso por audiencia en el marco del modelo de la oralidad. El CPC de 1993 contemplaba incluso hasta tres audiencias.

Actualmente hay una audiencia, que es la audiencia de prueba. Dentro de esa fase se pueden actuar pruebas como inspección judicial, declaración de testigos, declaración de parte, e incluso en algunas ocasiones puede requerirse el espertiz de un perito, de manera que se puede actuar una pericia también.

No obstante, como se ha mencionado previamente, el modelo de la oralidad se ha extendido en materia laboral, civil y familia y últimamente en materia constitucional. Esto se evidencia al leer el nuevo Código Procesal Constitucional, el cual abre la posibilidad de formular una demanda de Amparo de manera oral e incluso en un idioma diferente.

La oralidad viene tomando protagonismo en algunos Códigos. Por ejemplo, en materia penal, el Código Procesal Penal establece que las audiencias son inminentemente orales, de hecho, estas son menos informales en cuanto a los actos procesales, pudiéndose precisar que es una oralidad más desarrollada y utilizada, a diferencia del proceso civil que es un proceso articulado por audiencias. A este respecto, no debe olvidarse que en el proceso civil hay tres vías procedimentales: la vía de conocimiento o la vía abreviada y la vía sumarísima.

En cuanto a la vía sumarísima, el Código Procesal Civil ha regulado la realización de una única audiencia en la cual el juez toma una decisión sobre el saneamiento procesal, sobre la conciliación judicial (en caso exista), sobre la fijación de puntos controvertidos, sobre los elementos probatorios y sobre las actuaciones de pruebas.

El proceso abreviado regula dos audiencias: una para el saneamiento procesal, la conciliación, la fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio; y otra para la actuación de pruebas. Actualmente, los juzgados emiten un auto de saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos y elementos probatorios en una resolución, de manera que ya no se convoca a una audiencia para eso, sino para la audiencia de pruebas.

De lo señalado se puede concluir que la oralidad ha estado presente en el Código Procesal Civil desde su inicio, porque se encuentra muy relacionada con los principios de inmediación y de publicidad. Esta oralidad cobra su máxima expresión en la audiencia de pruebas, en la cual el juez va a formar una convicción solo de los fundamentos y puntos controvertidos.

La audiencia única prevista para el proceso sumarísimo es el acto procesal donde por excelencia la oralidad se optimiza, porque se lleva a cabo la relación de todos los objetos procesales, más aún con su causa inmediata (es decir, la solución de los puntos controvertidos). Esta realización de todas las fases del proceso en el mismo tiempo y espacio permite que el juez pueda conseguir una idea para una decisión judicial y pueda emitirla.

Mucho se ha criticado que la oralidad puede tener problemas sobre la decisión judicial, cuestionando que el juez en audiencia no tiene el tiempo suficiente para poder tomar una decisión o emitir una sentencia en tiempos muy cortos. Esta situación también se presenta en procesos laborales que se resuelven en la misma audiencia, en la cual los jueces resuelven hasta en minutos.

Merece una especial reflexión la pregunta realizada respecto a que si el juez llega a la audiencia única con una decisión ya tomada o si es en dicho

acto procesal en donde se convencen de la decisión que deben tomar. Y es que hay juzgados que –por ejercer la oralidad y resolver de una manera muy rápida en los procesos– ya vienen con una idea, incluso antes de la audiencia de juzgamiento (en procesos laborales) o antes de la audiencia de actuación de pruebas o antes de la audiencia única.

El que el juez vaya con una idea predeterminada a la audiencia representa un problema. Al respecto, Eugenia Ariano sostiene que la realidad permitiría que se puedan concentrar varios datos procesales en una sola audiencia, pero todo depende de la forma en que el sistema se concretiza y de la materia de que se trate. Haciendo referencia a procesos laborales, actualmente se está convocando a audiencias para los meses de agosto, septiembre, julio y abril del 2022.

Ahora bien, la oralidad va a funcionar si se busca que tenga un efecto en la reducción de la carga procesal y en la reducción de los tiempos. Algunos autores señalan que la oralidad en verdad no busca la mera reducción de los tiempos, sino mejorar la técnica procesal de juez para tomar una óptima decisión.

Contrasta con esa última posición lo señalado en los textos primigenios de la doctrina nacional, cuyos autores van a coincidir en que la oralidad no busca solamente la mejora de una técnica procesal, ni solo la eficiencia de litigio; sino que los procesos sean resueltos en el menor espacio de tiempo, prescindiendo de con recibiendo formalidades y evitando conductas dilatorias. Por eso vale la pena mirar la realidad de los procesos laborales, los cuales están siendo tramitados bajo la nueva ley procesal del trabajo, cuyo modelo es similar al reglamento del Módulo Civil Corporativo de litigación oral que viene siendo aplicado en algunos distritos judiciales como en Trujillo, Piura, Lima y también en Arequipa.

8. Infraestructura del proceso

Es importante traer a colación el tema de la infraestructura, porque puede ocurrir que la tremenda carga de fechas de audiencias devenga en que no haya muchos espacios en los órganos jurisdiccionales, lo cual va a traer como consecuencia que las audiencias se programen después de 7, 8 meses e incluso después de más tiempo. Si bien ello tiene el propósito de que todo se resuelva en una sola audiencia, la demora en la programación evidencia que el tiempo para llegar a dicha audiencia es muy considerable.

Vale recordar también, respecto del módulo civil corporativo de litigación oral, sobre el principio de impulso de oficio. En función de dicho modulo se viene trabajando una agenda judicial para programar audiencias, en lo

cual sería recomendable que se tome en cuenta como viene siendo la programación de audiencias laborales. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, si bien la oralidad busca que el proceso sea lo más rápido posible, en vez de que exista una reducción de tiempo, en realidad pasan más de 6 meses para que se convoque a una audiencia y se pueda resolver. Incluso, eso se da en el mejor de los casos, si hay un procedimiento anticipado en material laboral, o si es que se tiene que convocar a otra audiencia.

Si bien la oralidad tiene el noble propósito de reducir los tiempos del proceso, la infraestructura y el aparato judicial limitan esa labor. Analizar este factor es de suma relevancia porque permite preguntarse si la oralidad puede brindar una tutela procesal efectiva y si garantiza realmente que los expedientes sean resueltos en un plazo razonable.

El éxito de la implementación de la oralidad va a depender de la cantidad de casos y jueces dentro de un distrito judicial, de manera que, si no existe una proporcionalidad entre la organización judicial y el número de expedientes por resolver, la oralidad puede ser un fracaso, generándose una frustración social porque el ciudadano común y corriente siempre ha considerado la justicia “de papel”. Si se le consulta a un ciudadano respecto a que es el Poder Judicial, lo primero que le viene a la mente es la carga de expedientes, y que el Poder Judicial siempre se ha regido bajo la escritura (cuando técnicamente no ha sido así)

Si el Poder Judicial publicita y difunde la oralidad como una solución, el hecho de que con la realidad existan los problemas descritos puede generar una nueva frustración en la expectativa de la ciudadanía sobre el tiempo para resolver los procesos civiles y judiciales que están en curso.

Se ha dicho que la implementación de la oralidad proviene de jueces civiles cansados del proceso escrito y formalista; sin embargo, vale preguntarse si acaso el sistema procesal y a veces los mismos jueces no son los responsables de que el proceso civil peruano se haya vuelto engorroso, formalista, desordenado y lento. Lamentablemente, hay jueces que, en vez de agilizar los trámites procesales, hacen que un proceso civil sea más lento más engorroso y formalista lo que genera un mayor desorden al momento de resolver.

9. Problemas de la oralidad

Con respecto a la oralidad, se ha buscado destacar su influencia en la percepción del juez y la forma en que –por decirlo de algún modo– la teatralización de los abogados de las partes puede contaminar la información escrita y hablada, de manera que puede generar sesgos en la etapa decisoria.

En esta situación, los tintes y situaciones del juez sobre la conducta de las partes pueden generar una inclinación negativa, lo cual es un problema de la oralidad que trae concentración limitada o una influencia emocional que impide que se adopten decisiones justas.

Otro problema en torno a la oralidad es el desgaste físico y mental de los jueces generado por la serie de audiencias judiciales de las que deben participar. Si bajo este Módulo de Litigación oral se busca que el juez se dedique exclusivamente a las audiencias, también debe tomarse en cuenta que una serie continuada de audiencias puede perjudicar en la capacidad de retención de información escuchada en cada audiencia, lo cual puede afectar al momento de resolver a través de una sentencia. Si bien la grabación le otorga al juzgador la posibilidad de ver nuevamente las declaraciones vertidas en la audiencia o en el juicio sin tener que acudir a la memoria, la verdad es que no habría una real inmediación de las partes, porque la real inmediación va a ser en la interacción entre las partes, en las preguntas que realiza el juez a las partes, en la toma de conocimiento que tenga el juez sobre el expediente sobre el relato del expediente, sobre los hechos, a partir de lo cual genera preguntas.

En esa línea, revisar la grabación de una audiencia no es una inmediación, sino que simplemente es recordar lo que ha ocurrido, pero la real inmediación es la interacción y la conducta entre las partes y el juez.

Los riesgos de la oralidad pueden traer la superficialidad en la decisión; puede ser que la una decisión no esté bien motivada, lo cual genera la elaboración de recesiones judiciales, e incluso que genere una precipitación en la convicción del juez.

La oralidad en verdad no se genera únicamente para resolver los procesos rápidos, sino para que el juez aproveche sus ventajas en la valoración de la prueba, absolviendo las dudas que les surjan y cuidándose al mismo tiempo de no perder su imparcialidad. En realidad, se debería dejar de lado la opinión que vincula la oralidad con la celeridad procesal.

Lo que hay que ver realmente es que la oralidad va permitir que la valoración de las pruebas por parte del juez sea la más óptima posible.

10. Conclusiones

La oralidad se viene extendiendo no solo a los procesos civil, laboral y constitucional, sino que el modelo del Módulo Civil corporativo de litigación oral que fue aprobado por la resolución No 124 - 2018 del Poder Judicial que aprobó este proyecto piloto elaborado por el Centro de estudios

de Justicia de las Américas, cuyo equipo se encargó de hacer cumplir los objetivos específicos.

En aras de cumplir dicho objetivo fue que se reguló como una novedad en este Módulo corporativo la audiencia preliminar, en la cual se van a resolver las excepciones, cuestiones previas, elementos procesales, fijación de puntos controvertidos, fijación de hechos no controvertidos con menciones probatorias entrenamientos probatorios. Al respecto, el juez deberá proporcionar mecanismos alternativos de solución y resolución de conflictos.

La audiencia preliminar no es una novedad, ya que ha sido implementada en la reforma procesal del ZPO austriaco de 1895, donde se introdujo esta sin tener éxito. Llegado a este punto, cabe preguntarse si la aplicación del modelo de la oralidad va a ser exitoso en la actual casuística judicial. El poco éxito de dicha aplicación queda probado con algunas estadísticas, de manera que deben analizarse los estudios del presente año para poder evidenciar como se viene desarrollando la audiencia preliminar en estos juzgados civiles del Módulo de Litigación oral.

X. DERECHO DE LOS ANIMALES

Los animales: ¿Objeto o sujetos de Derecho? *

Beatriz Franciskovic Ingunza**

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. ¿Qué se entiende por la expresión “objeto de derecho”? / 3. Situación de los animales en el Derecho / 4. ¿Qué se entiende por la expresión “sujeto de derecho”? / 5. Animales: ¿Discriminación de especies? / 6. ¿Pueden los animales ser sujetos de derecho? / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El siguiente tema es bastante reciente, amplio y cuenta con información de carácter debatible. Además, para poder comprender este tema se deben tener presente diversas disciplinas como lo son la zoología, —incluso— la antropología y filosofía.

En el presente escrito cuando se hace mención de los animales, en realidad, se refiere a todo el universo de especies animales que existen. Es decir, aunque la clasificación tradicional sea de vertebrados e invertebrados, el término animales abarca a todos y cada uno de los animales —tratarlo de manera diferente no sería oportuno, correcto ni serio para la disciplina—, pues existen clasificaciones (que se detallará más adelante) como animales domésticos o de compañía. Así mismo, el presente escrito detallará lo que se entiende por objeto de Derecho, cómo son considerados los animales por el Derecho, qué se entiende por la expresión sujeto de Derecho y finalmen-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogada y Magister por la Universidad San Martín de Porres, con estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Escuela de Graduados de la PUCP, Conciliadora Extrajudicial y Árbitro adscrita al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de Derecho Civil, Procesal Civil Y Marcs en la Universidad Científica del Sur, Ricardo Palma y Unifé.

te se llegará a la conclusión acerca de si los animales son o no son sujetos de Derecho, o si necesitan una categoría especial diferente a la de objeto o sujeto de Derecho.

2. ¿Qué se entiende por la expresión “objeto de derecho”?

La palabra objeto proviene del latín *obiectus* que significa “opuesto al sujeto”. De modo que, desde este significado podemos comprender que no tiene relación alguna con el ser humano. Por otro lado, la palabra Derecho significa o implica, facultad de obrar y de exigir. En ese sentido, se sobreentiende que esta facultad debe recaer sobre una materia o cosa la cual es llamada objeto de derecho.

Así, por objeto de Derecho se entiende que es algo diferente a un ser humano, pero que —de algún modo— está disponible para este, pues está sometido a la voluntad y a la determinación del ser humano. En otros términos, este concepto hace alusión a algo material o inmaterial sobre lo que el ser humano puede tener atributos o potestades para que de esa forma pueda satisfacer sus necesidades y determinados fines.

Además, las características que debe tener una cosa para ser considerado como objeto de Derecho son las siguientes:

- No debe tener relación con el ser humano.
- Es cosa corporal (perceptible con los sentidos) o incorporeal (derechos que recaen sobre los bienes, por ejemplo, créditos o derechos de autor)
- Tiene existencia autónoma, es decir, debe existir por sí mismo, esto le permite ser objeto de derecho subjetivo singular y en consecuencia ser materia de Derecho. Además, pueden ser individuales por la naturaleza —como los animales— o que con la ayuda del ser humano puedan tener existencia autónoma —como porcentajes o las partes alícuotas de la copropiedad—.
- Debe brindar utilidad al ser humano
- Susceptible de ser aprovechado, es decir, que el ser humano puede hacer lo que quiera con él; sin embargo, esto no aplica con cosas que estén prohibidas por la ley —como los cadáveres u órganos del ser humano que, aunque sean cosas tiene una protección especial—.
- Tiene que contar con un valor económico que pueda estar dentro del tráfico comercial del ser humano, es decir que sea susceptible de uso y de cambio.

- De modo que, de todas estas características se puede concluir que todo objeto (material e inmaterial) de Derecho es una realidad externa al ser humano, sobre la cual se pueden atribuir poderes con el fin de satisfacer necesidades o intereses.

Así mismo, los animales —para el Derecho— han sido considerados como objetos de Derecho, específicamente, como bienes muebles. De modo que, entre las consecuencias de esta consideración nos topamos con que han sido sometidos a explotación, industrialización, experimentación, distracción, maltrato, vivisección (cortar animales vivos) o disección.

En ese sentido, y con el fin de corroborar dichas consecuencias, a continuación, se darán algunos casos —los cuales han sido obtenidos de libros de liberación animal—. Cabe destacar que, los animales más usados en las experimentaciones son los primates y perros, sobre todo, en experimentos de toxicidad, prácticas de cirugía y odontología. Siendo los *beagles* la raza de perros más habitual en la experimentación¹.

Así, en el año 2010 se hizo público el uso de perros en las compañías tabacaleras con el fin de moderar los efectos del tabaco en los humanos. Para este tipo de experimentos utilizaron a los *beagles*, a los cuales mediante agujeros que les hacen en la garganta son forzados a respirar el humo de tabaco concentrado durante todo un año; y no solo eso, también se les inserta electrodos en su aparato reproductor para comprobar los efectos que podría tener el tabaquismo en el funcionamiento sexual. De modo que, esta raza en particular es forzada a estar conectada en ventiladores mecánicos y de estar expuestos crónicamente al humo del tabaco.

También, en la Universidad de Kentucky se utilizaron *beagles* para observar los síntomas que les generaban algunas pastillas tranquilizantes, como el Valium, por ejemplo. Este experimento forzó a los perros a convertirse en adictos a la droga y después esta se les retiraba cada dos semanas. Los síntomas de abstinencia de estas pastillas provocaron en los perros tics nerviosos, contracciones, temblores corporales, pérdida de peso rápida y acobardamiento.

Por otro lado, en el año 2005 un estudiante de la Universidad de Chile denunció con fuertes imágenes que se estaban recogiendo a perros callejeros para realizar crueles experimentaciones para el estudio del corazón que se llevaban a cabo en una universidad.

Otro caso de experimentación en animales se dio en el año de 1969 para la producción del microondas, pues las productoras de calor de este aparato

¹ Estos serían elegidos por su buen carácter y ser más fácil de manejar debido al tamaño que tienen.

realizaron experimentos con perros y conejos. Los animales en cuestión fueron sometidos a estas productoras de calor hasta que sus cuerpos llegaron a alcanzar niveles críticos de temperaturas de 41.6 °C, incluso 9 de ellos fueron expuestos a temperaturas de hasta 50° C. En este experimento murieron 25 perros y mediante autopsias —realizadas con el fin de saber cómo funciona el microondas— se descubrió que les provocaron graves hemorragias.

Así mismo, otros experimentos fueron realizados con chimpancés, en estos las hembras eran violadas y luego de que nacían sus bebés eran separados de ella para determinar el estado de depresión de la madre y suministrarles pastillas antidepresivas dirigidas a seres humanos.

Definitivamente muchos experimentos causan dolores extremos a los animales sin que exista la más remota probabilidad de obtener beneficios importantes para los humanos. Existe demasiada experimentación en animales como perros, ponis, ratones, conejos, etc. Estos últimos son utilizados para probar cosméticos, para lo cual son colocados en una máquina que evita que puedan mover sus brazos y patas, posteriormente se les coloca productos como lejía o simplemente cosméticos con el fin de probar la eficacia de los nuevos productos.

Los animales realmente son objetos de Derecho, es decir, son inanimados e inertes, o acaso merecen una categoría especial como es el caso de cadáveres, órganos y tejidos del ser humano

3. Situación de los animales en el Derecho

Los animales desde el Derecho Romano hasta la actualidad fueron considerados —y siguen siendo considerados— como bienes muebles o semovientes². Sin embargo, es importante señalar que la consideración de los animales como bienes muebles está en constante cambio, pero no se determina que son.

Según las siguientes constituciones en el derecho comparado se señala de manera expresa la protección que el Estado debe dar a los animales. Es así como, la Confederación Suiza en el año 1978, mediante una Ley Federal de protección animal, prescribió reglas de conducta que deben ser observadas en el trato con los animales [...] para asegurar su protección y bienestar” (art. 1.1). En el año 2000 fue incorporado el artículo 8 de la Constitución, dentro de la sección 4 denominada como: Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, prescribiendo expresamente: Protección de los animales. La legislación sobre la protección de los animales es competencia de la

² Por su capacidad de desplazarse de un lugar a otro sin una fuerza externa.

Confederación. En particular, se señala que la legislación federal regulará:

- a. La custodia de los animales y los cuidados que deban dárseles;
- b. La experimentación con animales y los atentados a la integridad de animales vivos;
- c. La utilización de animales;
- d. La importación de animales y de los productos de origen animal;
- e. El comercio y transporte de animales;
- f. La matanza de animales. La ejecución de las prescripciones federales incumbe a los cantones, salvo que la ley reserve expresamente la competencia de la Confederación (BGB, 2000).

Posteriormente, el 26 de julio del año 2002, Alemania incorporó el apartado A al artículo 20 de la Constitución, disponiendo textualmente:

“Consciente también de su responsabilidad hacia futuras generaciones el Estado protege las bases natales de la vida y los animales dentro del marco del orden constitucional vía legislativa, y de acuerdo con la ley y la justicia, por el poder ejecutivo y judicial”.

Así mismo, en el año 2004, la Constitución de Austria incorporó en el artículo 11.1 una disposición señalando que el Estado protege la vida y el bienestar de los animales porque los seres humanos tienen una responsabilidad especial hacia los seres prójimos.

“La modificación jurídica efectuada en Austria despertó un gran interés y tuvo una inmediata repercusión en Alemania sobre todo respecto a la protección animal” (Giménez-Candela, 2012)

También, la Constitución de Eslovenia señala:

Artículo 72.- Medioambiente saludable

Todas las personas tienen derecho, de acuerdo con la ley, a un medioambiente saludable.

El Estado promoverá un medioambiente saludable. Con este fin, las condiciones y la forma en las que se desarrollen las actividades económicas y otras actividades estarán establecidas en la ley.

La ley establecerá bajo qué condiciones y en qué medida una persona que ha dañado el medioambiente estará obligada a pagar una indemnización.

Se regulará por medio de una ley la protección contra la crueldad con los animales.

Además, según la Constitución de Luxemburgo:

Artículo 11.-

“El Estado promueve la protección y el bienestar de todos los animales”

Por otro lado, en América, la Constitución de la República federativa de Brasil mediante enmienda constitucional número 96 del día 7 de junio de ese año incorporó el párrafo 7 al artículo 225 de la Constitución federal para determinar que las actividades deportivas que usan animales no se consideran crueles, siempre que sea bajo condiciones que especifica. Dentro del Capítulo VI denominado Del medio ambiente en el artículo 225 señala expresamente:

“Todas las personas tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, el cual es un bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable. El Poder Público y la colectividad tienen el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”.

Artículo VII – proteger la fauna y la flora, quedando prohibidas, de acuerdo con la ley, las prácticas que pongan en peligro su función ecológica que provoquen la extinción de especies o que sometan a los animales a tratos crueles. En el párrafo 7, incorporando, se dispone que “a los efectos de lo dispuesto en la parte final del apartado VII del párrafo 1 de este artículo, las prácticas deportivas que utilicen animales no se consideran crueles, siempre que sean manifestaciones culturales, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 215 de esta Constitución Federal, se registran como bienes de naturaleza inmaterial que forman parte del patrimonio cultural brasileño y deben estar reguladas por una ley específica que garantice el bienestar de los animales involucrados”

Además, el 15 de septiembre de año 2016, mediante Decreto, se expide la Constitución Política de La Ciudad de México. “La Asamblea Constituyente de la Ciudad de México reunida en la antigua sede del Senado de la República en Xicoténcatl, en virtud de los artículos Séptimo, Octavo

y Noveno Transitorios del Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, ha tenido a bien expedir la siguiente:

Constitución Política de la Ciudad de México:

Artículo 13.- Ciudad habitable

A. Derecho a un medio ambiente sano

1. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. Las autoridades adoptarán las medidas necesarias, en el ámbito de sus competencias, para la protección del medio ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico, con el objetivo de satisfacer las necesidades ambientales para el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.
2. El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizado por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia.
3. Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos.

B. Protección a los animales

1. Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos, por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común.
2. Las autoridades de la Ciudad garantizarán la protección, bienestar, así como el trato digno y respetuoso a los animales y fomentarán una cultura de cuidado y tutela responsable. Asimismo, realizarán acciones para la atención de animales en abandono.
3. La ley determinará:

- a. Las medidas de protección de los animales en espectáculos públicos, así como en otras actividades, de acuerdo a su naturaleza, características y vínculos con la persona;
- b. Las conductas prohibidas con objeto de proteger a los animales y las sanciones aplicables por los actos de maltrato y crueldad;
- c. Las bases para promover la conservación, así como prevenir y evitar maltratos en la crianza y el aprovechamiento de animales de consumo humano;
- d. Las medidas necesarias para atender el control de plagas y riesgos sanitarios, y
- e. Las facilidades para quienes busquen dar albergue y resguardo a animales en abandono.”

La Constitución de la Republica del Ecuador, en la sección novena, Personas usuarias y consumidoras, Capítulo cuarto Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, establece en el artículo 57 “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. [...] inciso 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. [...]
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora”

Dentro del título VI del Régimen de Desarrollo, Capítulo tercero-Soberanía alimentaria, artículo 281, establece “La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado: [...] inciso 7. Precautelar

que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.”

Además, Bolivia en su Constitución Política del Estado, artículo 189. Establece: “Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales. [...]”

Por otro lado, dentro del capítulo primero de las relaciones internacionales, prescribe en el artículo 255. “I. Las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo. II. La negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de: [...] 7. Armonía con la naturaleza, defensa de la biodiversidad, y prohibición de formas de apropiación privada para el uso y explotación exclusiva de plantas, animales, microorganismos y cualquier materia viva. En el artículo 302. I. Son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: [...] 5. Preservar, conservar y contribuir a la protección del medio ambiente y recursos naturales, fauna silvestre y animales domésticos.”

A nivel nacional la situación es distinta, la Constitución Política de 1993 ni la de 1979 prescribieron algo respecto a la protección de los animales, empero, nuestra constitución actual, si bien no regula expresamente la protección a los animales, en el artículo 68 de la Constitución textualmente establece, que:

“El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas”.

Este artículo hace mención da la diversidad de especies. Sin embargo, en el año 2020, cuando el Tribunal Constitucional tuvo que resolver una demanda de inconstitucionalidad. Tres de los siete magistrados declararon para que esta demanda sea fundada señalaban que dicho artículo si protegían a los animales, por otro lado, el resto de los magistrados declararon que este artículo no protege expresamente a los animales, dando por infundada la demanda.

Así mismo, respecto al ordenamiento Civil peruano el artículo 886 —aunque no lo señala de manera expresa señala que son muebles: “9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.”

Por otro lado, en Austria el 1 de julio de 1988 está dispuesto que:

Artículo 285: “Los animales no son cosas; están protegidos por leyes especiales. **Las disposiciones referidas a las cosas se aplican a los animales**, en caso de no existir una previsión diferente”

Estos códigos civiles han sido modificados y aunque expresamente se señala que no son cosas, no señalan que son en realidad. Sin embargo, se les sigue aplicando las leyes de cosas si es que no hay una ley específica para los animales.

Así mismo, el Código Civil Alemán en su artículo 90 indica que: “Los animales no son cosas. Están protegidos mediante **leyes especiales**. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”.

El Código Civil de Nueva Zelanda señala que los animales al igual que los humanos son seres “**sintientes**”.

El de República Checa indica en su artículo 494: “Los animales vivos **no son objetos**; las disposiciones relativas a los objetos se aplicarán a los animales sólo si esta previsión no es contraria a la naturaleza del animal”.

En Francia el artículo 528 señala que “los animales de compañía serán considerados como seres vivos dotados de sensibilidad”.

A nivel mundial está existiendo la descodificación de los animales como objetos de derecho; no obstante, no señalan que categoría deben obtener. Así, es como se ha podido ver qué países se han sumado a la prohibición de industrias peleteras como es el caso de Reino Unido desde el 2000 con la ley de prohibición de las granjas de pieles; Croacia, Holanda y Noruega en el 2017; y, Republica checa en el 2019. Además, varios países también se están sumando a la prohibición de industria circense como son los casos de Bulgaria, Costa Rica, Israel, Singapur Bolivia, Croacia, Chipre, Colombia, Nicaragua, Suecia, Austria, Costa Rica, Perú, Finlandia, Inglaterra, Madrid y 10 comunidades autónomas

También, en febrero del 2003 la Unión Europea (UE) aprobó **la prohibición de testar cosméticos en animales**, lo que se haría efectivo en dos fases. La primera implementada el **11 de marzo del 2009**, que hizo ilegal: experimentar ingredientes cosméticos en animales, en cualquier lugar de

la UE, independientemente de la existencia de una alternativa válida, la venta o importación a la UE de cualquier ingrediente para usar en cosméticos (o los cosméticos finalizados) experimentados en animales después de esa fecha. Se prohíbe la venta y el máquetin de esos productos.

Sin embargo, tres tipos de experimentos con animales eran excluidos de esta prohibición cuya ilegalidad se hizo efectivo en la segunda fase, a partir de marzo de 2013.

Mediante la **Ley 2047 del 10 de agosto de 2020 Colombia** se convirtió en el primer país de América Latina en prohibir las pruebas de cosméticos en animales, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la ley, que entrará en vigor en cuatro años (**2024**) el Gobierno del país cafetero creará incentivos para el fortalecimiento de los laboratorios e instituciones de investigación “que desarrollen y apliquen modelos alternativos” que eviten el uso de esos testeos.

Uniéndose así a otras 40 naciones, entre ellas Reino Unido, Nueva Zelanda e Israel, que le han puesto la cara a esa problemática.

En el Perú, existen proyectos de ley como el 3940 - 2018 – CR el cual solicita una ley que regule solamente a los animales de compañía, pues se quiere que sean objetos de protección especial. El otro proyecto de Ley 798 – 2021 que recientemente se ha presentado se busca que los animales en general no sean bienes muebles y que se les considere como seres vivos que tienen sensibilidad.

4. ¿Qué se entiende por la expresión “sujeto de derecho”?

Según Ferrajoli, se puede afirmar que se considera sujeto a cualquier individuo al que se le pueda atribuir comportamientos, modalidades, expectativas o intereses.

Muchos autores señalan que la idea de sujeto de derecho no puede desligarse de la capacidad jurídica o de goce. Incluso el Código Civil peruano no es ajeno a este término, pues el Perú se basa en la teoría subjetivista donde el sujeto de derecho abarca al concebido, persona individual, persona colectiva, y organizaciones inscritas.

Desde otro punto de vista jurídico existen posturas, donde el jurista francés León Duguit niega el concepto tradicional de sujeto de Derecho, considera que todo sujeto de derecho envuelve una ficción. En contraposición, el jurista alemán Ernst Immanuel Bekker amplía dicho concepto el cual comprende dos categorías: (1) Sujetos de goce que caben todos los seres

dotados de sensibilidad y (2) sujetos de disposición que se refieren al ser humano nacido. Basta poseer la aptitud de goce para ser considerado sujeto de derecho.

De modo que, la expresión sujeto de derecho es una construcción técnico – jurídica, que no es estática y además debe adecuarse a los cambios.

En el Derecho Romano solo los hombres libres —varón mayor de 25 años sin problemas físicos ni mentales— eran considerados como sujetos. El esclavo no era una persona, era una cosa y podía ser objeto del derecho de propiedad. Anteriormente, las mujeres tampoco eran consideradas como sujetos legales —pues no se les dejaba votar— si no hasta el 08 de febrero de 1918 que el parlamento británico aprobó el derecho al voto a mujeres mayores de 30 años. Otro tipo de discriminación era la racial, donde las personas de tez oscura no eran sujetos legales plenos.

Así las cosas, hay quienes señalan que como en el ser humano ha existido una evolución sobre a lo que se entiende como sujeto de derecho, los animales también podrían llegar a ser considerados de esta manera.

Esta disciplina no solo se ve desde un punto de vista jurídico, por el contrario, existen filósofos que han opinado y opinan con respecto a los animales. Este tema ha estado desde la antigüedad, donde muchos se han preguntado: ¿qué son los animales?

Jeremy Bentham (1748-1832) empezó a señalar que se debe otorgar protección a los animales solo porque estos tienen la capacidad de sufrir, independientemente de su capacidad de raciocinio; no se le considera sujeto de derecho, sino que son sujetos morales a los que los seres humanos debemos proteger. Asimismo, Henry Salt (1851 – 1939), autor de “Los derechos de los animales” de 1892 donde menciona que se debe reivindicar y otorgar derechos a los animales porque estos tienen intereses y hay que respetarlos. Por otro lado, Peter Singer indicó que se le debe dar consideración a los animales porque estos sienten dolor y placer, el ser humano no puede ser ajeno a respetar estos intereses. Del mismo modo, Richard Ryder fue un psicólogo que se dedicó a investigar con animales, pero después se vio afectado por un dilema moral, entendió que los animales son víctimas de las ciencias y se dedicó de plasmar tesis sobre derechos de los animales; Tom Regan (1938) mencionó que los mamíferos tienen un valor inherente que se le debe respetar y en consecuencia se le podría determinar ciertos derechos, pero solamente a los mamíferos. Estos son seres que sienten y pueden ser titulares de vida.

En el Perú, tenemos a González Prada (1891-1943) quien señaló, al hacer su tesis en 1914 “el derecho y los animales”, que existían dos categorías de sujetos: los sujetos de goce y los sujetos de disposición. Él señalaba en su tesis que los sujetos de goce abarcan a todos los seres dotados de sensibilidad. En esa época el jurado criticó su tesis.

Para Steve Wise, determinados animales como el chimpancé, los bonobos o el chimpancé pinoe deben ser considerados sujetos o portadores de derecho, pero solamente este tipo de animales por las similitudes que tenemos con ellos. El ADN de estos animales es muy similar al nuestro, casi el 98.3% es idéntico al de los chimpancés; estos pueden aprender 100 palabras, son conscientes, se reconocen cuando se miran al espejo y tienen un lenguaje propio, tienen capacidad para aprender señas.

Por último, Jesús Mosterín filósofo español quien menciona que los animales sienten ternura, agresividad, curiosidad, aburrimiento, tristeza y alegría, y esto es propio de seres que tienen alma. La palabra castellana “animal” procede de la latina *anima*, que significa alma.

5. Animales: ¿Discriminación de especies?

¿Solamente el Derecho va a proteger a los seres humanos o también protegerá a los animales?, ¿existe una discriminación de especies?, ¿solo el ser humano merece la protección del Derecho?, ¿y los animales?

Existen distintas posturas en torno a este tema, están quienes señalan que los animales sean sujetos de derecho, también quienes mencionan lo contrario que no sean sujetos de derecho; otros mencionan que deben ser sujetos de protección especial, como el cadáver u órganos, y otros, objetos de protección especial.

Esta temática la venimos estudiando desde el 2011 y la intención de estudiar a los animales parte de los animales de compañía porque cuando uno inicia en esta investigación, uno considera a todos los animales. Después uno va leyendo e investigando, y se debe entender que hay diversidad de animales y ahí uno entra a los animales domésticos, luego entendí la diferencia de domésticos y los de compañía. La inclinación en principio era por los animales de compañía porque quién no desearía que su animal de compañía sea protegido; sin embargo, hay que entender que se refiere a todos los animales porque no podemos hacer diferenciación.

No podemos dejar de negar que todos los animales son seres sintientes, instintivos y sensibles; si bien, últimamente, ya se reconoce esta sensibilidad expresamente en tratados internacionales (desde 1997), esto no es

ninguna novedad porque existen zoólogos y biólogos desde 1800 donde se determinaba que los animales sienten.

Los animales vivos están dotados de sensibilidad, sienten el dolor y el placer del que huyen y al que se aproximan guiados por su instinto —cita de 1858—. Los animales tienen la voluntad para moverse, que no lo tienen los vegetales.

Los animales sienten en todos sus órganos, ninguna parte de su cuerpo es insensible, también sentimos y sufrimos dolor, porque nosotros también somos animales humanos; la mayoría de las especies animales cuentan con sectores de daño, los cuales captan información es transmitida al cerebro por medio de la médula espinal. Esta información llega al cerebro y es transmitida entre neuronas, esencialmente por dos neurotransmisores y todos los animales sienten dolor.

En el 2014, Broom señaló la noción de sintiencia, está relacionada con la conciencia y capacidad para tener sentimientos, indicó que los vertebrados, los peces y algunos invertebrados, moluscos y crustáceos, están dotados de sistemas de recepción del dolor. Por ello, se hace un llamamiento sobre el bienestar animal y respetar la vida de todos los animales; todos los animales son seres sensibles, hay que evitar ese sufrimiento.

¿Qué animales necesitan protección? ¿Cuál sería la delimitación? Si uno respeta a todos los animales, —puesto que hasta los invertebrados sienten dolor— por principio tendríamos que ser veganos, y la finalidad de la ley sería que el mundo o el Perú se convierta en vegano. Hay que evitarles sufrimiento, entonces empecemos por determinar a quiénes queremos proteger. Si una persona se dice animalista, ¿animalista de qué? Si uno es animalista no debería ni consumir ni usar cosas provenientes de animales.

Existen los invertebrados que sienten dolor, asimismo los vertebrados. ¿Solo porque son seres sensibles hay que reconocerles como sujeto de Derecho o protección? ¿O solo los domésticos? He aquí la diferencia entre domésticos, los que la gente los consume, y los animales de compañía.

Los animales domésticos son el perro, el gato, la oveja, el caballo, la vaca, entre otros; y animal de compañía, en principio, son los perros y gatos o aquel a quien el ser humano le tenga consideración o afecto especial.

El animal doméstico vive con el ser humano, este los alimenta y controla, pero siempre va a obtener alguna utilidad o beneficio económico de ellos, están al servicio del hombre, se obtiene la carne, la piel, se utilizará como medio de transporte como los caballos, entre otras. Mientras que animal

de compañía, por más de que viva con el ser humano, este le tiene un afecto especial y nunca lo va a consumir, a este no se le busca obtener alguna utilidad o beneficio. Por ello, se sanciona, o se debe controlar más, la explotación de perros y gatos de raza. Animales de compañía son aquellos que nos sirven de acompañamiento, e incluso muchas personas lo considera parte integrante de sus familias, dentro de este grupo de animales están los perros guía para las personas con discapacidad.

6. ¿Pueden ser los animales sujetos de derecho?

Tema debatible. Sí debemos considerar que deben ser sujetos de protección legal y que no se es tan importante nivelarlos a la calidad de sujetos de derecho porque, de todos animales en general, el ser humano es libre, actúa por una voluntad, tiene conducta, comportamiento y expectativas. En cambio, los animales actúan por instinto y tienen movimiento, pero este se da por excitadores orgánicos que reaccionan ante los estímulos del medioambiente.

El ser humano puede aprovecharse de las cosas, las disfruta, puede disponer de ellas; en cambio, el animal tiene inteligencia práctica, pero su conducta es limitada por el estímulo que recibe para alimentarse, este no tiene necesidad de correlacionarse, pues también se comunica por un lenguaje especial que el ser humano no lo entiende.

El animal vive su momento y se acostumbra a su hábitat, busca sobrevivir. En cambio, el ser humano se trasciende al medio ambiente, estos necesitan reglas de conducta para limitar nuestro comportamiento; sin embargo, los animales no necesitan de ello, no necesitan de derecho ni de reglas. Solo cuando están en contacto con el ser humano ellos necesitan protección.

Sin embargo, existen diferencias sustanciales que algunos señalan que por eso los animales no podían ser sujetos derechos porque no podrían ser titulares de derecho.

Hay diversidad de posturas. Por un lado, se menciona que el concebido no puede ser objeto de derecho al ser un ser humano sin nacer, pero que, en el caso de las personas jurídicas, al ser ficciones legales, actúan por representación y esto mismo puede suceder con los animales. Se pueden representar a los animales con el fin de protegerlos. Otras posturas señalan que podrían ser sujetos de derecho, pero con algunos derechos especiales para protegerles la vida.

El derecho debe regular la conducta de los seres humanos en su trato con los animales y debemos evitar el dolor, el maltrato, el sufrimiento innece-

sario de los animales, o simplemente evitarles el dolor. En todo caso es deber de los seres humanos ya no tratarlos como simple objetos de derecho, sino tendríamos el deber de no considerarlos simple bienes muebles y los seres humanos tenemos deberes para con ellos por ser parte del planeta, por ser una especie de vida, por ser seres vivos que sienten y que merecen protección por parte del Estado o leyes especiales.

Sujetos atípicos o sujetos especiales, sujetos de protección u objeto de protección especial, pero los animales ya no pueden ser considerados bienes muebles.

Depende de los estudiantes, de los futuros legisladores, de los abogados determinar qué categoría especial se les puede dar, pero no se debe olvidar que se está refiriendo a todos.

7. Respuestas a las preguntas del público.

7.1. Últimamente se ha hablado mucho del caso de Run Run, un zorro que fue vendido como perro, y se ha podido observar la libre venta de animales en las calles. ¿Existe en la legislación peruana alguna ley que proteja a los animales domésticos de dicha venta? ya que estos en su mayoría no son debidamente cuidados y a veces maltratados.

El zorro de la costa es un animal silvestre y no es doméstico. Sí hay una ley específica que es la ley de la fauna y flora silvestre, la institución respectiva es Serfor y esta es la que ha actuado. El problema con el zorro fue que hay muchas cosas por investigar porque, al margen de que la señora haya sabido o no que era zorro, porque hay distintas versiones, no se ha investigado quién vendió al animal. Si se pudiera investigar quién vendió al animal, podríamos ubicar si esa persona pertenece al grupo de personas que está cometiendo un delito.

El Código Penal señala que está prohibida la venta, la compra y la recreación de esos animales silvestres, pero sí hay una entidad que se refiere a los animales silvestres; la ley de protección y bienestar animal es para los vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio.

XI. DERECHO COMERCIAL

El derecho societario: Entre el dogma y la ciencia*

Cesar Eusebio Ramos Padilla**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Datos de la realidad societaria respecto a la Sociedad Anónima / 2.1. Sociedades Anónimas listadas en la bolsa (BVL) / 2.2. Logros de la Ley General de Sociedades / 3. Aspectos relevantes / 4. Situación problemática / 5. Probables causas / 5.1. Factores socio-culturales / 5.2. Factores económicos / 5.3. Factores normativos / 5.4. Factores sociales y culturales / 6. Desbalance de estructura de financiamiento / 7. Desarrollo de mercado de valores / 8. Factores normativos / 9. Retos económicos / 10. Captación de inversiones / 11. Oferta a terceros (artículo 190°) / 12. Pluralidad de socios (artículo 3 del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades) / 13. Sociedad anónima unipersonal / 14. Objeto y capital social / 15. Objeto social indeterminado (Art. 10°) / 16. Funciones de acción en la Sociedad Anónima / 17. Derechos corporativos individuales del accionista / 18. Derecho de participación en la distribución de utilidades / 19. Utilidades (artículo 52° del anteproyecto) / 20. Derechos a las utilidades / 21. El derecho concreto (Art. 230°) / 22. Dividendo obligatorio (Art. 208° anteproyecto) / 23. Derecho a impugnar acuerdos sociales / 24. El derecho de información / 25. El derecho a negociar las acciones / 26. Derechos a fiscalizar la gestión de los negocios sociales / 27. Conclusión / 28. Recomendación / 29. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Es frecuente que el derecho societario esté vinculado a las soluciones de diversos problemas aplicar soluciones ensayadas en otras realidades a si-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio RAMOS PADILLA & ASOCIADOS. Asesor Legal de diversas empresas minero-energéticas.

tuaciones diversas aplicándola dogmáticamente y no de modo como se obtienen los conocimientos científicos, o sea, sin partir de la realidad o particularidad para establecer principios aplicables a los problemas que presentan las instituciones jurídicas societarias en nuestro país, por lo que decimos que la disciplina del derecho societario se encuentra entre el dogma y la ciencia,

Siempre que analizamos la actualización de la legislación societaria, nos encontramos que muchos operadores del derecho gustan incrementar figuras jurídicas a nuestra legislación que la practica mercantil encuentra apropiada en otras realidades, como por ejemplo las *leverage buy out* (compras apalancadas) o las compras o ventas forzadas que se utilizan en las OPAS (Ofertas Públicas de Adquisición) en las sociedades anónimas abiertas, cuya regulación lo realizan normas del derecho bursátil.

En la realidad estas normas que en algunos casos son promulgados por el legislativo de países europeos y en la mayoría de casos establecidos consuetudinariamente en el ordenamiento jurídico de los mencionados países para su Mercado de Valores, debe ser analizados partiendo de la realidad económica y jurídica nacional para pretender incorporar a la legislación societaria de nuestro país.

En ese sentido es que se partirá de los datos que nos brinda la realidad económica y jurídica para analizar algunas innovaciones que se pretende introducir al derecho positivo societario

2. Datos de la realidad societaria respecto a la Sociedad Anónima

En primer lugar, se debe considerar que el **56% de las organizaciones societarias se constituyen como Sociedades Anónimas**. Este porcentaje se debe analizar si es un resultado esperado por los legisladores de la actual Ley General de Sociedades ya que se asoma como el tipo societario preferido por el empresariado para ejercer la actividad empresarial, pero tipos societarios que aparentemente habrían desaparecido, aparecen como parte de las alternativas que ofrece la ley a los empresarios para ejercer en común sus actividades económicas; por ejemplo, la Sociedad Comandita tiene 0.514%, la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada con 28.063% y la Sociedad Civil 1.232%. (SUNARP 2017)

Por otro lado, la sorpresa nos da que el 96.3% de empresas organizadas como sociedades anónimas. son micro y pequeñas empresas. Sobre ello, la Sociedad Anónima en la teoría (dogma) es una sociedad típica de organización de la gran empresa, pero en nuestro país la microempresa consti-

tuye el 78.9% de Sociedades Anónimas y la pequeña llega al 17.4%, que sumando da como resultado el 96.3% (Encuesta INEI 2017).

De los datos del mercado de valores, las sociedades anónimas abiertas representan el 0.07% del total de las S.A. De dicho porcentaje, las que realmente son activas en dicho mercado son 190 sociedades anónimas, pues son las que presentan reportes de cumplimiento de buen gobierno corporativo. Con esta cifra se evidencia que en nuestro país el mercado de valores es extremadamente débil a diferencia de los países desarrollados, que en su mercado de valores participan la mayoría de sociedades anónimas.

2.1. Sociedades Anónimas listadas en la bolsa (BVL)

La evolución a través de los años de participación de las sociedades anónimas listadas en Bolsa varía levemente; como, por ejemplo, en el año 1995, se contaba con 277 sociedades anónimas que listaban en bolsa, para el 2002 –ya con la vigencia de la Ley General de Sociedades– la cifra disminuye a 235 y –posteriormente– para el 2017 ascendió a 265 las sociedades anónimas que listan en bolsa.

2.2. Logros de la vigente Ley General de Sociedades

Para los años de 1997 se encontraban constituidas un total de 102,724 sociedades anónimas, en el año 2017 se elevó a 371,144 sociedades constituidas como sociedades anónimas, representando más del 300%.

3. Aspectos relevantes

Dentro de la trascendencia de las sociedades anónimas en la economía nacional, debemos de afirmar que al representar el 56% del total de las organizaciones corporativas, podemos mencionar que constituye el tipo societario que es escogido por los empresarios peruanos para participar en los diversos mercados pero al constituir el 96.3% de las sociedades anónimas las micro y pequeñas empresas, es importante que el Estado participe para protegerlas de las prácticas monopólicas y de cualquier fraude que trate de buscar debilitar la solvencia de las empresas que perjudique gravemente el crédito de las micro y pequeñas empresas.

De igual modo es de suma importancia, la búsqueda del financiamiento del objeto social o actividad empresarial de estas empresas mediante financiamiento o aporte de socios a cambio de acciones, siendo vital que tengan su plan de negocios en el que se detalle la o las actividades económicas que integra el objeto social.

A modo de ejemplo, las célebres *start up*, son emprendimientos que preparan sus planes de negocio dentro de las “incubadoras”, en la mayoría de casos son universidades— deben salir al mercado en búsqueda de inversionistas y a su vez para atraer deben mostrar su objeto social —actividad sobre lo que se dedicará la sociedad— como también debe tener la posibilidad que escale en el mercado, esta posibilidad es mayor si es acompañado de innovación tecnológica.

Por otro lado, están los “*Capital Venture*” que por medio de COFIDE o del Banco Mundial, buscan arriesgar sus inversiones en planes de negocios viables en los que saben que pueden tener fuertes ganancias o perder su inversión¹. Entonces, lo que se debe buscar es que los 96 % de estas sociedades anónimas tengan acceso a esos inversionistas y rompan la idea de una organización cerrada.

En cuanto a la importancia de los derechos corporativos incorporados, se debe pensar en lo que se debe ofrecer al inversionista y en este caso es garantizar que el contenido de los derechos incorporados en las acciones le den la posibilidad de participar en su rentabilidad y en la vida institucional de la sociedad. La acción es atractiva por su contenido, para que nuevos inversionistas ingresen, entonces es así que pueden ingresar o salir libremente los capitales *venture*.

Las AFP por ejemplo buscan colocar las inversiones donde el riesgo no sea excesivo en principio en las sociedades anónimas abiertas.

4. Situación problemática

La situación problemática de la sociedad anónima en particular y de las demás sociedades sería el bajo nivel de capitalización, como también la fragilidad en el desarrollo de su actividad empresarial, porque con poco capital, estarían expuestos por la debilidad de imponer condiciones equitativas en las negociaciones contractuales como proveedores y frente a usuarios intereses de los capitales bancarios e incluso ni siquiera tendrían acceso al préstamo bancario, sino al préstamo informal, lo que generaría su crisis y salida del mercado.

5. Probables causas

5.1. Factores socio-culturales

¹ Antiguamente cuando se daba las expediciones marítimas existía una especie de inversionistas que prestaba o colocaban dinero para financiar una expedición marítima; cuyo éxito les daba derecho a participar de su rentabilidad, pero, si el buque se hundía, entonces perdían su inversión, la figura jurídica es conocida como el “préstamo a la gruesa”. El pensamiento que se tiene es que, a mayor riesgo, mayor rentabilidad.

- Informalidad en la actividad empresarial: muchas de ellas, como, por ejemplo, hacer compras sin facturas o lo hacen pocas veces facturado y eso debido a su participación en el comercio ambulatorio para no pagar evadir tributos.
- Débil formación profesional de accionistas de control vinculados con proyectos empresariales: en la gran empresa solo son rentistas porque extraen riquezas naturales y no existe este ánimo de innovación y solo se quedan en la extracción.
- Los accionistas de control pertenecen a grupos familiares cerrados y no permiten socios estratégicos e incluso buscan excluirlos de las particiones de las utilidades.
- Los accionistas de control evitan ser transparentes ante el mercado, donde compiten a pesar de ser sociedad de capitales.
- Los accionistas de control tienen arraigos feudales, característica de la mentalidad del empresariado peruano y es reflejo de nuestra clase intelectual, dado que no salen a buscar socios estratégicos sino al contrario mantienen su empresa como su parcela.

5.2. Factores económicos

- Financiamiento basado en endeudamiento, debido a que no cuentan con capital suficiente para financiarse y recuren a los préstamos, evitando recolectar ahorro del público en el mercado de valores.
- Débil desarrollo del mercado de valores porque las empresas no transparentan lo que realizan y prefieren mantenerse cerrados.
- Pequeña capacidad adquisitiva del consumidor o de la población y por ende los mercados no pueden ser mayores ni grandes y los empresarios no buscan mercados externos por falta de capital.

5.3. Factores normativos

- A pesar de logros cuantitativos de aumento de constituciones de sociedades anónimas (361%) persiste la informalidad.
- Las normas societarias no permiten atraer a inversionistas pues el accionista que controla trata de no distribuir utilidades, y acceden a beneficios mediante sueldos gerenciales.
- Una de las atracciones de las sociedades es la facultad de desinvertir y por ello es que están los derechos incorporados en un título va-

lor que son libremente negociables. En ese sentido, no existe facilidad de desinvertir quedando el inversionista cautivo en la Sociedad Anónima.

- El anteproyecto de LGS aporta normas societarias que regulan mayormente para el 0.07% de sociedades anónimas (abiertas) y se desatiende al 99.93% de las sociedades anónimas.

5.4. Factores sociales y culturales

- Los accionistas de control conforman grupos familiares cerrados y las sociedades anónimas son controlados por este grupo, donde hay temor de perder el control.
- La idiosincrasia del empresariado peruano no imagina el ingreso de los extraños a la familia en las sociedades anónimas.
- Los terceros accionistas no desean incorporarse a la sociedad anónima porque muchos de los accionistas minoritarios se sienten marginados.

6. Desbalance de estructura de financiamiento

El 78% de la S.A se financian por endeudamiento siendo mayor que el capital social. Muchos de las adquisiciones de activos fijos como las maquinarias e inmuebles se deben financiar con acciones, pero en este caso lo hacen con endeudamiento a corto plazo, conllevando a una pérdida de liquides por pago de la inversión es de lenta recuperación.

En nuestro país los créditos bancarios vencidos en cobranza judicial son igual a 65% y la emisión de acciones en bolsa es apenas el 2.9% de los instrumentos (Bonos y otros). Por otro lado, en cuanto a la estructura de financiamiento no existen las inversiones a largo plazo (inmuebles, equipos) que se deben financiar con la emisión de acciones y otros valores mobiliarios o en todo caso ahorro propio, pero se financia con préstamos bancarios como si fuera capital de trabajo (activos variables para bienes de negociación del giro de negocio)

7. Desarrollo de mercado de valores

Hay un débil desarrollo del mercado de valores las cuales el 0.07% de S.A. que negocian en la bolsa.

En cuanto a la característica de mercado de valores, esta vincula directamente al inversionista con el emisor y este último financia sus actividades

a menor costo. El inversionista recibirá mayor rentabilidad que invertir en el mercado de dinero, además, el Mercado de Valores puede competir exitosamente con el mercado de crédito bancario.

8. Factores normativos

Las normas societarias consolidan control de la S.A por clanes familiares cerrados, no privilegia políticas de dividendo que hagan atractivas a inversionistas, resiste entender el carácter fundamental de la información e incentiva el derecho de acrecer en el doble ejercicio del derecho de suscripción preferente que atenta los derechos de los accionistas minoritarios o sin control, porque en los derechos de suscripción preferente en la segunda rueda ya no pueden participar muchos de los accionistas minoritarios que no participaron en la primera rueda y los accionistas mayoritarios diluyen la participación de los socios minoritarios

9. Retos económicos

El capital debe cubrir costos de activos fijos y el endeudamiento bancario debería servir solo para financiar capital de trabajo, mas no para los capitales fijos. El mundo globalizado rompe esquemas de empresa familiar.

Asimismo, la competitividad debe ser igual al crecimiento, así como también las sociedades anónimas deben crecer en el Mercado de Valores, para ello deben estar dispuestos a otorgar información suficiente por parte de las sociedades anónimos.

Debe entenderse que, si no hay crecimiento, las sociedades anónimas tendrán que retirarse del mercado.

10. Captación de inversiones

La Sociedad Anónima es un mecanismo recolector del ahorro público; mediante el cual financia su actividad empresarial, es por ello que dentro de los incentivos básicos se halla la participación en los beneficios, la limitación de pérdidas a su aporte y la transferibilidad de su participación.

Dentro del esquema expuesto procedemos a comentar algunas modificaciones que introduce el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, presentada por el Ministerio de Justicia en una publicación de 2021.

11. Oferta a terceros (artículo 190° LGS)

La constitución de oferta a terceros podría ser una forma de mejorar la normatividad, ahora si en caso se mejora estas normas pueden servir para

que los *capital venture* puedan ingresar a las *start up* (empresas de innovación pequeñas y medianas empresas), de esa manera es posible hacer factible que crezcan con mayor rapidez; empero, el anteproyecto elimina esta modalidad de constitución porque –supuestamente– no tiene utilidad; aunque posteriormente el mismo documento señala que en el aumento de capital social si se pueden realizar mediante oferta a terceros.

Ante ello, cabe la interrogante:

- i) ¿con que normas se regularía el aumento de capital mediante oferta a terceros? Lo único que quedaría es que inventen los usuarios sus propias normas.
- ii). ¿Qué normas supletorias se aplicaría en la oferta a suscripción de valores en el mercado primario del Mercado de Valores? Según el artículo 56° de la Ley General de Sociedades, cuando la oferta a terceros tenga la condición legal de oferta pública le es aplicable la legislación especial mas no los artículos 57° y 58°.

12. Pluralidad de socios (artículo 3° del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades)

Si se difundiera la idea a los 96% de Sociedades Anónimas que puede formar una sociedad con un solo socio no se estaría difundiendo la idea de fortalezcan su patrimonio con inclusión de nuevos socios.

Lo que se quiere es que ingresen accionistas estratégicos que mejoren su calidad de trabajo y gestión para que crezcan en el mercado; sin embargo, en este artículo señala que en las sociedades de capitales (sociedad anónima y sociedad comercial de responsabilidad limitada) pueden tener un solo socio, pero no se está tomando en cuenta que el 96% de las sociedades anónimas son micro y pequeñas empresas.

¿Se analizó flexibilizar las EIRL, permitiéndole su adecuación a una sociedad de capitales y viceversa eliminando las limitaciones en su formación? No, menciona que la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada tenía la posibilidad de que ingresen personas jurídicas a integrarlas, porque no se puede, en la actualidad solamente personas naturales pueden ser titulares, aunque no hay criterio lógico que soporte dicha idea.

13. Sociedad anónima unipersonal

Como ya se ha señalado anteriormente la gran mayoría de Sociedades Anónimas son microempresarios; en ese sentido ¿Se analizó que esta variable podría incentivar a la informalidad? tampoco se evaluó que, cuando

una sociedad anónima se constituye por un solo socio, también pueda ser por una persona jurídica.

14. Objeto y capital social

El objeto social, señalado líneas arriba, lo conforman todas las actividades o planes de negocio que el estatuto detalle que se van a desarrollar, en ese sentido, determina la decisión de los inversionistas de colocar sus ahorros en el capital social; en otras palabras, el o los planes de negocio que contiene el objeto social son los atractivos de los “*capital venture*”.

Por su parte, el capital social está formado de los aportes de accionistas para financiar el objeto social a cambio de que le entreguen las acciones, entonces se puede señalar que hay una relación entre capital y el objeto social, pero el anteproyecto señala que es válido establecer el objeto social indeterminados, que permitan que la sociedad se dedique a cualquier negocio u operaciones lícita.

15. Objeto social indeterminado (Art. 10º)

Con tantas sociedades anónimas, micro y pequeñas empresas ¿Se podrá atraer algún inversionista cuando se diga que su objeto social es indeterminado? En realidad, resulta poco probable y lo más razonable es que señale que también el aporte social sería indeterminado. En el derecho comparado solo es permitido a las sociedades unipersonales

Con el objeto social indeterminado se pretende eliminar el derecho de la separación del accionista, es decir, al inversionista lo quieren tener cautivo, dado que no puede separarse.

Por otro lado, se invitaría a realizar fraude a los acreedores por actos ajenos al objeto social o el negocio. Cabe recordar que uno de los efectos que tiene la declaración de insolvencia en la Ley General del Sistema Concursal, es que cuando se declaran insolvente, se otorga el manto protector del sistema jurídico para protegerlo hasta que se reúnan todos los acreedores, asimismo, protege a los acreedores de aquellos actos, que han ocasionado la salida irregular de los bienes de la sociedad dentro del periodo de sospecha, ajenos al objeto social, pudiendo solicitar al poder judicial se declaren ineficaces, dichos actos jurídicos con el fin que regresen esos bienes al patrimonio del deudor y puedan ser afectados al patrimonio del deudor con la finalidad que los acreedores recuperen su crédito.

¿Cuáles son las características de estos actos irregulares que se hayan vendido desde el año anterior, cuyos bienes no forman parte del objeto social?

Por ejemplo, si el objeto social de una empresa era fabricación de telas y los administradores comienzan a vender equipos, inmuebles y todo lo que esté a su disposición, porque son ajenos al objeto social, no va a proceder aquella institución jurídica que en el mundo se utiliza para la declaración de ineficacia de los actos irregulares que han ocasionado la salida de bienes del patrimonio del deudor dentro del periodo de sospecha, que antes se conocía como fraude (Acción Pauliana Concursal).

16. Funciones de la acción en la Sociedad Anónima.

Las funciones de la acción en la sociedad anónima es reunir capitales para el cumplimiento del objeto social, por otro lado, permite el ejercicio de los derechos corporativos, y es de transmisión rápida, fácil y segura de su participación, ya que representa en su valor la situación patrimonial de la Sociedad Anónima.

Entonces la acción es un título valor que representa parte alícuota del capital social y estatus de socio (incorpora el derecho de participación), asimismo debe ser libremente negociable.

17. Derechos corporativos individuales del accionista

Los derechos corporativos individuales del accionista son pilares que sostienen el estatus de los accionistas, no pueden suprimirse por Estatuto u órgano social (excepciones por fortalecimiento de otro de sus derechos) y establecen los atributos del socio individual –no del minoritario, sino del individual–. Además, se clasifican en materiales instrumentales, dentro de las que se encuentra el derecho de participar en el reparto de utilidades.

18. Derecho de participación en la distribución de utilidades

Lo que atrae a los inversionistas es el derecho de participación es la distribución de utilidades, es decir, el fin lucrativo. En el anteproyecto; en cambio, no colocan la distribución de las utilidades como un derecho mínimo y menciona que pueden excluirse a algunos accionistas de los dividendos, En la actualidad la prohibición de excluir a accionistas del reparto de utilidades es una manifestación del derecho abstracto que protege la futura participación de las utilidades y beneficios de la sociedad y que por el principio de paridad de trato y el principio de proporcionalidad, no se puede excluir a los socios de la repartición de dividendos.

Lo que se busca es atraer inversionistas y con la postura de excluirlos de participar en las utilidades se disminuye esa posibilidad.

El derecho que protege de lo que es conocido en el mundo como los pactos leoninos, establece que ningún accionista puede ser excluido de la repartición de las utilidades.

19. Utilidades (artículo 52° del anteproyecto)

En el artículo 52° del anteproyecto menciona que se podrá excluir de manera no permanente a determinados socios en la repartición de las utilidades. ¿Esta postura atraerá al inversionista? ¿Requerirá la voluntad del afectado? o es que se pretende imponer que se le excluya en cualquier momento sin ni siquiera establecer los parámetros que se haría a prorrata.

20. Derechos a las utilidades

En los Estados Unidos los inversionistas institucionales (administradores de pensiones y Fondos Mutuos) poseen más del 50% del capital social de las más grandes empresas de las corporaciones del mundo y participan como inversionistas porque requieren rentabilidad, o sea participar en el reparto de las utilidades.

Los fondos mutuos y la caja de pensiones (en el Perú las AFP) no podrían financiar la jubilación de los trabajadores y ahorristas sino participan en la distribución de las utilidades.

21. El derecho concreto (Art. 230°)

Se establecen dividendos, si la junta general de accionistas acuerda y hay utilidades, entonces el pago debe distribuirse en dinero o en algunos casos en especie. Pero también se establece que hay dividendos obligatorios a pesar de que la junta se niegue a distribuir utilidades. Sin embargo, el anteproyecto trata de hacer más difícil este derecho al dividendo obligatorio.

22. Dividendo obligatorio (Art. 208° anteproyecto)

Si bien es cierto que el Anteproyecto reconoce que es obligatorio la distribución de dividendos, pero es solo un monto igual al 25% de la utilidad distribuible (en la actual LGS es el 50%) del último ejercicio económico si así lo solicitan cuando menos el 25% de las acciones con derecho al voto, aunque actualmente es el 20% de las acciones; entonces, al aumentar a un 25% lo agravan más y hay menores beneficios.

Además, señala que no será aplicable cuando en la junta obligatoria anual respectiva voten en contra de la distribución del referido dividendo del accionista que represente las dos terceras partes de acciones con derecho al voto. Ósea no basta que se pida el 25% sino que el 75% señale que se dis-

tribuye o no se distribuye, esta posibilidad significa prácticamente cerrar el derecho al accionista minoritario.

23. Derecho a impugnar acuerdos sociales

El acuerdo de junta general somete a todos los accionistas, si se convoca, es reunida y se celebra válidamente, estos acuerdos deben respetar la ley, el estatuto y el interés social.

Dentro de los elementos del derecho a impugnar permite cuestionar la validez de la constitución de junta y de los acuerdos, donde el juez puede declarar la nulidad de dichos acuerdos.

En el anteproyecto se señala que estatuto puede pretender limitar el derecho de impugnación a un porcentaje del total de las acciones. En la actualidad si un accionista se percata que es nulo el acuerdo interpone la nulidad porque puede pedirlo cualquiera que tenga legítimo interés, pero el Anteproyecto señala que si no se tiene el 10% el acuerdo ya es válido no puedes pedir la nulidad.

24. El derecho de información

Este derecho ha mejorado, antes solo se podía solicitar cuando se iba a convocar a la junta general, ahora lo puede pedir en cualquier momento el 5% de las acciones. En ese sentido, en el derecho de información existe un avance.

25. El derecho a negociar las acciones

Se trata de un principio básico de libertad de circulación, las excepciones son las prohibiciones sin limitaciones, pero en el mundo se puede circular o vender.

Cabe destacar que en el país ya no existen las acciones al portador, se eliminó el año 1967.

Habian dos títulos valores, las que circulan por la *traditio* y otros necesitan *traditio, endoso y comunicación al emisor*. Al eliminarse las acciones al portador, solo existen las acciones nominativas, en ese caso su transferencia de perfecciona por la *traditio*, endoso y comunicación al emisor.

Entonces, se puede afirmar que, aplicar dogmáticamente ha limitado que los derechos de los socios se puedan incorporar en los títulos valores la transferencia mediante endosos, ya que para tratar de vender o negociar las acciones mediante el endoso es más sencillo, pero la Ley de Títulos Va-

lores que modificó la Ley General de Sociedades, Elimina el endoso y a una cláusula similar lo denomina cláusula de cesión del certificado de acciones.

No es razonable pensar que todo se aplique dogmáticamente porque incluso los actos e instrucciones mercantiles han llegado con la práctica de los comerciantes; en ese sentido no se puede imponer figuras jurídicas desde el pupitre o un laboratorio, dado que enfocarse de esa manera conlleva a limitar el desarrollo de las formas de negociabilidad de los títulos valores.

26. Derechos a fiscalizar la gestión de los negocios sociales

Dentro del contenido de las acciones se encuentra el derecho a solicitar el examen de la Gestión social y la preparación de uso de mecanismos de prevención o corrección contra daños del patrimonio social o del patrimonio de accionistas.

Como mecanismos de prevención y corrección se tiene:

- Desaprobación de gestión social
- Remoción de directorio
- Pretensión social e individual de responsabilidad

En cuanto a las auditorías externas existe dos formas de fiscalizar: las auditorías externas y permanentes.

- Permanente: se puede pedir por el 10% de accionistas con derecho a voto.
- Especiales: si es pedido por 1/3 del capital pagado asume el costo la Sociedad Anónima.

27. Conclusión

Debemos tener en cuenta algunos aspectos del porqué las sociedades no desarrollan o no superan esos problemas de capitalización o no hay una mejora.

Como se ha resaltado, está el carácter cerrado y familiar de las sociedades anónimas –aspectos socio-culturales de las S.A–, la cual no permite que ingresen nuevos accionistas ajenos a la familia

Los accionistas controladores son los que emiten las acciones y como opción residual buscan mediante el capital social el financiamiento de su emprendimiento u objeto social

Existe negación injustificada de la distribución de utilidades y con el anteproyecto se estaría fomentando más esa negación.

El derecho suscripción preferente debería ir separado de derecho de acrecer, porque en la actualidad se presenta el derecho de acrecer solamente como el derecho del accionista que controla, ocasionando la dilución patrimonial de la acción por aumento de capital, tomando tal hecho se debería emitir acciones con prima junto con la acción de derecho de suscripción preferente.

El derecho de la información debe avanzar a la transparencia por ser una sociedad de capitales.

Las limitaciones a la libre transmisión de acciones, se encuentran en la práctica como norma ordinaria y no como excepción,

En realidad, hay insuficiente aporte del anteproyecto.

28. Recomendaciones

Respecto a los derechos patrimoniales de los accionistas debería existir la obligatoriedad de distribución de utilidades, salvo justificada constitución de reservas voluntarias o capitalización de beneficios como son los casos de aumento de la capacidad productiva de la planta empresarial.

Los derechos de suscripción preferente deberían acumularse con la prima de admisión y existir una compensación por dilución del derecho cuando hay aumento de capital o cuando hay una causal de derecho de separación.

La exclusión de derecho de suscripción preferente y los cambios en la política del dividendo debería ser una causal de disolución.

La limitación o prohibiciones temporales a la libre transmisibilidad de las acciones deberían ser literales y justificadas, o sea. debe haber, en principio. libertad de transmisibilidad de las acciones.

Debería haber fortalecimiento de controles razonables y obligatoriedad de auditoría externa, salvo excepciones y debería haber una información oportuna fuera de junta cuando exista legítimo interés.

29. Respuestas a las preguntas del público

29.1. Según nuestra LGS no se precisa la determinación del objeto social, dando lugar a un objeto determinada o indeterminada, pero para que se brinde una indeterminación el proceso, es muy engorroso, es así que el anteproyecto de la LGS consi-

dera una libre indeterminación del objeto social. ¿Considera esta libertad sin haber tanto trámite sea un cambio positivo, teniendo en cuenta la coyuntura actual?

Anteriormente, se había mencionado que el 96% de la micro y pequeña empresa deberían buscar inversionistas. Estos en ningún caso participarían en una “aventura empresarial” con un objeto indeterminado. Tomemos por caso, una persona que puede invertir en cerveza; primero analiza el mercado si es posible invertir, si es rentable o no, si descubre que el objeto es indeterminado, este empresario no invertiría ninguna cantidad de dinero. Esto es un problema, porque siguen las pequeñas y microempresa descapitalizadas.

29.2. ¿Usted considera que es un acierto implementar un fondo empresarial en la actualidad?

El fondo empresarial ya existe. Este constituye el conjunto de activos y pasivos que pueden generar, autónomamente, actividad empresarial

29.3. Actualmente se prohíbe la transmisión de bloques patrimoniales negativo, dado que puede dar lugar a prácticas de fraude empresarial. Sin embargo, en el anteproyecto de la LGS permite este traslado de bloques patrimoniales negativo. ¿Es eficiente esta regulación o estaría yendo contra la reactivación económica? ¿Se debería mantener o quitar de la propuesta del anteproyecto?

Cuando uno es acreedor y brinda un crédito, inmediatamente, uno observa en una sociedad de capitales el patrimonio y si este puede dar garantías a los préstamos que se está brindando. Si un bloque de patrimonio es negativo y se une al bloque patrimonial de los acreedores que le habían brindado crédito basados en la confianza del patrimonio fortalecido del otro bloque, se quedarían indefensos, por lo que se tiene que analizar esas circunstancias debido a que se relaciona estrechamente con el fraude. Por ejemplo, poner la deuda de los trabajadores como parte del patrimonio negativo y someter a la sociedad a un proceso concursal que terminaría en una quiebra.

Mecanismos para desprenderse de socios minoritarios*

Daniel Echaiz Moreno**
Universidad de Lima

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Sobre los accionistas minoritarios / 3. El hecho de desprenderse / 4. Normativa / 5. Los ocho posibles mecanismos / 5.1. Reducción del capital social / 5.2. Aumento del capital social / 5.3. La operación acordeón / 5.4. La exclusión del accionista / 5.5. La matrícula de acciones / 5.6. La adquisición de acciones propias / 5.7. La cesión global del activo y del pasivo / 5.8. Los *squeeze-outs* / 5.8.1. *Reverse stock split* / 5.8.2. La escisión no compensada / 5.8.3. El listado bursátil de acciones / 6. Conclusiones / 7. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

A diferencia de lo que sucede en otros países, en el Perú no se ha abordado esta temática y la doctrina ha sido totalmente renuente a ella, sino que nace de la casuística: En Echaiz Abogados se revisó una consulta legal que da origen a un análisis: un grupo empresarial –de los más grandes que existen en el Perú– pidió asesoría legal en torno a una de sus empresas líder en el sector salud (una clínica) adquirida desde un tiempo relativamente reciente; sin embargo, existía en esta una pequeña cantidad de accionistas minoritarios que conformaban el 1% de acciones a pesar de ser más de 130

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso de Derecho Privado, II Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil, y I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Es Doctorando en Derecho y Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Así mismo, es Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima y Socio Fundador de Echaiz Abogados. Además, es Director de Family Business Consulting y Asesor Legal de diversas empresas peruanas como extranjeras. Es de resaltar que, ejerce el cargo de Presidente de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial, Societario, Corporativo, Negocios Internacionales e Inversión Extranjera del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Es catedrático en la Universidad San Ignacia de Loyola, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad San Martín de Porres y Escuela de Postgrado en la Universidad Tecnológica del Perú (UTP).

personas. La problemática es fácil de inferir, pues lo cierto es que hay una situación formal –porque los accionistas existen–, pero no real, porque no se les encuentra activamente.

En consecuencia, el punto de partida es el ejemplo citado, dado que hay un deseo de prescindir de estos accionistas minoritarios.

2. Sobre los accionistas minoritarios

Sobre este punto, surge la pregunta ¿Qué hacer cuando en una sociedad existen accionistas minoritarios que tienen una existencia (formal) con ausencia (real)? Al respecto, muchas veces estos mismos accionistas minoritarios se encuentran inubicables, pueden ser de nacionalidad extranjera o no aparecen ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Así también, puede darse el caso en que sea una incertidumbre si falleció alguno o no, dado que no responden a la oferta de compra de sus acciones y demás situaciones similares; por tanto, se convierten en una “carga” para la sociedad que desea prescindir de ellos, por lo que compran su participación accionaria respectiva (no expropiándolos).

Ergo, resulta coherente sostener que existen mecanismos para desprenderse de los socios minoritarios.

3. El hecho de desprenderse

“Desprenderse” de los accionistas minoritarios no es un tema pacífico porque existe una equivocada tendencia proteccionista en extrema salvaguarda de ellos, la cual sostiene que –al efectuarse dicho movimiento– se estaría afectando sus derechos, incluso alegan a este desprendimiento como un abuso de la mayoría para realizar una expropiación. Ciertamente, es una materia discutible, pero en ello radica su interés para iniciar el debate que puede defenderse ante los Tribunales.

Son ocho los principales mecanismos jurídicos que existen para “desprenderse” de los accionistas minoritarios, unas posibles vías para dar respuesta a la pregunta central ya expuesta y depende de sus características así como de la pertinencia en diversos grados.

4. Normativa

Para analizar los mecanismos, es necesario consultar algunos postulados normativos como base. En la cúspide, se encuentra la Constitución Política del Perú de 1993, por su régimen de economía social de mercado; en segundo lugar, es imprescindible ser coherentes con la Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887, por ser norma básica

en materia societaria. En tercer lugar, se toma en cuenta al Código Civil, que fue aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295. Finalmente, tiene importancia en el asunto el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 00009–2006 (norma bursátil).

5. Los ocho posibles mecanismos

5.1. La reducción del capital social

Este mecanismo supone reducir el capital social –acorde al artículo 215° de la Ley General de Sociedades–, amortizando solo la participación accionaria de los accionistas minoritarios, entregándoles el valor nominal (regulado en el artículo 216° inciso 1 de la Ley General de Sociedades) o el importe de su participación en el patrimonio neto de la sociedad (artículo 216°, inciso 2), de manera tal que subsistirá en la sociedad únicamente el accionista mayoritario.

De manera simple, se tiene un capital actual comprendido por accionistas mayoritarios y minoritarios que será reducido y la parte de los minoritarios será amortizada, es decir, se le pagará al minoritario lo que le corresponde; en aras de que, si se logra el desprendimiento de estos, solo quedarían los mayoritarios.

Explicado el panorama, cabe resaltar que dicha reducción del capital social encuentra tres mecanismos para su materialización según la ley, los cuales son los siguientes:

- La regla de oro es que esa reducción afecte a todos los accionistas (regulado en el artículo 217° en parte del segundo párrafo de la Ley General de Sociedades) a prorrata de su participación accionaria (por ejemplo, que todos reduzcan un 5%), mas no solamente a los accionistas minoritarios lo cual es un problema ya que lo que se quiere en este caso es mantener incólume la participación del accionista mayoritario. Por tanto, este camino se descarta por no ser el adecuado.
- Un segundo mecanismo es que se realice un sorteo aplicable a todos los accionistas (el artículo 217° en su segundo párrafo de la Ley General de Sociedades lo prevee) para determinar a quiénes afectará la reducción del capital social; sin embargo, esto no es considerado como una vía aceptable dado que por dicho sorteo se podría afectar al accionista mayoritario.

–Un último mecanismo es que la reducción del capital sociedad no afecte a todos los accionistas (previsto en el artículo 217 en su segundo párrafo por la Ley General de Sociedades), pudiendo ser solo en perjuicio de los accionistas minoritarios –que es lo que se pretende–, pero ello debe decidirse por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto lo cual se torna imposible atendiendo a la existencia ausente de los accionistas minoritarios.

En síntesis, este primer gran mecanismo de reducción del capital social no es el más adecuado. Esta tiene tres vías y ninguna calza para el objetivo que se pretende.

5.2. Aumento del capital social

Mediante este mecanismo, se aumenta agresivamente el capital social (artículo 201° de la Ley General de Sociedades); por ejemplo, mediante nuevos aportes, regulados en el artículo 202° inciso 1 de la Ley General de Sociedades, o por la capitalización de utilidades –previsto en el artículo 202° inciso 3 de la Ley General de Sociedades– del accionista mayoritario, en un monto significativo que produzca la dilución de los accionistas minoritarios, es decir, la disminución de la participación accionaria de cada uno de ellos a nivel ínfimo. Si bien es cierto que se produce una reducción significativa, lo que se pretende es la eliminación de los minoritarios por lo que el problema no se soluciona.

Más allá de los cuestionamientos éticos y de inobservancia de los principios de gobierno corporativo –aludiendo al abuso–, lo cierto es que con este aumento del capital social persistirá la existencia de los accionistas minoritarios que, aunque diluidos, todavía se mantendrán como titulares de acciones de la sociedad. En consecuencia, este segundo mecanismo no resulta ser la solución perfecta.

5.3. La operación acordeón

Esta es una operación financiera no regulada en el Perú –a nivel normativo– pero hay una sentencia del Tribunal Constitucional que ya la contempla; precisamente, en un famoso caso donde se desarrolló esta operación, con la participación de Echaiz Abogados como defensores. Esta consiste en reducir y aumentar, a la vez, el capital social en una misma Junta General de Accionistas.

Mediante esta operación, puede acordarse la reducción del capital social (artículo 215° de la Ley General de Sociedades) a cero e, inmediatamente, el ex accionista mayoritario aporta (solo él), produciéndose el aumento del

capital social (artículo 202° inciso 1 de la Ley General de Sociedades) y quedando como único nuevo accionista sin la presencia de los otros accionistas minoritarios, que justo es lo que se quiere.

A pesar de una posible idoneidad, dicho mecanismo no ha sido recogido expresamente por la legislación peruana; por tanto, es criterio reiterado en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia extranjera –por unanimidad– para aplicar esta operación solo por excepción para el restablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas (artículo 216° inciso 4 de la Ley General de Sociedades). El Derecho es unánime al sostener que este mecanismo solo se dará cuando la empresa se encuentre en crisis patrimonial, lo que no aplicaría en el presente caso de un desprendimiento absoluto en cualquier contexto.

En dicha sentencia¹ se indica que *“la operación acordeón solo se justifica si es que la crisis económica que atraviesa la empresa fuera tan grave que el único medio de que dispone la sociedad para poder permanecer en el mercado sea la reducción a cero y posterior aumento del capital social (...) de modo que la operación acordeón debe constituirse en la última opción de la sociedad para no desaparecer de la vida económica”* (Fundamento N° 56).

Mencionado lo anterior, este mecanismo no se condice con el objetivo del caso.

5.4. La exclusión del accionista

Mediante este mecanismo se produce el retiro forzado de los accionistas minoritarios por voluntad de la sociedad, perdiendo ellos su calidad de accionistas y todos los derechos (políticos y económicos) inherentes a su referido status jurídico. Esta es una situación excepcional por lo que se exige como sustento su consagración normativa, lo que en el Perú se presenta para la sociedad anónima cerrada (artículo 248° de la Ley General de Sociedades), la sociedad colectiva (artículo 276° de la Ley General de Sociedades), la sociedad comercial de responsabilidad limitada (artículo 293° de la Ley General de Sociedades) y la sociedad civil (artículo 303° de la Ley General de Sociedades).

Expuesto lo anterior, cabe la pregunta: ¿qué pasa cuando se trata de una sociedad anónima?, y es que para el supuesto de la sociedad anónima no hay una normativa específica, sino una de carácter general (artículo 22°

¹ La primera sentencia que se dictó en el Perú sobre la operación acordeón fue en el año 2011 en el caso Flor de María Ibañez Salvador contra varias empresas del Grupo Gloria y que la firma Echaiz Abogados patrocinó con éxito, analizado en el artículo “La operación acordeón en el ámbito societario. Anotaciones tras bambalinas, a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional”.

de la Ley General de Sociedades), en la cual solamente cabe permitir la exclusión del accionista moroso (en su aporte), lo que es secundado por la jurisprudencia judicial, aun cuando hay quienes han querido encontrar una válvula de escape en la libertad contractual aplicable al estatuto social (artículo 55° inciso a de la Ley General de Sociedades) que halló freno en la jurisprudencia registral.

Lo cierto es que, al no haber exclusión en la sociedad anónima –sin que sea moroso–, no es este mecanismo aplicable a lo que es el fin de prescindir de accionistas minoritarios en su totalidad.

5.5. La matrícula de acciones

La norma societaria estipula que la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones (artículo 91° primer párrafo de la Ley General de Sociedades), toda vez que se trata de un registro privado donde se asienta la titularidad de las acciones y cuestiones conexas a ellas.

Bajo este orden de ideas, podría reconfigurarse la matrícula de acciones prescindiendo de los accionistas minoritarios y quedándose solo el mayoritario; sin embargo, ello está supeditado a cualquier reclamación de quien se considere con derecho de accionista y probase la titularidad de su derecho societario, ya que la matrícula de acciones no es constitutiva sino declarativa. Cabe precisar que, el gerente es particularmente responsable por la veracidad de la referida matrícula de acciones, acorde al artículo 190° inciso 1 de la Ley General de Sociedades. Entonces, el gerente se haría responsable de un problema del cual no lo es, por lo que no hay seguridad jurídica si se aplica este mecanismo.

5.6. La adquisición de acciones propias

Este mecanismo –muy desarrollado en España– conlleva a que la sociedad adquiera sus propias acciones (contemplado en el artículo 104° de la Ley General de Sociedades) que actualmente se encuentran bajo la titularidad de los accionistas minoritarios (pagándoles), bien sea con cargo al capital social (artículo 104° primer párrafo de la Ley General de Sociedades), sin reducción del capital social (artículo 104° tercer párrafo de la Ley General de Sociedades, con cargo a beneficios y reservas libres (artículo 104° cuarto párrafo de la Ley General de Sociedades) o a título gratuito (artículo 104° quinto párrafo de la Ley General de Sociedades).

En consecuencia, son varias las posibilidades de que la titularidad pase a la sociedad. Lo expuesto, constituye la autocartera y –siendo un instrumento

excepcional— para que procesa se requiere que los accionistas minoritarios vendan sus acciones (por ejemplo, para ejercer el derecho de separación); mas no se trata de una venta forzosa ya que esta atentaría contra el derecho de propiedad —además de la presente ausencia de los minoritarios— lo cual es confiscatorio (artículo 12° inciso 16 de la Constitución Política del Perú) y violando la libertad contractual (artículo 1354° del Código Civil).

Dicho esto, este mecanismo no sería el adecuado porque no se puede forzar la venta.

5.7. La cesión global del activo y del pasivo

Bajo este mecanismo, el accionista mayoritario constituirá una sociedad paralela (contralada exclusivamente por él) a la que la sociedad le cederá globalmente su activo y pasivo (es decir, su patrimonio íntegro), siendo que el dinero que esta sociedad reciba podría ser posteriormente distribuido —ante una eventual liquidación— entre el accionista mayoritario y los accionistas minoritarios (artículo 420° de la Ley General de Sociedades) porque al pasar a esta sociedad, si es que la primera se está liquidando, debe distribuirse entre todos los accionistas.

El inconveniente de esta alternativa es que, cuando haya que decidir la cesión global del activo y pasivo de la sociedad, se produciría la suspensión del derecho de voto del accionista mayoritario por tener un interés propio en conflicto con el interés social (artículo 133° primer párrafo de la Ley General de Sociedades), lo que conllevaría al imposible fáctico de que solo los accionistas minoritarios podrían decidir tal operación ya que están ausentes.

Entonces, este no es el mecanismo ya que nadie vota.

5.8. Los squeeze-outs

Son operaciones societarias promovidas por el accionista de control a fin de excluir de la sociedad a los socios minoritarios, cuyo objetivo es siempre el mismo: la centralización de la totalidad del capital en una sola mano. Se produce una expropiación de los minoritarios, que tiene lugar a través de la sustitución forzosa de su derecho de participación por una compensación en metálico.

Lo explicado es puramente doctrina, lo cual encaja perfectamente en el objetivo de desprenderse de los socios minoritarios. Los *squeeze-outs* no están regulados en el Perú, pero ¿se podrían conseguir en la práctica? La respuesta es que sí, por medio de tres vías alternas.

5.8.1. Reverse stock split

La primera vía es la llamada división inversa de acciones (*reverse stock split*) que significa incrementar el valor nominal de las acciones de la sociedad con el propósito de expulsar –luego– a los accionistas minoritarios, cuya tenencia accionaria previa no les permita ser titulares de las acciones con el nuevo valor nominal. Por ejemplo, puede suceder el caso de que haya un accionista minoritario con un valor de 420 soles de aporte, por lo que se podría elevar el valor nominal de cada acción y así valdría ahora 500 soles; que no alcanzaría para recibir una acción (mínimo requerido) por lo que se tendrá que dar el valor en dinero.

Lo anterior supone acordar en Junta General de Accionistas –con el voto favorable del accionista mayoritario– la modificación del estatuto social en cuanto al valor nominal de las acciones (artículo 55° inciso 5 de la Ley General de Sociedades), no siendo necesaria la anuencia de los accionistas minoritarios ya que no se les está imponiendo nuevas obligaciones de carácter económico (artículo 199° de la Ley General de Sociedades). Pero si acaso quiere dársele mayor blindaje a la operación, entonces se aumenta el capital social por nuevo aporte del accionista mayoritario (artículo 202° inciso 1 de la Ley General de Sociedades) con el consiguiente incremento del valor nominal de las acciones existentes (artículo 203° de la Ley General de Sociedades), estableciéndose que los accionistas cuya tenencia accionaria no sea suficiente para canjearlas por acciones con el nuevo valor nominal recibirán una compensación dineraria por sus acciones.

5.8.2. La escisión no compensada

Consiste en escindir por segregación (previsto en el artículo 367° inciso 2 de la Ley General de Sociedades) un bloque patrimonial integrado por el fondo empresarial que sea el negocio íntegro de la sociedad (regulado en el artículo 369° inciso 3 de la Ley General de Sociedades) y transferido a una nueva sociedad o a una sociedad ya existente, pactándose que los accionistas minoritarios no recibirán acciones de la sociedad beneficiaria (pactado en el artículo 368° segundo párrafo de la Ley General de Sociedades), de modo que con esto se consigue iniciar una nueva etapa corporativa sin la presencia de los accionistas minoritarios.

5.8.3. El listado bursátil de acciones

Significa que la sociedad se adaptará –no transformar– al modelo de la sociedad anónima abierta (previsto en el artículo 263° segundo párrafo de la Ley General de Sociedades) modificando su estatuto social y cotizará sus acciones en la Bolsa de Valores de Lima, de manera que –posteriormente

te— la Junta General de Accionistas —con el voto favorable del accionista mayoritario— acordará excluir las acciones de los accionistas minoritarios del Registro Público del Mercado de Valores, obligándose entonces a realizar una Oferta Pública de Compra por Exclusión (artículo 32° del Registro Público del Mercado de Valores) para que los accionistas minoritarios puedan ejercer su derecho de separación por la adquisición por parte de la sociedad de acciones de su propia emisión.

6. Conclusiones

La materia tratada es controvertida porque se necesita de análisis —a falta de regulación normativa específica— y esto parte de la casuística. Al revisarse los ocho mecanismos, los siete primeros parecen —a simple vista— acordes para la aplicación, pero la realidad es que es todo lo contrario.

El octavo mecanismo (*squeeze-outs*) aunque no está regulado de manera nacional, sí podría calzar con el desprendimiento de los socios minoritarios. Sí hay manera de incorporarlo en la práctica a través de sus tres vías, y de esta forma, dar solución al problema central.

7. Respuestas a las preguntas del público

7.1. Se mencionó que hay una existencia formal de accionistas minoritarios y la refiere como una carga. ¿Considera que esta sobreprotección debería ser más equilibrada para el bienestar de la sociedad, o en todo caso, debería haber una reconfiguración de la existencia de estos accionistas minoritarios en la normatividad de la Ley General de Sociedades?

Sí, porque hay que ser razonables. No se trata de ser extremista. No es el fin que haya una desprotección de los accionistas minoritarios, pero tampoco un excesivo celo en proteger algo que no tiene existencia real. Se debe encontrar el justo punto de equilibrio, eso es lo adecuado.

7.2. ¿No considera que los *squeeze-outs* son muy controvertidos a nivel nacional dada la sobreprotección a la que tienden accionistas minoritarios? En todo caso, ¿hay experiencias internacionales que apliquen el mismo y lo respalden?

Sí, a ambas preguntas. Respecto a la primera, sí puede ser un tanto controversial, pero así es el Derecho Corporativo: dinámico. Es necesario atreverse a recrearlo o reconfigurarlo. Sobre si es que hay experiencia internacional, sí la hay; por ejemplo, en España hay una amplísima experiencia. En el Perú este mecanismo es aún inexistente, pero es necesario iniciar el cambio.

7.3. ¿Hay algún anteproyecto o proyecto para implementar los squeeze-outs? O, ¿aún el debate es solo doctrinario?

El debate aún es doctrinario, aunque tampoco alcanza a ser de tal manera dado que en el Perú todavía no discute esta materia. Este problema puede ser abordado a partir de la práctica. En el Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades no hay pronunciamiento al respecto, pero sí debería someterse a discusión en el Foro Peruano por ser un tema tan interesante.

El Acuerdo de Confidencialidad*

Joe Navarrete Pérez**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Aspectos Generales / 3. Regulación / 3.1. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones / 3.2. Código Civil / 4. Revisión de Clausulado / 4.1. Información confidencial / 4.2. Exclusiones / 4.3. Obligaciones / 4.4. Excepciones / 4.5. Plazo / 4.6. Incumplimiento / 5. Aspectos Tributarios / 6. Respuestas a las preguntas del Público.

1. Introducción

En la actualidad, desde el punto de vista del Derecho civil, muchos temas comerciales no son tratados de la manera más adecuada. En ese sentido, existe una escasa bibliografía sobre los acuerdos de confidencialidad, a pesar de la importancia que reviste dentro del marco tanto civil como comercial. Ello, toda vez que no existen análisis detallados que aborden minuciosamente dicha temática, inclusive cuando se trata de una de las aristas que más se emplea en el campo laboral al momento que un profesional empieza a involucrarse en el entorno práctico de la carrera. Los acuerdos de confidencialidad tienen relevancia no solo en los aspectos civiles o comerciales, sino que puede también involucrar a lo tributario; por lo que resulta menester realizar un abordaje desde los aspectos generales, la regulación, la revisión de clausulado y los aspectos tributarios en lo que refiere a los acuerdos de confidencialidad.

2. Aspectos Generales

Los acuerdos de confidencialidad son justamente aquellos acuerdos que tienen la finalidad de mantener en reserva algún tipo de información. Es-

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 25 y 26 de noviembre del 2021.

□□ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Gerente legal en Conexa Financial Group. Ha sido asociado senior en Payet, Reyes, Cauvi Abogados.

tos pueden ser empleados en múltiples aspectos; sin embargo, existen dos grupos de situaciones de uso en los que suele ser crucial el empleo de los acuerdos de confidencialidad. El primer grupo se relaciona con los temas de relación precontractual, es decir, se refiere al momento de previa negociación de cualquier clase de contrato entre las partes. Así, durante la aludida negociación, el intercambio de información entre las partes –que está destinada a consumar el contrato– posee una importancia primordial, pues son variantes únicas e indispensables para cerrar el acuerdo. Por todo ello, si alguno de los contratantes considerara necesario que la información brindada en medio de la negociación sea conocida exclusivamente por su contraparte; aquella puede solicitarle a esta que guarde algunos deberes adicionales de los generales, derivados de la buena fe; por ende, se debe firmar este documento que admite un acuerdo de confidencialidad.

El segundo grupo de casos se relaciona con el contexto donde ya se ha firmado el contrato y se necesita incluir una cláusula dentro del propio contrato en el cual se establezca deberes de confidencialidad referente al contrato ya celebrado. Un ejemplo muy común son las cláusulas de confidencialidad en el marco de una adquisición de empresas o de un contrato de financiamiento. Es por ello, que resulta ser de vital importancia el diferenciar entre estos dos grupos donde son aplicables los ya denominados acuerdos de confidencialidad, ya que este es planteado de manera distinta y depende de si se trata de una etapa de precontrato o postcontrato. Al respecto, los contratos de confidencialidad son considerados contratos atípicos y es por esta razón que no poseen en sí una regulación específica respecto a ellos. No obstante, pese a ser denominados como “acuerdos” en la práctica; ellos son considerados como contratos de acuerdo al Código civil y estarán regulados por la parte general. El ser un contrato atípico, pero con la excepción de ser nominado al mismo tiempo; trae como consecuencia que los acuerdos de confidencialidad no posean una forma establecida para su celebración, en otras palabras, no existe la obligación de escritura pública o firmas legalizadas.

Asimismo, los acuerdos de confidencialidad normalmente implican que ellos mismos sean –precisamente– confidenciales; es decir, que no solamente se mantenga en reserva la transacción de información empleada para celebrar el contrato, sino también que el propio documento sea confidencial. No obstante, todo ello va a depender de la parte a quien se está asesorando, pues no es la misma situación del que transfiere información del que recibe información. En ese contexto, se recomienda que la parte trasmisora de información regule minuciosamente esa negociación a través de ciertas cláusulas, las cuales se encuentran dirigidas diferenciadamente a cada una de las partes.

3. Regulación

Como ya se hizo mención con anterioridad, los acuerdos de confidencialidad son contratos atípicos, es decir, no se encuentran en el Código Civil; asimismo, se los considera como contratos “nominados”, puesto que posee un nombre jurídico, ya que puede ser llamado como acuerdo o convenio de confidencialidad. De modo análogo, la tipicidad social de los acuerdos de confidencialidad viene referido a aquellas cláusulas “clásicas” que deben estar siempre presentes en estos tipos de contrato.

Adicionalmente, existe algunas disposiciones generales que regulan algunos tipos de secretos que no son necesariamente comerciales; verbigracia, se encuentra el secreto de las comunicaciones, regulado en el artículo 2º, inciso 10, de la Carta Magna: “*Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados*”¹. Es decir, engloba a todos los deberes profesionales de confidencialidad, como lo de los abogados o contador con sus clientes; entre otras disposiciones generales. Aquellos deberes de confidencialidad suponen que, aún cuando una persona tenga acceso a esa información –ya sea de manera voluntaria o involuntaria–, deba respetar al titular de dichos datos, por lo que no ostenta la plena posibilidad de transmitir esa información a un tercero.

Asimismo, a nivel de regulación referente a los acuerdos de confidencialidad, el principio de buena fe es el que tiene mayor vinculación; adicionalmente existen normas aisladas que; si bien regulan la confidencialidad en ciertos aspectos, tienen ciertas limitaciones en comparación con un contrato de confidencialidad al momento de defender los derechos.

3.1. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones

Dentro del marco de estos acuerdos de confidencialidad, viene a tallar el denominado “secreto comercial”. Se trata de aquella información que se mantiene en secreto y permite obtener algún tipo de ventaja competitiva en el mercado. Sobre este tópico, a través de la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones –que reglamenta lo referente a la propiedad industrial–, se han realizado las medidas necesarias de protección. En otras palabras, si existe un sujeto E que posee una ventaja competitiva en el mercado y la mantiene en secreto, además de realizar las diligencias correspondientes para seguir manteniendo la reserva de dicha ventaja; ello configura un secreto comercial y por lo tanto debe ser protegido, toda vez que consiste en un elemento de la propiedad industrial.

1 CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, Constitución Política del Perú, Lima: 29 de diciembre de 1993.

En ese sentido, la Decisión 486 en el artículo 260 dictamina el marco conceptual del secreto comercial, estableciendo que:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.² (las cursivas son propias)

3.2. Código Civil

El Código Civil es el libro encargado de regular todo tipo de contratos; en ese sentido, los acuerdos de confidencialidad también serán reglamentados en este cuerpo normativo. Así, la parte general del código respecto de contratos va a ser aplicado también a estos contratos de confidencialidad.

La cuestión que se plantea en torno a este tipo de acuerdos es si estos configuran una necesidad verdadera; esto es, en el supuesto que un sujeto A y el sujeto B empiezan a negociar un contrato; además, el sujeto A es accionista mayoritario en una empresa y B se muestra interesado por comprar dichas acciones. En el mencionado contexto, es necesario determinar las obligaciones legales del sujeto B respecto de haber recibido información relevante de A; por ello, es preciso conocer las normas aplicables, que –aunque dispersas– podrían tener algunas incidencias respecto de este supuesto planteado.

En esa línea, el artículo 1362° del citado cuerpo normativo estipula que: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”³*. Este artículo podría considerarse como el pilar de la responsabilidad precontractual en el Perú; entonces, la buena fe tiene como consecuencia natural que cualquier tipo de información recibida considerada de carácter sensible no debe ser transmitida a cualquier tercero, sino que se debe –en consecuencia– guardar la reserva del caso.

No obstante, a pesar del principio de buena fe taxativo en el Código Civil,

² COMISIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN), Decisión 486: Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Lima: 14 de septiembre del 2000.

³ PODER EJECUTIVO, Decreto Legislativo 295 Código Civil, Lima: 14 de noviembre de 1984, art. 1362°.

resulta de igual forma necesaria la celebración de acuerdos de confidencialidad, puesto que el principio de buena fe puede resultar muy ambiguo. Ello se debe a que este no especifica el destino de la información recibida si el contrato en negociación no llega a celebrarse; en otras palabras, el aludido principio no especifica qué se debe realizar con la información obtenida, si devolver o destruir, así como tampoco contempla las consecuencias del empleo de esa información para otros fines.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los acuerdos de confidencialidad, a raíz de los escenarios planteados, tienen como finalidad plantear dichos escenarios por escrito y establecer las consecuencias que sean correspondientes. Por ende, si bien la buena fe sirve para proteger al sujeto de la reproducción de la información transmitida en algún momento; un mejor medio de protección es —sin lugar a dudas— un contrato de confidencialidad.

A pesar de ello, en el Código Civil existe una norma específica que estipula la regulación del secreto comercial. Ella se encuentra en el artículo 1827°, que se refiere al Depósito secreto: “*El depositario no debe violar el secreto de un depósito, ni podrá ser obligado a revelarlo, salvo mandato judicial*”⁴.

4. Revisión de Clausulado

Bajo los alcances de la Decisión 486, en algunos acuerdos de confidencialidad se establece que cierta información que se transmitirá tiene la condición de “secreto comercial”. Todo ello significaría que dicha información, al cumplir los requerimientos dictaminados por la decisión en mención, gozaría de ser denominada como “secreto comercial”.

Además, los contratos de confidencialidad suelen ser escritos breves que se caracterizan por ser tramitados en un lenguaje sencillo y directo, pues ellos configuran un documento preparatorio para una transacción mayor. Por ello, no gozan de ningún tipo de formalidad como la escritura pública o firma legalizada. Básicamente, la exigibilidad de estos acuerdos de confidencialidad se deriva de su naturaleza primigenia como contrato, las obligaciones generadas de buena fe y del buen nombre en los negocios que quieran conservar las partes en el entorno comercial.

Dentro de los acuerdos de confidencialidad, es necesario establecer respecto de qué versa el aludido acuerdo. Se refiere a determinar detalles dando alcances que las partes se encuentran negociando de buena fe la adquisición, por citar un ejemplo, 80% de la empresa X u otro tipo de ne-

4 PODER EJECUTIVO, Decreto Legislativo 295 Código Civil, Lima: 14 de noviembre de 1984, art. 1827°.

gociación, donde se debe especificar minuciosamente cualquier detalle de la transacción. Ello debido a que una de las obligaciones de estos acuerdos de confidencialidad es emplear la información proporcionada para efectos de cierta finalidad previamente concertada entre las partes. De esta manera, a causa de determinar debidamente los detalles de la negociación, se podrá alegar algún tipo de incumplimiento de las obligaciones respecto del acuerdo de confidencialidad.

4.1. Información confidencial

A efectos del acuerdo de confidencialidad, resulta imperante el esclarecimiento de lo que se comprende como “Información confidencial”:

“Para efectos de este Acuerdo, se entenderá como “Información Confidencial”: (1) el hecho de que cualquiera de las partes, de manera directa o indirecta, contemplan realizar la Transacción; (2) cualquier actuación de las Partes en relación con la Transacción; y, (3) la información referida a estados financieros, informes, proyecciones, análisis, récords, interpretaciones, contratos y borradores de contratos, reglamentos, declaraciones, datos procesados y de procesos que implican know how de la Parte Reveladora o de terceros, datos de nombres comerciales, conocimientos, ideas, conceptos, diseños, proyecciones, flujos, presupuestos, diagramas de producción o de procedimientos, y otros elementos de propiedad intelectual.” (las cursivas son propias)

De la definición citada anteriormente, se explica que la información confidencial se divide en 3 aristas diferentes; sin embargo, se puede resumir que será considerada como tal toda aquella información que verse sobre la transacción en sí misma y cualquier tipo de actuación; además de la refiera *per se* a la información confidencial. De esta manera, el conocer a cabalidad dicho marco conceptual permite desprender la posibilidad de diferenciar entre la información genérica y la información confidencial, además de los medios probatorios que verifican cada una de ellas y del rol del derecho respecto de hacer cumplir las obligaciones nacidas a partir de este acuerdo de confidencialidad.

4.2. Exclusiones

En ningún caso se considerará como Información Confidencial a la información que:

- Se encuentre a disposición del público.
- Hubiese sido obtenida por Parte X de una fuente diferente de la

Parte Reveladora o de los Representantes de ésta.

- La Información sea conocida o recibida por la Parte X con anterioridad a su divulgación o a la fecha del presente Acuerdo.
- La Parte Reveladora hubiera dado su consentimiento previo respecto de dicha divulgación o manifestado su carácter no confidencial.
- Hubiese sido elaborada o desarrollada de forma independiente por la Parte X.

4.3. Obligaciones

- **Utilizar para el fin previsto:** La entrega de cierta información debe ser utilizada exclusivamente para el fin concertado entre las partes. Un ejemplo simple consiste en aquellas situaciones donde se brinda información para evaluar la compra-venta de una empresa. En este supuesto sería incorrecto utilizar dicha información para otros fines ajenos al ya previsto.
- **No aprovechamiento indebido:** Se materializa cuando el receptor utiliza la información para otros fines distintos al ya previsto. Por ejemplo, cuando la entrega de información no es empleada para el fin concertado sino para generar competencia desleal.
- **Mantener en secreto:** Refiere básicamente a mantener de manera secreta la información, para ello dicha información debe ser transmitida a la menor cantidad de personas posible y que esos receptores, por ejemplo, firmen un acuerdo de confidencialidad del mismo modo.
- **Comunicar el carácter de confidencial a sus representantes**
- **Obtener cartas o documentos de compromiso de confidencialidad de sus representantes**
- **Devolución/ Destrucción de la información al finalizar el acuerdo:** Atañe principalmente en el escenario en que la transacción no se lleve a cabo, en ese supuesto se configura la devolución o destrucción de la información. En este último caso, se solicita una declaración jurada del representante legal de las personas que estuvieron como apoderados de la información indicando que aquella información ha sido destruida.
- **Comunicación:** El convenio de confidencialidad no es una dispensa para cumplir con un mandato de una autoridad competente, sin em-

bargo, algunas cláusulas determinan que de ser aquel caso se debe informar que se ha solicitado esa información.

4.4. Excepciones

El deber de confidencialidad y reserva, así como las obligaciones vinculadas a éste y que se hallan contenidas en el Acuerdo, no resultarán aplicables ni exigibles a la Parte X en cualquiera de los siguientes casos:

- Cuando la Parte X o cualquiera de sus Representantes sean requeridos para revelar, total o parcialmente, la Información Confidencial o la información vinculada a la Transacción, por mandato legal o de cualquier autoridad competente de conformidad con la legislación que le fuese aplicable, incluyendo autoridades judiciales y administrativas.
- Cuando la Parte X revele, total o parcialmente, la Información Confidencial o sus Representantes o afiliadas, en la medida en que éstos tengan la necesidad de tener acceso a dicha Información Confidencial para intervenir en la evaluación, negociación y/o ejecución de la Transacción.
- La Parte Reveladora expresamente autorizo o la Parte X para revelar Información Confidencial a: (i) sus Representantes; (ii) sus afiliadas; y (iii) los consultores externos que sean contratados por la Parte X para el análisis de su potencial participación en la Transacción.

4.5. Plazo

Los plazos de duración de los contratos de confidencialidad suelen comprender años, más aún en las situaciones donde la transacción no pudo llegar a consolidarse. Aun así, se considera prudente que no se establezcan plazos indeterminados, pues en principio el código civil se encuentra regido por la no perpetuidad. En virtud de ello, la confidencialidad se mantiene aún después de que el contrato haya terminado, ya sea por el plazo fijo o por la frustración de las negociaciones.

4.6. Incumplimiento

Así mismo, ante un incumplimiento de obligaciones suele haber penalidades, las cuales configuran la mejor opción; puesto que las consecuencias de ello son conocidas. Esto no sucede en el caso de los daños y perjuicios, donde se vincularía la apertura de un proceso y tornaría el asunto aún más complicado.

5. Aspectos Tributarios

De acuerdo con los informes jurídicos de SUNAT, respecto de la renta en los acuerdos de confidencialidad, se plantea el siguiente ejemplo: *El sujeto J posee un contrato de compra-venta de acciones y adjunta una cláusula de confidencialidad, dicha cláusula resulta ser una obligación de no hacer.*

Teniendo ese supuesto, se plantea la problemática si sería posible determinar el monto de tributación a pesar de haberse establecido una contra prestación por la obligación de no hacer. En respuesta, cabe considerar que, si se tratase de una renta de tercera categoría, la tributación sería de 29,5%; mientras que, en el caso de una renta de segunda categoría, la mencionada es del 5%. De esta manera, se puede apreciar que existe una notable diferencia entre ambos tipos de rentas.

6. Respuestas a las preguntas del Público

6.1. ¿Qué escenarios han tenido que enfrentar las partes para ejecutar el acuerdo de confidencialidad ante este contexto de pandemia y la virtualidad que ella implica?

Posiblemente al tratarse de documentos ligados a acuerdos de confidencialidad no estarían siendo afectados en gran magnitud en la coyuntura actual, puesto que estos acuerdos no necesitan requerimientos específicos como la legalización de firmas o necesita de escritura pública. Durante la cuarentena se empezó a firmar los documentos de manera virtual, y en el caso de los acuerdos de confidencialidad, ellos pueden ser suscritos mediante firmas simples. Por todo ello, las partes de un contrato de confidencialidad no habrían tenido mayor dificultad legal.

6.2. ¿Es siempre más importante mantener la buena fe en la reserva de información, o hay circunstancias en las que se puede quebrar este principio?

La buena fe inspira cualquier tipo de actuación en el derecho; sin embargo, pueden existir supuestos no regulados, donde la buena fe se vea limitada y no obligue necesariamente a actuar o no actuar en determinada forma. Teniendo eso en consideración, aquellos serían algunos supuestos donde el principio de la buena fe se vería “quebrado”.

En otras palabras, para que esos supuestos puedan originarse, el sujeto debe ser ajeno al ámbito del acuerdo de confidencialidad; por lo tanto, no se encuentra obligado a nada.

6.3. ¿Qué mejoras considera que podrían establecerse en este tema del acuerdo confidencial en contraste con otras legislaciones latinoamericanas?

No existe una regulación específica, los acuerdos de confidencialidad poseen una bibliografía muy estándar. El derecho comercial nace siempre no codificado y en párelo, la actualidad de las transacciones, gracias al fenómenos de la globalización; los acuerdos de confidencialidad resultan ser “exportables”. En cuanto a las regulaciones de las legislaciones latinoamericanas y su posible intervención para facilitar mejoras, se prevé que son las partes quienes realizan verdaderas modificaciones a la regulación de mercado de los acuerdos de confidencialidad.

El buen gobierno corporativo hoy*

Juan José Blossiers Mazzini**
Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Definición / 3. Finalidad / 4. El Código del buen gobierno corporativo hoy / 5. Principios del buen gobierno corporativo / 5.1. Principio de paridad de trato / 5.2. Principio de participación de accionistas / 5.3. Principio de no dilución en la participación del capital social / 5.4. Principio de participación en dividendos de la sociedad / 5.5. Principio de cambio o toma de control / 5.6. Principio de arbitraje para la solución de controversias / 5.7. Principio de divulgación de la información / 6. El buen gobierno corporativo en el mercado latinoamericano / 7. ¿Cuál es el enfoque del buen gobierno corporativo en la economía del mercado peruano? / 8. Conclusiones / 9. FIDES / 10. *Skateholders* / 11. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

En primer lugar, se debe tener en cuenta en qué consiste un buen gobierno corporativo y luego considerar si se debe o no realizar un nuevo enfoque específico de tal.

Este tema tiene relación con el código de conductas, estructuras, características determinadas, principios, funciones y la presencia de un caso internacional de la OCDE. Además, es una versión de una práctica que busca promover una situación adecuada de cumplimiento del derecho.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magister en Derecho. Doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho en las Universidades Públicas y Privadas. Tiene Cursos de perfeccionamiento en: Alemania, Estados Unidos y Argentina. Autor de 8 libros de derecho entre ellos "Constitución y Derechos Humanos" 1° y 2° ediciones agotadas, entre otros. Asesor del Tribunal Constitucional del Perú, Ex Fiscal Anticorrupción, Ex Analista del BCR, Ex Fiscal Superior de Lima. Premios Internacionales como el Premio Internacional de la Federación Interamericana de Abogados (FIA) con sede en Washington.

En ese sentido, comentar sobre un buen gobierno corporativo hoy, además de que implica que se solicite en la SMV como un índice especial para poder hacer inversión, está relacionado al derecho de accionistas, junta de accionistas, directorio, órganos de línea y la transparencia de la información, esto último entre lo más relevante.

2. Definición

El gobierno corporativo, tal como lo señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), constituye un elemento clave para aumentar la eficacia económica y la eficiencia para potenciar el crecimiento de una empresa, pero que —finalmente— se va a determinar que se pueda tributar mejor y —como consecuencia de ello— haya una mejor redistribución de la riqueza dentro de una economía social de mercado; así como para fomentar la confianza de los inversionistas, porque los países compiten en el mercado, entonces el inversionista debe ver una economía globalizada dónde debe invertir, puede ser: Chile, Argentina, Uruguay, etc. Para ello, el Perú debe ser atractivo en el buen gobierno corporativo hoy. Además, se tiene un Código que cumple las exigencias planteadas en el mercado.

3. Finalidad

Evidentemente, tiene como objetivo el definir puntualmente qué es el buen gobierno corporativo, por lo que se encuentra incluido en la currícula como una rama de carácter obligatorio; no obstante, también persigue el fin de determinar cómo brindar un buen Código, estándar de normas y que, de esa manera, se identifique una verdadera cultura de gobierno corporativo, para que así se mejore la percepción de la Sociedad Anónima, la cual puede ser abierta —que participa en la Bolsa— y promoverá la cultura específica del inversionista, quien se encontrará tranquilo, así como la promoción empresarial o de grupos empresariales.

Asimismo, se busca coadyuvar la generación de un valor adecuado que permite la redistribución de la riqueza, basada en la economía social de mercado que no está relacionado con el principio filosófico estatista, control o intervención ni tampoco de un sistema capitalista, sino que los alemanes establecieron un término intermedio. Justo eso toma la Constitución de 1979 y lo reitera la Constitución de 1993.

4. El código del buen gobierno corporativo hoy

Se tiene 5 pilares fundamentales: Derechos de los accionistas, Junta General de accionista, El Directorio y la Alta Gerencia, Riesgos y cumplimiento y Transparencia de la información.

Los principios contenidos en este Código de conducta deberán constituirse en una guía fundamental para que la empresa discurra de forma adecuada, pero que –además de ello– mantenga altos índices de rentabilidad. También, se evidencia una implementación que tendrá una clara capacidad de autodeterminación y autorregulación, promoviendo de esa manera una cultura sana y de buenas prácticas corporativas. La adhesión de dichos principios y su relevancia fundamental en el mundo empresarial va ser que una sociedad pueda discurrir en el mercado de manera adecuada y tenga buenas utilidades.

Los diferentes grupos de interés valorarán y contribuirán al posicionamiento de las empresas en los mercados de capitales del país y del exterior.

5. Principios del buen gobierno corporativo

Es una directriz lineal que ha dado las Naciones Unidas, sobre todo para los estudios específicos que van a las escuelas de negocio a nivel global. Esto busca un tratamiento equitativo entre los accionistas de crear un marco de gobierno societario que asegure equipad entre estos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todo accionista debe contar con la misma posibilidad de obtener reparación efectiva por la violación de sus derechos.

La función de los grupos de interés en el gobierno corporativo de las sociedades se encuentra dentro de un marco de gobierno que va reconocer derechos de los grupos de interés estipulados por la LGS de cada país que van a alentar una cooperación activa ante la sociedad y ante las entidades que buscan la rentabilidad y búsqueda de mejores índices de empleo, y como consecuencia de ello, la empresa tendrá un financiamiento sólido a largo plazo.

Esto permite además una cuestión de prevención de conflictos internos y externos; porque, quien interpreta mal, puede suscitar más adelante la posibilidad de que ocurra un conflicto. Así, con una buena posibilidad de un diálogo adecuado y con la información que fluya desde arriba hacia abajo, se va tener una figura de mejora continua de la empresa.

Este marco de gobierno de las sociedades va asegurar una información de manera precisa y oportuna y que de un modo regular acercará de todas las cuestiones materiales que podrían darse en el proceso de producción. Como consecuencia de ello, se tendrá una situación financiera sana, se aumentará el rango de propiedad y se obtendrá un gobierno corporativo siguiendo principios y valores.

Por otro lado, se tiene la figura de la responsabilidad de los directores, en el que cada director tiene diferente pensamiento, porque al final la decisión se toma en base a una voluntad conjunta. Entonces, el marco del gobierno de las sociedades debe estipular las directrices estratégicas de la compañía, un control eficaz de la dirección por parte del Directorio y la responsabilidad del Directorio hacia la empresa y sus accionistas.

5.1. Principio de paridad de trato

La sociedad reconoce en su actuación un trato igualitario, principio de equidad. Los accionistas de una misma clase tendrán iguales derechos y van a tener las mismas condiciones, lo que en ningún caso supone la entrega de información de carácter privilegiada, además que en algunos casos revierte la posibilidad de ser delito.

Un grupo de accionistas que no tenga un detrimento de la información va estar claramente en desventaja de los otros accionistas, eso ocasionará un clima enrarecido que no va permitir seguir en una sola ruta directa al éxito. La sociedad no promueve la existencia de clases de acciones sin derecho a voto, porque existen 2 facultades de las acciones: políticos y económicos. Entonces, no se va promover clases de acciones que sean sin derecho a voto. En ese sentido, cuando existan valores con derechos patrimoniales distintos a las acciones ordinarias, la sociedad va a promover y ejecutar una política sana de redención o canje voluntario de dichos valores por acciones ordinarias.

5.2. Principio de participación de accionistas

Debe existir un canal fluido específicamente para que –según su naturaleza y en función de lo que poseerá– tenga derecho a participar y votar en las Juntas Generales de los Accionistas. Además, la sociedad va establecer claramente en sus documentos, estatutos, métodos y en la responsabilidad del registro de los derechos de propiedad de los accionistas, velando en articular la matrícula de las acciones que sean administradas de forma segura y confiable, de manera que prevalezca el que se mantengan de forma adecuada y actualizada.

5.3. Principio de no dilución en la participación del capital social

Las propuestas del Directorio –referidas a operaciones de carácter corporativas que puedan afectar en un derecho de no dilución de los accionistas, como por ejemplo: fusiones, escisiones, ampliaciones de capital, entre otras– son explicadas previamente por dicho órgano en un informe deta-

llado que cuenta con la opinión de un auditor o directivo de carácter independiente. Es importante sea este último, porque va tener un valor mucho más actualizado, toda vez que un asesor externo de reconocida solvencia profesional nombrado por el Directorio va tener preferentemente un voto favorable para poder alcanzar la figura de los directores independientes.

Esta práctica en el Perú tardó un poco para ser asimilada; empero, al entender que existe buenas utilidades, se estableció posteriormente que se debe –en función de la capacidad y desempeño profesional– expresar en forma clara la aceptación total o parcial del referido informe; no obstante, cuando se aparta del informe se debe fundamentar las razones que motiven la disconformidad, así estos son puestos a disposición de los accionistas de manera oportuna.

5.4. Principio de participación en dividendos de la sociedad

La sociedad que va contar con una política de dividendos establece que exprese el criterio de la distribución de las utilidades, el cual va ser difundido entre los accionistas; utilizando, entre otros medios, su página web corporativa. Dicha política de dividendos se encuentra sujeto a evaluaciones de mejora continua que va permitir establecer y optimizar la verificación de su ejecución.

5.5. Principio de cambio o toma de control

Se considera a una sociedad que mantenga políticas y acuerdos específicos para adoptar mecanismos anticorrupción. Por ejemplo, en los casos de ofertas públicas de adquisiciones (OPA), de acciones de las sociedades que mantenga políticas que reconocen y posibilita a los accionistas que participen con una prima que se pague por adquirir el control de la sociedad.

5.6. Principio de arbitraje para la solución de controversias

Sobre este punto, resulta cierto que la reputación del arbitraje se ha visto mellada con el tiempo; pero no por la institución en sí, sino por personas que no han comprendido la especialidad del arbitraje. Esto es subjetivo, ya que no se puede establecer que esta funciona mal solo por ese rango.

El arbitraje de consumo, por ejemplo, en cuestiones económicas o patrimoniales por el costo de oportunidad que le brinda recurrir a la vía judicial, ha establecido que unas personas concuerden en optar por un árbitro para decidir adecuadamente lo que los separa, por más que –por ejemplo–

tengan diferencias irreconciliables sobre la interpretación de un contrato. Entonces, la posible disputa que pudiese existir entre un accionista y otro o un accionista y un director, entre otros, se puede transparentar a través de una cláusula que va permitir la posibilidad de la heterocomposición, es decir, un tercero en el cual se confía.

5.7. Principio de divulgación de la información

Se debe considerar que, cuando existe gobierno corporativo, es porque se encuentran principios y normas, las cuales se respetan. Entonces, se debe de difundir regularmente como mínimo los siguientes aspectos:

- Los objetivos que mantiene respecto a la empresa.
- La política de endeudamiento que aplica, de ser el caso.
- Las transacciones que ha realizado la empresa designando la posibilidad de un auditor independiente, donde justo por ello será valioso su dictamen.
- Encargos recibidos de su sector o de otra entidad del Estado.
- Los principales factores de riesgo que enfrenta.
- Las políticas y normas que emita la matriz.

6. El buen gobierno corporativo en el mercado latinoamericano

La aplicación de la figura del buen gobierno corporativo ha irrumpido en el mercado latinoamericano con gran fuerza en aplicación, específicamente porque en principio nos encontramos en una situación de competencia entre los países. Los países emergentes, sobretodo, que tienen algunos inconvenientes con función de sistema democrático, entre otros que no son predecibles, van a afectar al sistema financiero, lo que genera una incertidumbre. Dentro de ese entorno, las empresas van compelidas a salvaguardar sus patrimonios y optan por hacerse de utilidades en lapsos breves, desatendiendo el cuidado de su gestión y posicionamiento dentro del mercado, como resultado de un trabajo sostenido en el tiempo.

El motivo principal de estas prácticas de transparencia –dentro de las praxis comerciales– se ha generalizado, llegando lamentablemente a enquistarse dentro del sistema de competencia que existe entre las empresas. En Latinoamérica se hace cada vez más difícil operar con métodos estandarizados y no sólo por la crisis política general y la baja credibilidad insti-

tucional, sino al alto grado emocional que impacta el recurso humano, el consumidor y las diferentes audiencias con las que la empresa actúa.

Como una manera de revertir dicho escenario, en los gobiernos latinoamericanos se crearon correctivos que permitieran proyectar una nueva imagen. En ese sentido, en el Perú se le otorgó a la CONASEV, el año 2003, la función de evaluar las incidencias y grados de aplicación del buen gobierno corporativo, de modo que esta se convirtió en una identidad específica para mejorar la inversión. Asimismo, se publicó en la Memoria Anual de los ejercicios del 2004, 2005 y 2006, que traen consigo información valiosa que va a permitir vislumbrar indicadores de su evolución del rendimiento económico.

7. ¿Cuál es el enfoque del buen gobierno corporativo en la economía del mercado peruano?

En el Perú y otros países –como Colombia, Ecuador, entre otros–, se sigue un enfoque británico de “cumple o explica”. Aquí se da una serie de recomendaciones de buen gobierno corporativo que se deben trasladar y plasmar en documentos oficiales de la empresa que deberán cumplirse. Por ejemplo, se señala que los directorios deberían tener un tercio de directores independientes. Esto está funcionando bien, aunque inicialmente hubo desconfianza.

En esa línea, si las empresas no cumplen con la recomendación, deberán presentar explicaciones a sus accionistas. Además, si las explicaciones sobre la imposibilidad o la inconveniencia de tener un tercio de directores independientes satisfacen a los accionistas, todo se encontrará bien. No obstante, si los accionistas no están satisfechos con las explicaciones, tienen alternativas de acción: Pueden ejercer su voto en la junta general de accionistas para cambiar al directorio (accionistas activistas) o sencillamente pueden vender sus acciones, con lo cual el precio caerá y el problema pasará a ser de otro tipo. Esto será posible siempre y cuando un mercado suficientemente líquido exista para las acciones de la empresa, situación que no está garantizada en la Bolsa de Lima para la mayoría de casos; sin embargo, es una tendencia clara a revertir, porque en base a una serie de preguntas claves sobre las cuales se sabe o no cuánto es el porcentaje de tener un buen gobierno corporativo.

Algunas de estas preguntas claves son: ¿La sociedad reconoce en su actuación trato igualitario entre los accionistas de la misma clase y además mantienen las mismas condiciones?, ¿La sociedad promueve la existencia de clases de acciones con derecho a voto? Y si es así, ¿Cuánto es el porcentaje?, ¿Existe sociedades con políticas de transparencia en información del directorio?

8. Conclusiones

El buen gobierno corporativo constituye un conjunto de principios adscritos a un código, que tiene como objeto la delimitación de las estructuras de la empresa y las funciones que corresponden a cada uno de sus actores, con la finalidad de que se eviten eventuales conflictos de interés como situaciones de corrupción, soborno, etc.

Con la finalidad de generar un valor agregado a la empresa, tanto en su ámbito interno como externo porque se va tener en nuestro mercado local jugadores internacionales dispuestos a participar en países emergentes, así como el acceso a financiamiento barato y a una inversión a largo plazo.

Las prácticas de buen gobierno corporativo contribuyen al flujo de capitales, tanto nacionales como extranjeros, con la finalidad de proveer dinero económico para cubrir posibles situaciones deficitarias. Es decir, se buscará que la asignación de recursos escasos sea eficientemente canalizada a las entidades que la requieran.

La aplicación de los gobiernos corporativos no sólo se circunscribe a las empresas privadas; también pueden aplicarse, previa adaptación.

Los gobiernos corporativos no deben ser entendidos como una tendencia pasajera del mercado; sino, por el contrario, es impostergable que sea institucionalizada y perdure en el tiempo. Asimismo, es importante señalar la importancia de crear mecanismos efectivos de reconocimiento y premiación para las empresas que se ciñan a estas prácticas, de tal manera que sirva de estímulo y se vean recompensados con el incremento de valor de la empresa y la consolidación del mercado local.

9. FIDES

El FIDES señala algunos principios básicos, como la adopción en calidad de parte de la cultura de la sociedad, así como el observar altos niveles en la administración —ya sea en la gestión, control y administración de la empresa—, transmitir a todo el personal de manera íntegra para que esto esté incorporado en la administración, tener un buen gobierno corporativo que asegure una rentabilidad adecuada y por último tener interés de los usuarios para ir a instituciones que tendrán una vocación de permanencia.

Por lo demás, el concepto a nivel global a través de la OCDE, considera que el gobierno corporativo es un conjunto de relaciones entre administración de la sociedad y consejos directivos de los accionistas y los terceros interesados, así como una estructura a través de la cual se va a obtener

objetivos específicos y determinados que van a desembocar en un exitoso monitoreo de desempeño y cumplimiento adecuado.

El gobierno corporativo tiene un consejo directivo, un directorio, control interno, auditorios externos e internos. Así como va tener responsabilidad sobre administración integral de riesgos, tales como: riesgos de inversiones, reservas, modelos, entre otros.

10. Skateholders

Se trata de todas las personas interesadas en las empresas, como los usuarios, reguladores, supervisores, intermediarios, ajustadores de valores, calificadores y auditores; como una forma específica de tener una precaución funcional a futuros conflictos de interés.

11. Respuestas a las preguntas del público

11.1. ¿Qué empresas estarían asumiendo el buen gobierno corporativo hoy?

Los llamados doce apóstoles de la economía peruana del autor Francisco Durand. Ello, porque se llevaba muy bien con doce grupos empresariales, pero en principio la respuesta general está referida a todos aquellos que cotizan en la bolsa, porque la SMV lo utiliza como un mecanismo para poder medir el éxito de la empresa. Se tiene aquí diferentes empresas tales como el Grupo Dyer, Goodyear, entre otras. Así, las empresas líderes, tanto medianas y grandes practican en nuestro país el buen gobierno corporativo.

Reglas básicas de la contratación pública*

Jorge Céspedes Ramírez**

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Formas constantes de adquisición de bienes, servicios y obras / 2.1. Procedimientos Clásicos / 2.2. Catálogo electrónico del Acuerdo Marco/ 2.3. Ley de Reconstrucción con Cambios: Ley 30556 y su reglamento D.S. 071-2018-PCM / 3. Normas durante la pandemia / 4. Órganos normativos del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA) / 5. Principios de las contrataciones públicas / 6. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

A diferencia de lo invertido en el 2019 –cuya cifra se computa de 70 mil millones de soles–, solo en el año 2021 se ha invertido 110 mil millones de soles en la adquisición de obras, bienes y servicios en general. El efecto que tuvo y tiene ello en la economía nacional es muy alentador debido a que implica una dinamización en la economía no apreciada en años anteriores, pese al contexto de la pandemia.

En el Perú existen muchos modos de invertir; sin embargo, el Estado cuenta con tres formas constantes de adquisición de bienes, servicios y obras:

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Abogado por la Universidad San Martín de Porres, Estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Federico Villareal, Estudios de Maestría en Investigación y Docencia Universitaria en la Universidad Peruana de Ciencia e Informática. Ha sido Profesor ordinario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad Nacional Federico Villareal, Ex – Coordinador Académico de las Maestrías y Doctorado en Derecho de la UNFV, Ex - Coordinador Académico de las Maestrías y Doctorado en Derecho de la Universidad Peruana Los Andes. Ha sido Juez Especializado en lo Civil de Lima Norte, ex secretario de confianza de la Corte Suprema del Perú. Profesor visitante de posgrado en diversas universidades. Ponente y conferencista en diversos eventos nacionales e internacionales, especializado en temas de Contrataciones con el Estado, Derecho Comercial (Títulos valores, Sociedades Comerciales, y Finanzas).

Procedimientos clásicos, Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco y Ley de Reconstrucción con Cambios.

2. Formas constantes de adquisición de bienes, servicios y obras

2.1. Procedimientos Clásicos

Son denominados clásicos debido a que ha sido aplicado desde hace muchos años. Dentro de este procedimiento se encuentra la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, comparación de precios, etc.

Todos ellos se encuentran regulados por la Ley N° 30235 que, como consecuencia de la modificatoria que ha sufrido por el Decreto Legislativo N° 1341 y N° 1444, el Estado contempló la necesidad de establecerlo en un Texto Único Ordenado, mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF¹.

2.2. Catálogo electrónico del Acuerdo Marco

Otra manera de adquirir es a través de catálogos electrónicos. La Central de Compras Públicas (PERÚ COMPRAS) los ha incorporado al establecer que existen determinados bienes que poseen una ficha de homologación o se encuentran en un listado de bienes y servicios comunes².

Ello ha ocasionado que, si se suscita el escenario en el que cierta municipalidad desee comprar una laptop, no tenga la necesidad de realizar una indagación en el mercado, sino que simplemente ordene la compra del bien o servicio a través de dicho catálogo electrónico, donde ya se encuentra definido el objeto de compra.

Además, el proveedor es elegido a través de un procedimiento denominado el Acuerdo Marco. Los proveedores o los contratistas que deseen formar parte tendrán que presentar su oferta y cumplir con los requisitos establecidos en la base del procedimiento mencionado. Posterior a ello, la Central de Compras pasará a incorporarlo dentro del catálogo electrónico.

Cabe agregar que, en el caso de los procedimientos clásicos, los proveedores tendrán que estar inscritos en el Registro Nacional de Proveedores

¹ La reglamentación en materia de contrataciones con el Estado a lo largo de los años ha sufrido constantes modificaciones. De tal manera que, al emitirse el Decreto Supremo 344-2018- EF se derogó el antiguo Reglamento de los Decreto Supremo 350-2015- EF. Así mismo, el Decreto Supremo 344 - aún vigente- ha sido modificado por el Decreto Supremo 377 -2019- EF; en el 2020, por el Decreto Supremo 168-2020- EF y el Decreto Supremo 250-2020-EF y; en el 2021, por el Decreto Supremo 162 - 2021 -EF.

² Se trata de fichas técnicas que se encuentran en el listado único de bienes y servicios.

(RPE); mientras que, para el catálogo electrónico, tendrán que inscribirse en cada uno de los catálogos del Acuerdo Marco. La importancia de este último se encuentra en que el 40% de las compras en el Perú se realizan a partir de él. Además, este modo de adquisición no consiste en un procedimiento de selección, sino de una efectución de una orden de compra electrónica.

2.3. Ley de reconstrucción con Cambios: Ley N° 30556 y su reglamento D.S. 071-2018-PCM

Se trata de uno de los modos de adquisición más rápidos cuyo procedimiento es usado por el 86% de las entidades y cuenta con un sistema integrado de reconstrucción con cambios. Asimismo, se encuentra bajo el cargo de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios.

Se trata de una ley más simplificadora en cuanto a plazos. Por ejemplo, este modo implica la realización de una licitación pública en 7 días; mientras que, en los procedimientos clásicos es por 22 días.

De este modo, se tiene las tres formas más utilizadas por el Estado. Sin embargo, existen otras maneras, como es el caso de los proyectos especiales de inversión pública regulados por el Decreto de Urgencia N° 21-2020³

3. Normas durante la pandemia

Durante el periodo de emergencia sanitaria, producida por la Covid-19, se han promulgado un conjunto de normas que han sido sumamente importantes. Entre ellas se encuentra el Derecho Supremo N° 080-2020, que estableció la reanudación de la ejecución contractual a través de cuatro fases muy definidas. Sin embargo, como había una lógica premura para iniciar las actividades económicas del Estado, las obras se empezaron a ejecutar en la primera fase.

Posteriormente, al día siguiente de la promulgación de este decreto, se emite la Resolución Directoral N° 006-2020-EF por la Dirección General de Abastecimiento, mediante la cual se establece el permiso para el inicio de las actividades económicas por parte del Estado. Después se expidió el Decreto Legislativo N° 1486, cuyo artículo segundo establecía el modo de

³ A través de este decreto, se crea una persona jurídica con la finalidad de administrar una determinada obra. Un caso dentro del Perú se encuentra en los juegos panamericanos, donde se han aplicado algunos contratos no regulados como los FIDIC o NEC. Este Decreto Supremo en su momento fue visionario; sin embargo, en la actualidad ya encuentra una regulación al respecto. Ahora, este último punto no quiere decir que se excluya por completo de la Ley de Contrataciones del Estado, sino que la misma permite obtener otros tipos de diseño de construcción y la utilización de los contratos FIDIC O NEC.

reconocer las ampliaciones de plazos dados en los 60 días de suspensión. Ello fue pensado debido a que, si se suspendía una obra, se generaría gastos generales variables y fijos, como consecuencia de la ampliación. En ese sentido, este decreto establecía cómo debería de presentarse la ampliación de plazo durante el término de 15 días calendarios a la entidad, cómo esta debía aprobar y cómo el ejecutor de obras debía presentar la aplicación del plan de prevención contra la Covid-19; ello porque también generaba gastos con la compra de alcohol, mascarillas, etc. Cabe agregar que, en algunos casos, llegaba dichos gastos al 10% del presupuesto o del valor referencial de la obra⁴.

Más adelante, se emitió el Decreto Supremo N° 103-2020 PCM en el que se establece que, si el procedimiento de selección habría quedado en el otorgamiento de la buena pro; entonces, no sería considerado nulo, sino que se retrotraería hasta el momento del pliego de absolución de consultas y observaciones, con la finalidad de poder incorporar el plan Anti-COVID⁵.

Luego, se ostenta el Decreto de Urgencia N° 20-2020, que modificaba la Ley de Arbitraje. Este decreto determinaba que, a partir de enero, si el Estado formaba parte del arbitraje, estos iban a ser considerados de carácter institucional. De manera que, bajo este decreto, se sepultaba los arbitrajes ad hoc, que consiste en una forma muy práctica de poder asegurar un fallo o laudo adecuado⁶.

Posteriormente, se dio el Derecho de Urgencia N° 021-2020 o “Proyecto Especial de Inversión Pública”, por el cual se crea también una persona jurídica estatal con capacidad de gasto, en aras de poder invertir de forma independiente respecto de otras actividades. Este proyecto permitió la utilización de los contratos FIDIC, siempre que uno de los contratantes sea extranjero. Luego, se dictó el Decreto Supremo N° 119-2020-EF que se encargaría del Reglamento del Procedimiento de Selección del PEIP.

Más tarde, se dictó el Decreto Supremo N° 168-2020-EF a través del cual se modifica el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Este

4 El decreto establecía que debía incorporarse dentro del presupuesto. No se reconocía como un adicional. Además, ello ha traído muchos problemas debido que, en algunos casos, las entidades hasta la actualidad no han podido pagar por completo.

5 La implementación del plan Anti-COVID fue una problemática porque versaba sobre el procedimiento de selección y no de ejecución del contrato. En la práctica, se retrotraía hasta el momento del pliego, pero la persona que se veía adjudicada en buena pro quedaba sin efecto. Sin embargo, en otros casos donde hubo una adecuada interpretación, se mantenía la buena pro y se retrotraía solamente para el plan Anti-COVID.

6 En la actualidad, dicha institución administra de acuerdo a las reglas ya preestablecidas y con las calificaciones de los árbitros que tenían incorporados los centros de arbitrajes.

decreto trajo consigo elementos que establecían un beneficio para las micro y pequeñas empresas; ya que se les otorgaría el 5% del puntaje total a aquellas que estuvieran inscritas en REMYPE; todo ello, con la finalidad de establecer un principio de igualdad y para que puedan participar. Además, determinó que en las adjudicaciones simplificadas solo debían acreditar el 35% de experiencia en la especialidad, lo que permitiría dinamizar la economía peruana, debido que el 80% de las empresas del Perú son MYPES.

En cuanto al subsiguiente Decreto Supremo N°250-2020-EF, este contuvo dos características especiales: estableció que hasta el mes de septiembre no habría elevación de base y, además, que la junta de resolución de disputas debía aplicarse obligatoriamente a partir de 20 millones de soles en los contratos de ejecución de obra, así como también de los demás contratos.

Esta junta estaría conformada por tres miembros nombrados: uno por una entidad, otro por el contratista y un tercero asignado por ellos. Este tercero resultaría ser el presidente y tendría que ser un técnico con el conocimiento de la ejecución de la obra o un arquitecto especializado. Estas tres personas se encargarían de absolver consultas y decidir sobre los conflictos que se presentaban, con el objetivo de no llegar a la conclusión del contrato con problemas, sino que se pueda resolver durante la ejecución del mismo.

Seguidamente, se emitió el Decreto de Urgencia N° 070-2020 a través del cual se creó un procedimiento especial sin elevación de bases y sin apelación denominado la adjudicación simplificada especial. Este procedimiento solo fue para el mantenimiento de carreteras. Después, se emitió el Decreto Supremo N° 162-2021-EF, que modifica el Reglamento de la Ley de Contratación. Su principal modificación versaba respecto a que la garantía de fiel cumplimiento era una elección del ejecutor. Así, el ejecutor de obras o el contratista iba a escoger entre entregar una carta de fianza o una póliza de caución⁷.

Finalmente, se encuentra el Decreto de Urgencia N° 63-2021, que establecía que se podría optar por la retención del 10%, aun cuando en las bases del procedimiento de selección se haya previsto la carta fianza o la póliza caución.

4. Órganos normativos del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA)

⁷ Entregar una carta de fianza era extremadamente cara para una micro o pequeña empresa. Mientras, por otro lado, la póliza de caución al ser un seguro por la inexecución contractual tenía un precio mucho menor.

En principio, la Dirección General de Abastecimiento se ha constituido como el órgano normativo del SNA, la cual incorpora, dentro del mismo el OSCE, a la Central de compras Perú Compras y la Autoridad de Reconstrucción con Cambios; sin embargo, hasta su implementación, todavía se tiene una división entre ellos: la Dirección General de Abastecimiento y órganos normativos.

Asimismo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es el encargado de supervisión —a través de directivas— y cuenta con una independencia administrativa del Tribunal de Contrataciones del Estado. En consecuencia, este Tribunal se encargará de normar algunos aspectos del Sistema Nacional de Arbitraje y del Sistema Nacional de Abastecimiento por medio de sus resoluciones. Adicionalmente, posee dos funciones de carácter especial: resolver los conflictos en el procedimiento de selección e imponer las sanciones.

Por otra parte, la Central de Compras PERÚ COMPRAS se encargará de regular y supervisar todos los catálogos electrónicos del Acuerdo Marco; mientras que, la Autoridad de Reconstrucción con Cambios tendrá a su cargo la Ley de Reconstrucción.

5. Principios de las contrataciones públicas

Los principios de las contrataciones públicas se encuentran en el artículo 2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado. En ese sentido, en caso de que en el procedimiento de selección falte un principio, este será considerado nulo⁸.

En primer lugar, se tiene el *principio de libertad de concurrencia*. Este principio estima que la entidad no podrá establecer requisitos incongruentes e irracionales, así como tampoco formalidades costosas e innecesarias. Antes, el Decreto Legislativo N° 1017 otorgaba a la entidad una libre discreción para lo que fuera a solicitar. Ello conllevó que cuando se tratara de un contrato de ejecución de obra muy importante se hicieran requisitos muy exagerados, como, por ejemplo, ocurría en el programa de vaso de leche, donde se pedían certificados organolépticos. Sin embargo, un contratista por lo menos postula para más de doce procedimientos de selección, por lo que para cada uno de ellos debía conseguir certificados organolépticos que tenían un costo de mil dólares. De modo que era una práctica que no seguía el principio en mención.

Otro principio es la *igualdad de trato*, que consiste en que todos los proveedores deberían ser tratados bajo el mismo razonamiento legal, sin discrimi-

⁸ A diferencia de las normas que sí admiten excepciones, los principios no lo admitirán.

minación alguna. En algunos casos, las municipalidades cerraban las mesas de partes para no tener más postores. Sin embargo, en la actualidad al ser electrónico permite participar a nivel nacional y tener al mejor postor.

Así mismo, se cuenta con el *principio de transparencia*. Este principio determina que todas las decisiones tomadas por los funcionarios tendrían que ser conocidas por los proveedores. De la mano de este principio, se encuentra el principio de publicidad. Este establece que todos los actos, además de ser conocidos por todos, deben ser publicados en el sistema electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

Por otra parte, se encuentra el *principio de competencia*. Según este principio, la entidad debe establecer procedimientos que permitan participar de forma efectiva y obtener la propuesta más ventajosa.

Luego, se tienen los *principios de eficacia y eficiencia*. El primero significa que el funcionario debe adoptar sus decisiones de acuerdo a lo previsto en la ley, mientras que el principio de eficiencia, consiste en que los procedimientos de selección deben cubrir adecuadamente los intereses públicos. Un caso de aplicación del principio de eficiencia se encuentra en Junín, donde se realizó una licitación pública para comprar balsas, pero la persona que iba a prestar su garantía lo hizo con un día de retraso. De acuerdo a la norma, debía declararse la nulidad del proceso y volverse a convocar; sin embargo, se estaba suscitando una pandemia de fiebre amarilla y dicha acción hubiera diezmando a la población, razón por la que no ocurrió de esa forma⁹.

Además, se tiene el *principio de vigencia tecnológica*, según el cual todos los bienes, servicios y obras deben ser vigentes. No se va a adquirir, por ejemplo, una laptop que posea un gigabyte de memoria, pues sería un absurdo.

Por otra parte, se tiene el *principio de sostenibilidad ambiental y social*, por el cual se establece que el diseño y desarrollo de la contratación debe contribuir con la protección medioambiental, social y el desarrollo humano. Por ejemplo, si se va a construir un estadio, este no debería ubicarse al lado de un colegio o, si se desea construir una prisión, no se haría al costado de un hospital.

De la misma manera, se encuentra el *principio de equidad* que implica que la entidad y el contratista deben guardar equivalencia y proporcionalidad en las prestaciones. Por ejemplo, un proveedor de petróleo suscribe un contrato cuando costaba diez soles, pero ahora cuesta veinte. Ante ello,

⁹ El principio de eficiencia significa poder cumplir con los fines y metas, priorizando la finalidad antes de la forma.

amplias opiniones han establecido que la entidad se encuentra obligada a guardar equilibrio. En ese sentido, en el ejemplo en cuestión se buscará la aplicación de las normas de reajustes previstas en el artículo 38 del reglamento de la ley, pese a no estar previsto en las bases.

Finalmente, se encuentra el *principio de integridad*, a través del cual se establece que todos los que participan en los procedimientos de selección deben guardar la honestidad y la veracidad, evitando cualquier práctica de carácter ilícito.

6. Respuestas a las preguntas del público

6.1. ¿Cuál es la importancia de que exista un método de contratación en función de qué es lo que se va a contratar?

La importancia de que exista un método de contratación es que va a determinar el procedimiento de selección de acuerdo al monto y el objeto. Por ejemplo, si hay bienes por 400 mil soles hacia delante se tendrá que utilizar la licitación pública y, si son menores a 400 mil soles, la adjudicación simplificada. En cuanto si se trata de obras superiores a 1 800 mil soles se usará la licitación pública y, si es menor a 1 800 mil soles, la adjudicación pública. Finalmente, se aplicará el concurso público cuando se trate de servicios y consultorías de obras especializadas superiores a 400 mil soles.

6.2. ¿Cómo se interrelacionan los contratos estatales destinados a la adquisición de bienes, servicios y obras con la dinámica presupuestal del Estado?

En principio, el artículo 39 de la ley del Poder Ejecutivo establece que los sistemas administrativos están debidamente interrelacionados de tal manera que el Sistema Nacional Presupuestario, el Sistema Nacional de los Recursos Humanos, el Sistema Nacional de Contabilidad, el Sistema de Abastecimiento, entre otros, están en constante interacción.

Por ejemplo, cuando se desea realizar la adquisición de una obra, bien o servicio primero se debe hacer una planificación a través del plan estratégico institucional o el plan operativo institucional. Una vez que se tiene ello se recurre a otro sistema, al Sistema Nacional Presupuestario para que otorgue lo denominado como el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA). Posteriormente, ocurre el Plan Anual de Contrataciones (PAC) y luego la publicación en las páginas especializadas.

6.3. ¿Existen algunos intereses adicionales a los de las partes que deben merecer cautela en materia de los contratos que celebre el Estado?

Hay intereses no solamente del contratista y del Estado, debido a que este último cuenta con una serie de instituciones que desean llevar a cabo la adquisición de una obra, bien o servicio. Por otra parte, del contratista también existe interés porque es quien recibe el dinero y quien va a subcontratar a otras personas.

Definitivamente, ante ello la corrupción es un problema que, por lo menos afecta a toda América Latina como, por ejemplo, en Argentina con problemas de corrupción de funcionarios, Brasil con Odebrecht y Panamá con problemas de procedimientos. Por lo tanto, estos aspectos de la corrupción no solamente perjudican al Estado, sino también a todos los particulares que están detrás.

Los operadores de comercio exterior, autorización y categorización*

Richard Chumbiauca Tasayco**

Universidad San Martín de Porres

SUMARIO: 1. Situación del Comercio Exterior del Perú / 2. Balanza Comercial (abril del 2019 – febrero del 2021) / 2.1. Exportaciones Vs. Importaciones / 2.2. Exportaciones No Tradicionales / 3. Casos de Agroexportación / 4. Aspecto tributario en Perú / 5. Operador de Comercio Exterior (OCE) / 5.1. Despachador de Aduana / 5.2. Transportista o su representante del país / 5.3. Operador de Transporte Multimodal Internacional / 5.4. Agente de Carga Internacional / 5.5. Almacén Aduanero / 5.6. Empresa de Servicio Postal / 5.7. Empresa de Servicio de Entrega Rápida / 5.8. Almacén libre (Duty free) / 5.9. Beneficiario de material de uso aeronáutico / 5.10. Asociación Garantizadora / 5.11. Asociación Expedidora / 6. Obligaciones de los OCE / 7. Lineamientos para autorizar los OCE / 7.1. Autorizaciones previas / 7.2. Trayectoria Satisfactoria de cumplimiento / 7.3. Trazabilidad de las operaciones / 7.4. Solvencia Financiera / 7.5. Continuidad en el servicio / 7.6. Sistema de Seguridad / 7.7. Sistema de Calidad. 8. Plazos de autorización / 9. Categorías / 10. Medición del nivel de cumplimiento / 11. Renovación / 12. Representante Aduanero / 13. Aspectos por debatir. / 14. Respuestas a las preguntas del Público.

* Conferencia virtual llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Privado. I Congreso Nacional de Derecho Comercial y Derecho Empresarial, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 22 al 26 de noviembre del 2021.

** Es abogado por la Universidad San Martín de Porres. Estudios de maestría concluidos en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es colaborador en PROA Consultores en Comercio Exterior SAC.

1. Situación del Comercio Exterior del Perú

Actualmente, el Perú mantiene 21 acuerdos comerciales con diferentes países. El más conocido es el Tratado de Libre Comercio (en adelante TLC) con Estados Unidos, pero también existen acuerdos comerciales con otros países. Estos tratados con los principales socios permiten a las exportaciones peruanas asegurar el ingreso a dichos mercados. Recientemente, el Perú ha suscrito el TLC con países del Transpacífico, mediante el cual se accede a nuevos mercados.

Por otro lado, a pesar de los factores internos y externos, la balanza comercial acumulada en los últimos 12 meses a julio de 2021 ha sido superavitaria. Ha alcanzado un nivel de 12 mil millones de dólares a favor del Perú y es considerada la segunda cifra más alta desde que se llevan los registros de la balanza comercial.

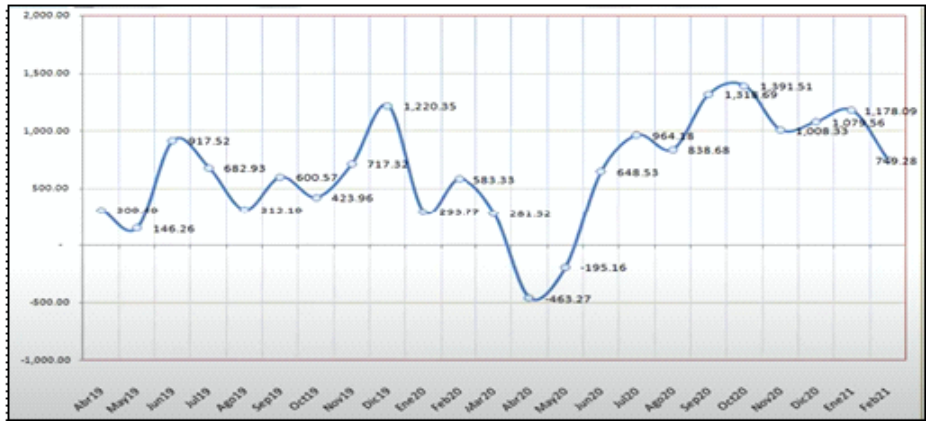
En esa línea, entre enero y julio de este año 2021 se ha acumulado un superávit comercial de 6 mil millones de dólares. Asimismo, durante el período de enero a agosto del 2021, las exportaciones han crecido en un nivel del 44,6%, lo que implica uno de los crecimientos más altos que se tienen registrados.

Por su parte, en cuanto a exportaciones tradicionales (metales, minerales, etc.), se tiene un 48,6% de crecimiento; mientras que, en lo concerniente a las exportaciones no tradicionales, se observa un 35,9% de crecimiento. Asimismo, se encuentran registradas como exportadores 7 mil empresas, de las cuales 2 mil constituyen pequeñas y medianas empresas.

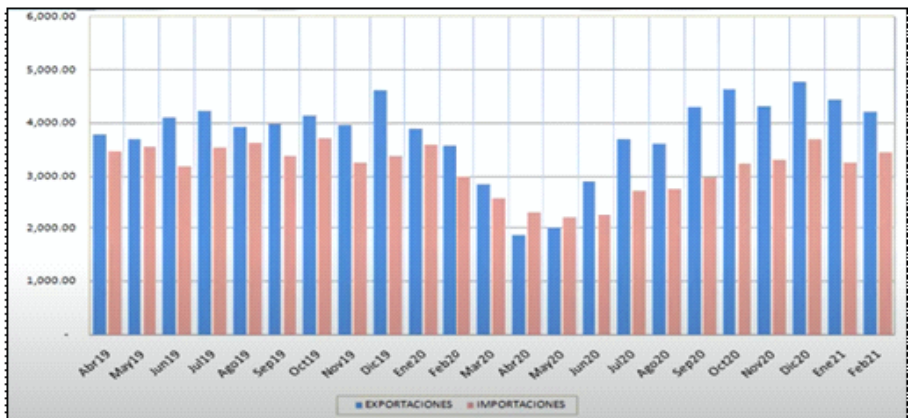
El comercio exterior es impulsado por un mayor intercambio con países asiáticos, prácticamente un 47% del total. Esto se aprecia especialmente en el caso de comercio con China, uno de los que más crecimiento ha experimentado en los últimos meses, que es un 63%, destacándose pesca y minería como los principales sectores de exportación a China. Según el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante MEF), otros sectores de crecimiento ha sido el de joyería, cuyo crecimiento ha sido del 281%, metalurgia con 102%, textil con 82%, pesca con 60%, minería con 51%. Sin duda, en estos sectores ha habido un dinamismo de una envergadura especial

2. Balanza Comercial (abril del 2019 – febrero del 2021)

En el presente gráfico se aprecia que en los meses de abril y mayo del 2020, se registró una reducción de las exportaciones. En los demás meses se ha tenido una respuesta superavitaria en la balanza comercial.



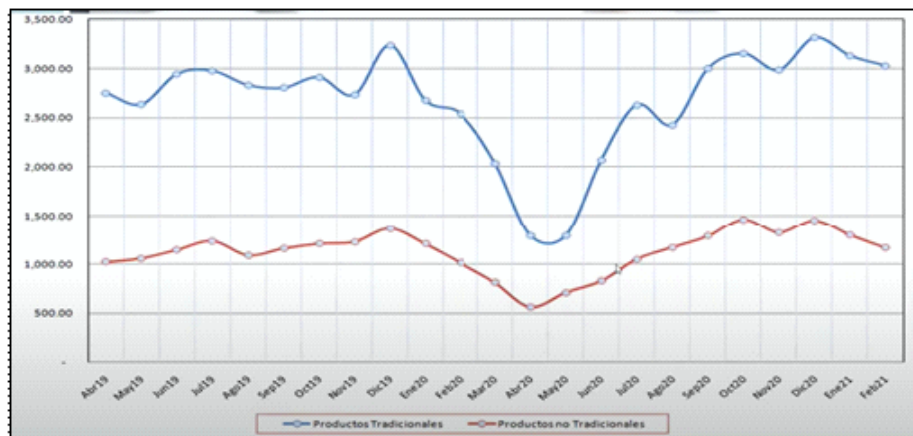
2.1. Exportaciones Vs. Importaciones (abril del 2019 – febrero del 2021)



En la siguiente gráfica de barras, se observa que las barras de color azul representan las exportaciones; mientras que, las barras de color rojo, las importaciones. Salvo en los meses de abril y mayo 2020, se registraron mayores importaciones respecto de las exportaciones. No obstante, en todos los demás meses, se registraron mayores exportaciones que importaciones, lo que se traduce en un superávit en la balanza comercial.

2.2. Exportaciones No Tradicionales

En el siguiente gráfico se puede observar las exportaciones tradicionales, representadas por la línea azul; mientras que, las no tradicionales están representadas por la línea roja. Estas últimas generan empleo y mayor dinamismo en la economía.



Adicionalmente, es menester destacar que el Perú posee zonas económicas de desarrollo (en adelante ZED). Entre ellas, se pueden señalar: La Zona Económica de Desarrollo de Paíta (ZED PAÍTA), Zona Económica de Desarrollo de Matarani (ZED MATARANI), También la ZED ILO, y al sur, la Zona Franca de Tacna (ZOFRATACNA), con la cual se pretende promover aún más la inversión con la finalidad de –a su vez– promover las exportaciones.



3. Casos de Agroexportación

Ahora bien, en los casos de agroexportación, se destaca el Perú como mayor productor a nivel mundial en ciertos productos; teniendo como principales agroexportaciones a la uva, los mangos, las paltas, los arándanos, la quinua y los espárragos.

En el caso de la uva, el primer lugar corresponde a China y el segundo a Perú. Respecto a los mangos, la cuarta ubicación le pertenece al Perú. En palta, Perú ocupa el tercer lugar como productor después de México y Países Bajos. El Perú destaca por ser el primer productor en exportación de arándanos, quinua y espárragos a nivel mundial. De modo que, no solamente, el dinamismo en el sector industrial, sino también en el sector de agroexportación, lo que genera un incremento de mano de obra en las ciudades donde se ha aumentado el empleo.

Precisamente, los 21 acuerdos comerciales que tiene el Perú son los que permiten a las empresas agroexportadoras del país colocar sus productos en estos mercados sin pagar aranceles.

Productos	Part.% en Agroexportación 2020	Países						
		Perú	Chile	Países Bajos	EE.UU.	España	México	China
Uvas	22,3	2°	3°	6°	5°	8°	34°	1°
Mangos	11,8	4°	118°	3°	17°	8°	2°	11°
Paltas	8,8	3°	5°	2°	6°	4°	1°	67°
Arándanos	2,1	1°	2°	3°	5°	4°	7°	47°
Quinua	2,1	1°	25°	3°	4°	5°	56°	50°
Espárragos	1,6	1°	49°	5°	3°	4°	2°	22°

Fuente: BCRP, Trademap, proyecciones MEF.

4. Aspecto Tributario en Perú

Los derechos arancelarios en el Perú tienen tres niveles. En primer lugar, la tasa de 11%, que es la tasa de protección a ciertos productos sensibles que produce el Perú. En segundo lugar, un nivel intermedio es la tasa del 6%. En tercer lugar, la tasa de 0%. Cabe puntualizar que existe un cuarto nivel del 4% aplicado para los envíos de entrega rápida. Sin embargo, los más conocidos y relevantes para el empresario son los tres niveles mencionados anteriormente.

En cuanto al nivel de 0%, surge la interrogante ¿Cuántas partidas del arancel de Aduanas están en 0%? Al respecto, se precisa que están en 0% el 71.4% del arancel, lo que evidencia una apertura comercial que permite al consumidor acceder a productos. Es decir, las 2/3 partes del arancel ya están en 0%. Respecto de aquellas partidas que están en el 6%, es posible acogerse a los TLC.

En lo concerniente a los procedimientos aduaneros, la Aduana peruana viene, desde hace un promedio de 25 años atrás, generando procedimientos cada vez más simplificados y acordes con la dinámica del comercio exterior. A raíz de la pandemia que afecta al mundo entero, la Aduana, afortunadamente, habría creado sus procedimientos aduaneros digitales, de tal manera que, se flexibiliza aún más el trámite con la finalidad de evitar los trámites presenciales.

Sobre la importación, se cuenta con un despacho anticipado que le permite al importador, previa presentación de la garantía obtener el levante de sus mercancías en un plazo máximo de 48 horas. En cuanto a las exportaciones, la atención de la SUNAT son las 24 horas del día, incluso sábados, domingos y feriados. Esto último quiere decir que, se tiene una atención permanente respecto a las exportaciones por parte de la Administración Aduanera.

En lo relativo a los controles, se tienen los canales rojo-naranja que corresponden a que el control sea físico y documentario por parte de la SUNAT, pero en un nivel del 12%, que puede ser distribuido brindando un 6%, rojo y el otro 6%, naranja. En esa línea, cabe agregar que el 88% de la totalidad de las Declaraciones son asignadas al canal verde, lo que no necesariamente significa la inexistencia del control, sino que, la Aduana, al momento del despacho, genera sobre la base de cierta información la selección de los canales para aquellas mercancías de alto riesgo y respecto de las mercancías de bajo riesgo son asignadas al canal verde. Sin embargo, estas declaraciones no están exentas de una eventual acción de control extraordinario o de una auditoría o fiscalización por parte de la SUNAT.

Ahora bien, se ha detallado el panorama general, la pregunta es ¿Dónde están los operadores del Comercio Exterior? El operador del comercio exterior es la pieza clave para obtener todos estos logros que han sido señalados anteriormente.

5. Operador de Comercio Exterior (OCE)

Según se desprende de la definición brindada por la ley, el Operador de Comercio Exterior es aquella persona natural o jurídica autorizada por la

Administración Aduanera.

Por ello, los logros en cuanto a crecimiento que se han observado en los últimos años han sido un trabajo coordinado tanto de la Administración Aduanera como de los Operadores de Comercio Exterior. En esa línea, cabe destacar que la Administración Aduanera es una entidad profesional, que en los años 90 reclutó a jóvenes profesionales de distintas universidades y que, a lo largo de estos 30 años, ha logrado convertirse en una entidad de primer nivel.

Ahora bien, conviene puntualizar quiénes son los Operadores de Comercio Exterior.

5.1. Despachador de Aduana

Es el que presta el servicio de gestión del despacho aduanero y puede ser: Dueño o consignatario (propio importador en la medida que tenga la autorización de la SUNAT), despachador oficial (aquel que trabaja en alguna entidad del Estado y, solamente, para gestionar los trámites de esa entidad, por ejemplo, un Ministerio) o el agente de aduana (aquel que brinda servicios a particulares, puede ser una empresa o un privado que cuenta con una autorización de la Aduana).

Al agente de Aduana se le ha otorgado una clave electrónica para el ejercicio de sus funciones, lo que implica que, en tanto cumple con supervisar y revisar los productos, de estar todo conforme, se transmite por medios electrónicos a la SUNAT. Con este primer filtro, la SUNAT asigna los tres canales (rojo, naranja o verde), debiéndose asumir que previamente el agente de Aduanas ha efectuado la revisión de los documentos. Por esa razón, consideramos que el agente de aduanas es el factor clave en las operaciones de comercio exterior.

5.2. Transportista o su representante del país

Es el que presta el servicio de traslado internacional de pasajeros y mercancías, o que tiene el mando del transporte o la responsabilidad de este, y que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente. Por ejemplo, cuando se compra una mercancía por internet en México, un transportista se encarga de realizar el transporte internacional de esa mercancía. Para efectos de realizar el servicio de traslado, el transportista deberá contar con la autorización del MTC y, además, la validación y tramitación por parte de la SUNAT. Asimismo, el transportista cuenta con un código o clave electrónica, de tal manera que, antes del ingreso o llegada al país de destino, deberá transmitir la información del manifiesto de la carga

a la Administración aduanera.

5.3. Operador de Transporte Multimodal Internacional

Es el que por sí o por medio de otro que actúe en su nombre, celebra un contrato de transporte multimodal en virtud del cual expide un único documento de transporte multimodal, asumiendo la responsabilidad de su cumplimiento. El operador de transporte multimodal actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor o de los porteadores que participan en las operaciones de transporte multimodal, y cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

Esto es muy novedoso, se aplica para aquel tipo de transporte que utiliza más de una vía, ya sea la vía marítima, la vía ferroviaria, la vía terrestre o de otro tipo. A ese tipo de transportes está dirigida la función del operador de transporte multimodal internacional.

5.4. Agente de Carga Internacional

Es el que realiza y recibe embarques, consolida y desconsolida mercancías y emite los documentos propios de su actividad, que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

Es importante, puesto que, si bien la gran empresa necesita un transportista, la pequeña o mediana empresa necesita un agente de carga. Se resalta su relevancia ya que el agente de carga es quien va a consolidar en un contenedor mercancías de distintos importadores, es decir, se encarga de formar un solo contenedor para, posterior a ello, entregarlo al transportista.

Su papel es fundamental porque es quien transmite a la SUNAT, los datos de la mercancía desconsolidada; es decir, el transportista puede traer un contenedor, pero este solo cuenta con el nombre del agente de carga, siendo este último quien tiene los nombres de cada uno de los consignatarios de cada uno de los bultos. Por tanto, es el agente de carga el que deberá transmitir datos de los consignatarios finales.

5.5. Almacén Aduanero

Es el que presta servicio de almacenamiento temporal de mercancías para su despacho aduanero, entendiéndose como tales a los depósitos temporales y depósitos aduaneros.

Mientras el importador realiza el trámite con su agente de aduanas, la mercancía debe ingresar en un almacén para su custodia hasta la obtención del levante.

En el régimen de exportación, la mercancía también debe ingresar a un almacén aduanero para someterse al control aduanero. Pero existe una excepción. Cabe la posibilidad que el exportador solicite el ingreso de la carga directamente al puerto sin necesidad de ingresar a un almacén aduanero. Esta figura se denomina traslado directo al puerto, pero ello, evidentemente, deberá realizarse con previa autorización de la SUNAT.

5.6. Empresa de Servicio Postal

Es la que presta servicio postal internacional y que cuenta con la autorización conforme a la legislación vigente.

5.7. Empresa de Servicio de Entrega Rápida

Es la que presta servicio internacional de los envíos de entrega rápida, que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente. Ellos se encargan de hacer el trámite *door to door* o de puerta a puerta, puesto que recogen el paquete de la tienda donde se ha realizado la compra electrónica y ellos se encargan de transportarlo, recibirlo en su almacén correspondiente, realizar el trámite de importación, pagar los impuestos y, una vez que tiene el levante por la autoridad aduanera, retirar el paquete y entregar al importador.

5.8. Almacén libre (Duty free).

Es la que presta servicio de recepción, permanencia y conservación de mercancía en los puestos y aeropuertos internacionales sujeta al régimen especial de *Duty free*.

En este caso, son las tiendas que se encuentran en el sector de salida del aeropuerto internacional Jorge Chávez. Estas tiendas tienen la posibilidad importar diversos productos, sin pagar impuestos. No se le cobra impuestos porque venden los productos a los viajeros que salen del país, entonces, no son bienes que serán consumidos dentro del país.

5.9. Beneficiario de material de uso aeronáutico.

Es el que presta servicio de recepción, permanencia y conservación de material de uso aeronáutico, que cuenta con la autorización de la entidad pública correspondiente.

Uno de los problemas que afectan al Perú es la desconexión entre la capital y las ciudades del interior del país. Para disminuir la distancia que se tiene en las distintas ciudades es que se permite brindar a las empresas que se dedican al transporte aéreo, ingresar el material de uso aeronáutico.

Asociación Garantizadora.

Es aquella que, en el marco del Convenio Relativo a la Importación Temporal, garantiza las obligaciones del régimen de admisión temporal para reexportación en el mismo estado y está afiliado a una cadena de garantía.

El Convenio Relativo a la Importación Temporal regula tres beneficios, especialmente para personas naturales: a) la admisión temporal sin declaración, b) la admisión temporal sin garantía y c) la admisión temporal sin los servicios de un agente de aduanas. Sobre este último punto, vale decir que, el propio beneficiario del régimen de admisión temporal podrá ingresar sus bienes o sus equipos, sin ser necesario que, ante ese ingreso, se presente una garantía, agente de aduanas, o una declaración de la SUNAT. Lo único que va a requerir presentar son los cuadernos ATA. Los cuadernos ATA son emitidos por una asociación expedidora y que, a su vez, cuenta con una garantía de la asociación garantizadora.

5.10. Asociación Expedidora.

Es aquella que, en el marco del Convenio Relativo a la Importación Temporal, expide los títulos de importación temporal para reexportación en el mismo estado y está afiliada directa o indirectamente a una cadena de garantía.

Es recomendable profundizar sobre los tópicos de agentes de aduana, los transportistas y los almacenes de aduanas, toda vez que, a pesar de las circunstancias actuales, se observa un mayor dinamismo en la actividad que realizan los operadores de comercio exterior.

6. Obligaciones de los OCE

Resulta necesario conocer las obligaciones que poseen los operadores de comercio exterior. Al respecto, la Ley General de Aduanas establece lo siguiente:

- Cumplir, mantener y adecuarse a los requisitos exigidos para su autorización. Si la SUNAT los ha autorizado, lo mínimo que se requiere a los operadores es mantener los requisitos bajo los cuales han sido autorizados a operar.
- Someterse al control aduanero: Esto implica que cada vez que la entidad les requiera una acción de control, los operadores deben facilitar, no impedir u obstaculizar la realización del reconocimiento físico, de la inspección, de fiscalización o de cualquier acción de control. En otros términos, el operador deberá cooperar con el control

aduanero.

- Proporcionar, exhibir, expedir o transmitir la información o documentación de manera veraz, auténtica, completa y sin errores; incluyendo aquella que permita identificar la mercancía antes de su llegada o salida del país, en la forma o plazos establecidos legalmente o dispuestos por la Administración Aduanera (AA). Cabe señalar que la información debe ser veraz en aras de la transparencia y mantener un procedimiento adecuado que le permita a la SUNAT contar con la información oportuna. Asimismo, es preciso evitar el caso de errores puesto que ello puede producir la generación de multas. La documentación debe ser conservada por el plazo que determine la AA, con un máximo de 2 años. Sobre esto, conviene precisar que, debido a la pandemia, se requiere la documentación electrónica.
- Comparecer ante la AA cuando sean requeridos. Significa presentarse ante la entidad aduanera cuando sea solicitado.
- Cumplir con las obligaciones en los plazos establecidos por la normatividad o la AA. Para ello, la Aduana viene generando mecanismos de facilitación a través de los procedimientos aduaneros. Cada régimen aduanero con su respectivo procedimiento.
- Entregar, recibir, retirar, vender, disponer, trasladar, destinar a otro fin, transferir o permitir el uso por terceros de las mercancías, conforme a lo establecido legalmente o cuando cuenten con la autorización de AA, según corresponda.
- Almacenar y custodiar las mercancías que cuenten con documentación sustentatoria en lugares autorizados para cada fin, de acuerdo a lo que establezca el Reglamento o la AA.
- Contar y mantener la infraestructura física y adoptar las medidas de seguridad necesarias que garanticen la integridad de la carga, eviten su falta o pérdida, impidan su contaminación u otra vulneración a la seguridad cuando la carga se encuentre bajo su responsabilidad; así como implementar y mantener las medidas de seguridad dispuestas por la autoridad aduanera.
- Otras que establezcan el reglamento.

7. Lineamientos para autorizar a los OCE

Para obtener la autorización y actuar como Operador de Comercio Exterior se deben seguir ciertos lineamientos. Algunos son aplicados para agentes, otros se aplican para almacenes, etc.

7.1. Autorizaciones previas

En primer lugar, es necesario contar con autorizaciones previas. Esto se aplica para los agentes de carga o el transportista que requieren autorización del MTC, no se aplica para los agentes de aduana ni para los almacenes. Una vez cuenten con la autorización previa, podrán solicitar su autorización ante la SUNAT.

7.2. Trayectoria Satisfactoria de cumplimiento

Por otro lado, se tiene la trayectoria satisfactoria de cumplimiento que es de carácter transversal, porque se aplican para la mayoría de los operadores. Los requerimientos que se destacan en este punto son los siguientes:

- Haber cumplido con las obligaciones tributarias y aduaneras administradas por la SUNAT.
- Haber logrado la categoría necesaria para renovar la autorización. Esto se debe a que la autorización no es de carácter perpetuo, cuando la SUNAT autoriza tiene la obligación de ejercer un control sobre el operador autorizado. Para ello las autorizaciones son otorgadas por un lapso de tiempo y al vencimiento del plazo será necesario realizar la renovación de la autorización.
- El titular, gerente general o representante aduanero no deben registrar en los últimos dos años anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, aspectos como, sanción por infracción administrativa prevista en la Ley N° 28008, sanción de inhabilitación establecida en la LGA o condena por sentencia firme y vigente por delitos dolosos.
- Durante los últimos 2 años anteriores a la presentación de la solicitud, el titular, el gerente general o representante aduanero no deben haber ejercido funciones para un OCE en la fecha que a este último no se le hubiera renovado la autorización o cuando fue sancionado con cancelación o inhabilitación.
- Contar con un representante aduanero y un auxiliar de despacho acreditados a dedicación exclusiva. Este requerimiento resulta fundamental ya que los procedimientos aduaneros se mejoran de manera permanente, lo cual requiere de los representantes y personal auxiliar de las agencias de aduana una constante capacitación que deberá ser demostrada con un examen de suficiencia.

Debe precisarse que para asumir el cargo de operador de comercio exte-

rior previamente debe haber una preparación y capacitación acorde con la función a desempeñar, lo cual, evidentemente requiere de un conocimiento de la normativa que regula la materia. Esta preparación o capacitación se complementa con los requerimientos previamente señalados.

7.3. Trazabilidad de las operaciones

Contar con un sistema informático y de control interno que asegure la trazabilidad de operaciones y mercancía, así como la confiabilidad de la información registrada y, de corresponder, permita el acceso permanente en línea por la Administración Aduanera. Es la obligación que tienen los operadores de contar con un software o programa que permita a la SUNAT realizar la trazabilidad de las operaciones, en caso de importaciones y exportaciones.

7.4. Solvencia Financiera

Evidentemente, porque son empresas, especialmente tratándose de los almacenes, los agentes de aduanas o los agentes de carga, las que deben presentar una garantía, que soporte el cumplimiento del pago de las multas si eventualmente el operador incurriera en una infracción.

7.5. Continuidad en el Servicio

Se pretende que el operador, por lo menos, haya tenido con un despacho al año y que garantice que está realizando operaciones de comercio exterior.

7.6. Sistema de Seguridad

Este aspecto resulta de especial importancia en la actualidad, pues se requiere que los operadores de comercio exterior cuenten con un sistema de seguridad con las siguientes características:

- Contar con un sistema de gestión de riesgos
- Contar con instalaciones y equipos adecuados
- Contar con instalaciones y servicios para el uso de la AA.

Por el momento, este lineamiento está dirigido a los almacenes. No obstante, podría aplicarse a futuro para un mayor número de operadores.

7.7. Sistema de Calidad.

Se necesita que el servicio que van a brindar los operadores de comercio exterior sea de calidad. Para ello, se debe acreditar la implementación de

un sistema de gestión de calidad. Asimismo, contar con un portal corporativo que permita a los clientes conocer estado del servicio contratado y manifestar reclamos o quejas. Adicionalmente, también será necesario contar con sus instalaciones y equipos que aseguren la prestación de un servicio aduanero de calidad.

8. Plazos de Autorización

Si bien es cierto, se ha señalado anteriormente que la autorización no es perpetua, en el caso de las empresas de servicio postal y para entidades públicas que no conformen la actividad empresarial del Estado, el Reglamento de la Ley General de Aduanas ha señalado que el plazo será indefinido.

Para los demás operadores, existen plazos definidos. Por ejemplo, se ha establecido un plazo de 5 años para el almacén aduanero, la empresa de servicio de entrega rápida (ESER), el beneficiario de material de uso aeronáutico, el almacén libre o Duty free, la asociación garantizadora y la asociación expedidora. Los demás operadores, dentro de los cuales se encuentran las Agencias de Aduana, tendrán un plazo de autorización de 3 años.

El plazo se computa a partir del primero de febrero del año siguiente de la fecha de otorgamiento de la autorización.

9. Categorías

Uno de los tópicos importantes en el nuevo esquema de autorización a los operadores de comercio exterior es el cambio del “criterio de autorización de acceso” al “criterio de autorización por desempeño”. Todos los operadores serán sometidos a un proceso de categorización en atención a las sanciones que hayan recibido a lo largo de un año. La Aduana será la responsable de categorizar al operador, lo cual servirá para el momento de presentación de la garantía, siendo el caso que un operador puede presentar una garantía por montos menores, si no ha incurrido en infracciones o ha tenido muy pocas multas.

Entre las categorías se tiene: La categoría A, la cual será conservada en tanto se cuente un nivel de cumplimiento mayor o igual a 90%, siendo la garantía a presentar de un monto menor. En segundo lugar, la categoría B, cuyo nivel de cumplimiento debe ser mayor o igual a 60% y menor a 90%. Por último, la categoría C, la que se otorga cuando se haya evidenciado un nivel de cumplimiento menor de 60%, siendo la garantía de un monto mayor y, eventualmente, si continúa en la categoría C, la renovación de autorización no será otorgada.

En este punto radica la importancia de la preparación y la capacitación del representante aduanero y del auxiliar de despacho, con la finalidad de no incurrir en infracciones que ocasionen la afectación en la categorización de las Agencias de Aduana y demás operadores.

10. Medición del Nivel de Cumplimiento

La Administración Aduanera mide el nivel de cumplimiento de sus operaciones aduaneras desde la fecha del otorgamiento de la autorización o renovación hasta el fin del cómputo del plazo de la autorización, conforme a lo establecido por la AA.

El nivel de cumplimiento se mide por las infracciones determinadas, de acuerdo a lo establecido en la Tabla de Sanciones. Esto se relaciona a la categorización en la medida que la medición permite determinar las multas que incurrido el operador por las infracciones en que haya incurrido.

11. Renovación

Al término del plazo otorgado, la autorización del operador se renueva para las categorías A y B automáticamente por el mismo plazo y se computa a partir del primero de febrero del año de renovación. En cambio, para la categoría C, no se renueva.

12. Representante aduanero

Se había señalado anteriormente que el operador de comercio exterior estrella es el agente de aduanas y que una pieza importante o actor principal dentro de una agencia de aduanas es el representante aduanero. La función que desempeña es representar al OCE en actividades vinculadas al servicio aduanero. La Administración Aduanera acredita al representante aduanero por un plazo mínimo de un año. La renovación se efectúa de acuerdo a su trayectoria de cumplimiento, conocimientos técnicos para ejercer sus funciones entre otros factores.

Entre los requisitos para ser representante aduanero se consideran los siguientes:

- a) Copia de la certificación de estudios universitarios concluidos.
- b) Solicitud a través de una Declaración Jurada de cumplir las siguientes condiciones: (i) Contar con certificación de haber aprobado del programa de estudio de Representante Aduanero, impartido por SUNAT o una institución educativa. (ii) No haber sido sancionado por infracción administrativa prevista por la Ley de Delitos Adua-

neros. (iii) No tener sanción de inhabilitación. (iv) No tener condena con sentencia firme y vigente por delito doloso.

13. Aspectos por debatir

Como primer aspecto a debatir, cabe destacar una novedad relativa al criterio de acceso para ser operador de comercio exterior, ya que anteriormente la Aduana autorizaba a los operadores con requisitos de acceso, es decir enormes barreras para obtener la autorización para operar. Hoy día, dichas barreras han disminuido. No obstante, el mantenimiento de su autorización requiere de una acreditación de su correcto desempeño. En ese sentido, si una empresa desea mantener la autorización otorgada por la SUNAT, no debe incurrir en infracciones. Para ellos, el objetivo del día a día, debe ser mantener su categoría A o categoría B y, de esa manera obtener la renovación de su autorización. En cambio, si ha incurrido en infracciones y obtiene la Categoría C, no podrá obtener la renovación de su autorización y desaparecerá. En eso consiste el criterio de acceso por desempeño.

Otro aspecto interesante es la clave electrónica, que es la herramienta para la transmisión de las declaraciones y que sustituyen la firma manuscrita de representante aduanero. En un reciente Informe del área jurídica de la SUNAT (Informe N° 079-2021-SUNAT/340000), se indica que la firma manuscrita contemplada en el artículo 134 de la Ley General de Aduanas está referida a la del representante aduanero. No debe interpretarse que está referida a la del gerente general de la agencia de aduanas. Frente a ello, proponemos que, así como la SUNAT otorga una clave electrónica a la Agencia de aduanas, también otorgue una clave secundaria al representante aduanero, ello con la finalidad de que este último pueda validar o indicar las declaraciones que ha revisado, respecto de las cuales asume la responsabilidad personal y directa.

Otro aspecto importante está referido a la responsabilidad solidaria de los Agentes de Aduanas, que se rige por la Ley N° 27325, la cual señala que los agentes de aduana son responsables por los hechos propios en que hubieren incurrido. Si se trata de una factura falsa o de un documento adulterado, el agente de aduanas que recibe un documento adulterado no podría ser responsable por un documento que ha recibido. Entonces, se evidencia que la Ley limita y precisa la responsabilidad solidaria de los agentes de Aduanas.

Finalmente, se requiere que la SUNAT implemente los criterios de gradualidad para la aplicación de sanciones, conforme se encuentra previsto en el artículo 195 de la Ley General de Aduanas. En efecto, tenemos una

tabla de sanciones con una enorme relación de infracciones y multas, pero al no haberse implementado un régimen de gradualidad, resulta que a la primera infracción se aplica la multa de manera inmediata, ocasionando que el operador se vea afectado en su categorización de manera automática. A pesar de que el régimen de gradualidad ha sido previsto en la Ley, no ha sido aún implementada por la autoridad aduanera.

14. Respuestas a las preguntas del público:

14.1. ¿Considera usted que existen operaciones aduaneras que traban la facilitación del comercio internacional? De ser así, ¿Cuáles cree que deberían de cambiar?

Sí, de hecho, existen una serie de propuestas al respecto. Por ejemplo, una de ellas es hacer reconocimiento físico remoto, para lo cual una de las alternativas sería realizar las operaciones de reconocimiento físico a través de drones. Lo importante es que, así como se protege a los funcionarios de la Aduanas, también es necesario proteger a los trabajadores de la Agencia de Aduanas, con la finalidad de privilegiar los controles por vía remota.

Tal es el caso de la Resolución de Superintendencia N° 169-2021/SUNAT publicada el 26 de noviembre de 2021 que permite efectuar el reconocimiento físico de manera remota a través de cámaras de vídeo. Será interesante conocer cómo se implementará. Se asume que los almacenes, además de las cámaras que tienen señaladas a lo largo de todo el perímetro, deberá contar con cámaras adicionales que permita filmar el reconocimiento físico de mercancías y archivarlas. Eventualmente, será preciso ponerlas a disposición de la SUNAT cuando sean requeridas.

Cabe recordar que aproximadamente el 88% de los trámites de las declaraciones de Aduanas son asignadas al canal verde, lo que significa que trabajo operativo de la agencia de aduanas estaría limitado a un 5% o 6% canal rojo, y otro 5% al canal naranja, que es donde se requiere la participación del auxiliar de despacho con la finalidad de acercarse al almacén y poder realizar el reconocimiento físico o enviar por internet los documentos para que la Aduana efectúe la revisión documentaria correspondiente desde su oficina sin necesidad de acercarse a los almacenes.

14.2. ¿Una agencia de aduanas está obligada a contratar a un representante aduanero a través de un contrato de trabajo o es suficiente que el vínculo se dé mediante un contrato de locación de servicios?

En el ámbito laboral se respeta la libre voluntad de las partes, por lo que no será necesario un contrato específico. La obligación de la Agencia de Aduanas cada vez que cambie de representante aduanero es que comunique a la SUNAT, todo ello deberá ser realizado a través de medios electrónicos.

14.3. ¿El agente de aduanas tiene que ser exclusivo?

A partir del 1 enero del 2022, salvo que haya una comunicación en las siguientes semanas, las agencias de aduanas y los servicios de las empresas de entrega rápida deben contar con un representante aduanero exclusivo. Así está previsto en la norma nacional por lo que las agencias de aduanas o las empresas de entrega rápida deben contar con un representante aduanero exclusivo a fin de no cometer una infracción que pueda ser sancionada por la SUNAT.

14.4. ¿Cuáles serían los nuevos retos que se ha presentado hacia los operadores de comercio exterior tras el contexto de la pandemia?

Una inicial preocupación era que la Aduana había sistematizado sus procesos desde hace varios años atrás y este es un esfuerzo que ha venido haciendo la Aduana, desde mediados de los años 90. Ha sido la primera institución desde el año 1999 en obtener un ISO a nivel internacional por haber sistematizado sus procedimientos. El día de hoy, es importante contar con una aduana de primer orden a nivel mundial.

Ahora bien, para efectos de la pandemia existía la preocupación de que algunos operadores no habrían estado a la altura o a la misma velocidad de la Aduana. En ese sentido, se observó que algunos operadores continuaban exigiendo documentación en físico firmada. Considerando la pandemia, la Aduana habría agilizado sus procedimientos de digitalización, pero algunos operadores se habían retrasado en esta digitalización. Así, se observaban las largas colas de jóvenes en las oficinas de estos operadores para pagar un monto de dinero, a cambio del mismo documento, pero con un sello, el cual estaba siendo cobrado por una suma excesiva.

Esta situación se reformuló mediante la implementación de trámites virtuales. A pesar de las dificultades y los debates que han ocurrido, se destaca que a través de las herramientas legales se permitirá perfeccionar el comercio exterior. Cabe indicar que esta problemática que ha sido mencionada ocurre solamente en la vía marítima, no en la vía terrestre o aérea. Se espera que, en los próximos meses, esta problemática pueda ser superada por todos los operadores.

14.5. ¿Cuál sería el motivo del incremento del número de operadores de comercio exterior y los posibles efectos que se podrían producir?

Desde cierto enfoque se puede asumir que los operadores han considerado que “la unión hace la fuerza”. Muchos de los operadores, lo que hacen es fusionarse o unirse y generar una nueva empresa más sólida. Entonces, es una reestructuración societaria a fin de hacerle frente a la crisis o lidiar con los nuevos retos.