

COMITÉ EDITOR:

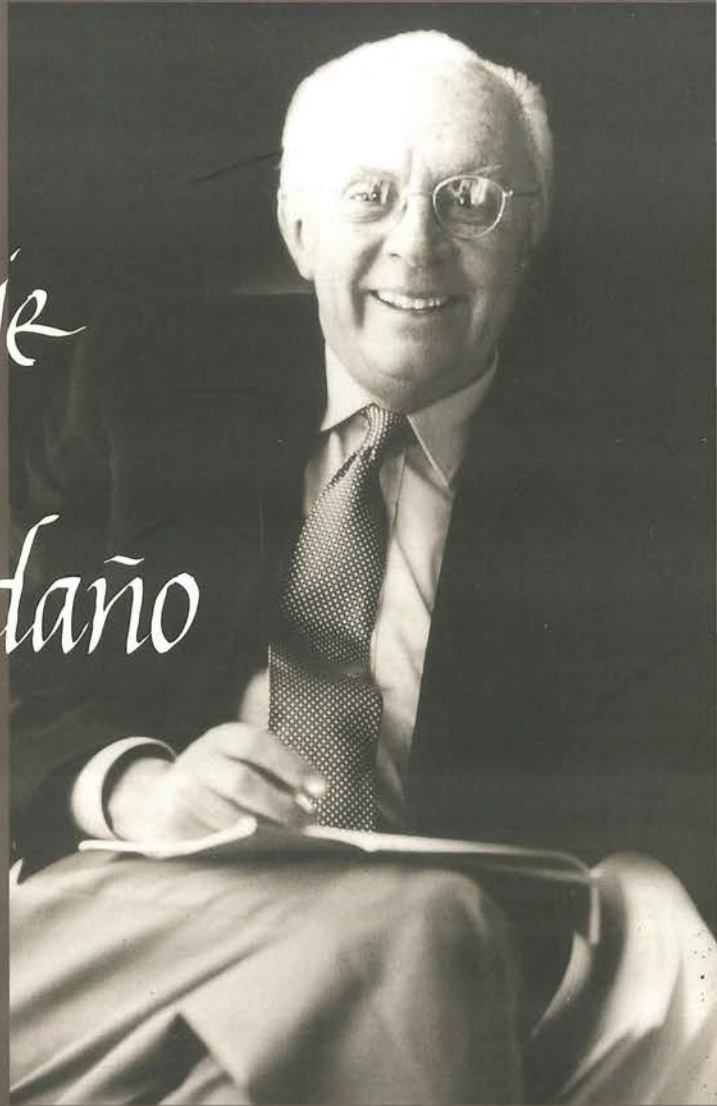
Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Habiendo vivido su experiencia universitaria como alumno en nuestro claustro, Jorge Avendaño quiso prolongar esa esencial vinculación con su Alma Máter al asumir, desde hace ya más de tres décadas, la noble tarea de formar en ella criterios y conciencias. Su destacada labor como docente ha hallado además un elevado complemento en su firme compromiso con el desarrollo de su Facultad. Así, en los diversos puestos que allí ha ocupado, entre los que se cuenta el de haber sido dos veces decano, no solo se ha encargado de mantener la tradición y el prestigio que distinguen a esta especialidad, sino de ensanchar y abrir nuevos horizontes para ella, alentando la aparición de nuevos profesores e investigadores, impulsando el interés por ensayar miradas interdisciplinarias y fortaleciendo el trabajo de promoción social. Difícil concebir, entonces, una imagen justa del doctor Avendaño divorciándolo de su quehacer en las aulas. Y sin embargo, sería no menos injusto olvidar su activa participación en el terreno de la vida pública. Como decano del Colegio de Abogados de Lima, como congresista de la República, como asesor en diversos procesos de reforma constitucional en materia de justicia, él ha logrado hacer de su actividad profesional una reivindicación cotidiana de la inteligencia, de la comprensión profunda de nuestros problemas, del ejercicio honesto del Derecho como instancia ética encaminada al cumplimiento de la justicia y del respeto de la dignidad humana.



Salomón Lerner Febres
Rector
Pontificia Universidad Católica del Perú

HOMENAJE
A
Jorge Avendaño

TOMO II

COMITÉ EDITOR

JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
LUIS PIZARRO ARANGUREN
CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

TOMO II

H O M E N A J E

A

Jorge Avendaño



Pontificia Universidad Católica del Perú

FONDO EDITORIAL 2004

Homenajea Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo II: 9972-42-647-5

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ÍNDICE

TOMO I

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	15
CRONOLOGÍA DE JORGE AVENDAÑO	19
CAPÍTULO PRIMERO	
JURISTA Y MAESTRO	
Javier de Belaunde López de Romaña <i>Jorge Avendaño, un realizador</i>	37
Domingo García Belaunde <i>Jorge Avendaño en el recuerdo</i>	51
Mario Pasco Cosmópolis <i>Jorge Avendaño, abogado</i>	57
Martín Belaunde Moreyra <i>Jorge Avendaño, defensor del orden jurídico</i>	65
Alfredo Bullard González <i>¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?</i>	73
Graciela Fernández Baca de Valdez <i>Jorge Avendaño, semblanza desde el Congreso</i>	109

Róger Guerra-García Cueva	
<i>Jorge Avendaño en el Congreso de la República 1995-2000</i>	115
Armando Zolezzi Möller	
<i>Jorge Avendaño, sus primeros cuarenta años de profesor</i>	119
Raúl Vargas Vega	
<i>Retrato de un forjador y maestro</i>	125
Verónica Ferrero Díaz	
<i>Honores para el maestro</i>	129
Francisco Avendaño Arana	
<i>Jorge Avendaño como papá</i>	137
CAPÍTULO SEGUNDO	
ENSEÑANZA DEL DERECHO	
Gonzalo Figueroa Yáñez	
<i>Jorge Avendaño: recuerdos de treinta años</i>	147
Andrés Cuneo Macchiavelo	
<i>La enseñanza del Derecho en un mundo en cambio</i>	155
Rogelio Pérez Perdomo	
<i>El movimiento de Derecho y Desarrollo, y los intentos de cambio en los estudios jurídicos</i>	169
Lorenzo Zolezzi Ibárcena	
<i>La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta</i>	183
César Luna-Victoria León	
<i>El ladrón y el oráculo o ¿qué es el Derecho?</i>	209
Shoschana Zusman Tinman	
<i>Aprendiendo a aprender</i>	231
Aníbal Quiroga León	
<i>La «destreza legal» como parte de la enseñanza del Derecho</i>	253

CAPÍTULO TERCERO
DERECHO Y ÉTICA

- Beatriz Boza Dibos
La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado 291
- José Daniel Amado Vargas
Jorge Avendaño en la redefinición de la misión del abogado en la sociedad 387
- José Hurtado Pozo
Derecho Penal, política y moral 399

CAPÍTULO CUARTO
DERECHO CONSTITUCIONAL

- Valentín Paniagua Corazao
El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán 421
- Francisco José Eguiguren Praeli
La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional 453
- Baldo Kresalja Rosselló
La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado 473
- Jorge Santistevan de Noriega
Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú 577

TOMO II

CAPÍTULO QUINTO
DERECHO REALES

- Luis Pizarro Aranguren
El pacto comisorio y el perro del hortelano 643
- Fernando Cantuarias Salaverry
Acceso al crédito mediante la reforma de la legislación sobre garantías reales 667

Francisco Avendaño Arana <i>La clasificación de los bienes</i>	685
Martín Mejorada Chauca <i>Fundamento de la posesión</i>	709
Roxana Jiménez Vargas-Machuca <i>La posesión. Alcances y defensa</i>	721
Carlos Cárdenas Quirós <i>Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble</i>	745
Guillermo Lohman Luca de Tena <i>El artículo 1209 del Código Civil y cuestiones afines a la enajenación de herencia</i>	753
Delia Revoredo Marsano de Mur <i>Propuesta para un nuevo régimen internacional de los derechos reales en el Código Civil peruano</i>	779
Ricardo Luis Lorenzetti <i>Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad</i>	795
CAPÍTULO SEXTO	
DERECHO CIVIL	
Manuel de la Puente y Lavalle <i>La codificación</i>	815
Carlos Alberto Soto Coaguila <i>La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales</i>	831
Fernando de Trazegnies Granda <i>Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad</i>	865
Juan Luis Avendaño Valdez <i>La prueba difícil: culpa médica</i>	893
Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre <i>La responsabilidad civil por accidentes de tránsito</i>	907
Augusto Ferrero Costa <i>Donación y colación</i>	963

César Fernández Arce		
	<i>Derecho de acrecer</i>	975
Julio César Rivera		
	<i>La reforma al Código Civil alemán</i>	989
CAPÍTULO SÉPTIMO		
DERECHO EN GENERAL		
Marcial Rubio Correa		
	<i>El argumento a contrario y las normas de doble negación: laboratorio de argumentación jurídica</i>	1001
Ricardo Beaumont Callirgos		
	<i>Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores</i>	1037
Oswaldo Hundskopf Exebio		
	<i>Las sociedades irregulares y su regulación jurídica</i>	1171
Ulises Montoya Alberti		
	<i>Contrato de esponsorización</i>	1097
Fernando Vidal Ramírez		
	<i>Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje</i>	1131
Víctor Ferro Delgado		
	<i>Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos</i>	1141
José Ugaz Sánchez-Moreno		
	<i>El obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho</i>	1167
Alfonso Salcedo Rubio		
	<i>Jorge Avendaño en la aventura de una palabra</i>	1177
DE LOS AUTORES		1185
ÍNDICE GENERAL		1207



Jura al cargo de Decano del Colegio de Abogados de Lima en enero de 1993.



Jura como miembro del CAL de Abogados de Lima en enero de 1957.

CAPÍTULO QUINTO
DERECHOS REALES

El pacto comisorio y el perro del hortelano

Luis Pizarro Aranguren¹

1. A manera de introducción: mi relación con Jorge Avendaño

MI RELACIÓN CON JORGE AVENDAÑO se remonta al segundo semestre del año 1987 cuando me matriculé en el curso de «Derechos Reales» en el segundo ciclo de mi carrera de Derecho en la Universidad Católica. El escenario físico eran las casetas (llamadas por todos en ese entonces *los gallineros*) de la vieja Facultad de Derecho. Debo reconocer en forma absoluta, que en ese curso y gracias a Avendaño me hice para siempre abogado.

En términos simples, Avendaño no solo era un profesor que transmitía conocimientos, era un gran motivador que exigía desarrollar rápidamente las primeras destrezas legales de los jóvenes estudiantes de Derecho. Prepararse para cada clase de Avendaño era un reto intelectual integral, pues teníamos que abordar lecturas específicas sobre cada tema, pero sobre todo alistarnos para participar, dialogar con él, responder a sus preguntas y enfrentar casos prácticos con razonamiento jurídico. En otras palabras, la combinación perfecta para un aprendizaje completo: adquisición de conocimientos y construcción constante de situaciones para aplicarlos.

¹ Quiero expresar mi cordial agradecimiento por su colaboración en el presente artículo a Eric Franco, reciente alumno de mis cursos de «Garantías y Derecho Bancario» en la PUCP, quien actualmente trabaja en su tesis precisamente sobre el Régimen de Garantías.

Un día, del cual lamentablemente no recuerdo la fecha, Avendaño y yo comenzamos a intercambiar ideas sobre un caso de transferencia de propiedad de bienes inmuebles, el dialogo tomó un sendero de rica controversia de posiciones, hice un esfuerzo supremo para no perder el paso y sostener mi argumentación hasta el final, luego de varias intervenciones de ambos, la clase se quedó en silencio por unos segundos —para mí eternos—, Avendaño me miró fijamente y me dijo: «¡Pizarro, eres un irreverente!», y esbozó una sobria sonrisa de complicidad que interpreté como un gesto de felicitación. Ese día Avendaño marcó positivamente mi vida profesional. Con esa frase agresiva pero simbólica, me transmitió una voluminosa energía que me comprometió irreversiblemente con esta hermosa profesión.

Luego de ese curso, mi relación con Avendaño ha sido constante y enriquecedora. A mitad de carrera, formé parte de un grupo de cuatro estudiantes de mi promoción que le pedimos a Avendaño, como gesto especial, nos dicte el curso de «Garantías» que lo había dejado muchos años atrás. Recuerdo que el día que se lo pedimos, nos miró seriamente y nos aceptó la invitación en el acto, pero con una condición, que le preparemos un nuevo material de enseñanza para ese curso y que el trabajo lo coordinemos directamente con él. Otro nuevo y motivador reto. Mi participación activa en la elaboración del material, luego con el curso brillantemente dictado por Avendaño, y la riqueza y complejidades de la materia, me llevaron con los años a dictar ese curso de «Garantías» hasta la fecha.

En los ciclos finales de mi carrera, fui seleccionado Jefe de Prácticas del Curso de «Derechos Reales» de Avendaño, circunstancia que me abrió el horizonte enriquecedor y maravilloso de la vida docente. Luego de mi sustentación como abogado, donde Avendaño fue presidente del jurado y teniendo menos de un mes de egresado de la Facultad, Avendaño me pide que dicte como profesor, ni más ni menos, el curso de «Derecho Reales». El dictado de ese curso emblemático selló mi compromiso moral y sentimental con la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

Con los años, han sido decenas las oportunidades de vinculación académica con él. Hemos compartido clases, publicaciones, conferencias y congresos en muchos lugares del Perú. Sin embargo, el tiempo no limitó mi relación con Avendaño al ámbito docente. Tengo la suerte enorme de haber trabajado con Avendaño en muchos casos profesionales lo que me permite dejar constancia de sus magníficas dotes de abogado. Probablemente, en este punto, es donde puedo resaltar el

centro de mi admiración. Reconozco en Avendaño una habilidad incomparable en el Perú para establecer un equilibrio intelectual entre el hombre de Derecho y el abogado, entre la teoría, la norma y sus aplicaciones prácticas, entre el saber conceptual y la estrategia creativa e ingeniosa a favor del cliente.

2. Objetivo del presente artículo

Integro emocionadamente el Comité Consultivo de la presente publicación colectiva, pues al destacar a Avendaño y dedicarle este trabajo, estoy tocando seguramente las fibras más profundas de mi propia formación como profesor y abogado.

El presente trabajo pretende generar en el lector algunas reflexiones respecto de la importancia de contemplar al pacto comisorio como una de las alternativas con las que pueden contar las partes de una obligación al estructurar sus operaciones de financiamiento u otro tipo de relaciones de prestaciones no simultáneas.

Partiremos de la premisa de que de la ejecución de la garantía depende su valor real como mecanismo para compensar el riesgo financiero del acreedor. Luego, dado que el proceso judicial de ejecución de garantías presenta una serie de defectos que lo hacen costoso en tiempo y dinero, sin lograr maximizar el valor de los bienes gravados, se propone fomentar la ejecución extrajudicial, y particularmente, el derecho a usar el pacto comisorio.

En ese sentido, la ejecución extrajudicial puede implicar la venta del bien gravado o su apropiación por parte del acreedor. En otras palabras, se puede tomar el valor del bien en garantía o el bien mismo. En ambos casos, con la posibilidad de devolver o no la diferencia a favor del deudor entre el valor del bien y el de la obligación en caso la hubiera.

Se analizarán los argumentos en contra y a favor del pacto comisorio, actualmente prohibido para la prenda e hipoteca en la legislación peruana. Se propondrá que sea permitido como una opción más al servicio de los intereses de las partes, sin que ello implique abuso alguno por parte del acreedor. El objetivo es dejar claro que si bien la razón de ser de la prohibición del pacto comisorio es proteger el patrimonio del deudor de acreedores abusivos, y a los otros acreedores de que se pierda el patrimonio del deudor, en realidad, tal prohibición perjudica a todos los implicados al hacer el crédito más caro y restringido.

La presente reflexión se da en el marco del interés actual por expandir el acceso al crédito en el país, que ha tomado una dimensión fundamental en la discusión económica y legal. De hecho, involucra la participación de entidades reguladoras, diversos gremios empresariales y de otro tipo, debates académicos y, como era inevitable, propuestas legislativas cuantitativamente considerables.

Las soluciones a la falta de crédito o al crédito excesivamente costoso involucran una complejidad de factores de índole económica y jurídica. En el ámbito jurídico, no cabe duda de que hay una tarea pendiente de enorme alcance: la generación de un sistema de garantías eficiente, ordenado y promotor del crédito.

En este contexto, normas como la prohibición del pacto comisorio no benefician, más bien perjudican, a los deudores y acreedores. Como en el cuento del perro del hortelano, son medidas que no comen ni dejan comer.

3. Función de la garantía: vehículo de atenuación de riesgos financieros

Las garantías son vehículos con forma jurídica cuya función consiste en eliminar idealmente (atenuar en mayor o menor medida, en la realidad) los riesgos financieros.²

Las garantías no pueden ser vistas como instituciones jurídicas estáticas, ni considerar que tienen un fin en sí mismas, ni como figuras teóricas objeto de estudios puros de conceptualización dogmática. Las garantías tienen importancia única y exclusivamente por la efectividad en la función que cumplen.

En otros términos, cuando una garantía no logra atenuar en forma objetiva el riesgo financiero de la obligación que respalda, simplemente no sirve. Las garantías están siendo constantemente evaluadas por la realidad (el mercado), de tal manera que su examen no deja espacio a

² Cuando hacemos referencia a «riesgo financiero» no nos limitamos a un riesgo crediticio originado en la actividad bancaria. Para efectos de darle una cobertura general al concepto de garantía, el riesgo financiero aparece en cualquier relación entre un deudor y un acreedor, en la cual el primero debe cumplir una obligación con el segundo y media un tiempo entre el momento de generación legal de la obligación y el de cumplimiento. En resumen, existirá siempre «riesgo financiero» cuando el cumplimiento de las obligaciones no es simultáneo.

la especulación. El mercado financiero, por su propia lógica de funcionamiento, no tiene paciencia suficiente para las regulaciones legales que entorpecen el normal funcionamiento de una garantía.

La verificación constante de las fortalezas de una garantía pasa casi por una ecuación matemática. De esta forma, pensemos en el caso que en el Momento 1, a consecuencia de un préstamo, se genera una relación jurídica en la que Primus le debe a Secundus 100 y le debe pagar dichos 100 más intereses compensatorios (IC) en el Momento 2, digamos en el plazo de 1 año. En el Momento 1, Secundus asume un riesgo financiero y Primus tiene la ventaja (o el poder) de decidir no pagar su deuda. ¿Qué función cumple una garantía? Si en el Momento 1, Primus le otorga a Secundus una buena garantía, el riesgo financiero de Secundus y el poder de Primus desaparecen o se neutralizan. ¿Cómo logra ese efecto la garantía? Si la garantía es de alta calidad, generará una ventaja (poder) en Secundus y un riesgo en Primus de perder el bien dado en garantía. En otras palabras, la garantía crea un efecto compensatorio que otorga equilibrio en la relación entre acreedor y deudor,³ al desaparecer o reducir el riesgo financiero.

En nuestro caso, la forma de evaluar a la garantía tiene un parámetro objetivo. La garantía utilizada debe tener un valor de 100 más IC en un año. Cualquier valoración de una garantía por debajo de ese cálculo mantendrá un riesgo financiero en la transacción. Si el riesgo que se mantiene es considerable, se generarán uno de dos efectos negativos para la economía: o Secundus no le prestará los 100 a Primus o el préstamo tendrá un IC desproporcionadamente alto e ineficiente.

La teoría de las actividades financieras ha desarrollado estas posiciones. Señala que cuando se dan obligaciones de realización no simultánea, ocurren una serie de situaciones típicas. Por un lado, si bien quien cumple su obligación primero (típicamente un acreedor) puede esforzarse por conocer la capacidad y voluntad de la otra parte por cumplir su obligación, siempre corre el riesgo de ignorar aspec-

³ Es fundamental dejar constancia que cuando nace una relación acreedor-deudor quien generalmente tiene más poder y por tanto constituye la parte fuerte de la relación es el deudor, pues es él quien tiene el poder de decisión de cumplir o no cumplir. El acreedor ya cumplió con su obligación y asume el riesgo de incumplimiento del deudor. Esta premisa es aplicable independientemente de la solidez patrimonial del acreedor o las necesidades del deudor.

tos relevantes. Por otro lado, la parte que cumplirá en segundo lugar (típicamente un deudor), conoce su situación y puede ocultar los aspectos que no quiere que el acreedor conozca. Además, el deudor enfrenta el problema de cómo convencer al acreedor de que cumplirá. Por último, el acreedor puede considerar aumentar los intereses o el valor de la contraprestación que espera recibir para compensar el riesgo que corre, sin embargo, un deudor que acepta una obligación costosa para sí, probablemente, esté pensando en no cumplirla. Por ello, debe haber un balance entre todas estas variables. En este contexto, los efectos típicos de una relación financiera son los siguientes:

Información asimétrica: el deudor conoce su situación verdadera y el destino del crédito; mientras que el prestamista (el acreedor) tiene que especular, conocer parcialmente o adivinar.

Riesgo moral: el acreedor puede estar convencido de la confianza depositada en el deudor cuando le otorga un préstamo por un monto pequeño o con determinadas condiciones controladas, pero puede temer un comportamiento distinto si le otorga un crédito de mayor envergadura o con condiciones más flexibles.

Selección adversa: el acreedor no puede compensar totalmente el riesgo mayor por medio de tasas de interés más altas porque un deudor que acepte pagar tasas de interés más altas puede estar ocultando la magnitud de su compromiso en un proyecto muy riesgoso o, peor aún, puede ocurrir que no tenga la intención de pagar los intereses ni el crédito.⁴

De esta manera, las garantías sobre bienes específicos permiten que el acreedor esté en condiciones de calcular inmediatamente el valor de tales bienes con relación al crédito. El riesgo financiero disminuye y se equipara al riesgo de los bienes. Así, el acreedor está menos preocupado en obtener un informe exacto del destino de los fondos previsto por el deudor y los límites que tiene para conocer su capacidad de pago. De esta manera, el bien en garantía reemplaza a la información respecto del deudor y mitiga el problema de la información asimétrica.

Como el prestamista puede adecuar el monto del préstamo al valor del bien en garantía, está en condiciones de variar la tasa de inte-

⁴ HEYWOOD, Fleisig. *Cómo los problemas en el marco legal para garantizar préstamos con bienes muebles limitan el acceso al crédito*. Documento de Trabajo. Washington D.C.: Center for the Economic Analysis of Law, 2000, pp. 2-3.

rés y ajustar el monto del préstamo. Lo puede reducir para neutralizar sospechas de riesgo excesivo o deshonestidad, o incrementar para favorecer a un cliente que tiene excelentes proyectos de alto rendimiento. Como el prestamista puede exigir mayores bienes en garantía en función del monto del préstamo, aun cuando no logre estar seguro del mayor grado de honradez al otorgar un préstamo de mayor envergadura, el bien en garantía aborda el problema del riesgo moral.

Una garantía cumple su función cuando minimiza la pérdida del acreedor en caso de que el deudor incumpla su obligación. En el ámbito financiero, se considera que las garantías son el último recurso para cobrarse. Ello se debe a que cuando se llega al momento de la ejecución, ya todas las partes están perdiendo. Los costos de ejecución, en abogados y trámites, iliquidez del acreedor y tratamiento contable desfavorable si se trata de instituciones financieras supervisadas (provisiones por cartera en recuperación y ponderación de activos por riesgo) hace que sea por lo general perjudicial llegar a esta etapa.⁵

Dado que lo que se busca con una garantía es tener un segundo mecanismo de cobro como último recurso, la mejor garantía será la que sea más fácil de usar como medio para cancelar la obligación. Por ello, las garantías son mejor consideradas en la medida en que sean más líquidas. Por ejemplo, un predio muy valioso puede tardar años en ser rematado judicialmente y finalmente, el precio obtenido en remate puede ser mucho menor al precio de tasación. Por el contrario, la prenda de un pagaré, una prenda de dinero o una carta fianza de un banco de reconocida solvencia, pueden ser inmediatamente ejecutadas y extinguir la obligación en un corto tiempo.

4. Clasificación de las garantías: las garantías sobre bienes específicos

El sistema patrimonial peruano se sustenta en que las relaciones jurídicas son reales y personales; clasificación incoherente e inexplicable. En el caso de las relaciones reales, estas deben recaer en bienes, los mismos que deben ser muebles o inmuebles.

El sistema de garantías sobre bienes en Perú se basa en la clasificación legal entre bienes muebles e inmuebles. Esta clasificación tam-

⁵ Eventualmente, un acreedor puede preferir que el deudor incumpla, en caso tenga una gran garantía. Un ejemplo típico es el *leasing* cuando faltan pocas cuotas para que se ejerza la opción de compra.

bién es artificial y solo encuentra una justificación en el arbitrio de la ley, lo que resulta poco eficiente para la realidad económica. En el presente artículo, nos apartamos de tal clasificación y adoptamos otra que nos permite mayor flexibilidad y entendimiento integral del mercado.

Según el Código, las garantías reales son cuatro: hipoteca, prenda, anticresis y derecho de retención. Las que se definen como de realización de valor son la hipoteca y la prenda; ellas gravan un bien de tal manera que en caso de incumplimiento el acreedor puede venderlos. La hipoteca grava bienes inmuebles y la prenda muebles. El sistema actual no acepta más derechos reales de garantía, puesto que tiene la característica de ser *númerus clausus*.

Por su parte, las garantías personales son las que hacen responsables a otros patrimonios distintos de los del deudor. Por regla general, el deudor responde frente a sus obligaciones con su patrimonio, en este caso, responden dos patrimonios o más por determinadas deudas.

Sin embargo, la realidad ha superado estas clasificaciones tradicionales, pues existen actualmente una serie de garantías que pueden abarcar tanto a bienes muebles como inmuebles, como el fideicomiso en garantía por ejemplo. De la misma forma, existen algunas garantías que pueden tener elementos de garantía personal y real al mismo tiempo, como una prenda global y flotante.

Por ello, hemos identificado que una clasificación adecuada al objeto que se toma en garantía es la siguiente:

- Garantías sobre bienes específicos
- Garantías sobre flujos futuros
- Garantías sobre patrimonios autónomos
- Garantías sobre todo un patrimonio o bienes genéricos

El presente artículo trata sobre el pacto comisorio en el caso de las garantías sobre bienes específicos. Estas garantías, como señala Fleisig, cumplen un importante papel al compensar el riesgo financiero. Cuando la ley permite al deudor ofrecer efectivamente bienes en garantía, el resultado es un mercado crediticio más eficaz. El deudor puede obtener crédito por montos más elevados, a plazos de pago más largos y con tasas de interés más bajas.⁶ Como lo señala Muñoz Cervera:

⁶ HEYWOOD, Fleisig. *Op. cit.*, p. 3.

En toda relación crediticia penden dos elementos inseparables: la confianza y el riesgo. Sobre la base de la confianza una entidad concede un crédito a su cliente [...] Ahora bien, por muy *atada* que esté la operación, con los elementos anteriores no tiene la entidad más que mera expectativa y con ella tiene también presente la idea de riesgo, esto es la idea de que todo lo anterior se derrumbe como un castillo de naipes. Surge así el riesgo del incumplimiento y el incumplimiento mismo. [...] Efectivamente frente al supuesto siempre doloroso de impago entre particulares (el clásico «sablazo entre amigos»), el incumplimiento o el simple cumplimiento tardío frente a una entidad de crédito tiene, de repetirse, mayores complicaciones. [...] En ese sentido, si el cliente acreditado incumple, y con él muchos más, corremos el riesgo de que las consecuencias de la primera situación se trasladen a los depositantes que verían peligrar sus ahorros [...]

Todo esto conduce, en muchos casos, a la necesidad de garantías todavía más eficaces, las garantías reales. Con ellas se consigue la sujeción específica directa e inmediata de los bienes sobre los que se imponen, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación de crédito [...].⁷

5. Ejecución de garantías: el caso peruano

Como hemos dicho anteriormente, una garantía será de mejor calidad en la medida que sirva como un mecanismo eficaz para cobrar la deuda en caso que el deudor incumpla su obligación. Para ello, las mejores garantías son, por lo general, las más líquidas, aquellas que pueden convertirse en un medio de pago de manera más fácil, menos costosa y en el menor tiempo. En otras palabras, aquellas que cuentan con un efectivo mecanismo de ejecución. El momento de la ejecución es en el que se pone a prueba el valor real de una garantía, es su prueba de fuego.

5.1 La ejecución de garantías en general

Independientemente de la regulación particular que se adopte, imaginemos las posibilidades de ejecución de garantías. Entendemos a

⁷ MUÑOZ CERVERA, Miguel y otros. *Contratos Bancarios & Parabancarios*. Valladolid: Lex Nova, 1998, pp.1263-1264.

las garantías sobre bienes específicos como derechos de cobrarse mediante la venta del bien gravado, su apropiación u otra forma comercialmente adecuada, como por ejemplo: darlo en arrendamiento, usufructo, cederlo en uso, entre otros; es decir, a través de una garantía, se debe generar el medio de pago de la obligación debida.

En tal sentido, el objeto de una garantía puede ser el valor de un bien o el bien mismo. Si lo que garantiza una obligación es el valor de un bien, este deberá venderse o disponerse de manera que genere el dinero necesario para cumplir la obligación. En cambio, si el objeto de la garantía es el bien, el acreedor se apropiará de él en pago total o parcial.

Un aspecto distinto es el mecanismo por el cual este fin se logra, el cual puede ser: judicial o extrajudicial. Será judicial en el caso que la apropiación o la disposición del bien sea definida por un juez, como lo establece el Código Procesal Civil.

La ejecución extrajudicial puede ser tanto administrativa como privada. Será administrativa cuando la haga una autoridad distinta de un juez, como el caso regulado por el Registro Fiscal de Ventas a Plazos. En cambio, será privado cuando el acreedor o un tercero dispongan del bien gravado, como el caso de las ventas realizadas por martillero de bienes que se encuentran en Almacenes Generales de Depósito, gravados con warrant.

5.2 La ejecución de garantías en el Perú

En el Perú, existe una enorme diversidad de garantías especiales independientes de las cuatro generales reguladas en el Código Civil en el Libro de Derechos Reales. De hecho, la regulación desordenada de todas las garantías impide tener ideas matrices de muchos aspectos, lo que incluye la ejecución.

La ejecución judicial puede usarse tanto para la prenda como para la hipoteca. Los mecanismos de ejecución judicial fueron unificados por el Código Procesal Civil de 1993, en el denominado proceso de ejecución de garantías.

Por su parte, en principio solo la prenda puede ser ejecutada extrajudicialmente. Sin embargo, el Título de Crédito Hipotecario Negociable (artículos 240-245 Ley de Títulos Valores), que involucra una hipoteca, también puede ser ejecutado extrajudicialmente.

5.2.1. Ejecución judicial

La ejecución judicial en Perú puede tomar entre 18 y 36 meses e implica una serie de costos para las partes, lo que repercute naturalmente en la tasa de interés. Se calcula que si el tiempo de ejecución judicial tuviera el tiempo razonable de tres meses, las tasas de interés podrían bajar hasta en tres por ciento (tomando en cuenta solo el costo de oportunidad por mantener el crédito inmovilizado mientras dura el proceso judicial y la pérdida de valor en el rescate).

Al cálculo señalado, habría que añadirse el impacto que tendría reducir los demás gastos relacionados (gastos en que debe incurrir el acreedor para iniciar y seguir un proceso judicial: abogados, tasas judiciales, honorarios del tasador y del martillero, etc.). Además, en la medida en que se trate de créditos pequeños, el impacto de estos costos judiciales es mayor y puede considerarse irracional. Tampoco pasemos por alto el tiempo que implica que se deprecien los bienes y en algunos casos, como el de los bienes perecibles, se puede perder totalmente el valor de la garantía.

El proceso de ejecución de garantías está regulado en el Código Procesal Civil. En este proceso, hay una serie de momentos en los que se puede dilatar, a lo que habría que sumarse los problemas propios del Poder Judicial peruano (alto porcentaje de corrupción, exceso de formalismo, mala preparación de jueces, etc.). El sistema de remate judicial es particularmente perjudicial para el sistema de garantías porque obliga a las partes a pagar honorarios de peritos y martilleros públicos, desincentiva la participación de postores al exigirles el oblaje y genera corruptelas que distorsionan el valor de venta de los bienes, el cual suele ser seriamente castigado. En tal sentido, el remate judicial no es garantía de obtener el mayor valor de realización posible de los bienes, más bien, suele estar por debajo de su valor comercial.

Solo después de finalizado el proceso de ejecución rematando el bien, luego de un trámite largo y costoso, el acreedor podrá recuperar lo adeudado. Si el monto resultante del remate no fuera suficiente, el acreedor deberá dirigirse contra los demás bienes que conforman el patrimonio del deudor.

En suma, el proceso judicial diseñado para beneficio y tutela de los intereses de las partes, las perjudica a ambas. En todo caso, solo beneficia a los deudores inescrupulosos que se aprovechan de la demora en la ejecución e, inclusive, en la posibilidad de que sus deudas queden impagas impunemente.

5.2.2. *Ejecución extrajudicial*

El artículo 1069 del Código Civil prevé la posibilidad de que las partes pacten un mecanismo de ejecución extrajudicial para la prenda. En este caso, la forma de ejecución queda a criterio de las partes. En caso no haya un pacto al respecto, deberá recurrirse a la ejecución judicial.

Sin embargo, la ejecución extrajudicial solo está permitida para el caso de prendas y no para la ejecución de hipotecas, salvo en el caso del Título de Crédito Hipotecario Negociable. Además, un problema grave de todo mecanismo de ejecución extrajudicial es la toma de posesión del bien, la misma que debería ser realizada siempre que no se altere al orden público ni los derechos del deudor. Sin embargo, en la mayoría de casos, eso no es posible y se tiene que recurrir a la toma de posesión mediante una orden judicial, lo cual genera complicaciones en todos los casos.

El pacto de ejecución extrajudicial que el Código Civil admite para la prenda no se encuentra debidamente recogido por la legislación aplicable a las demás prendas especiales.

El Título de Crédito Hipotecario Negociable puede ser ejecutado extrajudicialmente, lo cual hace conveniente este mecanismo para gravar inmuebles. En estos casos, la ejecución está a cargo de una empresa del Sistema Financiero autorizada a operar comisiones de confianza o fideicomisos, siempre que sea distinta al acreedor.

Sin embargo, en todos los casos señalados, está prohibido el pacto comisorio. Es decir, recordando las posibilidades de ejecución anotadas anteriormente, solo se puede tomar en garantía el valor de los bienes y no los bienes mismos.

6. Pacto comisorio en Perú

6.1. Conceptos generales

La prohibición de tomar en garantía los bienes mismos, de apropiarlos (pacto comisorio) ha sido uno de los acuerdos vedados tradicionalmente en el Derecho Civil desde los tiempos romanos. La prohibición se aplica a todo tipo de obligación garantizada, sea cual fuere el bien gravado.

En opinión de Reglero Campos: «[...] puede definirse al pacto comisorio como aquel en virtud del cual las partes de un contrato

convienen en que el acreedor (o un tercero designado por él) podrá adquirir el dominio de la cosa que sirve de garantía para el caso de que el deudor no lleve a cabo la prestación debida en el tiempo pactado [...]».⁸

Según Muñoz Cervera: «De una forma puramente descriptiva consiste el pacto comisorio en un acuerdo entre el acreedor y el deudor / pignorante en virtud del cual pactan que para el caso de incumplimiento por parte del segundo puede el primero quedarse sin más con la cosa empeñada».⁹

El Código Civil ha normado explícitamente la prohibición del pacto comisorio, en cuanto a la prenda en el artículo 1066¹⁰ y en cuanto a la hipoteca en el artículo 1111.¹¹ La anticresis no le ha merecido mucha atención y se ha limitado a reproducir la norma extensiva de las disposiciones relativas a la prenda. Novedosamente, este Código incluye la prohibición del pacto comisorio en el derecho de retención, sin embargo, en este derecho no le concede al acreedor más que la posesión del bien que retiene.

Sin embargo, hay algunas prendas que permiten el pacto comisorio, como son la prenda de créditos (artículo 1088), de dinero (artículo 1089), de títulos valores al portador y de títulos valores a la orden.

La prohibición comprende dos aspectos importantes: el impedimento general del pacto comisorio y la nulidad expresa de ese pacto si se hubiese concertado. En caso se establezca este pacto en un contrato, no hace nulo todo el contrato, su nulidad no se extiende.¹² Es más, si se establece el pacto comisorio en un contrato de garantía, ello no resta eficacia a la garantía, sino que solo el extremo en el que se establece el pacto, se considera nulo.¹³

Para efectos del análisis, hay tres supuestos en los que puede darse el pacto comisorio con relación a los valores de la obligación y del bien

⁸ REGLERO CAMPOS, L. Fernando y otros. *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1996, p. 421.

⁹ MUÑOZ CERVERA, Miguel. *Op. cit.*, p. 1270.

¹⁰ «Artículo 1066. - Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestado. Es nulo el pacto en contrario.»

¹¹ «Artículo 1111. - Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.»

¹² REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 426.

¹³ GUILARTE ZAPATERO, Vicente y otros. *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Tomo II, vol. 2. p. 135.

respectivamente. La obligación puede ser: (a) igual, (b) mayor o (c) menor que el valor del bien gravado.

Además, hay tres momentos en que puede darse: (a) al celebrarse la obligación, (b) después de celebrarla y antes de que sea exigible; y, (c) después de que sea exigible. En cada momento, algunos autores proponen una regulación distinta, como veremos más adelante.

Por último, en un proceso de ejecución de garantías, el acreedor puede adjudicarse el bien en caso de que no haya postores en el remate,¹⁴ siguiendo el procedimiento establecido.¹⁵

6.2. Fundamentos de la prohibición

En doctrina, la prohibición se fundamenta en dos razones principales. En primer lugar, que el deudor, al momento de contratar, está en un estado de necesidad, lo que lo predispondría a aceptar cláusulas abusivas por parte del acreedor. En tal sentido, Muñoz Cervera señala que el fundamento de la prohibición del pacto comisorio radica en la situación angustiosa en que se encuentra el deudor, en la cual podría verse inclinado a empeñar en garantía por el crédito que requiere, un bien de valor muy superior al valor nominal del mismo. En la eventualidad del incumplimiento, el deudor podría verse afectado por un perjuicio patrimonial muy superior al que le correspondería adecuadamente como responsabilidad por la obligación.¹⁶

Reglero Campos se pronuncia en el mismo sentido: «La razón principal por la que se ha establecido de antiguo la interdicción del pacto comisorio [...] reside precisamente en la necesidad de impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desorbitado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiosa de la que pueda aprovecharse el acreedor cuyo crédito está protegido con una garantía real [...]».¹⁷

El segundo argumento es que los otros acreedores podrían verse perjudicados al quedarse sin bienes de los cuales cobrarse en caso de

¹⁴ El artículo 744 del Código Procesal Civil establece que: «Frustrado el remate por falta de postor, el ejecutante o el tercero legitimado puede solicitar la adjudicación en pago del bien por la base de la postura que sirvió para la última convocatoria, obrando el exceso sobre el valor de su crédito, si hubiere [...]».

¹⁵ REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 436.

¹⁶ MUÑOZ CERVERA, Miguel. *Op. cit.*, p. 1270.

¹⁷ REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 422.

que el deudor incumpla. La cuestión se ha planteado desde la perspectiva de los demás acreedores del deudor, señalándose que pudiera pensarse que el pacto comisorio no solo protege al deudor, sino también a los otros acreedores, de ahí que en los procedimientos de ejecución sea trámite obligado la publicidad de la subasta, al objeto de que los demás acreedores puedan adoptar las medidas adecuadas en defensa de sus intereses.

No existe mayor fundamentación de la prohibición en el Perú. La Exposición de Motivos del artículo 1066 del Código Civil se limita a señalar que: «En este precepto se recoge el numeral 1002 del derogado, que sanciona la nulidad del pacto comisorio, norma que figura en todos los Códigos del mundo. Sin embargo este artículo resulta implicado con lo dispuesto en el numeral 1069, lo que es materia de análisis en el comentario de dicho precepto».¹⁸

En suma, podemos señalar que la prohibición del pacto comisorio tiene dos objetivos principales que la fundamentan: proteger al deudor en estado de necesidad del abuso de los acreedores y proteger a otros acreedores de reducciones en el patrimonio del deudor que los dejen sin bienes de los que cobrarse en caso de incumplimiento.

6.3. El cumplimiento de la prohibición en la realidad

Si bien el pacto comisorio está prohibido, existen actos jurídicos que pueden burlar, eludir u obviar esta limitación. En la mayoría de los casos, se trata de negocios de naturaleza traslativa de la propiedad de dichos bienes como lo señala Reglero Campos:

[...] en la práctica, el pacto comisorio nunca se manifiesta en estado puro. Generalmente va asociado o se oculta detrás de otros negocios, comúnmente de naturaleza transmisiva, pero que en realidad constituyen negocios de garantía. Se esconden bajo diferentes ropajes, como en las ventas con pacto de retro, la llamada venta en garantía y la denominada *fiducia cum creditore*, y a veces bajo la forma de la dación en pago [...]

[...] los pactos dirigidos a la adquisición de la cosa por el acreedor en caso de insatisfacción del derecho de crédito, dispuestos en el negocio en el negocio constitutivo, y aunque revestidos de alguna otra forma diferente

¹⁸Comisión Encargada del estudio y Revisión del Código Civil. *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (comp.). Lima: 1985.

a la del puramente comisorio, deben ser mirados con recelo e interpretados de forma restrictiva.¹⁹

En este grupo de actos que pueden obviar eventualmente la prohibición del pacto comisorio están: la dación en pago, fideicomiso en garantía, *leaseback* o retroarrendamiento, entre otros.

La dación en pago es usada como un mecanismo absolutamente válido cuando el bien dado en prenda (o materia de cualquier otra clase de garantía real) se adjudica en pago, siempre que el acuerdo entre deudor y acreedor pignoraticio sea posterior al negocio constitutivo de la garantía real.²⁰

Por su parte, en el fideicomiso en garantía, el fiduciario puede disponer del bien de la manera convenida, la cual puede consistir en transferir la propiedad al fideicomitente.²¹

En el caso del *leaseback* o retroarrendamiento, el arrendador compra la propiedad al arrendatario y luego se la alquila hasta que se ejerce la opción de compra. En tal sentido, frente al incumplimiento, no se llega a transferir la propiedad nuevamente a su dueño original, lo cual suele contemplarse como fin del contrato. Por ello, algunos autores, como Ávila, consideran que esta es una manera de burlar la prohibición del pacto comisorio:

[...] tratándose de la figura del leasing, el citado autor contempla el supuesto en el que la propia empresa de leasing compra la finca al propio arrendatario financiero por un precio inferior al real, para dársela a continuación en leasing; si se pacta que el incumplimiento del arrendatario resolverá solo el contrato de leasing, reteniendo la empresa arrendadora la propiedad de la finca, surge claramente una figura comisorio. Negando que, tratándose de estos contratos *comisorios*, puedan ser objeto de *inscripción parcial* con omisión de la cláusula comisorio.²²

¹⁹ REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 428-429.

²⁰ *Ibid.*, p. 449.

²¹ Según el artículo 15 del Reglamento del Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios (Resolución SBS N° 1010-99): «[...] El fideicomisario, en su calidad de acreedor puede requerir al fiduciario la ejecución o enajenación de acuerdo al procedimiento establecido en el acto constitutivo». Si bien no existe una prohibición expresa de que el fideicomisario se haga directamente del patrimonio fideicomitado, se podría interpretar, desde la prohibición del pacto comisorio, que esto no sería posible.

²² Citado en GUILARTE ZAPATERO, Vicente y otros. *Op.cit.*, p. 139.

Además, pueden considerarse dentro de este grupo a pactos lícitos como al contrato de compra-venta con pacto de retroventa, cuando el precio de compra es equivalente al valor de la deuda del vendedor con el comprador, y el precio supone, por tanto, pago de la deuda y recuperación de la cosa.²³

De forma similar, está el caso de las denominadas garantías negativas, en que las empresas del sistema financiero compensan las deudas que les tienen los clientes con sus cuentas corrientes que, a su vez, la empresa les tenga.

Como hemos tratado de mostrar, la radical prohibición del pacto comisorio tampoco se cumple siempre y hay una serie de actos jurídicos que la superan, lo que ratifica que las malas normas generalmente pueden ser desobedecidas con ligero intelecto.

7. Crítica a la prohibición del pacto comisorio

7.1. Crítica a la prohibición del pacto comisorio

Como hemos visto, la prohibición del pacto comisorio tiene dos objetivos principales: proteger al deudor en estado de necesidad del abuso de los acreedores y proteger a otros acreedores de reducciones en el patrimonio del deudor que los dejen sin bienes de los que cobrarse en caso de incumplimiento. Veamos cada caso.

7.1.1. *Protección del patrimonio del deudor de abusos de acreedor*

Respecto del primer objetivo, debemos señalar ante todo, que al inicio de la obligación la parte fuerte de la relación es el deudor. El acreedor cumple primero su prestación y el deudor puede decidir cumplir o no.

En segundo lugar, una vez que ya se ha cumplido la primera prestación, la del acreedor, el deudor deja de estar en el supuesto estado de necesidad con lo que se podría acordar el pacto comisorio sin que el deudor esté en una situación angustiosa. Así, si el objetivo es proteger al deudor en un supuesto estado de necesidad, se debería permitir el pacto comisorio una vez cumplida la prestación del acreedor, tanto

²³ *Ibid., loc. cit.*

antes como después de que sea exigible la obligación del deudor. En este sentido, Muñoz Cervera señala que:

[...] Con tales circunstancias ha defendido la doctrina la admisibilidad del pacto en la medida en que no es la misma la situación angustiosa de aquel que necesita urgentemente dinero que la de aquel que ya lo ha obtenido. Por lado, lo único que hacen pignorante y acreedor es pactar que el cumplimiento de la obligación ya no se producirá mediante el cumplimiento de la obligación originalmente pactada, sino mediante el cumplimiento de una prestación distinta, la entrega de un bien. Se produce así una coincidencia substancial con la dación en pago, figura perfectamente válida.

En el mismo sentido se pronuncia Reglero Campos al señalar que:

Habida cuenta de que, según queda dicho, y por regla general, la peor situación del deudor se verifica en el momento en que tiene la necesidad de obtener aquella prestación, y que una vez obtenida el riesgo se traslada al acreedor (menor valor de venta de la cosa dada en garantía, insolvencia del deudor en caso de no obtener una total satisfacción del derecho de crédito con la venta de aquella, etc.), desaparecen las causas que aconsejan la prohibición del pacto comisorio. Por esta razón, y siempre con las debidas cautelas, creo que puede afirmarse la validez *ex post* del pacto.²⁴

Igual racionalidad se aplica al momento en que la obligación es exigible y el deudor ha incumplido, ya no existe situación de necesidad alguna por parte del deudor, por lo que debería permitirse que las partes acuerden el pacto comisorio:

En todos los casos mencionados, la situación del deudor es, desde la óptica de la relación contractual, la menos vulnerable. Nadie lo fuerza a aceptar el pacto comisorio. El hecho de que el acreedor vaya a ejecutar el bien gravado no puede considerarse, obviamente, como una circunstancia que implique el aprovechamiento de una situación angustiosa del deudor. Lo único que hace el acreedor es ofrecer un medio distinto del pago (dación en pago) que el deudor podrá aceptar o no.²⁵

²⁴ REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 434. Adviértase que la legislación española no prescribe expresamente la nulidad del pacto comisorio.

²⁵ *Ibid.*, p. 436.

En tercer lugar, un deudor que desea obtener un crédito en buenas condiciones y que tiene la certeza de que podrá pagarlo, puede estar dispuesto a arriesgar un activo de mayor valor que la obligación que contrae, ya sea exigiendo se le entregue el exceso o no, a fin de lograr que el acreedor confíe y se sienta seguro de la obligación.

En cuarto lugar, la venta judicial del bien no siempre logrará obtener el mayor valor posible por los bienes, más aún, el valor obtenido en los remates judiciales suele ser muy inferior al comercial, por lo que no se puede afirmar que el remate judicial cumpla su objetivo. Como señala Fleisig:

[...] parte del problema surge del sistema de venta especificado en la ley peruana: una subasta administrada judicialmente. Para muchas mercancías, esta no es la forma razonablemente comercial de venderlas [...] El cambio de la regla de venta de una «subasta judicial» a «una venta por el acreedor bajo la práctica comercialmente para ese tipo de bien» alentará a los prestamistas a investigar los precios más probables para ese tipo de bien cuando vendan de esa forma y mejorará la fijación de las relaciones de préstamo -a- valor.²⁶

En quinto lugar, la venta extrajudicial del bien está muy limitada en Perú. Se puede recurrir a ella en el caso del título de crédito hipotecario negociable y restrictivamente para la mayoría de prendas. Por ello, la mayoría de ejecuciones de garantías se dan en un proceso judicial, lo que hace necesario buscar mecanismos que promuevan una rápida y barata ejecución (sin que ello implique abusos).

En sexto lugar, hay bienes que por su naturaleza son poco atractivos en el mercado (ya sea por ser muy especializados u otras razones), pero que pueden serlo para el acreedor. En tales casos el pacto comisorio puede ser una buena alternativa.

En séptimo lugar, en caso de que el pacto comisorio vaya a generar un gran beneficio al acreedor por la diferencia a su favor entre el valor del bien y el de la obligación debida, el deudor podría vender el bien y pagar la deuda y así evitar que el acreedor se quede con el excedente. Con esto se demuestra que el deudor sí tiene escapatoria a los posibles abusos del acreedor.

En octavo lugar, si se establece que el valor no requiere ser coincidente con el importe de la deuda sino determinado de una forma

²⁶ HEYWOOD, Fleisig. *Op. cit.*, p. 27.

objetiva, con un parámetro independiente de las partes, parece no haber lugar a abusos puesto que el valor no depende de un criterio que puede ser manipulado a favor de uno o de otro.²⁷

En noveno lugar, se deben considerar los tres supuestos posibles de la relación entre el valor del bien y el valor de la obligación. Puede ser que la obligación tenga un valor igual, mayor o menor que el de los bienes. En el primer caso, ante el igual valor, el pacto será perfecto y no quedará saldo a favor de ninguna de las partes. En el segundo, la obligación será mayor y entonces, el pago puede ser considerado parcial o en caso se haya estipulado lo contrario, puede ser total a riesgo del acreedor.

En los dos primeros supuestos, parece no haber lugar a abusos por parte del deudor. En todo caso, si el valor del bien es menor al de la obligación, no cabe ninguna duda.²⁸

El tercer supuesto, en cambio, es el que preocupa a los que temen el abuso de los acreedores. En tales casos, habrá un saldo que en principio debería ser entregado al deudor. Sobre dicho saldo, caben cuatro posibilidades: (a) establecer que siempre se le entregue al deudor, (b) que nunca se le entregue, (c) que se entregue salvo pacto en contrario, o (d) que se deje al libre pacto de las partes.

Consideramos que la regla general debería ser que se deba devolver el exceso del valor en caso exista, salvo pacto en contrario. A nuestro criterio, esta regla se muestra más coherente que los dos primeros supuestos, los cuales al establecer que «siempre» o «nunca» se entrega el exceso, también limitan la autonomía de las partes.

7.1.2. Protección del interés de otros acreedores en el patrimonio del deudor

En relación con el segundo objetivo que se busca con la prohibición, podemos señalar que en caso haya una disminución fraudulenta del patrimonio del deudor en perjuicio del resto de acreedores, ellos cuentan con las acciones previstas para los casos de fraude de acreedores. En tal sentido, la prohibición general limitaría innecesariamente el pacto en los casos en los que no hay fraude ni perjuicio alguno a otros acreedores. Como señala Gilarte, el pacto comisorio: «[...] no existirá para que, una vez vencida la obligación, el acreedor y el deudor con-

²⁷ MUÑOZ CERVERA, Miguel. *Op. cit.*, p. 1272.

²⁸*Ibid.*, *loc. cit.*

vengan que el primero se quede con la cosa gravada en pago de la deuda, ya que, de existir, los restantes acreedores del deudor disponen de las correspondientes acciones rescisorias si el negocio se concluyó en fraude de sus acreedores».²⁹

7.1.3. Crítica

En suma, el pacto comisorio puede ser una alternativa atractiva que las partes de una obligación no simultánea pueden usar al estructurar su relación financiera. Gracias a ella, pueden evitar una larga ejecución judicial, y contar con un mecanismo rápido y barato de extinguir la obligación. En la mayoría de los casos, el acreedor no tendrá interés en ser propietario del bien gravado, pero sí en cobrarse de manera eficiente, a lo cual contribuye este pacto.

En ningún caso, el pacto comisorio debe ser considerado como un mecanismo mejor que el resto o que deja de lado a los otros. Todo dependerá de los intereses de las partes y los objetivos que busquen alcanzar, por lo que deberán elegir un mecanismo que se adecue a sus necesidades. Lo que sí consideramos fuera de duda es que permitir el pacto comisorio facilitaría el mercado crediticio.

7.2. Propuesta

Como hemos señalado, un eficiente sistema de garantías debe permitir que el acreedor compense el riesgo financiero que corre al cumplir su prestación primero. En caso no cuente con garantías que cumplan su función adecuadamente, será celoso al contratar. En el caso de créditos, los dará por montos pequeños, con mayores tasas de interés, a menor plazo y a personas conocidas. Estas condiciones serán desfavorables para los deudores, los que verán así limitadas sus posibilidades de contar con el financiamiento adecuado para realizar sus proyectos.

El proceso judicial de ejecución de garantías es lento y costoso, lo cual es cierto en el ámbito internacional también. Se puede afirmar que cumple deficientemente su papel y que resta valor considerablemente a las garantías que deben pasar por él. Por ello, es generalizada la opinión, entre los que quieren promover el acceso al crédito, que propone el uso de mecanismos de ejecución extrajudicial.

²⁹ GUILARTE ZAPATERO, Vicente y otros. *Op. cit.*, p. 137.

En tal sentido, en primer lugar, se debería permitir al acreedor el derecho a tomar posesión del bien por vías extrajudiciales, sin perturbar el orden público y sin afectar los derechos del deudor. En segundo lugar, las partes deberían poder establecer con libertad los mecanismos de ejecución en caso de que el deudor incumpla sus obligaciones: venta, pacto comisorio, alquiler del bien o cualquier otra forma comercialmente razonable. De esta manera, se maximizaría el valor que se podría obtener por el bien. Debe darse por descontado que se deben establecer mecanismos que prevengan y sancionen el abuso por parte del acreedor.

Respecto de las posibilidades de abuso, es importante limitar los supuestos a fin de dimensionar adecuadamente el problema. Por un lado, el abuso solo se puede dar en los casos en los que el valor del bien sea mayor que el de la obligación. Con ello, se descartan una serie de supuestos.

Por otro lado, la supuesta situación de necesidad del deudor que puede dar pie a abusos debería tutelarse solo en los casos en los que se haya establecido el pacto comisorio al momento inicial de la obligación. Como vimos antes, el estado de necesidad desaparece cuando el acreedor cumple su prestación en el momento inicial y desde ese instante es el acreedor la parte débil.

Por último, si en el momento inicial se ha establecido un parámetro objetivo, independiente de las partes (el valor de mercado por ejemplo), para determinar el valor del bien, tampoco habría lugar a abuso alguno.

En tal sentido, el supuesto que merecería atención por la posibilidad de prestarse a abusos sería aquel en el que en el momento inicial de la obligación se estableció el pacto comisorio, respecto de un bien cuyo valor es mayor que el de la obligación y sin establecer un parámetro objetivo para determinar el valor del bien.

Consecuentemente, el pacto comisorio no tiene que ser considerado una práctica abusiva ni peligrosa. Como señala Muñoz Cervera:

[...] toda entidad de crédito intentará reconocerse entre sus derechos el de realización de la garantía, ante el incumplimiento del deudor / pignorante, y el ejercerlo de la manera más rápida y menos costosa. Con este proceder logrará reducir al mínimo los inconvenientes económicos que para ella supone el impago. Así, por ejemplo puede querer disponer en la póliza de pignoración que vencida e incumplida la obligación principal, el banco se quedará automáticamente con la propiedad de los cuadros empeña-

dos o, en otro caso, que vencida e incumplida la obligación principal, el banco procederá automáticamente a la venta del cuadro empeñado al mejor precio posible con la obligación de entregar la diferencia entre lo obtenido y lo debido por la venta al pignorante. Este proceder, que responde perfectamente con los intereses de la entidad de crédito y, en general, de todo acreedor pignoraticio, choca con un problema, la interdicción del denominado pacto comisorio.³⁰

Por su parte, Albaladejo también se pronuncia a favor del pacto comisorio: «[...] si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente (con abono de la eventual diferencia en más)».³¹

A la luz de las breves reflexiones que hemos planteado, consideramos que el pacto comisorio debe ser establecido y permitido como una alternativa para que las partes estructuren sus operaciones de financiamiento.

Como ha sido señalado, en contraposición a la posición tradicional, esta figura no debe ser vista con recelo, sino que deben afrontarse los posibles y excepcionales excesos en que pueda incurrir eventualmente el acreedor. Hecho esto, no quedan más objeciones que hacerle al instituto.

8. Conclusión: o comemos o dejamos comer

Luego de las reflexiones anteriores, podemos establecer algunas conclusiones sobre la conveniencia de incluir el pacto comisorio como una alternativa con la que deberían contar las partes al estructurar sus operaciones de financiamiento y todo tipo de obligaciones de prestaciones no simultáneas en general.

La función de las garantías consiste en atenuar el riesgo financiero, siendo la variable que determinará su eficiencia para cumplir tal propósito, el mecanismo de ejecución. Este, debe permitir convertir

³⁰ MUÑOZ CERVERA, Miguel. *Op. cit.*, p. 1270.

³¹ Citado en REGLERO CAMPOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 432.

los bienes gravados en un medio de pago, ya sea por medio de su valor o de la apropiación de los bienes mismos. Esta conversión debe ser realizada de manera rápida, barata y que maximice el valor de los bienes gravados.

La ejecución de las garantías en Perú, por lo general, se realiza mediante un proceso judicial de ejecución de garantías. El mismo que es largo, costoso y no logra vender los bienes gravados a su valor de mercado. Existen mecanismos de ejecución extrajudicial de limitada eficacia para la mayoría de prendas, ya sean privados o administrativos. Recientemente se ha extendido la posibilidad de ejecución extrajudicial para el caso del Título de Crédito Hipotecario Negociable.

El pacto comisorio no se contempla como una alternativa, se encuentra prohibido en general, con algunas pocas excepciones. Sin embargo, hay mecanismos que cumplen fines de garantía que pueden obviar esta prohibición, como: el *leaseback*, el fideicomiso en garantía, la dación en pago, entre otros.

La prohibición del pacto comisorio se fundamenta en dos razones principales. En primer lugar, en que el deudor al momento de contratar está en un estado de necesidad, lo que lo predispondría a aceptar cláusulas abusivas por parte del acreedor. El segundo argumento es que los otros acreedores podrían verse perjudicados al quedarse sin bienes de los cuales cobrarse en caso que el deudor incumpla. Ambos fundamentos son refutables y no tienen sustento con la realidad.

La propuesta que se puede extraer del presente artículo es que el pacto comisorio debe ser establecido y permitido como una alternativa para que las partes estructuren sus operaciones de financiamiento

El único supuesto que merecería atención por la posibilidad de prestarse a potenciales abusos sería aquel en el que al momento inicial de la obligación se estableció el pacto comisorio, respecto de un bien cuyo valor es mayor que el de la obligación y sin establecer un parámetro objetivo para determinar el valor del bien.

Por último, en caso haya un excedente entre el valor del bien y el monto de la deuda, en principio se debería devolver al deudor, salvo que se haya pactado en contrario.

Acceso al crédito mediante la reforma de la legislación sobre garantías reales*

Fernando Cantuarias Salaverry

CUANDO EL COMITÉ EDITOR me hizo el honor de invitarme a presentar un trabajo que formara parte de una obra colectiva en homenaje al doctor Jorge Avendaño Valdez, lo primero que me vino a la mente fue una pregunta: ¿Qué tema novedoso dentro del área de los Derechos Reales puedo plantear que no haya sido ya abordado por el doctor Avendaño?

Es realmente destacable que el doctor Avendaño se mantenga, por más de cuatro décadas, como el principal impulsor de los cambios más significativos del derecho civil peruano, particularmente de las disposiciones sobre derechos reales, mostrándose siempre receptivo a iniciativas novedosas, aun cuando sean algunas veces contrarias a las suyas.

Así, por ejemplo, el doctor Avendaño presidió una comisión designada por el Ministerio de Economía y Finanzas,¹ cuyas recomenda-

* Este artículo fue presentado, con algunos cambios, en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, el 11 de septiembre de 2002, bajo los auspicios del Banco Interamericano de Desarrollo.

¹ Resolución Ministerial 182-2001-EF-10 del 6 de junio de 2001. La Comisión estuvo integrada, además, por Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena; Alfredo Bullard Gonzáles; Lilian del Carmen Rocca Carbajal, en representación de la Superintendencia de Banca y Seguros; y Luccia Claudia Reynoso Paz, en representación del Ministerio de Economía y Finanzas. Además, contó con la colaboración de Amalia Ortiz de Zevallos, Juan García Montúfar Sarmiento y Fernando Cantuarias Salaverry.

ciones sirvieron de base para la elaboración de un documento de trabajo denominado *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*,² que propone en pocas palabras, un cambio de 180 grados en las reglas de juego existentes en el país.

Valgan estas líneas para rendir mi profunda admiración académica, profesional y personal a un verdadero jurista y mejor amigo, preocupado hoy, como siempre, por el cambio constante del Derecho en beneficio de un país mejor.

1. Situación del crédito en el Perú

Para nadie es un secreto que en el Perú y, en general, en el resto de América Latina, el acceso al crédito tiene dos características: se encuentra al alcance de unos pocos y sus condiciones son muy onerosas.³

En efecto, en el mencionado documento de trabajo y según fuentes de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Comisión Nacional de Empresas y Valores (CONASEV) de marzo de 2001, se precisa que, si bien los bancos peruanos otorgan el 90% del financiamiento empresarial, estas colocaciones representan apenas el 26% del producto bruto interno (PBI). El otro 10% proviene, fundamentalmente, del mercado de valores (bonos corporativos) y de otras fuentes menores.⁴

El documento de trabajo afirma, además, que en el Perú el crédito directo de proveedores es prácticamente inexistente, a diferencia de países como los Estados Unidos o Canadá, en los que más del 60% del financiamiento empresarial proviene de proveedores.⁵

En otras palabras, el Perú se enfrenta a una situación en la que los bancos prácticamente monopolizan el mercado del crédito, mientras

² MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*. Documento de trabajo. Lima: MEF, julio de 2001.

³ *Ibid.*, p. 4: «La falta de acceso al crédito en el Perú se manifiesta de dos maneras: primero, pocas son las empresas que acceden al crédito y, segundo, de ellas la mayoría lo hace en condiciones muy onerosas. Esto limita el crecimiento de las empresas y detiene la generación de riqueza en el país. Peor aun, impide que las empresas peruanas compitan en igualdad de condiciones con empresas extranjeras que acceden a fuentes de financiamiento más baratas».

⁴ *Ibid.*, pp. 24-26.

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁵ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias*. Lima: Center for the Economic Analysis of Law (CEAL)-Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2000, p. 88.

que, en países como los Estados Unidos, su participación es de alrededor del 40%;⁶ y, al mismo tiempo, esta fuente de financiamiento representa apenas el 26% de nuestro PBI, frente a países como los Estados Unidos, en el que el total del crédito es de aproximadamente 2,6 veces su PBI.⁷

Esta concentración del crédito en las entidades bancarias y la casi inexistencia de crédito directo reducen significativamente el crecimiento de las empresas y, por ende, la generación de riqueza, aunque, por ejemplo, los «[...] distribuidores de maquinaria [...] creen que es posible aumentar sus ventas, entre 200% y 300% más, a las tasas de interés actuales, si tuvieran la habilidad de vender con préstamos a cuatro años, en lugar de préstamos a uno o dos años de plazo. Por otra parte, una amplia gama de productores (de café, frutas, algodón, vegetales y madera) asegura que los préstamos para semillas, fertilizantes, pesticidas y fungicidas podrían fácilmente duplicar la producción».⁸

Además, en el Perú, el crédito está prácticamente limitado al valor de los predios que se entregan en garantía (hipoteca), como lo comprobamos en diversas entrevistas:

[...] algunos prestatarios daban la apariencia de estar utilizando su maquinaria, los inventarios y las cuentas por cobrar como garantía [...]. Pero ese financiamiento era ilusorio. Los bancos y otros prestamistas concedían a las compañías una línea de crédito con relación al valor de las propiedades inmuebles. El financiamiento posterior garantizado por bienes muebles generalmente era deducido de esta línea de crédito. Ningún crédito adicional se otorgaba a compañías que aumentaban sus cuentas por cobrar con mayores ventas, o que duplicaran su inventario de bienes mediante una producción más eficiente.⁹

Ello significa que los bienes muebles, en muchos casos el mayor capital de las empresas en el Perú, sobre todo de las micro, pequeñas

⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 24-26.

⁷ HEYWOOD, Fleisig ; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 13.

⁸ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 36: «Para los productores, los bienes muebles representan en promedio dos tercios de su inventario de capital y el 60% de la inversión bruta, mientras que en el sector agrícola representan el 75% de la inversión bruta. Para los comerciantes y las pequeñas y medianas empresas no industriales, por cada dólar que se invierte en bienes inmuebles se requieren 10 a 20 dólares en bienes muebles».

y medianas empresas,¹⁰ no sirven como garantía al momento de gestionar un crédito. Esta situación es aún más grave, si consideramos que en el Perú apenas el 40% de los predios se encuentran debidamente saneados y registrados, y, por tanto, aptos para ser otorgados en hipoteca.¹¹

¿Por qué se da esta concentración del crédito en los bancos? ¿Por qué no existe crédito directo en el Perú? ¿Por qué los bienes muebles no sirven de garantía? ¿Por qué el crédito es tan costoso?¹²

Parte de la respuesta, que no será materia de este trabajo, es que el costo del financiamiento es afectado por variables macroeconómicas, como el riesgo-país, la inflación, la devaluación y los niveles de competencia, entre otros.¹³

Sin embargo, estas variables no explican por qué los bienes muebles no sirven como garantía, por qué el costo del crédito es tan alto, por qué no existe crédito directo ni por qué el financiamiento total apenas representa alrededor del 28% del PBI peruano.

Nosotros creemos que la respuesta principal a estas interrogantes reside en el deficiente marco legal que regula el tema de las garantías en el Perú y que, por tanto, una reforma integral en este campo corregirá sustancialmente los problemas identificados.¹⁴

¹⁰ *Ibid.*, p. 37: «Las pequeñas y medianas empresas, los agricultores y los hogares pobres típicamente no tienen ningún bien inmueble que pueda servir como garantía para un préstamo —ya sea porque no poseen predio alguno, o porque su tierra no tiene título de propiedad o es de bajo valor para solventar el costo de constitución de una hipoteca—. Para tales personas, la posibilidad de usar sus bienes muebles para garantizar un préstamo o comprar bienes a plazos podría cambiar enormemente su acceso a crédito. En forma similar, cuando tales personas no cuentan con crédito alguno, su acceso a crédito aumentará cuando encuentren que sus vendedores a crédito fácilmente pueden refinanciar sus carteras de cuentas por cobrar gravándolas como garantía en el sector formal».

¹¹ Solo a manera de ejemplo tenemos que «en los EE.UU., el prestatario de maquinaria, paga el 14,5% por [un] préstamo; en el Perú, el mismo prestatario paga alrededor del 40%». HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 65.

¹² *Ibid.*, pp. 65-80.

¹³ Lo que de aquí en adelante se exprese ha sido desarrollado en extenso en HEYWOOD Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 44-64 y 90-113.

¹⁴ Este no es solo un problema peruano, como lo explica GARRO, Alejandro M. «Difficulties in Obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law Reform Really Matters». En NORTON, Joseph J. y Mads ANDENAS (eds.). *Emerging Financial Markets and*

2. Marco legal de las garantías en el Perú

En la actualidad, el Perú cuenta con una caótica y dispersa legislación. Esta contiene más de 20 tipos distintos de garantías y 17 registros públicos.¹⁵

En efecto, identifiquemos las garantías existentes:

1. Prenda general (Código Civil)
2. Prenda comercial (Código de Comercio)
3. Prenda de acciones (Ley General de Sociedades y Ley del Mercado de Valores)
4. Prenda sobre créditos por cobrar (Código Civil y Ley de Títulos Valores)
5. Prenda agrícola (Ley 2420 de 1916)
6. Prenda industrial (Ley General de Industrias de 1982)
7. Prenda e hipoteca minera (Ley General de Minería)
8. *Warrants* (Ley General de Almacenes de Depósitos)
9. Hipoteca sobre predios (Código Civil)
10. Hipoteca sobre naves (Ley de Hipoteca Naval)

Secured Transactions. Londres: Kluwer Law, 1998, p. 256: «There is an ample body of literature describing and discussing the formal legal mechanisms for creating, perfecting, and enforcing security interests in most Latin American jurisdictions. What is important to emphasize here is that this ad hoc regulation of security interests has resulted in a patchwork of legislation that is overlapping, confusing, and or the most part irrelevant to encouraging and facilitating the actual use of security interests in the most part irrelevant to encouraging and facilitating the actual use of security interests in credit more available and cheaper». En el mismo sentido, CISCOMANI FREANER, Francisco. «La prenda sin transmisión de posesión en México». Documento presentado en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», Río de Janeiro, Brasil, Banco Interamericano de Desarrollo, 11 de septiembre del 2002, p. 2, explica que: «En México las garantías sobre bienes muebles se perfeccionan a través de diversas figuras, entre las cuales se encuentran: la prenda civil establecidas en los Códigos Civiles de las entidades federativas; las prendas de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (mercantil) y de la Ley de Instituciones de Crédito... la hipoteca industrial, el crédito refinancionario, y el de habilitación y avío [...]».

¹⁵ El impresionante marco legal que regula cada una de estas garantías y sus respectivos registros puede ubicarse en HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.* pp. 60-63; y CANTUARIAS, Fernando (ed.). *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2001, pp. 247-258: «Se debe reformular cuanto antes el Régimen de Garantías en el Perú: No basta con una simple reforma del Código Civil; es necesaria la creación de un Sistema de Garantías».

11. Hipoteca sobre aviones (Ley de Aeronáutica Civil)
12. Hipoteca de embarcaciones pesqueras
13. Hipoteca de predios rurales
14. Anticresis (Código Civil)
15. Fideicomiso en garantía (Ley General del Sistema Financiero)
16. Arrendamiento financiero
17. Venta con reserva de dominio (Código Civil)
18. Derecho de retención (Código Civil)
19. Prenda global y flotante (Ley General del Sistema Financiero)
20. Prenda de motores de aeronaves (Ley de Aeronáutica Civil)
21. Prenda de acciones (Ley General de Sociedades)
22. Prenda de derechos inmateriales (Indecopi)
23. Prenda de créditos (títulos valores)

Ahora, listemos los registros existentes:¹⁶

1. Registro de prenda agrícola
2. Registro de prenda de motores
3. Registro de prenda industrial
4. Registro de derechos mineros
5. Registro de valores representados por anotaciones en cuenta
6. Registro fiscal de ventas a plazos
7. Registro predial urbano
8. Registro especial de predios rurales
9. Registro de naves
10. Registro de aeronaves
11. Registro vehicular
12. Registro de la propiedad inmueble
13. Registro de prenda global y flotante
14. Registro de marcas
15. Registro de patentes
16. Registro de derechos de autor
17. Registro de embarcaciones pesqueras

¹⁶ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 257: «The proliferation of statutes dealing with different kinds of security interests conspires against a rational and coherent priority scheme that would envision all possible conflicting claims to the same collateral».

A partir de este marco legal, podemos precisar lo siguiente:

1. Existen múltiples formas jurídicas reconocidas como garantías reales, cada una sujeta a requisitos diferentes para la constitución, perfeccionamiento, preferencia y ejecución, sin justificación económica y funcional.
2. El régimen de las garantías en el Perú se ha construido y se sigue construyendo sobre la base de privilegios. Así, se quiere promover (o mejor dicho privilegiar) a los industriales y solo a ellos, pues se les crea una garantía y su correspondiente registro. Se quiere hacer lo mismo con los mineros, pues se actúa de idéntica manera. Los bancos quieren sus propias reglas de juego, entonces a privilegiarlos también. Sin embargo, esta situación es, en términos económicos, jurídicas y sociales, inaceptable.
3. Este régimen, disperso en innumerables normas de la más variada jerarquía legal, genera al mismo tiempo reglas caóticas de preferencia y prelación de derechos que, *para colmo de males*, va variando conforme se aprueban nuevas disposiciones para diferentes segmentos del mercado, hecho que obviamente genera inestabilidad y desconfianza.

Además, no existe legislación alguna que regule de manera sistemática todo lo relativo a las preferencias y prelación entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes y demás terceros que pudieran tener algún interés sobre los bienes a ser otorgados en garantía.¹⁷

¿Cómo prestar, entonces, aceptando en garantía un bien x, si no se conocen de antemano las reglas de juego? ¿Si acepto en prenda una máquina, cuál será mi preferencia si inscribo la garantía en el registro de prenda industrial? ¿Primera? ¿Y si además se registró con anterioridad el mismo bien en el registro de prenda minera, porque el constituyente también era minero?

¹⁷ Lo que en la práctica es una tarea casi imposible, porque la gran mayoría de los registros no se encuentran interconectados. Así, por ejemplo, un mismo bien podría registrarse en garantía de distintos acreedores en los registros de prenda industrial, prenda agrícola y prenda global y flotante de Lima, y repetirse la misma operación en cualquier otra oficina registral del país. Pero, aun cuando en el futuro los registros se interconecten, el sistema se mantendrá ineficiente, por cuanto los costos de acceso y verificación de cada registro, como de análisis y aseguramiento de las preferencias, seguirán siendo prohibitivos.

¿Y qué pasará si el constituyente vendió el bien mueble e hizo tradición, o si un tercero lo embargó físicamente o, simplemente, el bien está arrendado? ¿Quién gana? Preguntas como estas que son fundamentales para el desarrollo de un sistema de crédito ágil, seguro y, sobre todo, barato son prácticamente imposibles de responder en el Perú, porque para cada interesado existirá legislación a la que podrá apelar para defender sus particulares intereses.

4. Además, este régimen es poco confiable por la existencia de múltiples registros, cada uno con reglas especiales. Esta innecesaria cantidad de registros hace que los costos de transacción se eleven en vez de ser reducidos, ya que la mayoría de las veces habrá que revisar varios registros para intentar asegurar un derecho preferente.¹⁸ Pero lo más grave es que, inclusive verificando el contenido de los diferentes registros, sucede, muchas veces, que las diferentes leyes que los han creado en el tiempo son contradictorias, hecho que genera graves conflictos. A estos graves problemas, hay que agregar lo siguiente:

[...] marco legal establece un sistema de publicidad de garantías por registro del contrato de garantía[...] el registro de la prenda o la hipoteca [...] [que] involucra altos costos, porque la ley exige la revisión de la legalidad y la autenticidad de documentos antes de su inscripción. También la ley exige la inscripción de gran cantidad de información, pues requiere el registro del contrato entero de garantía [...] [y] el sistema limit[a] el acceso público a esta información [...] [lo que] es irónico, porque el objetivo y la razón de ser de la existencia de los registros suponen dar publicidad a la información registrada.¹⁹

La inexistencia de un registro moderno impide, además, «[...] gravar en garantía bienes muebles intangibles, como las carteras de créditos»²⁰ o «[...] permitir la constitución de garantía real flotante sobre carteras de créditos [...]»,²¹ hecho que reduce dramáticamente el acceso al crédito y al financiamiento.

¹⁸ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARÍAS. *Op. cit.*, pp. 59-60.

¹⁹ *Ibid.*, p. 48.

²⁰ *Ibid.*, p. 49.

²¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 5: «La ejecución judicial en el Perú toma un promedio de entre 18 y 24 meses. Esta demora genera un impacto en las tasas

5. Existen altos costos de transacción para perfeccionar y ejecutar las garantías, ya que la mayoría de esta frondosa legislación exige, por un lado, la constitución de garantías mediante el otorgamiento de costosísimas escrituras públicas (aunque el único valor agregado lo dé el registro) y, por otro lado, que su ejecución tenga que lograrse luego de un costoso y lento proceso judicial,²² hecho que de por sí solo desvaloriza los bienes.²³
6. Por último, debemos considerar la actitud del legislador de regular la ejecución de las garantías al pretender proteger al «pobre deudor»²⁴ mediante normas de orden público que restrinjan indebidamente la autonomía de la voluntad (como la prohibición del pacto comisorio y la venta extrajudicial de los bienes, entre otras) y que solo hacen que el crédito se encarezca para la gran mayoría de los «malos cumplidores».²⁵

de interés. Si el acreedor pudiera recuperar su dinero en un plazo prudencial de tres meses desde que se produce el incumplimiento, la tasa de interés aplicable al financiamiento podría reducirse hasta en tres puntos porcentuales».

²² GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 259: «Even the slightest administrative and court costs involved in the enforcement proceedings are likely to consume much of the residual value of movable assets. Understandably, lenders look upon movable collateral with disfavour when the average collection procedure takes an average of two years».

²³ BULLARD G., Alfredo «Sobre el Código Civil y los dinosaurios». En: CANTUARIAS, Fernando (ed.). *Op. cit.*, pp. 42-43: «[...] quisiera apelar a la memoria del lector que ha ejercido profesionalmente como abogado para determinar quién ha sido más pobre en este país. ¿Debemos decir «pobre deudor» o debemos decir «pobre acreedor»? ¿No es acaso más difícil en este país cobrar una deuda que endeudarse? ¿No es acaso mucho más seria la situación de los acreedores que no pueden obtener la satisfacción de su crédito, porque están sujetos a una serie de reglas que hacen difícil, si no imposible, recuperar su crédito?»

[...] solemos identificar como el deudor al que cumple en segundo lugar. El caso paradigmático es el contrato de mutuo. El banco entrega el dinero y luego el deudor lo devuelve. Pero, justamente en ese caso, el débil es el acreedor. Él ha tenido que cumplir su prestación en primer lugar, satisfacer el interés del mutuuario, quien, ocurrido ese hecho, ve disminuido su interés por cumplir, debiendo existir una estructura legal que lo incentive a hacerlo [...].»

²⁴ A esta costosa e ineficiente actitud «pro-mal deudor» de nuestro legislador, se suma la de los jueces, como lo explican EYZAGUIRRE, Hugo; Pierina POLLAROLO, y Raúl ANDRADE. «La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes». Lima: Instituto Apoyo, agosto del 2000, p. 11: «[...] es común que muchos jueces tengan algunas ideas previas acerca de cierto tipo de actores en los procesos. En los juicios de cobros de dinero, por ejemplo, es común que se tienda a favorecer a los deudores, quienes son vistos como la parte débil del conflicto [...].»

²⁵ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 263: «[...] the law should make possible the

En resumen, este marco legal estorba la transferencia del ahorro; aumenta las tasas de interés; reduce los montos de crédito y sus plazos; hace improductivo aumentar la relación capital/trabajador; y limita el acceso al crédito solo a los que tienen predios.

3. Propuesta de reforma

Nosotros consideramos que lo que se requiere es la promulgación de una única ley de garantías que permita crear un sistema de garantías ordenado, seguro y poco costoso. Este necesariamente deberá abarcar todo lo relativo a la constitución, perfeccionamiento, oponibilidad, registro y ejecución de las garantías (mobiliarias e inmobiliarias), para reemplazar, de esta manera, la actual legislación que es compleja, dispersa e incoherente.

La ley que proponemos deberá contener en líneas generales lo siguiente:

1. Disposiciones generales que establezcan su ámbito de aplicación de la forma más amplia posible, hecho que garantizará de esa manera que ningún individuo sea excluido y que se encuentren comprendidos todos los bienes que voluntariamente se deseen entregar en garantía de cualquier tipo de obligación.²⁶

collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible [...] Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction».

²⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 27-28: «Nuestro marco legal, por ejemplo, permite la constitución de ciertas clases de garantías solamente en favor de los bancos, impidiendo que se otorguen a favor de los proveedores. Tal es el caso de la prenda global y flotante que otorga al banco preferencia absoluta sobre el valor de la garantía excluyendo a todos los demás acreedores del constituyente, aunque éste se encuentre en proceso de reestructuración patrimonial o concurso.

También es el caso de la «garantía sábana» que permite al banco cubrirse ante cualquier contingencia directa o indirecta, presente o futura.

Igualmente, las llamadas «prendas especiales» sólo pueden otorgarse por agricultores, industriales y mineros, y para asegurar créditos vinculados a sus actividades.

[...]

En tal sentido, las empresas que se encuentran fuera del sistema financiero, como es el caso, por ejemplo, de una empresa dedicada a la venta de maquinaria o de una empresa exportadora de materias primas, no cuentan con las mismas condiciones de

Ello implicará la eliminación de privilegios, en el acceso a las garantías, en razón de las personas o los bienes,²⁷ y eso generaría, a su vez, un sistema que permita a cualquier agente económico utilizar el mecanismo de las garantías como palanca para su desarrollo.²⁸

A su vez, este nuevo marco legal posibilitará que acreedores y deudores creen garantías ad hoc que habiliten el otorgamiento de garantías sobre todo tipo de bienes tangibles; derechos (patentes y marcas de fábrica); bienes intangibles (carteras de créditos, cuentas por cobrar, carteras de cuentas pendientes de cobro por mercadería vendida o servicios prestados, etc.); bienes fungibles y no fungibles, que sean materia de rotación o transformación; y la integridad del patrimonio de un deudor o de un tercero determinado, incluyendo los bienes que adquiera en el futuro.²⁹

2. Un primer capítulo que regule los requisitos de forma y de fondo para la constitución de los contratos de garantía; y que establezca, en el fondo, reglas simples y, en lo posible, supletorias a la voluntad, y, en la forma, requerimientos mínimos que reduzcan dramáticamente los actuales costos de transacción.
3. Un capítulo siguiente que regule de manera sistemática la oponibilidad entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes y otros que pudieran tener algún interés en los bienes otorgados en garantía, mediante el mecanismo de publicidad más eficiente, como es el registro (salvo excepciones puntuales, como, por ejemplo, los títulos valores).

los bancos para beneficiarse de garantías que respalden de manera efectiva los créditos que pudieran otorgar directamente a sus clientes o proveedores. Por esta razón, empresas que bien podrían financiar a sus clientes para la compra de sus productos, y que estarán dispuestas asumir el riesgo del financiamiento porque conocen el negocio y necesitan vender, terminan por no otorgar financiamiento. El culpable es el marco legal que les pone trabas para la constitución, registro y ejecución de las garantías».

²⁷ GARRO, Alejandro M. *Op. cit.*, p. 263: «[...] the law should make possible the 'collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible [...] Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction».

²⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 38.

²⁹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA; y Fernando CANTUARAS. *Op. cit.*, p. 59.

Ello obligará a eliminar los actuales privilegios en materia de preferencias y prelaciones en razón de las personas.

4. Seguidamente, deberá disponerse la creación de un solo registro que provea la información que el mercado requiere para la toma eficiente de decisiones.

Este nuevo registro deberá ser similar al Notice Filing System que existe en países como los Estados Unidos, Canadá, Puerto Rico y Rumania,³⁰ con las siguientes particularidades:

- No se tratará de un registro de bienes, sino de un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho en razón de la persona del constituyente.

- Este sistema de publicidad no requerirá inscribir el contrato de garantía, sino la información mínima necesaria para informar al público acerca de la existencia de derechos preferentes.

- El control de la legalidad se reducirá dramáticamente, a la simple constatación de que se hayan llenado todos los campos del formulario que servirá para informar acerca de la garantía.

- La información será ingresada a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional, que permita muchos puntos para ingresar información, así como su libre e inmediato acceso público.

- Las características técnicas de este Archivo posibilitará su concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la importante función de establecer los estándares de competencia, las condiciones técnicas del Archivo y su supervisión.³¹

5. Por último, deberán establecerse reglas ágiles, simples y poco costosas para la toma de posesión y la ejecución de las garantías, y eso reconocerá, con las debidas seguridades, la posibilidad de la captura extrajudicial de los bienes en posesión del deudor o de terceros, la ejecución extrajudicial de las garantías y el pacto comisorio, entre otros.³² Solo así se protegerá a todos los buenos deudores que hoy pagan intereses prohibitivos debi-

³⁰ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, pp. 39-40; y HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA; y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 101-106.

³¹ *Ibid.*, pp. 107-110.

³² *Ibid.*, p. 28: «Aquellos que participan en los mercados crediticios cuentan con información asimétrica; es decir, el deudor conoce su situación verdadera y el destino del crédito, mientras que el prestamista tiene que adivinarlos».

do a la inconveniente protección que la legislación otorga a los malos deudores.

Creemos que solo con un marco legal, como el que se propone, se logrará reducir dramáticamente la asimetría informativa³³ y la ventaja estratégica del deudor,³⁴ hecho que hará posible el desarrollo masivo del crédito.

Ello, a su vez, generará impactos económicos positivos, como son³⁵ el crecimiento de las empresas y su competitividad frente a empresas extranjeras que hoy acceden a fuentes de financiamiento más baratas, tasas de interés más bajas y a mayor plazo, más volúmenes de crédito y un crecimiento económico de más del 20% del PBI.³⁶

Por último, esta reforma posibilitará el acceso al crédito de las pequeñas y microempresas peruanas.³⁷

³³ El término ventaja estratégica o *the problem of contract opportunism* está referido a aquellas transacciones (como los préstamos), en las que las prestaciones asumidas por una de las partes del contrato se ejecutarán con posterioridad a las que corresponde a la otra. De esta manera, el que debe cumplir en segundo lugar se encuentra en mejor situación, por cuanto ya recibió el beneficio que le iba a reportar el contrato. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3.^a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986, pp. 79 y ss.

³⁴ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 81-89.

³⁵ El beneficio económico de esta propuesta para el Perú no ha contado con un trabajo de campo. Sin embargo, HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 24, afirman que «[e]n legislaciones comparadas, el beneficio económico de reformar el marco de garantías reales mobiliarias alcanza más del 20% del PBI del país».

³⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 8: «Uno de los mayores obstáculos para desarrollar actividad empresarial en nuestro país es el escaso acceso a fuentes de financiamiento. En efecto, el crédito en el Perú es costoso y difícil de obtener, especialmente para las Pymes». HEYWOOD, Fleisig y Nuria DE LA PEÑA. «Microenterprises and Collateral». Documento presentado en el V Foro Interamericano de la Microempresa: «Un Entorno Favorable para las Micro y Pequeñas Empresas», Río de Janeiro, Brasil, Banco Interamericano de Desarrollo, 11 de setiembre del 2002, p. 1: «In Latin America, microenterprises get credit at worse terms than do large firms. They pay higher interests rates, get smaller loans relative to cash flow or income, and must repay more quickly».

³⁷ CISCOMANI FREANER, Francisco. *Op. cit.*, p. 3, identifica que se presentó el mismo problema en México, cuando se intentó introducir ante el Parlamento federal una propuesta similar a la contenida en este trabajo: «La iniciativa presidencial no tuvo el eco esperado, debido a la opinión pública negativa que prevalecía sobre las instituciones bancarias. La posición de los partidos políticos dominantes [...] también coadyuvó a detener el referido anteproyecto».

4. Grupos de interés que podrían bloquear la reforma

En el Perú, existen varios grupos de interés que, por diferentes razones, podrían bloquear una propuesta como la aquí descrita. Los que destacan por su importancia son los que se presentan a continuación.

4.1. Los políticos

Una reforma institucional como la propuesta no siempre es atractiva para algunos políticos, ya que afectará de manera directa a los malos deudores que tienen incentivos suficientes para organizarse, a diferencia de los actuales y futuros buenos clientes, que, si bien son la gran mayoría, son indeterminados en términos políticos.

Además, en un mercado (el crediticio) prácticamente monopolizado por los bancos, este tipo de propuesta podría ser considerada como pro-banqueros,³⁸ aunque en el fondo no sea así, ya que pretende abrir el mercado a una más amplia y sana competencia.

También, se debe considerar que, en términos políticos, es, a veces, más conveniente proponer soluciones populistas a la escasez y onerosidad del crédito, como son la creación de bancos estatales³⁹ o la fijación de tasas de interés por decreto, en vez de generar condiciones de libertad y competencia.

4.2. Los bancos

Algunos bancos, sobre todo locales, no consideran necesariamente positivo este tipo de propuesta, porque implica modificar el *statu quo* que les ha permitido monopolizar el 90% del mercado del crédito. Sin

³⁸ Esta ha sido justamente la salida facilista del actual gobierno, que ha creado un banco estatal para los agricultores (Agrobanco). Con un régimen legal sobre garantías como el que tiene actualmente el Perú, ¿cómo pretende este banco estatal garantizar la recuperación de su cartera de créditos?

³⁹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, pp. 119-120: «Los bancos perderían relativamente, pero ganarían en absoluto. Mientras los bancos representan el 40% del crédito de EE.UU., tal crédito asciende al 220% del PBI. En los países que poseen un marco legal no reformado para los derechos reales de garantía, los bancos pueden representar hasta el 95% del crédito, pero el crédito total asciende solo entre el 20% y 30% del PBI. Como resultado de una reforma al marco legal, el crédito bancario con relación al PBI crecería de, aproximadamente, 25% al 80%, casi triplicando el negocio bancario».

embargo, para muchas entidades bancarias, propuestas como la aquí descrita, implican una promisorio oportunidad de negocios.⁴⁰

4.3. Los notarios

Los notarios son un grupo poderoso que monopoliza el mercado de la fe pública y encarece el libre intercambio. Son los intermediarios necesarios entre los agentes económicos y el registro, mediante las costosas escrituras públicas.

Una reforma integral de la legislación sobre garantías necesariamente requiere eliminar estos costos de transacción, los mismos que afectarían de alguna manera sus intereses. Sin embargo, con el aumento significativo del crédito y de las transacciones comerciales, los notarios podrían prestar a satisfacción nuevos servicios.

4.4. Los funcionarios de la SUNARP ⁴¹

Un registro público, por definición, debe incentivar la inscripción de las transacciones y proveer al mercado la información que posee en tiempo real y a muy bajo costo. En el Perú, sin embargo, sucede todo lo contrario, ya que el ingreso al registro es costoso y lleno de formalismos⁴² y el acceso a la información que posee es por demás problemática e insegura.⁴³

⁴⁰ La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) es una entidad estatal que tiene bajo su control y supervisión a todos los registros públicos del país.

⁴¹ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 101. Nosotros proponemos, en cambio, un «[...] sistema de archivo de avisos de garantía. Este es menos costoso y precisa un mínimo control por parte de funcionarios, a diferencia del sistema de registro, que requiere revisión legal. En los sistemas reformados vigentes en algunas jurisdicciones, la revisión legal previa a la inscripción consiste solo en controlar que todos los campos del formulario hayan sido completados».

⁴² Véase supra punto III y cita 13.

⁴³ HEYWOOD, Fleisig; Nuria DE LA PEÑA, y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*, p. 60: «[...] el Perú presenta una estructura institucional de monopolio del Estado para la administración de registros. Esta estructura institucional conlleva problemas administrativos en el funcionamiento de los registros que determinan costos altos y riesgos en el rango de propiedad de acreedores».

⁴⁵ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 35: «De acuerdo a información proporcionada por la SBS, los procesos judiciales de ejecución duran entre 18 y 36 meses en promedio. Esta demora tiene un impacto en la tasa de interés de 0,55% por cada seis meses de demora, tomando en cuenta sólo el costo de oportunidad por mantener el crédito inmovilizado mientras dura el proceso judicial y la pérdida de valor en el rescate.

Se requiere, por tanto, de un nuevo registro que corrija estas imperfecciones y que promueva la competencia en un sector que tradicionalmente ha sido un monopolio del Estado.⁴⁴

Los funcionarios de la SUNARP, y en especial los registradores públicos, pueden considerar la reforma del régimen de garantías como una amenaza. Sin embargo, la creación de un nuevo y único registro con muchos puntos de ingreso de la información en competencia significará importantes oportunidades de negocio.

4.5. Los jueces

En la actualidad, el poder judicial prácticamente monopoliza el mercado de la ejecución de bienes, y eso genera impactos negativos significativos en el mercado del crédito.⁴⁵ Además, el actual procedimiento de ejecución judicial de las garantías «genera corruptelas que distorsionan el valor de los bienes».⁴⁶ Se requiere generar, por tanto, un mercado privado competitivo, que podría ser considerado, por algunos jueces, como un atentando a su cuota de poder. Sin embargo, considerada la propuesta en su real dimensión, permitirá reducir la carga procesal y dejará en los jueces el rol subsidiario, pero significativo, de proteger a los deudores frente a posibles malos acreedores.

4.6. Los abogados

Por desgracia, en el Perú, muchas universidades consideran que el Derecho se reduce al aprendizaje de la ley. Por esta razón, un gran número de abogados es sensible a cambios significativos en el ordenamiento legal, porque para ellos implica la necesidad de aprender de nuevo. Sin embargo, al tratarse de una propuesta que contará con el

[...]

Es importante mencionar que el cálculo [...] no incluye los gastos en que debe incurrir el acreedor para iniciar y seguir un proceso judicial (abogados, tasas judiciales, honorarios del tasador y del martillero, etc.), los mismos que también pueden impactar en la tasa de interés».

⁴⁶ *Ibid.*, p. 36. Así, por ejemplo, EYZAGUIRRE, Hugo; Pierina POLLAROLO, y Raúl ANDRADE. *Op. cit.*, p. 32, explican que uno de los problemas principales «[...] es el referido a la posibilidad de que alguna de las partes realice un acuerdo extralegal para beneficiarse de la tasación. El mecanismo para esto es tener control sobre el nombramiento del perito». Además, es un secreto a voces, que existen mafias que intervienen en los remates judiciales.

significativo apoyo de los gremios empresariales, cualquier organización que agrupe a este tipo abogados difícilmente podrá impedir la reforma.

La clasificación de los bienes

Francisco Avendaño Arana

PARTICIPAR CON UN ARTÍCULO EN ESTE LIBRO me llena de orgullo. De un lado, escribiré sobre la obra de uno de los principales juristas del país y, por otro, lo haré sobre mi padre. Jorge Avendaño ha sido maestro de varias generaciones de abogados, pero en mi caso es además un compañero de trabajo y gran amigo.

Los coordinadores del libro me pidieron que preparara un artículo para la sección Temas sobre los Derechos Reales. Luego de pensar sobre el tema, decidí finalmente escribir sobre la clasificación de los bienes; porque creo que el cambio de la clasificación es la principal propuesta de mi padre en el Derecho peruano.

Ya en 1965, Jorge Avendaño señalaba que el consagrado criterio de clasificación en función a la movilidad no regía, y proponía otro que atendiera a la publicidad.¹ Su propuesta pudo haberse concretado años más tarde, a propósito de la reforma del Código Civil de 1936. Jorge Avendaño preparó un innovador Anteproyecto de la Reforma del Libro de los Derechos Reales del Código Civil de 1936 y planteó que los bienes se clasificaran principalmente en función a su registrabilidad. Sus ideas fueron duramente criticadas, razón por la cual la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil de 1936 rechazó la clasificación propuesta, manteniéndose en el Código Civil de 1984 la división de muebles e inmuebles.

¹ AVENDAÑO, Jorge. «Naturaleza Jurídica de las Prendas sin Desplazamiento». *Revista del Foro*, tomo LII, 1965, pp. 163-168.

En 1994, por Ley 26394, se constituyó una Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de 1984. La sub Comisión del Libro de los Derechos Reales, presidida por mi padre, propuso al pleno de la Comisión la modificación de la clasificación de los bienes. Lamentablemente, la Comisión quedó en los hechos desactivada.

Sin embargo, recientemente, por Resolución Ministerial 460-2002-JUS, publicada el 3 de diciembre de 2002, se ha reactivado la Comisión, se han designado nuevos integrantes y Jorge Avendaño ha sido nombrado Presidente. Estoy seguro de que el cambio de la clasificación de los bienes, propuesto por Jorge Avendaño hace casi cuarenta años, será uno de los temas centrales del debate.

Para aproximarnos a los temas materia de discusión, dividiré este artículo en cuatro partes. En primer lugar, haré una referencia a los bienes en general; luego me referiré a sus distintas clasificaciones, enfatizando en el Derecho peruano; posteriormente, recorreré la propuesta de mi padre; y, finalmente, terminaré señalando los efectos de la clasificación propuesta.

1. Los bienes

Los bienes son el objeto de los derechos reales. Bien es toda entidad, material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas. Los bienes se distinguen de las cosas. Las cosas, en términos jurídicos, son los objetos materiales de valor económico que son susceptibles de ser apropiados, transferidos en el mercado y utilizados por las personas con la finalidad de satisfacer sus necesidades. El concepto de bien es más amplio; comprende a las cosas (bienes corporales) y a los derechos (bienes inmateriales). Este es el sentido de bien que utiliza el Código Civil.

La distinción entre cosas y bienes no es unívoca. En Roma, el concepto de cosa estuvo relacionado inicialmente con lo material, lo perceptible por los sentidos, aquello que era parte integrante del mundo físico. La noción de cosa partió de lo más elemental, de la comprobación de la realidad a través de los sentidos. Por ello, en la Roma clásica se alude a *res corporales*. El desarrollo y la evolución de los conceptos jurídicos determinaron la necesidad de ampliar la idea de cosa a las *res incorporales*, aquellas que son perceptibles con la inteligencia.

Para algunos sistemas, entre cosa y bien existe una relación de género a especie: las cosas son todo aquello que existe en la naturaleza, excepto el ser humano; mientras que los bienes son todas aquellas cosas que son útiles al hombre y son susceptibles de apropiación. Es decir, no todas las cosas son bienes; ya que pueden existir cosas que no dan provecho al ser humano o que no son susceptibles de apropiación. Para otros sistemas, como el nuestro, es a la inversa: todas las cosas son bienes, pero no todos los bienes son cosas.²

Con el objeto de definir la noción de bien y aclarar las discrepancias, estimo que deben reunirse las siguientes características alrededor del concepto de bien para que sea considerado como tal.³

1.1. El bien es diferente al sujeto

La noción de bien se contrapone a la de persona como sujeto de relaciones jurídicas. Las personas o su fuerza de trabajo (distinta a su resultado) no son bienes. Esta distinción que en la actualidad parece obvia, no lo era tanto. Por el contrario, en la antigüedad las personas eran cosas. Es el caso de los esclavos en el Derecho romano, que eran susceptibles de apropiación y que brindaban utilidad, en el sentido económico del término.

1.2. El bien es un concepto que tiene relevancia jurídica

Lo que es indiferente al ordenamiento legal no es un bien. La relevancia jurídica, es decir, el interés, lo impone la ley.

² La discrepancia se puede apreciar en la legislación comparada. El artículo 810 del Código Civil italiano califica a los bienes como las cosas que pueden ser objeto de derecho; el artículo 333 del Código Civil español señala que todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles; el artículo 90 del Código Civil alemán alude únicamente a cosas y las reduce a lo material; el artículo 2311 del Código Civil argentino define a las cosas como los objetos materiales susceptibles de tener un valor, y a los bienes como las cosas y objetos inmateriales susceptibles de valor. Por su parte, el artículo 565 del Código Civil chileno señala que los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas; y el artículo 596 del Código Civil nicaragüense, por último, indica que las cosas en cuanto procuran o sirven para procurar beneficios a las personas que tienen derechos que ejercitar sobre las mismas, se llaman bienes.

³ En este tema sigo principalmente a BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 27 y ss.

Cosa alude a entidad considerada objetivamente en sí misma. Bien, en cambio, se refiere al interés, a la ventaja o utilidad que otorga a una persona. Por tanto, su consideración es subjetiva. Cosa es la entidad objetiva sobre la cual se ejerce el derecho subjetivo, mientras que bien es también el contenido del derecho subjetivo, lo cual explica que pueda existir una pluralidad de derechos subjetivos que pueden ejercerse respecto de una misma cosa. Así, sobre un mismo inmueble (cosa) pueden constituirse varias hipotecas o servidumbres (bienes diversos, o sea, diversas utilidades para la misma cosa).

1.3. El bien proporciona utilidad

Los bienes deben ser útiles a los hombres en sus relaciones sociales. La utilidad puede ser de diversa índole, como material o moral. Para que los bienes sean útiles, deben ser susceptibles de apropiación. La luz solar, por ejemplo, no es jurídicamente un bien por que no puede ser apropiada. Si bien la luz solar es necesaria y útil, su regulación legal no brindaría utilidad alguna a los hombres en sus relaciones sociales.

La posibilidad de apropiación está determinada por la naturaleza del objeto o por el mercado. Por su naturaleza, el hombre no puede apropiarse de las estrellas. El aire atmosférico, en cambio, sí puede ser objeto de apropiación; pero su abundancia hace que no exista interés económico en su aislamiento y posterior comercialización. Entonces, tampoco es un bien.

1.4. Los bienes son susceptibles de apropiación, independientemente de que dicha apropiación sea actual

Su apropiación depende en gran medida no solo de la naturaleza misma de la entidad, sino del nivel de tecnología imperante. Hoy la energía eléctrica, la magnética y la calorífica son bienes en la medida que son apropiables.

1.5. El tráfico de los bienes debe ser lícito

El tráfico debe estar permitido por el ordenamiento legal. Hay objetos cuyo tráfico está prohibido legalmente, que están fuera del comercio. Para que podamos hablar de bienes fuera del comercio, cualquier acto jurídico respecto del bien debe ser ineficaz. Una persona, por ejemplo, no puede ser objeto de tráfico. Cualquier acto jurídico respecto

de ella no produciría efecto. En cambio, la comercialización de estupefacientes no implica necesariamente la ineficacia del acto (sin duda, origina una sanción penal). Por licitud del tráfico me refiero a lo primero.

El mercado se encarga, por lo general, de determinar qué objetos están fuera del comercio. Sin embargo, la ilicitud del tráfico puede estar dada por razones morales, religiosas o de otra índole. Es el caso de los órganos del cuerpo humano, respecto de los cuales existe efectivamente un mercado; pero su comercialización está prohibida por ley. En este sentido, el artículo 22 del Decreto Supremo 014-88-SA señala que el cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en ninguna de las clasificaciones de bienes. Es decir, los cadáveres no son bienes. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la legislación comparada algunas partes renovables y separables del cuerpo, como los cabellos o uñas, tienen la calidad de bienes.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un sector de la doctrina que considera que no se puede excluir la calidad de bien en sentido jurídico, en funciones de extracomercialidad declarada por la ley.⁴ Este sector concluye, pues, que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen la calidad de bienes. De acuerdo a dicha postura, tanto los órganos separados del cuerpo de una persona viva, como los órganos separados del cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Esta posición no es seguida por el ordenamiento legal peruano.

Tampoco son bienes el derecho al honor, al nombre, al domicilio o a la libertad, ya que la ley los reconoce como derechos de la personalidad no renunciables ni negociables.

1.6. Los bienes pueden ser futuros

Los bienes pueden no tener existencia presente. De hecho, el Código Civil permite la compraventa de bienes futuros (artículo 1532).

⁴ BARASSI, Ludovico. *I Diritti Reales nel Nuovo Codice Civile*. Milán: Ed. Gil, 1943, p. 125. Citado por: ARIAS-SCHEREIBER, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 632.

1.7. Los bienes tienen valor económico

Los bienes, como objeto de los derechos reales, deben ser susceptibles de satisfacer un interés económico. Los derechos de la personalidad, como el derecho al honor o al nombre, son entidades jurídicas que no son capaces de constituir objeto de relaciones jurídicas de valoración económica.

2. Clasificación de los bienes

En teoría, se podrían clasificar los bienes de manera casi infinita, en función a las distintas características o cualidades que tienen. Hay bienes materiales e inmateriales, de colores y de pesos diversos, bienes que se mueven y otros que son fijos, bienes grandes y chicos, de poco o mucho valor económico, etc. Pero no todas estas características o cualidades son necesariamente relevantes para el Derecho. La ley adopta algunas clasificaciones en consideración a la función que deben desempeñar los bienes en un régimen jurídico.

Repito que las clasificaciones de los bienes son muchas. Algunas tienen su origen en la naturaleza de las relaciones entre las personas. Es el caso del préstamo de un bien consumible o de uno no consumible. El primero es un mutuo y el segundo un comodato y ambos contratos —el mutuo y el comodato— tienen una regulación diversa en el Código Civil. Ello demuestra que la clasificación de los bienes en función a su consumo tiene sentido para el Derecho, como no lo tendría en función a su color, por ejemplo.

Otras clasificaciones, como la de muebles e inmuebles, tienen su origen en la movilidad de los bienes (la posibilidad de que el bien se traslade de un lugar a otro); pero la racionalidad que la justifica ha perdido sentido en la actualidad.

No todas las clasificaciones están recogidas positivamente por nuestro ordenamiento legal ni tienen por qué estarlo. Algunas se reflejan solo a propósito de determinadas relaciones jurídicas o a propósito de la definición de una institución (como los bienes consumibles y no consumibles); otras, en cambio, como la de muebles e inmuebles, están expresamente contempladas en la legislación de los Derechos Reales.

Las principales clasificaciones en el Derecho peruano son las siguientes: bienes corporales e incorporeales, bienes fungibles y no fungibles, bienes consumibles y no consumibles, y bienes muebles e

Francisco Avendaño Arana

que el deudor no se quede con el bien, pues de lo contrario se lo tendría que entregar a un tercero quien adquiriría su propiedad si desistiera de la prenda. La seguridad del acreedor radica, por tanto, en que sea él o un tercero, y no el deudor, quien tenga la prenda.

Por lo tanto, no todos los bienes muebles pueden ser entregados a prenda, pues de lo contrario el deudor tendría dificultades para disponer de ellos. Es el caso de las mercaderías de un establecimiento comercial. En una ferretería, por ejemplo, la mercadería (clavos, etc.) está destinada a venderse (ese es el negocio del establecimiento) y por lo tanto no puede ser entregada en prenda.

La prenda global y flotante se constituye sobre bienes fungibles (tuercas y tornillos del ferretero) que pueden ser sustituidos por otros bienes de igual naturaleza.⁵

De acuerdo con los bienes corporales e incorporeales, el Código Civil clasifica los bienes en fungibles y no fungibles. Sin embargo, la prenda fungibilidad está recogido en algunas de sus disposiciones. Véase los artículos 1256, 1288, 1509 y 1923.

⁵ La prenda global y flotante está regulada en el artículo 231 de la Ley General del Seguro y del Sistema de Seguros Orgánico de Banca y Seguros (Ley 26702) y Resolución SBS 430-97. Se entiende por prenda global y flotante el prendario sin desplazamiento que se constituye sobre bienes fungibles que pueden ser sustituidos por otros de igual naturaleza, siempre que no afecten el patrimonio del acreedor prendario.

La prenda global y flotante es una institución desarrollada por la jurisprudencia. En los juicios figurativos, la garantía «flota» sobre las mercaderías del deudor. Las mercaderías no son «tocadas» por la garantía, por lo que no quedan afectadas. Por tanto, el propietario puede disponer de ellas. En caso de que la garantía «desciende» sobre las mercaderías del deudor. Mientras que la prenda global y flotante no suspende la libre disponibilidad de los bienes, si bien no pueden entregarse en prenda. Tampoco se suspende la posibilidad de disponer de los bienes embargados y ejecuten los bienes materia de la prenda global y flotante se inscribe en el Registro de Prenda Global

2.3. Bienes

Los bienes muebles son aquellos que pueden ser trasladados de un lugar a otro. En sentido estricto, los bienes muebles son aquellos que en el caso de la pérdida del bien sale de poder del deudor y se dispone de él.

Los bienes muebles son aquellos que se usan para el comercio. El uso de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos.

Una aplicación de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos. Los bienes muebles son aquellos que se usan para el comercio. El uso de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos. Los bienes muebles son aquellos que se usan para el comercio. El uso de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos.

Usualmente los bienes muebles son aquellos que se usan para el comercio. El uso de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos.

El Código Civil establece que los bienes muebles son aquellos que se usan para el comercio. El uso de los bienes muebles es el uso que se hace de ellos.

2.4. Bienes

Esta es la clasificación de los bienes muebles en el Código Civil en los

ies son los que tienen existencia tangible y ocupan una porción del espacio, por lo que pueden ser percibidos por los sentidos. Ejemplos son el carro, una casa o un animal.

Los bienes incorporeales carecen de existencia corporal y son el resultado de la creación intelectual del hombre. Solo se pueden percibir mentalmente. El ordenamiento jurídico valora como objetos de derechos reales determinadas realidades carentes de existencia corporal. Estas realidades son los derechos, como el usufructo o una co-herencia, las obras literarias. Los créditos también pueden ser bienes incorporeales. Al incorporarse en una relación jurídico real. Así, cuando se otorga un crédito, dicho crédito es jurídicamente un bien.

El Código Civil no clasifica los bienes en corporales e incorporeales. Sin embargo, varias de sus disposiciones recogen el criterio de clasificación. Es el caso de los artículos 884, 2088, 2089, 2090.

2.2. Fungibles y no fungibles

Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros de la misma calidad, especie, clase y valor a propósito del cumplimiento de la obligación. Estos bienes se valoran en su valor, peso o medida. Son equivalentes unos a otros. Por ejemplo, se pueden reemplazar en el momento del pago por ejemplo, con una cierta cantidad de papas. En la legislación peruana hay una definición de bienes fungibles, a propósito de la dación en pago global y flotante. El artículo 1.º de la Resolución S/0000000 que los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros de la misma calidad, especie, clase y valor.

Los bienes no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros al momento del cumplimiento de la obligación, como por ejemplo una casa. Salvo acuerdo de las partes (dación en pago), la entrega de un bien distinto supondría incumplimiento de la obligación.

La utilidad de esta clasificación se puede apreciar en el caso de la dación en pago global y flotante. Tradicionalmente, la entrega de un bien a un acreedor o a un tercero, lo cual se

2.3. Bienes consumibles y no consumibles

Los bienes consumibles son los que se agotan con el primer uso. El concepto de consumo puede entenderse en sentido físico o jurídico. En sentido físico o material, el bien se acaba con el primer uso. Es el caso de las bebidas o de la leña cuando es utilizada. En lo jurídico, el bien sale del patrimonio de la persona con el primer uso, como cuando se dispone del dinero.

Los bienes no consumibles son los que no se consumen con el primer uso. Estos bienes pueden usarse de manera indefinida sin que el uso los destruya o altere sustancialmente. Por ejemplo, un terreno.

Una aplicación práctica de la clasificación de los bienes en consumibles y no consumibles se presenta en el usufructo. El usufructo es un derecho que confiere a su titular, el usufructuario, las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno, sin que se altere su sustancia. Al término del usufructo, el usufructuario debe devolver el bien. Por ello, el usufructo solo puede recaer sobre bienes no consumibles (artículo 999 del Código Civil). Excepcionalmente, sin embargo, el usufructo puede darse sobre bienes consumibles, como el dinero, en cuyo caso estamos en presencia de un cuasiusufructo (artículo 1018 del Código Civil), con regulación diferente a la del usufructo.

Usualmente los bienes que son consumibles también son fungibles, pero hay bienes fungibles que no son consumibles, como la ropa hecha en serie.

El Código Civil tampoco recoge la clasificación de los bienes consumibles y no consumibles, pero varias de sus disposiciones se refieren al criterio de la consumibilidad. Ejemplos de ello son los artículos 999, 1026, 1223, 1396, 1648, 1728 y 1729.

2.4. Bienes muebles e inmuebles

Esta es la clasificación más importante y es la recogida por el Código Civil en los artículos 885 y 886. En su origen, la clasificación estaba referida a los bienes corporales o cosas. La clasificación se remonta al Derecho romano. En aquella época, las cosas se dividían en dos categorías: los muebles y los inmuebles. Los muebles eran las cosas que podían ser desplazadas de un lugar a otro. Los inmuebles eran las cosas que estaban inmovilizadas, que tenían una situación fija, arraigada.

Los romanos distinguieron entre inmuebles por naturaleza, inmuebles por destinación e inmuebles por accesión. Los inmuebles

por naturaleza eran los predios, los bienes raíces, naturalmente inmovilizados. Los inmuebles por destinación eran originalmente cosas muebles, que servían para la explotación de un predio. Jurídicamente quedaban inmovilizadas, por lo que se creó la ficción de considerarlas inmuebles. Los inmuebles por accesión, finalmente, también eran originalmente cosas muebles que se incorporaban materialmente a un predio. De alguna manera, los inmuebles por destinación del Derecho romano son los accesorios que regula el artículo 888 y los inmuebles por accesión son las partes integrantes contempladas en el artículo 887 del Código Civil.

Parte integrante es lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. En una casa, los ladrillos, la pintura o las cañerías son partes integrantes de la casa. Puede haber partes integrantes tanto de un inmueble como de un mueble. Integrantes de un inmueble son los ladrillos respecto de la casa. De un mueble, los vidrios del automóvil. Por su parte, accesorio es el bien que, sin perder su individualidad, está afectado permanentemente a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. Es el caso de los cuadros en una casa. Al igual que con las partes integrantes, puede haber accesorios tanto en un inmueble, como en un mueble. Accesorio de la casa, bien inmueble, el mobiliario; del automóvil, bien mueble, el equipo de música.

La importancia de las partes integrantes y accesorios radica en que siguen la condición del bien principal, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación. Así, si el bien principal es inmueble, sus partes integrantes y accesorios son jurídicamente inmuebles, aunque en la realidad sean movibles. Por esta razón, la hipoteca, que es una garantía que recae sobre inmuebles, se extiende a las partes integrantes y accesorios del inmueble, que son jurídicamente inmuebles.

La clasificación en muebles e inmuebles se convirtió en la *summa divisio* del antiguo Derecho francés (durante la Edad Media). La clasificación llegó al Perú, y el Código Civil de 1852 dividió las cosas en corporales e incorpales (artículo 454).⁶ Las cosas corporales podían ser muebles o inmuebles. Los muebles eran las cosas susceptibles de ser llevadas de un lugar a otro y los inmuebles las demás cosas (artí-

⁶ El Código Civil de 1852 también clasificó las cosas en fungibles y no fungibles, y en públicas, comunes, de particulares, destinadas al culto y de ninguno (artículos 458 y 459).

culo 455). El Código de 1852 respetó pues el criterio de la movilidad para clasificar las cosas.

El Código Civil de 1936 se refirió a los bienes —y no a las cosas— y los clasificó también en muebles e inmuebles.⁷ El artículo 812 enumeró los bienes inmuebles y el artículo 819 los muebles,⁸ como lo hacen los artículos 885 y 886 del Código Civil de 1984.

La clasificación adoptada por el Código de 1936 se apartó del criterio de la movilidad. En efecto, en la lista de los inmuebles aparecen las naves, aeronaves y los ferrocarriles, que son bienes que se mueven. La razón de la inclusión, en el caso de las naves, data de 1916. Las naves (buques) son bienes que se pueden desplazar de un lugar a otro. Para el Código Civil de 1852 eran cosas muebles, por lo que la garantía que recaía sobre ellos era la prenda con entrega del bien. El inconveniente de la prenda radicaba en que el deudor debía entregar la nave al acreedor o al tercero, con lo cual se privaba de su utilización, lo que hacía que disminuyera su capacidad de producción y, por consiguiente, de pago de la deuda. La nave se convertía así en un bien improductivo. Este problema fue solucionado por el legislador cambiándole la etiqueta de muebles a las naves, por la de inmuebles, en lugar de darle al problema de la garantía una solución apropiada. En efecto, la Ley de Hipoteca Naval (la 2411, de 30 de diciembre de 1916), señaló que los buques debían considerarse como inmuebles, a fin de que pudieran ser hipotecados. Años después, las naves pasaron a formar parte de la relación de bienes inmuebles del artículo 812 del Código de 1936.

⁷ El Código Civil de 1936 igualmente clasificó los bienes como de propiedad privada, del Estado y de uso público (artículos 821, 822 y 823).

⁸ El artículo 812 decía: «Son inmuebles: 1° Las tierras, minas y aguas públicas; 2° Los predios; 3° Las minas concedidas a los particulares; 4° Las naves y aeronaves; 5° Los ferrocarriles y sus vías; 6° Los muelles y los diques; 7° Las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos; 8° Los derechos sobre inmuebles, inscribibles en el registro de la propiedad». A su vez, el artículo 819 señalaba: «Son muebles: 1° Los bienes que pueden llevarse de un lugar a otro; 2° Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; 3° Las construcciones en terreno ajeno hechas para un fin temporal; 4° Las acciones o cuotas de las sociedades o compañías, aun cuando ellas tengan por objeto adquirir inmuebles, o la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes; 5° Los derechos comprendidos en la propiedad literaria y artística y en la propiedad industrial; 6° Los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812; 7° Las rentas de obligaciones emitidas conforme a la ley, salvo lo que se establezca en las leyes del crédito público».

Las aeronaves y los ferrocarriles siguieron la misma suerte que las naves. Sin embargo, otros bienes muebles necesarios para la producción, como el arado del agricultor o la maquinaria del industrial o del minero, se mantuvieron en el Código Civil de 1936 como muebles. Para permitir que continuaran en posesión del deudor, se crearon las prendas sin desplazamiento. En estos casos (prendas agrícola, industrial y minera) el legislador prefirió cambiar la naturaleza de la prenda (eliminó la entrega, elemento esencial de la garantía), que la de los bienes. Aquí empieza a observarse la incoherencia del legislador. En vez de decir que todos estos bienes son inmuebles (para que la garantía sea la hipoteca) o que siendo muebles la prenda es sin desplazamiento, se dio una solución distinta.

De otro lado, la clasificación del Código de 1936 comprende derechos (como los patrimoniales de autor o las concesiones para explotar servicios públicos) tanto en la relación de bienes muebles como en la de inmuebles. Sucede que los derechos no son bienes móviles o fijos, ni tienen color o son apreciables por los sentidos. Son bienes incorpóreos, creaciones intelectuales, por lo que la distinción entre muebles e inmuebles no tiene fundamento alguno respecto de ellos. Una segunda incoherencia.

En realidad, la clasificación de bienes del Código Civil de 1936, recogida luego por el Código Civil de 1984, se hizo en parte sobre la base de un criterio económico: las garantías. Por eso se puede decir que la clasificación no atiende a la naturaleza de los bienes (movilidad o no), sino a un criterio legal. Es la ley la que determina qué bienes son muebles y que bienes son inmuebles. El problema es que eso evidencia que el criterio para la clasificación (movilidad) carece de utilidad. Y las clasificaciones tienen sentido cuando la inclusión a una u otra categoría aporta alguna utilidad o determina una consecuencia jurídica.

La clasificación de bienes muebles e inmuebles es, como ya se dijo, la de mayor importancia y tiene enorme trascendencia. El régimen jurídico de los Derechos Reales es distinto según se trate de un bien mueble o de un inmueble. La distinción influye en el sistema de transmisión de los Derechos Reales, en la defensa posesoria, en la prescripción adquisitiva, en las garantías, en los contratos, en el sistema de publicidad, en el sistema tributario, en el régimen penal e, inclusive, en el tipo de los Derechos Reales que recaen sobre los bienes. De aquí la enorme trascendencia de la propuesta elaborada por Jorge Avendaño.

3. La propuesta de Jorge Avendaño

La clasificación en muebles e inmuebles cobró importancia durante la Edad Media. En una época en la que la economía giraba en torno a la agricultura, y en la que la propiedad otorgaba facultades políticas, administrativas y judiciales,⁹ la clasificación tenía una racionalidad económica. Los inmuebles, básicamente la tierra, tenían importancia en el terreno político y económico. En este contexto se desarrollaron una serie de reglas protectoras que evitaban que los inmuebles salieran de la familia. Los muebles, en cambio, que en esa época por lo general tenían escaso valor económico, tenían un régimen legal distinto.

La importancia de los inmuebles, de la tierra sobre todo, era considerada en el terreno político; puesto que la jerarquía de las personas estaba unida, en gran medida, a la jerarquía de las tierras; en el terreno económico, la tierra representaba en la sociedad cerrada de la alta Edad Media la única riqueza, la única fuente de ingresos. Era pues natural construir un régimen particular para el inmueble, especialmente para evitar que saliera de la familia a la cual pertenecía [...]. Esas reglas protectoras no se aplicaban a los muebles que, en la época donde aquellas se esbozaron, no tenían en general más que un valor ínfimo [...].¹⁰

De esta manera se formó el principio del «*res mobilis, res vilis*», que de alguna manera muestra un cierto desprecio por los bienes muebles.

Lo interesante de la clasificación en muebles e inmuebles durante la Edad Media es que la distinción fue diseñada para que los inmuebles se conservaran en la familia.¹¹

En épocas modernas, a partir de la Revolución Francesa, la propiedad responde a características diferentes. En una economía liberal, el acento se pone en la organización de la producción y en un sistema de intercambio privado.¹² El Derecho debe asegurar la libre

⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La Transformación del Derecho de Propiedad». *Revista de Derecho*, n.º 33, p. 83. Lima.

¹⁰ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 283.

¹¹ CANTUARIES SALAVERRY, Fernando. «Bienes muebles e inmuebles vs. bienes registrables y no registrables». *Revista del Magíster en Derecho Civil*, vol. 1, 1997, p. 126. Lima.

¹² De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 84.

transmisibilidad de los bienes a fin de satisfacer necesidades humanas.

La aparición de los bienes de la propiedad intelectual, los títulos valores, los automóviles, las naves y aeronaves (antiguamente bienes muebles) hizo que los muebles tomaran un valor e importancia insospechados. El principio *res mobilis, res vilis* perdió validez y ya no se justificaban las medidas de protección impuestas para la transferencia de los inmuebles.

Lo antes expuesto y en especial la idea de organizar adecuadamente las garantías hicieron que perdiera fuerza la clasificación tradicional y que entre nosotros, en 1965, Jorge Avendaño se preguntara:

¿Qué verdadera razón existe [...] para seguir clasificando los bienes como muebles e inmuebles? Esta clasificación es hoy inaplicable porque han aparecido multitud de bienes nuevos, que no existían cuando rigió el derecho romano. Así por ejemplo, los aviones, que son muebles conforme al criterio tradicional, pero que sin embargo pueden estar sujetos al régimen inmobiliario porque pueden ser perfectamente identificables por razón de su matrícula, y al mismo tiempo son difícilmente ocultables. Lo mismo puede decirse de las naves, de los automóviles, maquinaria industrial y agrícola, etc.

Aparte de lo anterior, con posterioridad al derecho romano se ha admitido que los bienes pueden ser también incorporables, siempre que tengan contenido patrimonial y estén en el comercio de los hombres. Estos bienes incorporales o derechos (tal es el caso de los créditos, marcas de fábrica, patentes de invención, propiedad intelectual, etc.) no pueden clasificarse como muebles ni como inmuebles, porque son inmateriales y por consiguiente no cabe establecer si son susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro o no.

En consecuencia, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles es anacrónica y además es también incompleta o insuficiente porque no abarca todos los bienes que hoy se admiten como objeto de los derechos reales.

Siendo todo esto así [...] ¿qué razón existe para mantener este criterio de clasificación? Lo que es más grave: se ha mantenido la etiqueta (esto es, el nombre de la clasificación), pero sin embargo se ha cambiado sustancialmente su contenido. Así, conforme a nuestro actual Código Civil (el de 1936) las naves, los aviones y los ferrocarriles son inmuebles; y sin embargo son muebles las edificaciones temporales y

los derechos relativos a la propiedad industrial (como si aquellas no estuvieran arraigadas al suelo y como si éstos fueran susceptibles de trasladarse [...]).¹³

Las críticas a la clasificación tradicional y principalmente la función que debe cumplir la propiedad en una sociedad de mercado hicieron que la movilidad de los bienes quedara de lado, y fuera reemplazada por la publicidad como el mecanismo más idóneo para identificar a los bienes y permitir un fluido intercambio de los mismos.

En ese sentido, Jorge Avendaño, siempre en 1965, aborda el problema central, el de la incoherencia entre la *etiqueta* de la clasificación y el criterio de la misma, señalando:

La tendencia moderna, a la cual nos acogemos con entusiasmo, es la de cambiar el criterio de clasificación, declarar honestamente que la distinción entre bienes muebles e inmuebles ya no rige, y en su lugar proponer otra. Hoy se habla de bienes registrables y no registrables. La publicidad viene a ser así el elemento diferenciador, en lugar de la movilidad. Lo cual es perfectamente congruente porque la publicidad es el medio que hace posible la persecutoriedad en aquellos bienes susceptibles de identificación.¹⁴

El sustento del criterio de la identificabilidad a través del registro es explicado por Fernando Cantuarias Salaverry en los términos siguientes:

[...] el registro reducirá dramáticamente los costos de transacción (información) acerca de la titularidad de los bienes, posibilitando de esa manera un fluido tráfico de bienes en el mercado y, con la publicidad que genera, permitirá la constitución de titularidades *erga omnes*. Adicionalmente, un bien registrado evitará todos los costos indirectos generados por la posesión, incentivará la constitución de varias titularidades concurrentes, posibilitará que el titular no tenga que desprenderse físicamente de los bienes y, además, generará información precisa respecto de la titularidad y demás derechos constituidos sobre dichos bienes.¹⁵

¹³ AVENDAÑO, Jorge. *Op. cit.*, 1965, p. 167.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 133.

Pues bien, por Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965, se creó una Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 (conocida como Comisión Reformadora). La conformación de la Comisión Reformadora tuvo varios cambios. En el caso de los Derechos Reales, por Decreto Supremo del 27 de agosto de 1967 se nombró a Jorge Avendaño en reemplazo de Ismael Bielich Florez, integrante original de la Comisión.

Jorge Avendaño preparó un innovador Anteproyecto de Reforma del Libro de los Derechos Reales. La novedad más importante del Anteproyecto fue, sin duda, la clasificación de los bienes. Además de distinguir a los bienes entre muebles e inmuebles, Jorge Avendaño los clasificó en registrados y no registrados.^{16, 17}

Jorge Avendaño justifica su Anteproyecto de la siguiente forma:

[...] el Anteproyecto innova sustancialmente con respecto al Código Civil vigente. En efecto, mientras que éste clasifica los bienes en muebles e inmuebles atendiendo a un criterio objetivo [...], el Anteproyecto distingue entre bienes registrados y no registrados y, en segundo lugar, en muebles e inmuebles.

La actual clasificación de los bienes en inmuebles y muebles, contenida en los artículos 812 y 819 del Código vigente, adolece de graves defectos:

- a) El criterio de la movilidad ha sido abandonado y se lo ha sustituido, aparentemente, por uno que atiende a las garantías. Así, el artículo 812 considera inmuebles a las naves, los aviones y los ferrocarriles, con el claro propósito de que ellos puedan ser objeto de hipoteca. Sin embargo, el Código omitió incluir en el ar-

¹⁶ Con anterioridad al Anteproyecto de Reforma del Libro de los Derechos Reales, Jorge Avendaño preparó un proyecto en el que clasificaba los bienes en registrados y no registrados, y estos últimos podían ser registrables y no registrables.

¹⁷ Los artículos 2, 3 y 4 del Anteproyecto de Jorge Avendaño señalan lo siguiente: «Artículo 2.- Los bienes se clasifican en registrados y no registrados. También pueden ser muebles e inmuebles.

Artículo 3.- Son bienes registrados los incorporados a alguno de los registros existentes en el país. Se rigen por lo dispuesto en este Código y en su propia legislación.

Artículo 4.- Los bienes muebles son los trasladables de un lugar a otro. Los inmuebles son los predios y todo lo que se adhiere permanente o económicamente a ellos, en una relación que responda a su fin».

título 812 otros bienes de naturaleza análoga, sobre los cuales también cabría constituirse hipoteca. Nos referimos concretamente a los vehículos automotores, la maquinaria industrial, minera y agrícola, el equipo destinado a la construcción, etc. Algunos de estos bienes pueden ser actualmente objeto de prenda sin desplazamiento, pero sobre otros no es posible constituir sino prenda civil, lo cual supone la desposesión del deudor-propietario.

La actual clasificación de los bienes, por consiguiente, lejos de propiciar un ordenamiento de las garantías, ha contribuido a su desarticulación.

- b) Los artículos 812 y 819 consignan diversos bienes incorporales, tales como las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos (812, inciso 7), los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro de la Propiedad (612, inciso 8), los derechos comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial (819, inciso 5) y los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles, si no son de los comprendidos en el inciso 8 del artículo 812 (819, inciso 6).

La ubicación de estos bienes incorporales en una u otra categoría de bienes no obedece a una razón aparente. El criterio de la movilidad no puede haberse tenido en cuenta, ya que los bienes incorporales no son móviles ni inmóviles. El criterio de las garantías tampoco parece haber sido considerado, porque en el caso de los derechos comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial, ellos habrían podido ser considerados inmuebles y, consecuentemente, ser objeto de hipoteca.¹⁸

La propuesta de Jorge Avendaño despertó mucha polémica y recibió más críticas que adhesiones. Se sostuvo que la clasificación en muebles e inmuebles era la que naturalmente correspondía a los bienes, que la clasificación era milenaria y que existía desde Roma, que no convenía cambiarla por una reciente y sin raigambre jurídica, que sistemas legales más avanzados que el peruano conservaban la clasificación de bienes muebles e inmobiliaria y no habían incorporado la de registrados y no registrados, que el sistema registral peruano era

¹⁸ AVENDAÑO, Jorge. «Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma de los Derechos Reales». En *Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil*. Tomo I. Lima, 1980.

deficiente y no estaba preparado para poner en funcionamiento la reforma propuesta, que la clasificación sugerida afectaría seriamente el sistema legal peruano, etc.

En plena polémica se creó una Comisión (Ley 23403) para que revisara el proyecto de Código Civil preparado por la Comisión Reformadora. Esta Comisión, conocida como Revisora, fue autorizada a introducir las modificaciones que considerara pertinentes en el proyecto de la Comisión Reformadora. En tal sentido, revisó el proyecto y rechazó la nueva clasificación propuesta por Jorge Avendaño.

A pesar de que la clasificación tradicional se impuso a la nueva, varias de las disposiciones del Código Civil de 1984 consagraron el criterio de la registrabilidad. Ejemplos de ello son el artículo 912, que dispone que la presunción de propiedad (el poseedor es reputado propietario) no se puede oponer al propietario con derecho inscrito; o el artículo 914, que establece que la presunción de buena fe no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona. Lo mismo puede decirse del artículo 921, que señala que todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos; del artículo 926, según el cual las restricciones de la propiedad establecidas por pacto deben inscribirse en el registro respectivo para que surtan efecto frente a terceros; del artículo 993 que señala que el pacto de indivisión debe inscribirse para producir efecto contra terceros; y de los artículos 1055, 1058 y 1059 que se refieren a la prenda con entrega jurídica, es decir, sin entrega física y con inscripción.

Después de 10 años de la vigencia del Código Civil de 1984, por Ley 26394 se constituyó una Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil de 1994. La sub Comisión del Libro de los Derechos Reales, integrada por Jorge Avendaño, Guillermo Lohmann Luca da Tena y Carlos Cárdenas Quiroz, propuso al pleno de la Comisión la modificación de la clasificación de los bienes. Esta Comisión quedó desactivada, como dije en la introducción de este artículo, pero recientemente ha sido reactivada.

La propuesta de modificación consiste en clasificar los bienes en registrados y no registrados. Los bienes registrados serían los incorporados a algún registro de carácter jurídico. Nótese que se trata de registros de carácter jurídico, por lo que quedarían comprendidos no solo los registros oficiales como el de Propiedad Inmueble o el de Bienes Muebles, sino también los no oficiales como la matrícula de acciones de una sociedad anónima.

La propuesta mantiene la clasificación de muebles e inmuebles, pero solo respecto de los bienes corporales y atendiendo al criterio de la movilidad. Los bienes muebles serían aquellos susceptibles de ser movilizadas de un lugar a otro. Los inmuebles serían los predios, incluidos sus partes integrantes y accesorios. La sub Comisión decidió mantener esta clasificación porque los predios tienen un régimen legal especial en el Perú y porque en algunos casos la movilidad de los bienes puede ser un elemento importante en los derechos que recaen sobre ellos. Un ejemplo de ello es la adquisición a *non domino* en materia de bienes muebles no registrados.

Por último, los bienes corporales también se clasificarían en fungibles y no fungibles, y en consumibles y no consumibles. Esto se debe a que el régimen legal de los bienes también puede depender de su fungibilidad o de su consumo, como vimos antes. Tenemos el caso de la prenda de un bien fungible o de uno no fungible (prenda global y flotante o prenda «normal» o sin desplazamiento), o del préstamo de un bien consumible o de uno no consumible (mutuo o comodato).

4. Efectos de la nueva clasificación

En este punto intentaré demostrar que la clasificación de los bienes según su registro no solo responde a la real naturaleza de las cosas (si la razón de las cosas es que se trasladen de un lugar a otro, me parece insólito llamarlas inmuebles), sino que además producirá un enorme impacto.

El nuevo régimen sería el siguiente: la constitución, modificación o extinción de Derechos Reales sobre bienes registrados se produciría con la inscripción en el registro respectivo, salvo el caso de la posesión, que se adquiere de manera originaria o por tradición. Tratándose de bienes no registrados, la constitución de Derechos Reales se produciría con la entrega.

De esta forma, una casa registrada se transferiría con el registro. Lo mismo ocurriría con la constitución de un derecho de usufructo o de una hipoteca respecto de un automóvil o de un buque. En cambio, la transferencia o prenda de un lapicero o de una casa no registrada, se realizaría con la entrega.

La nueva clasificación de los bienes en registrados y no registrados permitiría que la transmisión de los Derechos Reales sea más eficiente y que los Derechos Reales, en general, sean realmente exclusivos. Facilitará, además, la organización adecuada de las garantías.

La naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes corporales no tendría relevancia en materia de constitución de Derechos Reales. Tampoco la tendría la valoración económica, pues lo que hoy consideramos como mueble puede tener mayor valor que un edificio, inclusive. Pensemos en un software o un paquete de acciones, por ejemplo. En los bienes muebles e inmuebles registrados, el elemento esencial sería el registro. Para los muebles e inmuebles no registrados, sería la entrega. En ambos casos lo importante es la publicidad. La constitución de los Derechos Reales debe producirse de forma tal que sea conocida por todos. Tratándose de un bien identificado en un registro, inscribiendo el derecho en el mismo. Si no lo está, la posesión sería lo determinante.

Se acogería así la teoría del título y del modo para la constitución de los Derechos Reales. El título sería el acto por el que se establece la voluntad de constituir, modificar o extinguir un Derecho Real. El modo sería aquel acto por el que efectivamente se constituya, modifique o extinga el Derecho Real, el cual estaría dado por la inscripción (en los bienes registrados) y la tradición (en los bienes no registrados). La inscripción y la entrega se convertirían entonces en el elemento constitutivo del Derecho Real.

Es importante señalar que en materia de bienes registrados la inscripción no sería convalidatoria. La convalidación registral (también llamada legitimación) es uno de los efectos o consecuencias de la publicidad registral y consiste en que el derecho viciado queda saneado cuando accede al registro. El registro limpia, convalida los derechos. El Código Civil de 1984 no prevé la convalidación registral y la sub Comisión tampoco la ha previsto.¹⁹

Volviendo a la publicidad como el criterio que subyace la clasificación propuesta, quiero resaltar la importancia capital que tendría en el sistema legal. Permitiría crear derechos *erga omnes* y, para explicar esto, utilizaré como ejemplo el derecho de propiedad.

La propiedad es un derecho «exclusivo» porque «excluye» de su ámbito a cualquiera distinto del dueño. La propiedad se puede, pues, oponer a todos y, por esto, esta oponibilidad es *erga omnes*. No puede

¹⁹ Lo que hay en el Perú es el principio de la fe pública registral, que es otro de los efectos de la publicidad registral. El registro no convalida derechos, pero protege al tercero que adquiere un derecho viciado de quien aparece con derecho inscrito, siempre que la causa del vicio no conste en los registros públicos (artículo 2014 del Código Civil).

haber dos propietarios de un bien, salvo el caso de copropiedad o de comunidades en general, en cuyo caso la exclusividad es de la copropiedad o comunidad.

Esta exclusividad tiene en realidad un sustento económico porque incentiva la inversión en los bienes y permite que se utilicen de la manera más eficiente. La exclusividad determina que los bienes tengan mayor valor y facilita su transferencia y gravamen. La exclusividad, en definitiva, es el elemento esencial que permite la existencia misma del derecho de propiedad.²⁰ Esto merece ser explicado con mayor amplitud.

Utilizando un ejemplo de Posner,²¹ imaginemos a un agricultor que siembra maíz y fertiliza la tierra, pero cuando es época de cosecha su vecino se la roba. Si el agricultor no tuviera un derecho de propiedad exclusivo sobre la cosecha, es decir, si no pudiera hacer valer su derecho contra su vecino, al cabo de un tiempo el agricultor abandonaría el cultivo de la tierra. Lo mismo puede decirse de los inventos. Si la propiedad sobre los inventos no fuera oponible a todos, no habrían inventos (patentes). La propiedad exclusiva genera pues incentivos para que el agricultor y el inventor incurran en los costos necesarios para que se siembre maíz y se creen inventos.

El caso de la luz eléctrica puede ser muy gráfico para apreciar por qué la exclusividad hace que los bienes se usen de manera eficiente. El uso de todo bien genera costos y beneficios. El uso de la luz eléctrica supone un pago (costo), pero a su vez permite ver de noche (beneficio). Cuando el *propietario* de la luz eléctrica asume los costos, usa el bien de manera eficiente porque ningún ser racional utiliza los bienes si le producen más perjuicios que beneficios. En cambio, los que no son *dueños* de la luz eléctrica no asumen los costos sino únicamente los beneficios, por lo que terminan usando de manera ineficiente el bien. En una casa esto se ve claramente. El que paga la luz es el que anda apagando las luces. Los que no pagan la luz, son los que dejan las luces prendidas. La exclusividad permite entonces que el propietario asuma los costos y beneficios que genera el uso de los bienes, lo que se deriva en su utilización eficiente.

²⁰ Este tema ha sido desarrollado ampliamente por Alfredo Bullard G. en su artículo «Un Mundo sin Propiedad (Análisis del Sistema de Transferencia de la Propiedad Inmueble)», publicado en la *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 45, Lima, diciembre de 1991.

²¹ POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. Traducciones de Eduardo L. Suárez. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 37-43.

La exclusividad de la propiedad hace que aumente el valor de los bienes. Así como una casa tiene menor valor si está ocupada (ya que el adquirente tendrá que asumir los gastos judiciales para desalojar al ocupante, y por tanto el precio que estará dispuesto a pagar será menor), una casa en la que el derecho de propiedad del vendedor está en cuestión, también tiene menor valor. Un derecho de propiedad que se puede oponer a todos es un derecho que vale más que el que no se puede oponer a todos.

Esto último es sumamente importante para la transferencia y gravamen de los bienes. La transferencia tiene por objeto que los bienes circulen para que lleguen a quien les dé un uso más eficiente. A través del intercambio se asignan los recursos. Tenemos, de un lado, que el gravamen de los bienes busca asegurar el cumplimiento de obligaciones o, dicho con otras palabras, los bienes sirven para acceder al crédito pues el acreedor estará dispuesto a prestar o a bajar las tasas de interés si disminuye el riesgo de no pago. Por otro lado, la propiedad no oponible a todos ocasiona que los compradores valoricen los bienes a un menor valor y, en algunos casos, que las personas tomen la decisión de no adquirir los bienes. De esta forma, una propiedad no exclusiva puede convertirse en una propiedad estancada, fuera del mercado, que no puede ser objeto de transferencias ni servir de garantía.

¿Cómo hacemos para que la propiedad sea un derecho exclusivo? La respuesta es muy simple: publicitando el derecho. Si todos conocen o están informados de que una persona es propietaria de un bien, la titularidad se podrá oponer a todos.

Ahora bien, ¿cómo publicitamos el derecho de propiedad? Hay dos formas: la posesión y el registro, como ya vimos antes. La posesión es un mecanismo no tan perfecto como el registro, pero es menos costoso para ciertos bienes. A modo de ejemplo, no solo sería oneroso sino muy difícil registrar los lápices, pero resulta comparativamente barato registrar las casas. En otras palabras, el registro de un lápiz costaría tanto o más que el bien mismo (lo que ocasionaría que su valor en el mercado se elevara considerablemente), pero tratándose de las casas el valor de la inscripción es pequeño en comparación con el del bien. Por eso el mecanismo de publicidad más eficiente para los lápices es la posesión y para las casas el registro.²²

²² Jorge Avendaño, citando a Ferrara, señala que serían bienes registrables aquellos que tuvieran los siguientes requisitos: notable valor económico, existencia duradera

¿La propiedad es un derecho exclusivo en el Perú? En materia inmobiliaria la respuesta es negativa. Como se sabe, el artículo 949 del Código Civil señala que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario del bien. Esto significa que el simple acuerdo de voluntades es suficiente para que la propiedad se transfiera. No hay ningún mecanismo de publicidad. Los terceros no tienen pues cómo saber que se ha transferido el bien. En estas condiciones, el derecho de propiedad que se adquiere por el simple consentimiento no se puede oponer a todos. No es oponible *erga omnes*.

El sistema de transferencia de inmuebles del Código Civil crea propiedades «relativas», lo cual es un absurdo en consideración a la función que debe cumplir la propiedad como derecho exclusivo.

La propuesta de Jorge Avendaño, que afortunadamente tiene cada vez mas seguidores, pretende en definitiva que los derechos sobre bienes —en particular la propiedad— sean derechos exclusivos, como corresponde.

La clasificación de los bienes debe estar referida a su registrabilidad y, por ello, la propuesta de Jorge Avendaño, a la cual me acojo, es acertada.

Para terminar, quisiera señalar que en la actualidad las condiciones para adoptar la propuesta de Jorge Avendaño parecen ser más favorables. Siempre existirán los detractores, los que invoquen la naturaleza de los bienes o recurran a los romanos en salvaguarda de la clasificación tradicional,²³ los que esgriman que nuestro sistema registral no está preparado para recibir la nueva clasificación, en fin aquellos que nunca estarán dispuestos al cambio. Tengamos en cuenta, sin embargo, lo que nos decía Jorge Avendaño hace casi cuarenta años:

[...] el jurista no puede permanecer impasible ante la sola existencia de las instituciones jurídicas, sobre todo si la ley les ha alterado su estructura [...]. El hombre de derecho tiene que establecer [...] cuál es la verdadera naturaleza jurídica; y una vez hecho esto, debe dilucidar, con ahínco y nitidez, si la reglamentación vigente es conforme con esa naturaleza jurí-

e individualidad autónoma que los identifique y diferencie de los otros objetos de su misma especie. «Naturaleza Jurídica de las Prendas sin Desplazamiento». *Revista del Foro*, tomo LII, 1965, p. 168.

²³ De TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Bienes, Naturaleza y Romanos». *El Comercio*, 21 de diciembre de 1982, p. A2.

dica. Si no está de acuerdo, debe sugerir y procurar la reforma. Aunque se lo califique de conservador y a veces insensible a los avances de los hechos, el derecho progresa con la prudencia y la discreción de los mayores de edad. Esta evolución la propugna el jurista. Su obligación es luchar por ella. La meta es una legislación jurídicamente inobjetable.²⁴

²⁴ AVENDAÑO, Jorge. *Op. cit.*, 1965, p. 164.

Fundamento de la posesión

Martín Mejorada Chauca

LA PREGUNTA POR EL FUNDAMENTO de una institución jurídica no debería escudriñar tanto en sus orígenes históricos cuanto en la función actual de la misma. Aunque la historia se nutre de hechos y las instituciones jurídicas son descripción o aspiración de hechos sociales, la pregunta por el fundamento debería ser una cuestión que motive el debate sobre lo que ocurre hoy en la realidad. De esta manera, se asegura que la institución cumpla su rol principal: servir a la realidad y no que ella le sirva. Se debe buscar lo que se quiere con la institución legal. Se debe descartar la imitación de fundamentos que responden a realidades distintas, por más seductoras y admirables que estas sean.

Los fundamentos jurídicos pueden repetirse a lo largo de la historia. Es indudable que algunas situaciones son atemporales. Las sociedades repiten ciertas necesidades y capacidades de respuesta frente a retos de la realidad. Inclusive en estos casos, la pregunta por el fundamento de las instituciones jurídicas debería ser actual. Si a pesar de ello, los resultados son similares o, incluso, iguales a los del pasado, será coincidencia pero no imitación.

Si se sabe qué se quiere se podrá interpretar el sistema legal en la ruta de lo deseado y completar los vacíos normativos en la misma dirección. Mejor aun, saber hacia donde apunta una institución jurídica permite interpretar e integrar las normas existentes a favor de la meta trazada o promover su derogación en caso de que el objetivo no sea atendible.

El fundamento puede ser más de uno. Pueden coexistir varios roles de la posesión en un mismo sistema jurídico. Hallar el fundamento o

los fundamentos, ordenarlos y priorizarlos, permite al interprete y operador legal dirigir adecuadamente la lectura y aplicación de las normas, así como resolver situaciones no previstas en el ordenamiento positivo.

Aunque la pregunta es por el presente e, incluso, por el futuro de la institución y su rol en la sociedad, si la comunidad jurídica no moviliza los conceptos legales, recreándolos y haciéndolos útiles para las cambiantes necesidades, lo más probable es que una cuestión que se plantea como tema actual la terminen respondiendo juristas que vivieron siglos atrás. He aquí la responsabilidad de los académicos.

Ahora bien, ¿cómo encontrar el fundamento de una institución como la posesión, sobre todo, teniendo en cuenta que se trata de una de las más viejas figuras legales?

«Ser crítico con la institución es el primer paso para hallar su fundamento, de lograrlo se estará pensando como abogado [...]».¹ Jorge Avendaño, maestro, amigo y compañero de estudio, ha enseñado ese paso por más de 40 años. La sencillez del consejo y la cercanía no me han dejado más remedio que experimentar en la crítica. En esta oportunidad, lo haré con la posesión, uno de los derechos patrimoniales más importantes del Código Civil.

Dice el artículo 896 del Código Civil que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil), pero no son todos. En realidad, el propietario puede actuar sobre el bien del modo más amplio imaginable, siempre que no choque con una norma prohibitiva. Habrá posesión cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto responda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí se deriva que la posesión no solo se genere para quien actúa como dueño sino para cualquiera que realiza la explotación económica del bien.

Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto de una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre el bien. La posesión es el derecho que surge de la propia conducta y del impacto de esta sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El comportamiento del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer. Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usu-

¹ Insistente afirmación de Jorge Avendaño en sus clases de Derechos Reales.

fructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el acreedor prendario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea este real o no.

A partir de esta definición se configura un derecho real autónomo, diferente de la titularidad que se aprecia como aparente en el comportamiento del poseedor. El contenido de este derecho es uno de los más complejos, pues surge de medios singulares y genera una serie de consecuencias en diversos ámbitos. A continuación menciono las más importantes.

- La adquisición de la posesión no solo se produce de manera originaria con el despliegue de la conducta exigida por la ley para calificar al poseedor sino, también, por medio de mecanismos ficticios a los que se denomina *adquisición ficta* (artículo 902 y 903).
- El poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898).
- El poseedor tiene derecho a conservar la calidad de poseedor aun cuando no esté ejerciendo de hecho ninguna conducta sobre el bien (artículo 904).
- También, goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el solo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905).
- Goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe) y soporta cargas, también especiales, si posee de mala fe, es decir, a sabiendas de que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910).
- Se han previsto presunciones legales que ante situaciones de controversia invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915).
- El poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919).
- Cuenta con el derecho a mantenerse en la situación posesoria, para lo cual se le ha dotado de medios extrajudiciales y judiciales de defensa (artículos 920 y 921).
- La posesión prolongada que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad y servidumbre (artículos 950 y 1040).
- Finalmente, la posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículo 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

El Código Civil no es la única fuente legal en la que se señalan los efectos de la posesión. La legislación especial sobre predios rurales ha desarrollado plazos y condiciones distintas para la posesión agraria (decreto legislativo 667). Lo mismo han hecho la legislación sobre saneamiento físico legal (Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal - Decreto supremo 009-99-MTC) y la regularización de edificaciones (ley 27157): han tomado a la posesión como punto de partida para el otorgamiento de títulos de propiedad.

Ahora bien, ¿para qué sirve la posesión? ¿Por qué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque no sea propietario? Estas son las preguntas más comunes que surgen luego de una primera mirada al articulado del Código Civil. A lo largo de la historia, se han intentado una serie de respuestas, las más importantes formuladas a partir de la posesión en el Derecho Romano. Diez-Picazo y Gullón describen, de manera resumida, el panorama de los fundamentos más saltantes en la doctrina clásica.

Para Savigny, la posesión busca proscribir la violencia entre privados que debaten sobre el derecho a poseer los bienes; por ello, hay que proteger a quien tiene los bienes en su poder mientras los jueces resuelven sobre el mejor derecho. Según Thinbaut, la posesión es el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas. Para Röder y Arehens, el fundamento se encuentra en la presunción de probidad, según la cual se debe presumir que toda persona es proba y honrada, de modo que si explota un bien es porque tiene algún derecho sobre él. Por su parte, Gans señala que la posesión se protege, porque es el comienzo de la propiedad a la que se puede acceder por vía de la usucapión. Puchta y Bruns señalaron que la posesión era la protección de la voluntad de la persona que posee, definición que, a su vez, es una manifestación de su personalidad por tanto la posesión protege la personalidad del poseedor. Sthal indica que la posesión debe protegerse de modo distinto a la propiedad porque, finalmente, se trata de un comportamiento tendiente a la explotación patrimonial de los bienes, y, dado que satisface necesidades humanas, debe protegerse. Finalmente, Ihering, quien ha tratado más claramente este tema, señala que la posesión es la exteriorización de la propiedad y, por ello, debe ser protegida, en tanto los propietarios no siempre pueden probar el dominio.²

² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. «Sistema de Derecho Civil». En *Derecho de*

En la mayoría de los casos, estas explicaciones no derivan de los sistemas jurídicos correspondientes a los autores citados sino de la lectura de un solo derecho: el Derecho Romano. Al no hallarse con facilidad textos de doctrina y legislación romanas, los más importantes juristas de los siglos XVIII y XIX hicieron gala de su erudición para desentrañar los misterios del Derecho Romano en materia de posesión. Lo central para ellos no fue evaluar la utilidad o pertinencia de las instituciones romanas en sus respectivas sociedades sino rescatar la supuesta «esencia» del derecho posesorio.

Este solo hecho es suficiente para atribuir a la posesión un fundamento alejado de la doctrina clásica. Debemos hallar un fundamento que explique qué queremos nosotros de los derechos sobre las cosas y de qué modo se debe enfrentar la situación de las personas que de hecho desarrollan conductas sobre los bienes. No se debe olvidar que la posesión, es decir, la explotación de los bienes, precede a la regulación jurídica. Las personas no poseen porque exista un derecho real llamado posesión o porque el Derecho Romano lo desarrolló ampliamente. La conducta posesoria es un hecho fundamentalmente económico, un hecho de la realidad al que hay que juzgar según las particulares características de cada sociedad y atribuir consecuencias según lo que más convenga.

La pregunta sobre el fundamento se puede hacer en dos momentos distintos: en la etapa prelegislativa o con posterioridad a la dación de la norma que desarrolla la institución. Cuando la pregunta es anterior, los planteamientos son libres y se sustentan en el deseo de alcanzar un objetivo valioso sobre lo que se regulará (¿cómo queremos que sea la posesión?). Por el contrario, cuando el derecho ya se ha regulado, la búsqueda del fundamento se halla en cada norma positiva y en las sentencias judiciales sobre la materia (¿cómo es la posesión?).

En el Perú, se ha regulado la posesión de manera consecutiva desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad. En cada oportunidad, el legislador ha consagrado una definición del derecho posesorio partiendo, principalmente, de la doctrina clásica a la que me referí antes. Desde el Código Civil de 1936, la posición preponderante en el Perú sobre el fundamento de la posesión y sus alcances ha acogido expresamente la tesis doctrinal del maestro alemán Rudolf Von Ihering.

A pesar de que las reflexiones de Ihering son probablemente las de mayor asidero en el balance de los estudios sobre esta materia, no se debe perder de vista que en definitiva se trata de reflexiones referidas al Derecho Romano, por tanto, a una realidad que desapareció hace siglos. ¿Es esa nuestra realidad? Ciertamente no, pero veamos si existe algún fundamento que trascienda los tiempos y que arroje un resultado por coincidencia concordante con lo expuesto por Ihering.

El siguiente párrafo revela en síntesis el pensamiento de Ihering sobre el fundamento de la posesión:

[...] la protección posesoria en el Derecho Romano [...] ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión [...].

¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Sí, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario. Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto [...].

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El Derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad.³

En otras palabras, la posesión se configura como un sustituto de la propiedad ante la dificultad inevitable que significaría tener que probar el dominio en cada momento. Si los propietarios tuvieran que probar su derecho cada vez que interactúan, se generarían una serie de complicaciones prácticas. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio, tarea que en algunos casos es muy difícil de superar e incluso imposible. Por ello, sobre la base de un análisis de probabilidades

³ IHERING, Rudolf. *Tres estudios jurídicos*. Buenos Aires: Bibliografía Omeba, 1960, pp. 114 y 116.

se observa que, en la realidad, las personas que actúan sobre los bienes como si fueran dueñas (apariencia de dominio) casi siempre lo son.

Se justifica perfectamente que a partir de esa apariencia surja un derecho autónomo que da lugar a una serie de consecuencias que aseguran el ejercicio pacífico de la propiedad en escenarios sencillos, en los que no se debate sobre el derecho a poseer. En el Derecho Romano, el reconocimiento de esta titularidad autónoma estuvo referida exclusivamente a la apariencia de la propiedad. Sin embargo, es claro que, si se trata de resolver dificultades probatorias, tanto sufren de ellas los propietarios como los titulares de otros derechos patrimoniales. Por tanto, alejándonos del Derecho Romano y de la mano de Ihering, es comprensible que la posesión no se limite a la apariencia de la propiedad, sino que se extienda a la apariencia de cualquier derecho patrimonial sobre bienes.

Por supuesto habrá situaciones en las que es necesario establecer quién es el real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, será inevitable. Son las situaciones en las que se discute el mejor derecho a poseer. Es el caso de la acción reivindicatoria y las acciones posesorias.

El fundamento desarrollado por Ihering es claramente atemporal y útil especialmente para nuestra realidad. En el Perú, existen dificultades probatorias de la propiedad y otros derechos, y, seguramente, existirán por mucho tiempo más debido a la informalidad y a las imperfecciones de nuestro sistema registral.

En el Perú, existe un enorme porcentaje de predios cuyos propietarios no cuentan con títulos que los acrediten como tales. No me refiero a los llamados pueblos jóvenes o asentamientos humanos sino a los predios rurales y a algunos bienes ubicados en sectores marginales, en los que los poseedores son normalmente propietarios, pero no cuentan con documentos ni registro de sus titularidades. El excesivo costo de la legalidad ha sido la causa principal de que los propietarios y otros titulares permanezcan únicamente en la esfera de la apariencia: la esfera de la posesión.

Mientras dichas dificultades no se superen, la posesión cumple un rol fundamental para nuestros propietarios, pues no solo es un sustituto ocasional para la prueba de la propiedad sino en muchos casos la única forma de ejercer el dominio.

La situación de los pueblos jóvenes y asentamientos humanos es distinta. Si bien se trata de grupos de poseedores cuya condición social y legal es de preocupación permanente, en ellos no existe un pro-

blema de prueba de la propiedad. Todo lo contrario, la existencia de estos sectores encierra en sí misma la proclamación de que no son dueños y, por ello piden que el Estado les transfiera un bien. Aunque a efectos de dicha transferencia (también llamada titulación o formalización) se tome en cuenta la posesión para elegir a los beneficiarios, eso no tiene nada que ver con el fundamento del que me vengo ocupando.

Por supuesto, tratándose de bienes muebles no identificables, la posesión cumple un rol probatorio impresionante. Prácticamente, la posesión se equipara a la propiedad: si se observa a una persona poseer un libro, difícilmente se podrá demostrar que el libro pertenece a persona distinta.

Si en el futuro se lograra una formalización absoluta y un mecanismo de prueba sin errores sobre la existencia de los derechos, la posesión ya no tendría sentido, por lo menos no con la justificación que hoy es su principal fundamento. La aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad, para lo cual la tecnología es de gran ayuda. La posesión no es la meta; es solo la mejor fórmula que existe, actualmente, para resolver el problema de las dificultades probatorias, a pesar de que algunos ilegítimos se benefician de ello.

Por otro lado, el análisis de probabilidades sobre los poseedores que son propietarios en el Perú sigue siendo favorable para justificar la existencia de la figura, aun a riesgo de que poseedores no propietarios se hagan pasar por tales.

Sustituir la prueba del derecho por el ejercicio de hecho es un medio para que las relaciones sean pacíficas. La posesión es un derecho cuya importancia no se centra en la esfera espiritual del poseedor. No es una herramienta que busque la satisfacción individual como propósito primero, sino la facilitación de los intercambios y la interacción en general. Considero que el núcleo de este singular derecho está en la apreciación de las personas ajenas al poseedor. Se trata de un derecho privado de clara función pública.

Si la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho, solo habrá posesión cuando los terceros (espectadores de la apariencia) crean que quien está desplegando la conducta sobre el bien es titular de un derecho. En otras palabras, no se trata solo de usar, disfrutar o disponer de hecho de un bien sino de que, a partir de esas conductas, se genere la señalada apariencia. Si a pesar de existir ejercicio de hecho no es posible generar esa apariencia (porque se sabe públicamente de la ausencia del derecho), no debería existir posesión.

De ahí, por ejemplo, que en aquel lamentable incidente en el que un grupo de terroristas tomó la casa del embajador de Japón, situación en la que todo el mundo sabía la ilegitimidad de los delincuentes, no pudiese hablarse de posesión a favor de ellos, a pesar de que usaron el inmueble por varios meses. En el mismo sentido, si el ejercicio de los atributos de la propiedad se realiza de manera clandestina, de modo que no es posible advertir dicho ejercicio, no habrá posesión. Lo dicho no significa que la posesión deba ser expuesta a los ojos del mundo para ser tal, ya que es evidente que existen bienes cuya explotación es por naturaleza reservada, como el uso de ropa interior (en la mayoría de los casos) o el uso de una prótesis instalada en el interior del cuerpo humano. En tales casos, la posesión se aprecia en los escenarios correspondientes a la naturaleza del bien.

Estas reflexiones no contradicen la existencia legal de la posesión ilegítima,⁴ ya que la ilegitimidad no es apreciable con facilidad por los terceros. Un ladrón, que usa con total desparpajo el reloj robado, es poseedor ilegítimo, pero es poseedor porque no se puede advertir de su conducta que el bien fue robado. Si el ladrón fuera capturado en el mismo acto del robo y mientras toma posesión del bien, claramente no se generaría posesión aun cuando de hecho el bien ya estuviese en su muñeca.

El Código Civil regula la situación del poseedor ilegítimo y establece una serie de consecuencias. Sin embargo, dichas consecuencias solo surgen cuando se ha concluido el examen sobre el derecho a poseer y se ha establecido la ausencia del derecho luego de la actividad probatoria. Es precisamente la dificultad de la actividad probatoria la que justifica la existencia de la posesión como derecho autónomo. En consecuencia, en estos supuestos (consecuencias de la posesión ilegítima), la posesión ya no está en funcionamiento como institución jurídica. Se ha prescindido del ejercicio de hecho y se ha identificado al verdadero titular del bien.

Habiendo identificado el rol principal de la posesión y, por tanto, el alcance guía del concepto legal, debo hacer mención a algunas normas del Código Civil que describen efectos de la posesión, pero que prescinden del concepto guía y, por tanto, parecen contradecir su fundamento.

⁴ Son los poseedores que ejercen de hecho atributos de la propiedad pero sin tener ningún derecho sobre el bien. Si saben de su ilegitimidad, son poseedores de mala fe. Si ignoran dicha situación, son ilegítimos de buena fe.

El artículo 905 del Código se refiere a la posesión inmediata y a la posesión mediata. La primera corresponde a la que tiene quien posee en virtud de un título temporal (por ejemplo, el aparente usufructuario) y la segunda a la que tiene quien confirió el título (por ejemplo, el aparente propietario). El poseedor inmediato será tal si ejerce de hecho la conducta que permite apreciarlo como un usufructuario (siguiendo el ejemplo), y no hay duda que es fácil identificar a una persona en dicha actitud, pero ¿qué ejercicio de hecho apreciable con facilidad realiza el poseedor mediato? En el esfuerzo por aplicar de modo literal la definición de posesión y justificar la calificación posesoria en favor del mediato, se han ensayado diversas respuestas. Por ejemplo, se ha dicho que el mediato ejerce de hecho el atributo de la disposición, o que ejerce el disfrute, pues eventualmente percibe rentas del usufructuario.

En mi opinión, la conducta del poseedor mediato es difícilmente aparente a los ojos de los terceros; por tanto, desde la definición y fundamento principal de la figura legal, no debería gozar de calificación posesoria. Sin embargo, la ley le ha atribuido dicha calidad, y eso es suficiente para aceptarla. Se trata de una excepción a la regla, cuyo propósito resulta apreciable en el plano práctico, ya que por esa vía se genera una persona adicional legitimada para utilizar los efectos de la posesión (por ejemplo, para la defensa posesoria). En realidad, con el pretexto de la posesión se ha instituido a un ayudante para la defensa del poseedor inmediato, único titular aparente. La prueba de que estamos ante un artificio es que la ley ha establecido la clasificación de poseedor mediato e inmediato sin señalar consecuencias (como si lo hace con la posesión ilegítima). Si el poseedor mediato fuera poseedor por definición, no requeriría de una norma especial que lo estipule como tal, bastaría el concepto general de posesión.

Otra excepción está en el artículo 904 del Código Civil, conforme al cual quien se encuentra impedido temporalmente de acceder al bien que venía poseyendo conserva la posesión. Es el caso de quien no puede llegar a su predio porque debe atravesar un río y el puente que permite cruzarlo se encuentra en mantenimiento. Si no existiera esta norma, las personas que no pueden mantener la conducta posesoria dejarían de ser poseedoras, sin importar la causa. El artículo 904 es otra excepción que se establece con el propósito de mantener los efectos de la posesión a favor de una persona, cuyo comportamiento patrimonial se ha visto suspendido por una causa ajena y temporal.

Por otro lado, el fundamento que he señalado para la posesión no descarta la existencia de otros fundamentos concurrentes y que aparentemente contradicen el principal, por ejemplo, en el tema del derecho al reembolso de mejoras (artículo 917) y en la defensa posesoria (artículos 920 y 921).

La ley le otorga derecho al pago de mejoras a todos los poseedores, incluyendo a los ilegítimos de mala fe, hecho que genera un crédito contra el verdadero propietario. Así también, la defensa interdictal puede ser usada por el ilegítimo de mala fe contra el verdadero propietario. ¿Qué relación hay entre estas consecuencias legales y el rol de la posesión? ¿Si se demuestra que no existe derecho a poseer, cuál sería la razón para beneficiar al poseedor injusto frente al verdadero titular? Las razones no tienen que ver con la apariencia del derecho, pues en las dos situaciones mencionadas estamos ante consecuencias que en nada afectan a los terceros que apreciaron la posesión y que actuaron en función de ella. Son dos situaciones en las que se enfrentan el titular aparente y el verdadero titular. Las razones tienen que ser otras, como evitar el enriquecimiento del propietario con las mejoras, o evitar la convulsión que se produciría si los dueños pudieran recuperar sus bienes empleando violencia.

La regulación normativa no debería perder de vista el fundamento principal de la posesión, pues de lo contrario se genera cierto desorden. Si el propietario no debe enriquecerse con las mejoras realizadas en su bien o si la violencia debe ser proscrita, no tiene nada que ver con la posesión y su rol en la sociedad. La regulación de estos temas conjuntamente con la posesión no debe confundirnos ni desviar el fundamento de la institución jurídica.

Finalmente, la primacía del fundamento descrito permite priorizar la función señalada por sobre otras, atribuyendo calidad posesoria a los hechos que mejor cumplen el fundamento y no a aquellos que, aunque se ajusten a la definición legal, no son del todo satisfactorios en términos de apariencia e información hacia los terceros. Este ejercicio se realiza en situaciones en las que concurren conductas posesorias. Por ejemplo, si el predio es usado por un ilegítimo, quien actúa como si fuera dueño a los ojos de todos, pero el verdadero propietario viene pagando los tributos municipales y algunos servicios públicos, ¿quién es el poseedor? Los dos ejercen de hecho algún atributo de la propiedad; sin embargo, los dos no pueden ser poseedores al mismo tiempo. Considero que recurriendo al fundamento de la

posesión se puede responder a esta pregunta, atribuyendo posesión a quien mejor genera la apariencia de titularidad frente a terceros.

He querido plantear el tema del fundamento de la posesión porque creo que ofrece un enorme espacio para la reflexión. Lo expresado aquí está sujeto a crítica, y si eso ocurre se habrá cumplido mi propósito. Qué mejor oportunidad para este planteamiento que el homenaje a Jorge Avendaño, poseedor legítimo de una mente brillante y permanente autor de mejoras útiles y necesarias en el Derecho peruano. Solo que en este caso el fundamento no es la apariencia, sino el más sólido corazón de abogado y maestro.

La posesión. Alcances y defensa

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

1. Jorge Avendaño: reconocimiento y gratitud

EN EL DERECHO PERUANO, se suele identificar a los juristas de nota como los referentes ineludibles al estudiar alguna materia jurídica. Así, por ejemplo, Manuel de la Puente y Lavalle en el Derecho de los Contratos; Carlos Fernández Sessarego, en el ámbito del Derecho de las Personas; José León Barandiarán, principalmente en el Acto Jurídico; Héctor Cornejo Chávez, en el Derecho de Familia; Alfredo Ostojá, en el Derecho de Transportes; Domingo García Belaunde, en el campo del Derecho Constitucional, entre otros no menos importantes juristas, son ejemplos de maestros que han dejado huella indeleble en el Derecho peruano, en particular en las materias específicas a las que consagraron mayormente sus estudios. En el caso de los Derechos Reales, el referente indiscutible es el profesor Jorge Avendaño Valdez.

Tuve el privilegio de ser alumna del doctor Jorge Avendaño, en el curso de Derechos Reales, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y puedo dar fe de sus elevadas dotes académicas y, lo que es su signo distintivo, de la inagotable energía y entusiasmo que siempre supo transmitir a los alumnos, motivándonos a investigar, cuestionar, debatir, confrontar, en suma, a pensar.

En mi particular condición de magistrada del Poder Judicial, continuamente constato la problemática que se cierne en torno de la institución de la posesión, fuente de innumerables conflictos sociales, debido a lo poco y mal que se comprende la naturaleza, funciones y

efectos de la misma. Es aquí donde la obra del profesor Avendaño ha contribuido de manera decisiva a esclarecer las ambigüedades y oscuridades de dicha figura, coadyuvando, así, a la solución de los litigios que a diario se presentan.

Es por todo ello que, cuando el Comité Editor me invitó a participar en este merecido homenaje al doctor Jorge Avendaño, consideré que era una magnífica oportunidad para intentar retribuir en algo el esfuerzo desplegado por él en esta materia a lo largo de muchos años de dedicación a la importante causa de motivar a los estudiantes a hacer uso, en forma independiente, de su raciocinio, sin aceptar «verdades» simplemente por el hecho de ser impuestas. Sean pues estas líneas una muestra de mi reconocimiento y gratitud.

2. La Posesión

2.1. Concepto

El artículo 896 del Código Civil define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, con lo que se mantiene el concepto adoptado por el Código Civil de 1936, que se pronuncia por la teoría objetiva de la posesión desarrollado por el jurista alemán Rudolf von Ihering, recogida por el Código Civil alemán, llegando al Perú por medio del Código suizo y del Código brasileño, siguiendo el mismo camino el Código Civil de México. Cabe señalar que nuestro Código Civil de 1852 acogió la teoría posesoria del también jurista germano Friedrich Carl von Savigny, la cual mantiene el Código Civil y Comercial italiano de 1942.

La teoría objetiva, que conserva nuestro Código, descarta el elemento intencional, denominado *animus* por Savigny, que es la intención de conducirse como propietario, de ejercer para sí el propio derecho de propiedad sin reconocer la propiedad de otro. Este elemento fue combatido, sosteniéndose que no podía explicar la posesión de terceros sujetos, como el arrendatario, el comodatario o el depositario, por lo que fue necesario ampliar el espectro de la protección posesoria. Debido a ello, Savigny creó la figura de la posesión derivada, según la cual el titular transmitía la posesión a estos terceros. Aún así, se mantuvo el cuestionamiento, debido a que seguían quedando, al margen de ella, supuestos como el de quien ocupa un bien sin ningún título.

Otra crítica a la teoría del *animus* fue su difícil probanza,¹ debido a su carácter subjetivo, por el que resultaba muy poco factible poder comprobar la existencia de la voluntad del dominio propio o el reconocimiento interno del dominio ajeno, debatiéndose en este proceso los intereses o intenciones internas de las personas, lo que se complicaría más en el caso de las personas jurídicas. Ciertamente es que «el hombre no es un espíritu puro, pero tampoco es una máquina viviente y su acción para ser humana debe participar de la dualidad de su naturaleza, compuesta de espíritu y materia, es también indudable que la comprobación de ese elemento intencional resulta prácticamente imposible debido a su carácter subjetivo».²

Respecto del otro elemento de la posesión, denominado el *corpus* que para Savigny era el contacto físico con la cosa o la posibilidad de tenerla, noción complementada con la de la custodia,³ concepto ampliado y flexibilizado al máximo por Ihering, quien lo espiritualizó, despojándolo de su sentido material hasta convertirlo «en un factor de naturaleza jurídica y económica, variable según las circunstancias».⁴ De esa manera, la posesión adopta diversas manifestaciones, pudiendo estar o no presente la detentación física de las cosas, sin que en esta última circunstancia falte la posesión, como, por ejemplo, en el caso de los maderos que han sido cortados en un bosque y luego arrojados al río para su transporte, librados a la corriente sin conductor humano alguno; aquí se conserva la posesión y nadie debe apoderarse de ellos.⁵ Así, es distinta la relación del propietario con una prenda de vestir (con la que tiene contacto directo), que la del propietario con un buque que está surcando los mares (contacto distante).⁶

Por lo señalado, la definición que nos entrega el Código Civil nos lleva a concluir que, en principio, la posesión es un poder jurídica-

¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Definición de posesión». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 76.

² SILVA MARTÍNEZ. *Tratado de Pruebas Judiciales*. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984: Derechos Reales*. Tomo IV. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 107.

³ Según esta teoría, tenemos la custodia de cuanto se encuentre en nuestra propiedad.

⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, tomo IV, p. 105.

⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁶ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión en el Código Civil de 1984». *Suplemento de la Revista Peruana de Jurisprudencia* n.º 18-agosto 2002: La Posesión Precaria. La complejidad de una institución aparentemente simple, vol. XIV, Normas Legales, agosto 2002. Trujillo.

mente reconocido y protegido por la ley, que se objetiva en una situación de hecho entre un sujeto (persona natural o jurídica) y una cosa, que puede ser utilizada o disfrutada por aquel.⁷

2.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la posesión es un tema bastante controvertido.⁸ El debate acerca de si es un hecho o un derecho sigue vigente.⁹ Esta discusión, iniciada hace mucho tiempo, ha abarcado distintos

⁷ En cuanto al poder inherente a la propiedad consistente en la disposición, esta «importa un acto único y aislado, por lo que difícilmente es expresión posesoria». (Cf. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 76).

⁸ Cf. JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Defensa de la posesión». *Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima*. Lima: Editorial Alternativas, año 1 n.º. 1, diciembre 2003, pp. 99 y ss.

⁹ Esta discusión de larga data fue ilustrada de manera muy clara, si bien lúdica, por la célebre fantasía literaria de Ihering, «*En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*» (IHERING, Rodolfo. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 282-284): —Y los conceptos, ¿se pelean entre sí solamente también con los espíritus?— «¡Oh, no! Se guardan las distancias que convienen a la dignidad de todos, y no hay nadie tan descomedido que se atreva a otra cosa. Pero los espíritus no se desdeñan de conversar con los conceptos amistosamente y de instruirse con ellos acerca de su verdadera naturaleza. Ayer mismo estuvieron hablando detenida y minuciosamente la posesión y Savigny». —Y ¿sabes tú de qué trataron?— «¡Ya lo creo! Se ocuparon de la cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho». —¡Qué lástima que no haya podido tomar parte en la conversación! Algo me hubiese podido enseñar. La posesión me interesa de una manera extraordinaria. Hasta ahora no la he podido ver; ten la bondad de enseñármela. —«En este momento no la encuentro. La mayor parte de los conceptos entre nosotros tiene, como las gentes de negocios en vuestras Bolsas, un lugar prefijado, donde se tiene la seguridad de encontrarlos siempre. Solamente unos pocos no han querido atenerse a este régimen: son de naturaleza inestable y nunca están en el mismo sitio, sino que andan de aquí para allá. Mira, por ejemplo, el derecho de prenda, que en este momento se encuentra entre los derechos sobre las cosas. Pues no aseguraría yo que dentro de un momento no se hubiese ido al derecho de obligaciones. También el derecho hereditario, que ahora está tranquilamente en su sitio, ha tenido la ocurrencia alguna vez de trasladarse al derecho de familia, para luego volver a su lugar primitivo. Pero el peor de todos los conceptos es la posesión; es un camarada que no hace nunca estancias dilatadas en un sitio: tan pronto se para en la parte general [cita a Thibaut y a Kierull], ya en los derechos sobre la personalidad [cita a Puchta], ya en el derecho sobre cosas [señala que ésta es la posición que domina en ese momento en cuanto a la posesión], generalmente junto al dominio, sea delante o un poco detrás, pero últimamente se ha ido al límite del cercado [cita a Arndt's] e incluso ha llegado a penetrar en el derecho de obligaciones [cita a Savigny]. Precisamente. Ahora la veo en la sección de los derechos sobre cosas, junto al dominio». —¿Y es esa la posesión? ¡Qué rara!, yo me la había figurado de otra manera, la consideraba como un derecho y aquí se presenta como hecho. —«Espera un

momentos de la historia jurídica y ocupado los espacios de reflexión de numerosos académicos del derecho, y aún en los tiempos actuales conserva cierta vigencia.¹⁰

Lo señalado se refleja en la falta de uniformidad de la jurisprudencia y, particularmente, de la legislación, que regula no solo su definición y efectos, sino las posibilidades de su defensa.

Es importante ocuparse de este tema debido a sus extensas implicancias, sobre todo de índole práctica. Por un lado, básicamente todos los bienes pasan por esta figura; por otro, la posesión se encuentra inmersa en diversos derechos reales, como la propiedad, uso, usufructo, servidumbre, habitación, prenda, anticresis y en derechos personales, como el arrendamiento, el comodato, entre otros.

Asimismo, es de suma trascendencia reconocer si se está ante una situación posesoria y, de ser así, de qué tipo o calidad de relación posesoria se trata, pues solo de ese modo se podrá saber si a determinado supuesto le son aplicables las consecuencias que el sistema legal ha previsto para tal situación concreta. «Las presunciones legales, la suma de plazos posesorios, la prescripción adquisitiva de dominio, el reembolso por mejoras y la defensa interdictal son algunas de las consecuencias importantes que justifican la investigación y hacen patente la necesidad de saber qué elementos se deben considerar para calificar una situación como posesoria».¹¹

poco; la verás también como derecho: cambia incesantemente, es el Proteo de nuestros conceptos. Mírala otra vez; ¿qué te parece en este momento?» —Realmente es un derecho. —«Pues espera un poco. ¿Y ahora?» —Las dos cosas juntas: «conforme a su esencia, un hecho, pero ateniéndonos a las consecuencias que produce, un derecho al mismo tiempo [cita a Savigny]». ¡Maravilloso! Precisamente ahora hubiese jurado que era un derecho, conforme a su esencia, porque llevaba todo lo que corresponde al derecho [cita observaciones de Savigny: (1) Conforme a sus consecuencias, es un derecho. (2) Es reconocida como derecho. (3) Se adquiere lo mismo que otro cualquier derecho]. Pero no es así: su esencia más íntima consiste en que no es lo que es, o que en cada momento es lo que precisamente entonces se le ocurre; tan pronto se dice: «en verdad, no es un derecho», «no es una relación jurídica», sino un hecho, pero después resulta un derecho «como todos los otros» y luego «las dos cosas a un mismo tiempo». Es una especie de anguila, que se escurre de todos los intentos de sujetarla; se la cree tener entre las manos y se escapa.

¹⁰ A la posesión se la ha denominado un *fenómeno*, calificándola como «uno de los más incomprensibles y controvertidos» institutos, «el más grande tormento de la historia y de la doctrina». (Cf. BENDERSKY, Mario. *Acciones posesorias y despojo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 8).

¹¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. «La posesión y las mejoras en el Código Civil Peruano». *Ius et Veritas*. año IX, n.º 17, p. 237.

Solo para mencionar algunos de los efectos y consecuencias de la posesión podemos señalar los siguientes:

- La adquisición de la posesión no solo se produce por la tradición y en los casos de adquisición originaria que establece la ley, con el despliegue de la conducta legalmente exigida,¹² lo que se denomina tradición real, sino también por medio de mecanismos ficticios, en cuyo caso se denomina tradición ficta, que es la que «se entiende realizada»,¹³ regulada en los artículos 902 (cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero) y 903 (tradición documental).
- El poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898), para lo cual se requiere que haya habido una transmisión válida y que se trate de posesiones homogéneas.¹⁴
- El poseedor tiene derecho a conservar la calidad de poseedor, aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera, es decir, aun en caso de no ejercer de hecho ninguna conducta sobre el bien, que abarca los supuestos de bienes sustraídos o robados del poseedor, de bienes perdidos o los llamados «hechos de Dios»,¹⁵ como sería el caso de un inmueble al

¹² Artículo 901.- La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece.

¹³ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión en el Código Civil de 1984». *Suplemento de la Revista Peruana de Jurisprudencia*. *Op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁴ «¿Qué importancia tiene la suma de posesiones? ¿Para qué la utilizará normalmente el poseedor? Lo más frecuente es que la utilice para la prescripción adquisitiva. Como se sabe, ésta es una forma de adquirir la propiedad por el transcurso del tiempo. El poseedor se convierte en propietario al cabo de determinado número de años. Ahora bien, no es preciso que él personalmente posea durante todo el lapso exigido. Quizás el poseedor actual tiene solamente dos años de posesión, pero puede sumar a este plazo el de aquel que le transmitió el bien, el cual a su vez sumó oportunamente el de quien le transmitió, y así sucesivamente. En verdad entonces el poseedor actual tendrá muchos años de posesión y podrá eventualmente recurrir a la prescripción, aun cuando personalmente tenga pocos años de posesión. Y es que se trata de la misma posesión que ha venido siendo transmitida» (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Suma de plazos posesorios». En *Derechos Reales*. Selección de Textos. Materiales de enseñanza del curso de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lectura n.º 10 del Capítulo V (Posesión). Lima, 2002).

¹⁵ GARCÍA GARCÍA, Luis. «Conservación de la posesión». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 109-110.

que no puede físicamente acceder por causa de factores climatológicos (artículo 904) o por la caída de un puente o el bloqueo de una carretera o el cambio de cauce de un río, etc.

- El poseedor goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el solo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905), es decir, el poseedor inmediato es el poseedor temporal en virtud de un título y no necesariamente el que tiene contacto con la cosa.¹⁶
- El poseedor goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe), y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir, a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910).¹⁷ Se debe señalar que la buena fe no ha de ser solo inicial sino que debe subsistir durante todo el tiempo de la posesión, «pues si por algún motivo el poseedor llegase a tener conocimiento o conciencia de su ilegitimidad, su buena fe cesaría».¹⁸
- El Código Civil ha previsto presunciones legales que invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915) ante determinadas situaciones de controversia.¹⁹

¹⁶ «Es el caso del propietario que da en arrendamiento y luego el arrendatario subarrienda. El propietario es mediato respecto del arrendatario y este es inmediato respecto del propietario. Pero el arrendatario es también mediato del subarrendatario y este último es inmediato en relación al arrendatario. Lo que ocurre es que en este caso hay dos relaciones jurídicas, por tanto, dos títulos» (AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Clases de Posesión y sus efectos». En *Código Civil comentado*. Tomo V: Derechos Reales. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 114).

¹⁷ Respecto de la buena y mala fe en la posesión, debe considerarse «como una sub-clasificación de la posesión ilegítima. Así lo ha hecho el Código de 1984. En consecuencia, ahora resulta claro que la buena o mala fe del poseedor —esto es, su desconocimiento o conocimiento de su ilegitimidad— solo interesan al derecho y producen efectos jurídicos cuando se trata de una posesión ilegítima». (En: AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión Ilegítima o Precaria». *Themis*, Revista de Derecho, editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época, n.º 4, 1986, p. 59).

¹⁸ *Ibid.*, pp. 60-61.

¹⁹ El poseedor se presume propietario, en tanto no se pruebe lo contrario (lo que no se aplica en caso de propietario con derecho inscrito y tampoco puede oponerla el poseedor inmediato al mediato); la posesión de un bien hace presumir la de sus accesorios y la del inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él; se presume la buena fe del poseedor (salvo que el bien esté inscrito a nombre de otra persona); se presume la posesión del lapso intermedio si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente (presunción de continuidad).

- El poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919).²⁰
- El poseedor puede hacer uso de medios judiciales y extrajudiciales de defensa cuando su posesión ha sido agredida (por despojo o perturbación) (artículos 920 y 921).
- La posesión prolongada, que cumple ciertos requisitos, puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad y servidumbre (artículos 950 y 1040), y
- La posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

Como hemos señalado, el Código Civil peruano define a la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, definición recogida de la concepción clásica, que proviene de una necesidad de tipo práctico, pues en las relaciones sociales no resulta muy factible que un propietario deba acreditar en cada relación jurídica que tiene el dominio de tal bien. Es en ese marco que surgió la concepción de la posesión como una cuestión de hecho, en auxilio del derecho de propiedad.

Al respecto, Ihering²¹ señaló que era necesario atender fundamentalmente a los intereses prácticos de la vida social que el sistema legal recoge al regular el derecho de propiedad.

Enfrentado el problema *operativo* que tiene la propiedad —probar su existencia—, se optó por la solución consistente en la presunción de titularidad (como propietario) respecto de quien posee un bien. Esta presunción llega con lógica y naturalidad, por cuanto la posesión es visible, casi palpable; se presenta a la vista, pues deriva de la sola apariencia, de la normalidad de su comportamiento. En síntesis, la posesión cumple una función que se basa en la *apariencia* y en la *normalidad*.

Ahora bien, no obstante haber surgido de la necesidad de dotar de una herramienta eficaz a la propiedad,²² la idea más general y uni-

²⁰ Sobre el tema, véase el interesante trabajo de MEJORADA CHAUCA, Martín. *Op. Cit.*

²¹ IHERING, Rudolph. *La Posesión*. Madrid: Editorial Reus, 1926, p. 212.

²² «La propiedad sin la posesión sería un tesoro sin la llave para abrirlo, un árbol frutal sin la escalera necesaria para cosechar los frutos. La utilización económica consiste, según la naturaleza diversa de las cosas, en el *uti, frui, consumere*. La protección jurídica contra el despojo reside en que al defender al poseedor se defiende al

versal de la posesión la entiende como un poder o señorío de hecho, que prescinde de la consideración de si se ejercita con derecho o sin él, y es por esa razón que, por ejemplo, el usurpador de un bien inmueble, que se conduce como propietario, puede adquirir la propiedad del mismo por prescripción adquisitiva o usucapión, o el frecuente caso de los ladrones que se convierten en poseedores del bien robado, en evidente menoscabo de la situación que existía antes de la comisión del delito.²³ Se advierte, bajo este punto de vista, que se trataría de una pura relación material.

Una excepción, ya mencionada, se encuentra en el artículo 904 del Código Civil, de acuerdo al cual, conserva la posesión del bien quien se encuentra impedido temporalmente de acceder al mismo bien que venía poseyendo. Si no existiera esta norma, las personas que no pueden mantener la conducta posesoria dejarían de ser poseedoras, sin importar la causa.

Es conveniente detenerse un poco en algunos aspectos relativos a los alcances de la posesión, que son fuente de confusión y contribuyen a complicar el lineamiento de su naturaleza jurídica. Ello se observa en el tema del derecho al reembolso de mejoras (artículo 917) y en la defensa posesoria (artículos 920 y 921). La ley otorga derecho al pago de mejoras a todos los poseedores, incluyendo a los ilegítimos de mala fe, lo que genera un crédito contra el verdadero propietario. Así también la defensa interdictal puede ser usada por el poseedor ilegítimo de mala fe contra el verdadero propietario.

Estos últimos casos —reembolso de mejoras y defensa posesoria— no tienen como fundamento la apariencia de normalidad (no hay afectación de terceros, aun en el caso de haber creído estos en la legitimidad de la posesión que tuvieron a la vista), ni tampoco el servir de herramienta eficaz a la propiedad. Por el contrario, se enfrentan el verdadero propietario con el poseedor injusto, que no tiene derecho a poseer y, a pesar de ello, se dan consecuencias legales a favor de dicho poseedor ilegítimo (aunque actúe de mala fe) por el hecho de poseer. Es decir, existiría un rol de la posesión que va más allá de los fundamentos expuestos, el cual, en los casos expuestos, sería evitar el enriquecimiento del propietario con las mejoras o evitar el caos social

propietario. La posesión es el contenido del derecho de propiedad». (CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. Tomo I, 4.^a ed. Lima: Talleres Gráficos Villanueva, 1973, p. 100. Citado por MEJORADA CHAUCA, Martín. *Op. cit.*, p. 238.).

²³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, p. 116.

o la convulsión que se produciría si los propietarios pudieran recuperar sus bienes por medio de la violencia, la misma que debe ser proscribida.

Tanto el enriquecimiento indebido como la prohibición de la violencia en el ejercicio del derecho se encuentran regulados en el sistema jurídico en forma autónoma a la posesión, por medio de figuras jurídicas que pueden ser aplicables a estos mismos casos, por lo que se deduce que de no existir las normas señaladas (sobre mejoras y defensa posesoria), igual o similar solución jurídica se brindaría a los problemas concretos, por lo que su regulación específica no solo no colisiona con el sistema jurídico en su conjunto, sino que no atenta contra la concepción ni el rol de la posesión.

Volviendo a la definición de la naturaleza jurídica de la posesión, es importante señalar que, como se ha mencionado líneas arriba, existe también posesión en otros supuestos, como el acreedor anticrético, que recibe un bien inmueble en garantía de una deuda para explotarlo y percibir sus frutos (artículo 1091) y, en general, quien tenga sobre un bien un derecho real cualquiera, como la prenda, el usufructo, uso, etc.), o también por medio de relaciones personales, como el arrendatario, que recibe la posesión del bien. Es claro que esta posesión no es solo fáctica, sino de derecho, ya que surge de un título derivado del propietario.

Acerca del ejemplo del usurpador o ladrón, es conveniente efectuar una precisión. Una cosa es el ladrón que se apropia de un objeto mueble y luego se conduce como dueño, sin reconocer el derecho de otra persona, y otra es el caso del ladrón que se encuentra en plena fuga con el bien robado en las manos. Este último no puede reputarse poseedor, aunque en ese momento el objeto se encuentre en sus manos, pues al cumplir la posesión un rol que se basa en la apariencia de propiedad y en la normalidad, si no existen estos elementos externos, no se configura la posesión, ya que la evidente ilegitimidad no genera apariencia de titularidad. En cambio, el poseedor que posee ilegítimamente el inmueble, a sabiendas de que no es el propietario,²⁴

²⁴ Sobre el controvertido tema del poseedor ilegítimo y el poseedor precario y las distintas posiciones respecto de si son conceptos idénticos, disímiles o solo semejantes, véase AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «Las modificaciones del Libro de los Derechos Reales». En *Instituto de Investigación Jurídico Notarial. Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica, 1988; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La Posesión ilegítima o precaria». Lima. En *Themis*, Revista de Derecho, editada por alumnos de la Facultad

tiene la posibilidad de adquirir la propiedad por usucapión, puesto que su posesión califica como tal para los efectos.

La apariencia, en suma, se da según las circunstancias y, asimismo, no precisa en todo momento del corpus, ya que de lo contrario quien deja su libro sobre la mesa de la biblioteca y se va a tomar un café dejaría de poseerlo durante ese lapso, o quien sale del inmueble que habita para irse a trabajar o para irse el fin de semana de descanso, o tiene una casa de campo o de playa cerrada durante varios meses del año hasta el periodo vacacional, también estaría interrumpiendo o, en el mejor de los casos, suspendiendo su posesión, todo lo cual no solo es irracional, sino que se aleja de la realidad, lo que haría que se perdiera el sentido social de la figura jurídica en sí.

Por lo esbozado anteriormente, podemos concluir que la posesión es una figura jurídica que tiene diversas aristas y cumple varias funciones. Es indispensable, por tanto, no procurar encasillarla en un esquema rígido sino, por el contrario, procurar diseñar un concepto bajo el marco de su utilidad dentro de nuestro sistema jurídico y social.

En este punto, cabe efectuar una distinción muy importante. La posesión, como derecho real, existe y emana del hecho de la posesión. En este campo, la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión, de la relación de señorío sobre el bien, porque el ordenamiento jurídico le concede una protección *erga omnes*. Estas consecuencias han llevado a muchos a concluir que la posesión es un derecho a la vez que un hecho. Por ello, en palabras de Puig Brutau,

[...] la discusión de si la posesión es un hecho o un derecho debe quedar superada. Es un hecho en cuanto se refiere al señorío efectivo sobre la cosa, con independencia de la causa o fundamento jurídico de este poder o dominación, pero es un derecho en la medida que la ley regula consecuencias jurídicas del hecho de la posesión. Al depender de la voluntad del sujeto que posee la producción de estas consecuencias previstas por

de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época, n.º 4, 1986; WONG ABAD, Julio Martín. «El Precario». *Thémis*. Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Época. n.º 15, 1989, Lima; LAMA MORE, Héctor. «La posesión precaria y la posesión ilegítima». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. n.º 28. Lima: Gaceta Jurídica, enero de 2001; GONZALES BARRÓN, Gunther. «Curso de Derechos Reales». Lima: Jurista Editores, 2003; MORENO MOCHOLÍ, Miguel. *El Precario*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1951; RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: La Posesión*. Tomo I, Lima, 1996.

la ley, la posesión aparece como un derecho subjetivo, aunque de un tipo peculiar. Es un derecho provisional porque no podrá ser opuesto —por lo menos de manera definitiva— a la propiedad y a otros derechos reales.²⁵

Pero también existe el derecho a la posesión, que puede no tener ese presupuesto fáctico, sino que es un derecho emanado de fuente diversa al ejercicio de hecho, como por ejemplo la contractual, por el cual la persona adquiere el derecho a poseer, pero aún no tiene la posesión fáctica.²⁶

A modo de ilustrar este supuesto, podemos imaginar el caso de que un propietario celebre un contrato de arrendamiento con una persona y también celebre un contrato de usufructo con otra. Ambas concurrirán ante la ley a fin de que se determine quién tiene el mejor derecho a que se le entregue el bien. La que gane obtendrá la realización fáctica de su derecho y recién podrá efectuar el ejercicio de hecho de su derecho, que consolidará su posesión, de la cual emanarán los derechos que la ley asigna como consecuencia jurídica de ese hecho. Evidentemente, la persona que pierda en dicha contienda judicial tendrá derecho a exigir una indemnización por los daños y perjuicios que le ha ocasionado la conducta de mala fe del propietario, sin considerar las posibilidades que en el ámbito penal pudiese tener.

Ramírez²⁷ explica lo dicho de manera puntual:

Vislumbramos tres modos como se nos presenta la posesión en el derecho moderno, a saber:

La posesión como poder o señorío fáctico, relación puramente material (ladrón, usurpador): *ius possessionis*.

La posesión derivada de un derecho real, o sea posesión de derecho (la del usufructuario, anticresista, etc.): *ius possidendi*.

²⁵ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, Barcelona: Ed. Bosch, 1978, p. 46.

²⁶ Díez PICAZO Y GULLÓN ilustran lo señalado con el siguiente ejemplo: «A ha comprado una finca a B sabiendo que no es su propietario y la posee como dueño, no hay duda de que estará amparado frente a todos contra las perturbaciones de su posesión. Pero ante la reivindicación de la cosa por su verdadero propietario no podrá alegar su *ius possessionis*, porque el derecho a poseerla de aquél (*ius possidendi*) deriva de un título (derecho real de propiedad) superior». (DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 5.^{ta} Edición, Vol. II. Madrid: Tecnos, 1995, p. 106.)

²⁷ RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales: La Posesión*. Tomo I, Lima, 1996, p. 391.

La posesión del dueño que conduce u ocupa el bien directamente: *ius possessionis* y *ius possidendi* (este último, siempre lo tiene).

En síntesis, respecto de la posesión existen aspectos de la realidad que han tenido que ser llenados de contenido, como por ejemplo, el ya mencionado caso del propietario que concede un derecho real sobre el bien de su propiedad: usufructo, uso, anticresis, entre otros. La denominada posesión espiritualizada,²⁸ que no se expresa en la tenencia de hecho, como en el caso de la sucesión hereditaria,²⁹ o en la pérdida transitoria de la tenencia material, se aplica para el caso del ejercicio indirecto de la posesión. El propietario sería un poseedor mediato o indirecto, que conserva el *ius possidendi* respecto de su bien, y el usufructuario sería el poseedor inmediato o directo, que posee para sí —tiene la posesión de hecho— y para otro —una suerte de representación—, posesión singular que no le confiere posibilidades de adquisición de la propiedad como a otros poseedores, pero ello no basta para considerársele un poseedor, con los derechos que de su tipo de posesión emanan. Asimismo, existe el derecho a poseer (de quien aún no es poseedor o de quien, habiendo sido poseedor, ha perdido ilegítimamente dicha condición), que es un interés jurídicamente protegido, en el que no existe una relación de posesión entre la persona y el bien, pero hay un derecho a ocupar ese lugar dentro de la relación fáctica, la misma que, una vez lograda, dará lugar a una serie de consecuencias jurídicas.

Por todo lo señalado, puede concluirse que la posesión tiene la doble condición de ser un hecho y un derecho.

²⁸ HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. II —Derechos Reales—, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1919, p.54.

²⁹ Sobre este tema, resulta interesante la opinión de Velásquez: «Frente a la transferencia y transmisibilidad de la posesión predomina en el derecho actual la tesis de que la posesión es una misma en el antecesor y el sucesor, operando frente a ella un simple cambio de sujeto. Así la posesión adquiere un hondo contenido patrimonial de derecho provisional similar a los poderes jurídicos de naturaleza real. Lo anterior se entiende lógico si partimos de la base de que lo adquirido por el sucesor son los poderes jurídicos derivados de la posesión más la posesión como hecho no es transferible ni transmisible». (VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. «Criterios puntuales sobre la posesión en el Derecho actual». En *Derecho Civil Patrimonial*. Bullard y Fernández (ed.). Lima: PUCP, 1997, p. 210).

3. Defensa de la posesión

Ya se ha señalado que la posesión genera derechos, los cuales, al ser establecidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico, son protegidos por este.

A efecto de delinear cuáles son los derechos que genera la posesión, es necesario determinar primero ante qué tipo de posesión nos encontramos y, de esa manera, saber cuál es la protección legal a la que se puede acceder. A mejor derecho, mayor espectro de protección; sin embargo, el peor de los casos, es decir, el del poseedor ilegítimo de mala fe, como ya se ha señalado, tiene, por el hecho de ser poseedor, un derecho tutelado, aun frente a quien tiene un derecho legítimo a poseer el bien.

Esta protección dispensada a la posesión tiene, a primera vista, como señalan Díez-Picazo y Gullón,

[...] algo de extraño y contradictorio, pues puede ocurrir que por medio de ella el ordenamiento jurídico tutele a alguno que ha violado sus preceptos (p. ej. el que se ha apoderado ilícitamente de una cosa) y, en cambio, coloque en una situación de inferioridad a quien en el fondo no hace más que ejercitar su derecho (v. gr. al propietario que reacciona frente a quien está poseyendo contra su voluntad su cosa). De ahí que esta materia haya sido la más tratada por filósofos del Derecho y juristas.³⁰

No obstante, la protección posesoria tiene como fundamento la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad, lo cual es un bien en sí, por lo que todo ataque arbitrario a esta continuidad constituye un «daño a un interés vital y socialmente necesario».³¹ Por ello, la tutela posesoria es una auténtica defensa de la civilidad; su meta es la protección de la paz general, «una reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar».³²

En nuestro sistema jurídico, esta función y utilidad vienen siendo, desde tiempo atrás, la razón de ser de la tutela posesoria, distinguida

³⁰ Díez-PÍCAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. «Sistema de Derecho Civil». *Op. Cit.*, p. 104.

³¹ *Ibid.* p. 106.

³² WOLF, Martín; ENNECERUS, Ludwig; y KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, Vol. I, trad. De la 32.^a ed. alemana. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1944, p. 85.

de la protección de la propiedad: «[...] las acciones posesorias tienen una utilidad verdaderamente política, supuesto que sirve para evitar las violencias que ocasiona el hecho de que los particulares se tomen la justicia por sí mismos: *spoliatus ante omnia restituendus*».³³ Este comentario, que data del año 1905, fue realizado por el jurista Miguel Antonio de la Lama al Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, al que sucedió el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y, posteriormente, el Código Procesal Civil, vigente desde 1993.

3.1. Defensa extrajudicial de la posesión

No obstante lo señalado anteriormente, nuestro sistema prevé la posibilidad de ocurrencia de contingencias de tal naturaleza que acudir a la vía judicial, con la inversión de tiempo, dinero y, especialmente, la injusta situación de despojo, deviene en una alternativa menos eficiente que la denominada autodefensa. En algunos casos, la afectación podría llegar a ser incluso irreparable si no se hace uso de la propia defensa o autotutela.

Así, en determinados supuestos, quien ha sido despojado de su posesión, puede recurrir a las vías de hecho, es decir, al empleo de la fuerza, por medio de la defensa extrajudicial o autodefensa, ya que de lo contrario se consumaría una injusticia.

Este tipo de protección o defensa ya era concebida por el Derecho Romano, mediante las acciones posesorias y también la propia defensa. Esta última se otorgaba a toda persona a quien se le intentara arrebatar el bien de sus manos; es un principio de derecho natural, que guarda estrecha relación con la legítima defensa, y que estuvo regulado en el Digesto: *Vim vi repellere licere, Cassius scribit, dique jus natura comparatur; aparet autem; inquit, ex, eo, arma armis repellere licere*: Dice Casio que es permitido repeler la fuerza por la fuerza, y esto es conforme al derecho natural, dice que es claro que por esto es permitido defenderse con las armas de las armas.³⁴

Nuestro Código Civil contempla este supuesto en el artículo 920, lo que constituye la defensa extrajudicial de la posesión: «artículo 920:

³³ Comentario sobre los Juicios Posesorios. En *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil*. Anotado y Concordado por Miguel Antonio de la Lama. 2.ª Edición, Lima: Librería e Imprenta Gil, 1905-1906.

³⁴ Dig. Ley 1, n.º 27, tít. 16, lib. 43. (citado por: RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. Cit.*, p. 711).

El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias».

La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, sobre este artículo, señala que:

Esta norma reproduce literalmente el artículo 830 del Código derogado, y está dedicada a la defensa extrajudicial de la posesión, materia de gran actualidad por las situaciones que se suscitan, especialmente en el área de los Pueblos Jóvenes, donde la informalidad en la propiedad de los lotes es causa de numerosos conflictos. La defensa extrajudicial de la posesión, que figura en el artículo 86 de la Ponencia, fue formulada en base al artículo 926 del Código Suizo; del artículo 2470 del argentino y del artículo 859 del B.G.B. En ella se establece específicamente que se puede ejercitar contra cualquier acto de usurpación o de turbación; que protege la posesión mobiliaria o inmobiliaria y que este derecho de defensa se extiende también al servidor de la posesión, normas éstas que no figuran en el artículo en comentario y a las que se debe llegar por vía interpretativa por la excesiva parquedad del legislador.³⁵

La norma autoriza, pues, al poseedor a emplear la fuerza en defensa de su posesión frente al despojo. La regla es clara y establece esta posibilidad a fin de que el poseedor recupere o recobre la posesión de quien se la ha arrebatado por la fuerza, pero en la misma medida en que puede hacer uso del derecho de legítima defensa, con lo que se evita el peligro de defensa injusta. En tal virtud, «quien es despojado de la posesión (ya sea titular o no titular), puede, mientras lo haga inmediatamente, esto es, mientras dura la ofensa, quitar legítimamente, él mismo, al usurpador de la cosa, sin que con ella incurra en el delito de “tomarse la justicia por su mano”».³⁶

También la norma contempla otra hipótesis, que es la de la *turbación sin despojo*, ante la cual el poseedor tiene el derecho a rechazar inmediatamente la violencia, empleando su propia fuerza.

Esta vía está justificada para repeler una agresión, pero proscrita para la ofensa, y su conexión con la doctrina de la legítima defensa

³⁵ REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos*, p. 172.

³⁶ VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. *Los Derechos Reales. La Posesión*. Lima: Editorial San Marcos, s/f, p. 204.

penal es estrecha; «no es sino la aplicación en el campo posesorio, del principio de la legítima defensa por la persona que sufre una agresión, y exige por lo tanto similares presupuestos»,³⁷ por lo que debe existir una proporción adecuada entre el ataque y la defensa.

El Código Penal regula la legítima defensa en el Capítulo III del Libro I: («Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal»), artículo 20, inciso 3: «Está exento de responsabilidad penal: [...] 3.- El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: (a) agresión ilegítima; (b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y, (c) falta de provocación suficiente de quien hace la defensa».³⁸

Es conveniente incidir sobre el presupuesto de que debe tratarse de un acto de violencia: se repele la fuerza con la fuerza, no dando, por tanto, la clandestinidad lugar a la defensa privada. En estos casos — de clandestinidad—, la vía legítima será la judicial o policial, mas no la de la propia justicia.

Asimismo, el autodefensor de su posesión debe hacerlo sin intervalo de tiempo, como establece la norma, ya que de otro modo el camino solo será vía la acción judicial correspondiente, como un interdicto. Por ello, resulta indispensable que entre el ataque y la reacción exista una «verdadera unidad de tiempo»,³⁹ pues la razón de ser del principio de la defensa privada extrajudicial radica en la necesidad de ejercitar una acción inmediata allí donde falta la autoridad,⁴⁰ y aquí es menester resaltar que es indispensable que se carezca de intervención de autoridad competente para que proceda la acción por mano propia.⁴¹

³⁷ RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. Cit.* Tomo I, Lima, 1996, p. 712.

³⁸ De acuerdo con la doctrina penal, el fundamento de la eximente de la legítima defensa se encuentra, en primer lugar, en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión. Asimismo, al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico. De ello se infiere que la legítima defensa tiene un doble fundamento. Por ende, no basta la simple necesidad de defender un bien jurídico, ya que se exige que la agresión sea ilegítima, como tampoco es suficiente la necesidad de defender el ordenamiento jurídico, debido a que a través de esta eximente de responsabilidad se tutelan solo los bienes jurídicos cuyo portador es el individuo o una persona jurídica, pero no la sociedad o el Estado, como órgano del poder soberano. Es por ello que los bienes jurídicos supraindividuales o bienes jurídicos macroeconómicos, cuyo portador es la sociedad o el Estado, como órgano del poder soberano, no son susceptibles de legítima defensa.

³⁹ LAFAILLE, Héctor. Citado por ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis*. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo IV. Derechos Reales, p. 150.

⁴⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, p. 150.

⁴¹ Sobre este punto, existe cierta divergencia en la doctrina, pues el presupuesto de

3.2. Defensa judicial de la posesión

Ya se ha manifestado que la tutela posesoria es una defensa de la civilidad, y tiene como rol la protección de la paz general. Nuestro Código Civil regula a la posesión en un Libro propio, independiente de la propiedad, se le considera un derecho real autónomo, y su protección y defensa están establecidas dentro de su ámbito separado del dominio.

Respecto de la defensa judicial, sin embargo, el Código es, a nuestro entendimiento, demasiado parco. Así, el artículo 921, único artículo que regula todo el universo sustantivo de la tutela posesoria judicial, establece que: «Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él».

Es notorio que esta norma, en forma muy escueta, establece dos alternativas para la tutela jurisdiccional de la posesión: las acciones posesorias y los interdictos. Con esta norma, asume una posición diferente a la mayor parte de las legislaciones, ya que distingue a las primeras de los segundos, dotándolas, además, de dos vías legales distintas. La misma fórmula empleó el Código Civil de 1936.

Ya en 1940 el profesor Romero Romaña señalaba que en el Código (de 1936) han debido haber disposiciones de carácter sustantivo, relacionadas con las acciones posesorias y los interdictos, acciones distintas, puesto que los últimos tienen por finalidad defender al poseedor actual y lo que se resuelve en ellos es provisional, ya que puede ser contradicho en la vía ordinaria, en cambio las acciones posesorias se conceden a quienes tienen derecho a la posesión. [...] Lamentablemente no se escuchó al profesor Romero y el Código de 1984 reitera la omisión de su antecesor.⁴²

Entonces, será preciso realizar la distinción entre ambas alternativas, tanto sustantiva como procesalmente.

la legítima defensa tanto penal como de la posesión se asienta sobre la base de un acto de violencia que debe repelerse de inmediato, sin intervalo de tiempo, debiendo la respuesta a la agresión ser instantánea, casi simultánea a ella, por lo que puede haber autoridades cerca, y ello no inhabilitaría al defensor a ejercer este derecho, pues a menos que tales autoridades se encuentren exactamente en el lugar de los hechos, su cercanía o existencia no sería de ayuda ni defensa eficiente al despojado o perturbado.

⁴² Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. En REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Exposición de Motivos. Op. cit.*, pp. 172-173.

Es aquí donde se constata la importancia de definir la posesión, puesto que de ella se derivan las acciones a que la ley faculta para defenderla. En algunos casos, se defenderá el derecho a poseer (que se deriva de la posesión como derecho), en tanto que en otros casos se defenderá el ejercicio de hecho de la posesión.

3.2.1. Acciones posesorias e interdictos

El artículo 921 del Código Civil establece que todo poseedor de bienes muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos.

El Código Procesal Civil regula los interdictos, clasificándolos en dos: interdicto de recobrar e interdicto de retener. El interdicto de recobrar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 603 del Código Procesal Civil,⁴³ es aquel que procede cuando el poseedor es despojado⁴⁴ de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Por su parte, el interdicto de retener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código Procesal Civil,⁴⁵ procede cuando el poseedor es perturbado⁴⁶ en su posesión. Dicha perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obra o la existencia de construcciones en estado ruinoso.⁴⁷ La pretensión materia de este interdicto es que cesen los actos perturbadores.

⁴³ El antecedente normativo de este artículo lo encontramos en el artículo 1010 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual establecía que era procedente dicho interdicto «cuando el poseedor o tenedor de una cosa es desposeído de ella sin previo juicio». Asimismo, se establecía en el artículo 1016 del mismo texto normativo, que había lugar para este interdicto si la desposesión se había verificado en ejecución de orden judicial expedida sin observar las formalidades prescritas en interés del poseedor, o contraviniendo a las disposiciones de la ley.

⁴⁴ Según la Real Academia Española, *despojar* es: «Privar a alguien de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia». (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo I, Madrid, vigésima primera edición, 1992, p. 729).

⁴⁵ El antecedente normativo de esta norma es el artículo 1002. Señalaba dicha norma que el interdicto de retener procedía cuando el poseedor o tenedor de una cosa es perturbado en su posesión o tenencia.

⁴⁶ Según la Real Academia Española, *perturbar* es: «Inmutar, trastocar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien». (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II, Madrid, vigésima primera edición, 1992, p. 1585).

⁴⁷ Estos supuestos, contemplados expresamente en la norma como ejemplos típicos de esta clase de interdicto, fueron regulados por el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912 de manera separada, concibiéndolos como dos clases independientes de interdictos, el primero denominado como interdicto de obra nueva y el segundo supuesto como interdicto de obra ruinoso.

Existe una distinción conceptual, jurídica y procesal entre acción posesoria e interdicto, no solo por la redacción del artículo 921 acotado —que las distingue con la conjunción *y*—, sino que los interdictos exigen solamente la posesión actual y material, «la posesión como hecho y no la posesión como derecho; esto es, no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan solo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien»,⁴⁸ en tanto que las acciones posesorias debaten el derecho a la posesión.⁴⁹ No se «requiere aquí poseer fácticamente; puede no tenerse la posesión efectiva, pero precisamente el mejor derecho a poseer es su objeto. De ahí que para poder plantear la acción se requiere título, es decir, ser poseedor legítimo. Y esa es justamente la diferencia sustancial con el legitimado activo del interdicto, que puede ser inclusive un poseedor ilegítimo, vicioso».⁵⁰

Así, se ha concluido lo siguiente:

las acciones posesorias son procesos judiciales en los cuales se protege el derecho a la posesión. En los interdictos, en cambio, se tutela la posesión en sí misma (derecho de posesión). Los trámites judiciales de ambos procesos son distintos; la acción posesoria se tramita en el proceso de conocimiento, los interdictos en el proceso sumarísimo. Todo aquel que es perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos con el objeto de que cese la perturbación o de recobrar la posesión. En los interdictos no se discute la legitimidad de la posesión. Es suficiente que el poseedor, legítimo o ilegítimo, de buena o mala fe, sea perturbado o despojado para que proceda el interdicto.⁵¹

El interdicto de obra nueva tenía como objeto impedir la continuación de una obra o conseguir la demolición de lo ya edificado en cuanto daña la propiedad de la demandante. Mientras que el interdicto de obra ruinososa tenía por objeto la demolición total o parcial de una construcción que amenaza ruina, o la adopción de medidas de seguridad por el mal estado de un edificio, canal, camino, árbol, columna o cualquier otra cosa análoga.

⁴⁸ Cas. 992-2001/Tacna, de fecha 20 de agosto de 2001, en: Jurisprudencia Civil, Tomo I, 2002, Normas Legales, p. 173.

⁴⁹ Los interdictos revisten un carácter más sumario y rápido que las acciones posesorias, discutiendo en ellos el hecho posesorio y no el derecho a la posesión, que corresponde a las acciones posesorias.

⁵⁰ RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. cit.*, p. 733.

⁵¹ AVENDAÑO ARANA, Francisco. «Los Interdictos». *Scribas*, Revista de Derecho, año I, n.º 2, p. 65, Arequipa.

Siendo la diferencia de tipo sustancial, es de verse que las sentencias en ambos procesos van a diferir también en cuanto al fondo. Mientras que el interdicto concluye con una resolución provisional —esta sentencia puede ser demandada en un proceso de conocimiento⁵²—, la acción posesoria culmina con una resolución con carácter de cosa juzgada en materia de posesión, lo que es coherente con el tipo de proceso, por cuanto los interdictos, al ser ventilados en proceso sumarísimo, solo admiten medios probatorios referidos exclusivamente a probar la posesión y el acto perturbatorio,⁵³ no teniendo en cuenta la calidad del título posesorio, en tanto que las acciones posesorias exigen ausencia de vicios, pues el título posesorio que se tenga va a probar el mejor derecho a la posesión.

En nuestro medio existe jurisprudencia importante que ha delimitado las fronteras entre ambos conceptos:

- La Corte Suprema, en la Casación 602-2001-Moquegua, de fecha 22 de junio de 2001, señala en su sexto fundamento: «Que, se advierte por el contrario, que el A-Quem cuestionó la manera en que tomó la posesión la demandante, el derecho de posesión consagrado en el artículo novecientos del Código Civil, así como el hecho de que ésta únicamente poseyó una parte del bien sublitis y no su totalidad; cuando lo real es que en un proceso interdictal como el de autos, únicamente debe acreditarse el acto de posesión en sí del demandante y la desposesión efectiva sufrida por este».
- La Sala de Procesos Sumarísimos, en sentencia expedida en expediente 1118-98 de fecha 22 de enero de 1999, expresa en su cuarto considerando: «Que el interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que hay que acreditar por sus manifestaciones objetivas, debatiéndose en este proceso el hecho de la posesión independiente del título posesorio».
- La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, Casación 3190-99, Lima, de fecha 18 abril de 2000, señala que «El artículo 921° del Código Civil establece las formas de defensa judicial de la posesión, señalando como tales a las acciones posesorias y a los interdictos; [...] las primeras se conceden a aquellos que tienen

⁵² RAMÍREZ, Eugenio María. *Op. cit.*, p. 734.

⁵³ Artículo 600 del Código Procesal Civil.

derecho a la posesión, mientras que las segundas tienen como finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si tiene derecho o no a la posesión».

Por ello, el artículo 601 *in fine* del Código Procesal Civil faculta al demandante a discutir el derecho a la posesión en un proceso de conocimiento, que es un proceso pleno, para ventilar lo concerniente a la calidad del título posesorio y/o al mejor derecho a la posesión, que tiene un plazo prescriptorio distinto —mayor— al interdicto.⁵⁴ Esta acción es distinta —en fondo y forma— a la interdictal, que evalúa aspectos fácticos, de hecho, de manera sumaria y provisional, respecto del derecho de posesión actual y material, con prescindencia de considerar el título posesorio.⁵⁵

En suma, el interdicto protege el *ius possessionis* y las acciones posesorias del *ius possidendi*.

El problema del que adolece nuestra legislación respecto de la acción posesoria, a diferencia del interdicto, es que carece de desarrollo legislativo, tanto sustantivo como procesal, como ya se ha expresado,

⁵⁴ Al respecto, existe opinión en la doctrina nacional en relación con el plazo para plantear el interdicto, ya que no hay duda de que en caso de despojo el plazo se computa desde que este se produce, pero en cuanto a las perturbaciones se señala que «En el caso de la perturbación permanente cada momento constituye una nueva perturbación. La diferencia con la perturbación repetida es el lapso de tiempo que existe entre perturbación y perturbación, por lo que cada momento habilita al poseedor para que interponga el interdicto de retener. El hecho que fundamenta la demanda lo configura cada perturbación, a cada momento, y no el origen de ella. El mismo razonamiento hecho para la perturbación permanente es aplicable a la perturbación repetida: a cada momento se renueva el plazo. De todo lo anterior concluimos que el artículo 601 del Código Procesal Civil no comprende las perturbaciones. Cuando se produce una perturbación, no hay plazo para plantear el interdicto» (Cf. AVENDAÑO ARANA, FRANCISCO. «Los Interdictos». *Op. cit.*).

⁵⁵ En un comentario de la revista Gaceta Jurídica, se manifestó que «Lo señalado aquí por los juzgadores no es del todo exacto. En las acciones interdictales no se discute el derecho a la posesión sino solo el hecho. Los interdictos son defensas posesorias con las cuales no interesa si el poseedor tiene o no derecho a ejercer la posesión, o sea, un título legítimo de posesión. Ello quiere decir que para que un determinado poseedor sea amparado con un interdicto, sea de recobrar como de retener, basta probar el hecho de la posesión y no resulta indispensable demostrar la legitimidad de la misma, acreditar que se cuenta con el referido título de posesión. La finalidad de los interdictos es simplemente defender al poseedor actual o en todo caso al recientemente despojado del bien, siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde que se produjo dicho despojo. Para proteger el derecho a la posesión debe recurrirse a las denominadas “acciones posesorias”» (*Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, n.º 47, agosto 2002, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 124-125.).

salvo el breve enunciado del artículo 921 del Código Civil. Pero siguiendo con el análisis efectuado, puede sostenerse que un caso en el que podría interponerse una acción posesoria es cuando quien tiene mejor derecho a poseer no posee de hecho, y demanda a quien posee sin título o con título inferior. En otras palabras, puede emplearse para defender un mejor derecho contra otro, lo que en el Código de Procedimientos Civiles era regulado procesalmente vía interdicto de adquirir, con lo que podría decirse que antes del Código Procesal Civil vigente no se hacía la distinción entre acciones posesorias e interdictos, siendo estos parte de aquellas.⁵⁶

Así, es claro que el usufructuario que tiene registrado su derecho tendría mejor derecho que el arrendatario que celebró el contrato de arrendamiento con el propietario con posterioridad a dicha inscripción y que, por cierto, no tiene inscrito dicho arrendamiento. Si el acreedor aún no ha hecho entrega a ninguno de los dos, la acción es contra el propietario para que cumpla con entregar el bien. Pero en el supuesto que el propietario hubiese entregado el bien al arrendatario, el usufructuario tendría expedita la acción posesoria contra el poseedor, es decir, contra el arrendatario, sin perjuicio de las acciones contra el propietario.

Finalmente, resulta conveniente citar la Casación 166-94-Lima, de fecha 19 de abril de 1995, que trata con detalle y rigor sobre el tema que nos ocupa,⁵⁷ resolución que por su extensión no es posible reproducir

⁵⁶ Dentro de las acciones posesorias se encuentra lo que antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil se denominaba interdicto de adquirir, que se sustentaba en el mejor derecho a la posesión, con cuya supresión del nuevo Código Procesal Civil, así como con las normas del Código Civil vigente, actualmente en el Perú se ha distinguido a los interdictos de las acciones posesorias. Así, los artículos correspondientes del Código de Procedimientos Civiles establecían que: Artículo 994.- El interdicto de adquirir procede respecto de cosas o de patronatos, aniversarios o capellanías, que no posee otro por más de un año. Artículo 995.- El demandante presentará con la demanda el título que acredita el derecho con que solicita la posesión, e indicará quién es el poseedor o tenedor actual o la persona a cuyo cargo se hallan los bienes. Artículo 996.- Presentada la demanda, el juez examinará el título en que se funda y si no halla suficiente, denegará la posesión. Artículo 997.- Si el juez encuentra suficiente el título, mandará citar al poseedor o tenedor indicado en la demanda y que se publique avisos por cinco días, a fin de que se presenten los que tengan derecho a la misma posesión. En los avisos se indicará claramente los bienes que son objeto del interdicto. Artículo 998.- Vencido el término de los avisos y no habiendo oposición, se otorgará la posesión solicitada por el demandante.

⁵⁷ Publicada en el Tomo n.º 2 de *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

en este breve trabajo, por lo que nos limitaremos a resaltar la evaluación que la Corte Suprema realizó del segundo cargo interpuesto en el recurso de casación, que analiza algunos aspectos que conviene destacar:

- (1) La sentencia de segunda instancia sostiene, principalmente, que la autorización contenida en la cláusula tercera del contrato que vincula a las partes es de naturaleza personal que no implica en sí mismo la posesión del bien, por lo que no existiendo posesión previa, es improcedente la demanda; y además, que las acciones interdictales están reservadas para la defensa de los derechos reales.
- (2) Que, en efecto, el primer argumento glosado es un eufemismo intelectual, pues si bien es cierto que la sola celebración del contrato no supone la posesión efectiva del bien, no es menos cierto que al confirmarse el fundamento número diez de la sentencia apelada, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, admite que se ha probado la posesión del bien por la demandante y el consiguiente despojo, por lo que ha existido la *traditio posesoria* en su favor, y por tanto existía posesión previa que debió ser protegida.
- (3) Que, el segundo argumento, siendo cierto, deriva en una errada apreciación, ya que los interdictos constituyen un instrumento procesal válido para la defensa de la posesión, típico derecho real; pero tal verdad no supone que con ellos solo se protejan los derechos reales adquiridos originariamente y no los adquiridos en forma derivada como lo son aquellos derechos reales que se sustentan en la celebración de actos jurídicos de distinta naturaleza, sean bilaterales o unilaterales, intervivos o *mortis causa*, como por ejemplo la propiedad derivada de la compraventa, el uso derivado del arrendamiento, el usufructo derivado de un testamento o contrato, etcétera. En consecuencia, este segundo cargo es amparable.

El breve paso que por la figura de la posesión ha pretendido esbozar este trabajo únicamente tiene como finalidad resaltar la importancia de comprenderla, a fin de poder determinar sus efectos y posibilidades de protección, tanto acerca de los derechos del poseedor propiamente dicho (derivada o no su posesión de un título), como sobre la defensa del derecho a la posesión que tiene el titular de dicho derecho aún no consolidado.

Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble

Carlos Cárdenas Quirós

CON ESPECIAL SATISFACCIÓN participo en esta obra que tiene por propósito rendir un merecido homenaje al distinguido catedrático y jurista Jorge Avendaño Valdez, con quien me une una apreciada amistad. Mi relación con él se remonta al año 1976, cuando fue mi profesor del curso de «Derechos Reales» en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esa vinculación continuó en el seno de la Comisión que formuló el texto del Código Civil de 1984. Además, tuve la satisfacción de acompañarlo como integrante del Consejo de Facultad en sus últimos dos períodos como Decano y posteriormente —hasta la fecha— participar con él como integrante de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984. Hasta fines del año pasado, formé parte de la Comisión presidida por él encargada de formular el proyecto de ley de garantía mobiliaria.

Hace ya muchos años, un grupo de alumnos nos convocó a ambos para debatir acerca del asunto al que dedico este ensayo. Se trata de una cuestión respecto de la cual hemos mantenido posiciones discrepantes. Él, desde una perspectiva de los Derechos Reales, yo, desde el ámbito del Derecho de Obligaciones. El intercambio de ideas que se produjo no solo fue enriquecedor para los asistentes al conversatorio sino también para mí. Pero por encima de todo, aprecié en Jorge Avendaño la apertura más amplia a discutir posiciones, a pesar que del otro lado se encontraba un profesor, yo, todavía con

pocos años en el ejercicio de la docencia, eso no fue obstáculo para que gustosamente él aceptara debatir.

Lo saludo desde aquí deseándole muchos años más de fructífera entrega a las actividades académicas y profesionales.

1. Presentación

Como es sabido, los artículos 1135 y 1136 del Código Civil regulan los supuestos de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble o mueble, respectivamente. Los artículos tienen su antecedente en los artículos 1174 y 1173 del Código Civil de 1936, los que, a su vez, se inspiraron en los artículos 596 y 593 del Código Civil Argentino.

El presente ensayo tiene por propósito llamar la atención sobre algunos aspectos vinculados con la materia en cuestión.

2. ¿Modo excepcional de adquisición?

Un primer asunto a definir tiene que ver con la existencia o no de vinculación entre lo que resuelven los artículos 1135 y 1136 y el sistema de transferencia de propiedad mueble e inmueble, conforme a lo establecido por los artículos 947 y 949 del Código Civil.

Al respecto, hay que señalar que las reglas de los artículos 1135 y 1136 constituyen soluciones de orden estrictamente obligacional y no de orden real.

Las normas referidas no tienen por propósito constituir a uno de los acreedores en propietario, sino definir qué acreedor tiene mejor derecho para que respecto de él se produzca la ejecución de la prestación de dar o, en otras palabras, a qué acreedor corresponde preferir para que se le entregue el bien.

Por cierto que el título del cual deriva el deber de entrega no tiene que ser necesariamente una compraventa. Dicho deber de entrega puede originarse en un comodato, en un arrendamiento, en una donación, contratos todos ellos que generan una relación obligatoria de la que deriva una prestación de dar.

Tal vez resulte útil ilustrar la situación con un ejemplo. Imaginémos que D se obliga a transferir la propiedad de un bien inmueble perfectamente individualizado a X, por documento privado, el 1 de julio de 2002; a Y, por escritura pública de 7 de agosto de 2002; y a Z,

también por escritura pública de 15 de septiembre de 2002, la que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble. Los tres actos son compra-ventas.

De acuerdo con el artículo 1135 del Código Civil, a quien deberá preferirse en este caso será a Z, siempre que se trate de un acreedor de buena fe y en la medida en que se ha producido la inscripción correspondiente en el Registro.

2.1. ¿La inscripción convierte a Z en propietario?

La respuesta es negativa. La inscripción es determinante solo para definir la preferencia a favor de Z. Por lo demás, la decisión judicial no se pronunciará acerca de si es o no propietario. Esa no es la cuestión sometida a la instancia judicial.

Lo que sucede en este caso es que producida la declaración de preferencia a favor de Z, ello determinará automáticamente que los otros títulos —que corresponden a actos perfectamente válidos— decaigan, se tornen inoponibles, ineficaces, respecto del de Z.

Así, X, que hasta ese momento era el propietario conforme al artículo 949 del Código Civil, dejará de serlo. Su título tendrá que ceder ante el de Z. Este resultará el propietario al tornarse inoponibles los otros títulos y como efecto de que el suyo, en el caso particular planteado, está constituido por una compraventa.

La situación pone en evidencia la extrema fragilidad del sistema de transmisión de la propiedad previsto para los bienes inmuebles que consagra el artículo 949 del Código Civil, pues para resolver la cuestión de a quién debe otorgársele la preferencia para la entrega, opta favoreciendo a quien exhibió mayor diligencia en consolidar su derecho haciéndolo plenamente oponible (*erga omnes*) —el que inscribió primero, conforme lo señala el artículo 1135— o a quien, en defecto de inscripción, cuando menos procuró perfeccionar su título —convirtiéndolo en documento de fecha cierta—.

La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su título está dada en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros acreedores, con títulos igualmente válidos, basado en la diligencia en el actuar, que torna ineficaces esos otros títulos referidos al mismo bien inmueble.

Se acoge así el principio *Vigilantibus, nos dormientibus iura succurrunt* en oposición al principio *Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet* —Digesto, 50, 17, 54—.

Tan es cierto que la inscripción —o el documento de fecha cierta más antigua, en su caso— no tiene por qué convertir necesariamente a uno de los acreedores, el preferido, en propietario, que basta, para comprobarlo, considerar este otro caso basándonos en el mismo ejemplo inicial.

X celebra una compraventa con D el 1 de julio de 2002, por documento privado; Y, un comodato, el 7 de agosto de 2002, por escritura pública; y Z, un arrendamiento por escritura pública, el 15 de septiembre de 2002, que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En este caso, está claro que X es el propietario del bien, en aplicación del artículo 949 del Código Civil. Sin embargo, a quien corresponde preferir para la entrega es a Z, el arrendatario, quien tendrá derecho a usar el bien durante todo el tiempo del contrato. A X le corresponderá recibir, por supuesto, la renta correspondiente, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad respectiva contra D, quien deberá asumir las consecuencias de haber celebrado un acto que impedirá a X entrar en posesión del bien hasta el vencimiento del plazo del arrendamiento. Concluido este, el bien deberá recibirlo X como propietario del bien que es.

Como se puede apreciar, la declaración de preferencia se limita a definir que Z, el arrendatario, en concordancia con el artículo 1135 del Código Civil, es quien tiene el mejor derecho para que se le entregue el bien. Una vez que la entrega se concrete se convertirá en poseedor de dicho bien, con el derecho de conservar tal condición hasta el vencimiento del plazo pactado.

2.2. Evaluemos ahora la situación tratándose del caso de los bienes muebles

D se obliga a transferir la propiedad de un bien mueble perfectamente individualizado a X, por documento privado, el 1 de julio de 2002, y a Y, por escritura pública, el 7 de agosto de 2002. Con arreglo al artículo 1136, se preferirá a Y, quien no se convertirá por ello en propietario, como es evidente.

¿Cuándo se hará propietario? La respuesta es: en el momento en el que se le entregue el bien conforme al artículo 947 del Código.

Los artículos 1135 y 1136, por consiguiente, no consagran modos excepcionales de adquisición respecto de lo prescrito por los artículos 947 y 949.

Dichas normas tienen por propósito brindar, como se indicó antes, una solución obligacional al caso del concurso de acreedores, definiendo qué acreedor tiene derecho preferente a que se le entregue el bien. No ofrece, por consiguiente, una solución de carácter real al supuesto de pluralidad de propietarios.

3. Justificación de los artículos 1135 y 1136

Debe advertirse que las reglas de los artículos 1135 y 1136 se explican solo en el marco de un sistema de transferencia de propiedad como el peruano, en el que tal transferencia se produce, tratándose de los bienes muebles, con la tradición (artículo 947) y, en el caso de los bienes inmuebles, con la creación de la relación obligatoria (artículo 949).

Ello explica que, de prosperar la reforma propuesta del Código Civil para distinguir los bienes en registrados y no registrados, y establecer, en el caso de los primeros, que la inscripción tiene carácter constitutivo, corresponderá dejar sin vigencia el artículo 1135 y reservar el actual artículo 1136 para los bienes no registrados, además de sustituir en él la referencia a los bienes muebles.

En efecto, si el registro tiene alcances constitutivos, carecerá de trascendencia jurídica que respecto del mismo bien se celebren diversos actos de los que derive el deber de entrega, pues tendrá eficacia real solo el que, efectivamente, se inscriba. Antes del registro no habrá nada.

El asunto tendrá relevancia solo en el ámbito de la responsabilidad que asumirá el deudor frente a los acreedores burlados en su expectativa de recibir el bien.

4. Buena fe

Se discute el papel de la buena fe en la situación regulada por los artículos 1135 y 1136. La buena fe interesa en ambos casos en el sentido de que los acreedores posteriores al primero deben desconocer los actos anteriores al propio. Es la denominada buena fe creencia. Dicha buena fe creencia no resulta exigible al primer acreedor.

La buena fe deberá estar presente, pues, en el caso del artículo 1135, no solo respecto del acreedor que inscribió su título en el Registro, sino también a propósito del acreedor con documento con fecha cierta más antigua.

En cuanto se refiere al artículo 1136, la buena fe es exigible no solo al acreedor a quien se hizo tradición del bien, sino también al acreedor con documento de fecha cierta más antigua.

La buena fe debe existir en el momento de la inscripción, de la tradición o al tiempo en el que el documento correspondiente adquiere fecha cierta.

Vinculando indebidamente lo establecido en el artículo 947 con el artículo 1136, se cuestiona que este exija junto con la entrega el requisito de la buena fe y se sostiene que ello es contradictorio con el artículo 947 que no contempla ese requisito.

Se pierde de vista que el artículo 1136, como ha quedado expresado antes, no constituye un supuesto relacionado con la definición del momento en que se produce la transferencia de propiedad y que corresponde exigir la buena fe para asegurar, a efectos de la preferencia, que no resulte protegido un acreedor que conocía de alguna operación referida al mismo bien, anterior a la suya, lo que resultaría inaceptable.

Obviamente, si al primer acreedor entre varios se le ha entregado el bien mueble, no cabe reclamarle la buena fe creencia en concordancia con el artículo 947 del Código Civil. La exigencia de la buena fe tiene sentido, dentro de los alcances del artículo 1136, para los acreedores posteriores al primero, siempre que este no hubiera recibido el bien.

De haberse producido tal entrega, la regla del artículo 1136 no resultaría aplicable. (En ese caso, no se estaría propiamente ante un supuesto de concurrencia de acreedores, como tampoco resultaría pertinente la aplicación del artículo 1135 si el primer acreedor hubiera inscrito su derecho).

Ese acreedor, el primero, será el propietario y no habrá más cuestión a debatir sobre el particular.

5. Situación no prevista

El Código no ha contemplado una solución para el caso de un bien mueble susceptible tanto de entrega como de inscripción respecto del cual se celebran sucesivos actos de disposición (o de constitución de una garantía prendaria).

Consideremos el siguiente caso: D se obliga a transferir la propiedad de un automóvil perfectamente individualizado a X, por documento privado del 1 de julio de 2002; a Y, por escritura pública de 7

de agosto de 2002; y a Z, por escritura pública de 15 de septiembre de 2002, la que se inscribe en el Registro de Propiedad Vehicular.

5.1. ¿A quién se prefiere en este caso?

El artículo 1136 resulta insuficiente para resolverlo. En tal supuesto, corresponde apelar a la analogía para resolver la situación y aplicar la regla del artículo 1135. Corresponderá, en consecuencia, preferir en el caso planteado a Z.

Igual solución procedería si en el caso se le hubiera entregado el bien a Y.

Distinto sería el resultado en la hipótesis de que Y hubiera inscrito con anterioridad y a Z se le hubiera entregado el bien después de ello, pues en tal supuesto este último no podría invocar haber actuado con buena fe.

6. Solución singular

Además de los artículos 1135 y 1136, el Código Civil dedica el artículo 1670 al tema de la concurrencia de acreedores, pero referido específicamente al caso del arrendamiento. El artículo en cuestión, cuyos antecedentes se encuentran en los artículos 1505 y 1506 del Código Civil de 1936, se coloca en la hipótesis de la existencia de pluralidad de arrendamientos sobre el mismo bien.

Es importante destacar que el artículo no distingue respecto del tipo de bien arrendado. En efecto, no diferencia si se trata de un bien mueble o inmueble. La solución a que se contrae se aplica por igual en ambos casos.

Adicionalmente, es de advertir que lo establecido en el artículo 1670 presenta un orden de preferencia distinto del contemplado en los artículos 1135 y 1136, pues si bien se otorga la preferencia en primer término al arrendatario de buena fe cuyo título hubiera sido primeramente inscrito, como lo hace el artículo 1135, en defecto de inscripción prefiere al arrendatario que ha empezado a poseer el bien, es decir, aquel al que se le ha entregado, como lo hace el artículo 1136.

En defecto de posesión, se opta por preferir al arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta, en que se entiende prevalecerá el de fecha cierta más antigua, aun cuando el artículo 1670 no lo señale así, como sí lo hacen en cambio los artículos 1135 y 1136.

El artículo 1209 del Código Civil y cuestiones afines a la enajenación de herencia

Guillermo Lohmann Luca de Tena

JORGE AVENDAÑO es un abogado completo. Ha sobresalido en todos los campos en los que se ha desempeñado (solamente le falta la judicatura) y que son propios de la Abogacía, con mayúscula, o vecinos de ella: en lo clásico, la defensa forense y la consultoría legal; como escritor, autor de artículos y monografías de su especialidad; como legislador, integrante del Poder Legislativo y partícipe, entre otras, de las Comisiones de Reforma del Código Civil; como académico, lo es de la Academia Peruana de Derecho y ha dictado incontables conferencias; en lo gremial, ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima; en la docencia, catedrático en varias universidades, pero principalmente en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de cuya Facultad de Derecho ha sido Decano.

A esta total dedicación —siempre «A la luz del Derecho», como ha titulado la recopilación de sus intervenciones orales y escritas en el Congreso—, se le debe añadir vitalidad y jovialidad envidiadas por muchos de quienes lo conocemos y apreciamos.

Tuve a Jorge Avendaño como profesor universitario en dos asignaturas: «Derechos Reales» y «Derecho de Sucesiones». Varios lustros más tarde, las circunstancias y la curiosidad me llevaron a aficionarme más por el estudio del «Derecho de Sucesiones» que por el de «Reales», pero los primeros cimientos que tengo de aquel se los debo a Jorge Avendaño. Es natural, entonces, que siendo un Libro Homenaje

un homenaje de gratitud, yo la manifieste del mejor modo posible acomodado a la extensión requerida para esta obra común: con un tema que involucra asuntos afines a Sucesiones y a Reales.

1. Los supuestos regulados por el artículo 1209 C.C.¹

Como parte del Capítulo dedicado a la cesión de derechos, el artículo 1209 del Código Civil dispone que «También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero».

La norma tiene más enjundia de lo que parece a simple vista. Solo por razones de comodidad expresiva, no de exactitud, a la figura que examinaremos la llamaré en lo sucesivo simplemente cesión de herencia.

Como regla general, al producirse el fallecimiento de una persona natural, el conjunto de su patrimonio (activos y pasivos) se transmite, unitariamente y en un solo acto, a quienes resulten ser sus herederos. El o los herederos se colocan en las posiciones jurídicas transmisibles que el causante tenía al momento de su deceso.

Lo cierto es que una sola persona (si se trata de heredero único) o varias personas (si son más de uno los herederos) reciben un conjunto patrimonial expuesto a diversas vicisitudes (que ahora no viene al caso tratar), pero que, como tal conjunto, suele tener un cierto valor económico y que, por lo tanto, no es conveniente excluirlo del tráfico o circulación mientras no se haga la partición y adjudicación de bienes singulares, momento en el cual se extingue la comunidad hereditaria—que nuestro Código asimila a copropiedad indebidamente, creo ya haberlo demostrado en otros lugares²—, es decir, normalmente mientras permanezca indivisa la herencia.

La hipótesis del numeral 1209, por tanto, es que: (a) si hay heredero único, puede estar interesado en transmitir a un tercero una porción del universo patrimonial hereditario; (b) si hay varios herederos, uno de ellos puede querer transferir toda su participación alícuota o porcentual en el conjunto, o parte de ella. También, como caso excepcional que fluye de la lógica de la norma, aunque no de su texto, se

¹ La única sentencia de la Corte Suprema que he encontrado con relación a este artículo es la 3652-2001, de casación sobre sentencia de vista de Andahuaylas (*El Peruano*, 31-7-02), aunque no contiene un pronunciamiento desarrollado sobre el precepto.

² En especial, mi *Derecho de Sucesiones*, Tomo III, §§ 162 y 163.

aplica a los beneficiarios de legados de cuota (legado parciario) de activos no predeterminados por el testador.

La norma no incluye los siguientes supuestos:

- (a) El de transferencia de un legado de un elemento patrimonial cierto y determinado, aunque sea de cuota o porcentaje de cotitularidad en cosa cierta. En este caso, el legatario es una especie de acreedor de los herederos para que le entreguen (o no le cobren, si es condonación de crédito) lo que singularmente el causante dispuso en el testamento. El legatario no es copartícipe de la masa hereditaria, aunque tenga un derecho sobre un activo concreto de la masa sucesoria. En estos legados, lo que se transmite son bienes o derechos especificados.
- (b) El de transferencia de activos individuales que el testador haya adjudicado *ex re certa* a título hereditario, es decir, cuando el testador ha hecho lo que se suele llamar partición antelada, total o parcial (artículo 852 C.C.). Sobre estos activos, no llega a haber cotitularidad sucesoria, porque el testador los quiso segregar de la indivisión operando desde el instante de su muerte. Por tanto, ingresan directamente al patrimonio del heredero sin pasar por la comunidad sucesoria, comúnmente llamada herencia indivisa.
- (c) La renuncia a la herencia o al legado, circunstancia en la cual no se produce efectivo acceso subjetivo a la masa sucesoria, porque el llamado a acceder lo ha declinado. En otras palabras, no puede ceder ni transmitir aquello que no ha llegado a recibir, precisamente porque ha renunciado al título que le permitiría recibir. El que la renuncia favorezca, por inevitable y forzosa consecuencia, a otros sujetos, es porque estos otros tienen, a su vez, título sucesorio que les permite, sea acrecer el derecho a que previamente estaban llamados, es decir, tener un derecho con más contenido (no mayor cualitativamente) al esperado, sea ser llamados en sustitución, sea recibir por llamamiento legal en caso extremo. Cuando la renuncia se haga en favor de persona determinada, aunque sea uno de los coherederos, no estamos ante verdadera renuncia (que debe ser llana, completa y pura abdicación), sino ante aceptación de la delación, obtención de título hereditario y, solo después, consiguiente cesión del derecho sucesorio que constituye el contenido de la delación.

- (d) Tampoco se aplica el artículo 1209 a la transferencia total o parcial de la fracción porcentual sobre activos determinados que al heredero o legatario de cuota le haya sido adjudicada en la partición. Luego de efectuada la partición y adjudicación, ha quedado extinguida la comunidad sucesoria. Respecto de lo que se haya partido ya no hay sucesión indivisa ni patrimonio hereditario conjunto o comunidad universal en la cual participar, sino simple copropiedad o cotitularidad sobre los bienes singulares que hayan sido adjudicados en común a varias personas. Por lo tanto, la transmisión en bloque de cuotas sobre los elementos patrimoniales segregados que hayan adjudicados a varios sujetos, se regula por las reglas generales de transmisión de bienes o derechos sobre los que haya copropiedad o cotitularidad, sin que el subadquirente del heredero o legatario tenga el derecho de ingresar en la masa sucesoria original a la que originalmente habían pertenecido indivisamente los bienes de los cuales se transfieren cuotas.

2. Sobre la ubicación sistemática

2.1. Puede ser discutible la ubicación de la regla en la parte de la cesión de derechos. El concepto básico, que constituye el objeto de la norma que estudiamos, es que el titular único de un patrimonio sucesorio o un copartícipe de él puedan transmitir, total o parcialmente, su derecho sin necesidad de singularizar —es decir, indicar específicamente— los elementos patrimoniales que son objeto de transmisión, porque pueden no conocerlos y porque no se transmiten individual y separadamente, sino por un título único.

De todas maneras, la ubicación actual es mejor que la que tenía en el Código de 1936, en cuyo artículo 1461, en la parte de contratos³, trató del asunto como una cesión de créditos.

Téngase presente, como precisión fundamental, que de lo que estamos hablando es de la transferencia de un derecho sobre un patrimonio de contenido no necesariamente identificado, aunque identificable. Es decir, se trata de la transmisión del derecho a participar en un patrimonio hereditario, no de la transmisión del título o derecho hereditario, que es cosa distinta y que el Código de 1936 confundía⁴. Se

³ Artículo 1461.- El que cede un derecho hereditario, sin especificar en lo que consiste, solo está obligado a sanear su calidad de heredero.

trata del derecho de participar en el conjunto patrimonial unitariamente considerado, no de participar de manera independiente en todos o algunos de los elementos patrimoniales singulares que sumados forman o lleguen a formar parte del universo sucesorio.

Pues bien, la transferencia del derecho a participar en un patrimonio hereditario indiviso podría conceptualmente realizarse por distintos títulos: por título de venta (no de compra-venta, como se verá líneas más abajo), por intercambio (no de permuta, por lo que prontamente diré), por acto de liberalidad (no de donación, por lo que explicaré), por título semejante al de dación en pago. Es decir, que la participación que se transfiere puede ser a cambio de dinero, a cambio de otros bienes materiales, sin recibir nada a cambio o como medio para extinguir una obligación.

2.2. La cesión o transferencia del derecho a participar en el conjunto patrimonial a cambio de dinero no podría ser calificada en nuestro ordenamiento como compra-venta⁵ en sentido estricto, básicamente, por dos razones. En primer lugar, porque la compra-venta supone transferencia de propiedad, pero la transmisión de la participación de que venimos hablando lo es respecto de un patrimonio global hereditario, de modo que no lo es primariamente de una propiedad o de diversas propiedades y, además, el contenido de la masa puede no tener bienes sobre los que sea posible que recaiga un derecho real de propiedad. En segundo lugar, porque la compra-venta crea la obligación de transferir la propiedad de uno o más bienes individualizados, pero, en este caso, la transmisión no es de bienes (uno o más, segregados entre sí) sino de un derecho de participar en el conjunto patrimonial indiviso compuesto de activos (y acaso de pasivos), sin directa atribución (todavía) sobre bienes específicos o singulares, porque se enajena una participación en el todo, entendido este como una unidad en lo que ella contenga.

Sería incorrecto pensar en permuta, que significa intercambio de derechos de propiedad sobre bienes concretos, desde luego impensa-

⁴ Aunque LEÓN BARANDIARÁN, J. En *Contratos en el Derecho Civil peruano*, Lima, 1965, Tomo I, p. 208, se ocupó de aclarar el sentido, al decir que «la cesión de derecho hereditario, que en buena cuenta es cesión del patrimonio sucesorio que corresponde al transferidor[...]».

⁵ Del relato en la sentencia de casación mencionada en la Nota 1, aparece, sin embargo, que hubo una escritura pública de compra-venta[...]que contiene la cesión de derechos.

ble cuando se transmite el derecho sobre un conjunto patrimonial y cuyo contenido suele ser heterogéneo. Puede ocurrir, sí, que un derecho a participar en un patrimonio hereditario se intercambie por otro bien, un derecho u otro elemento patrimonial. No estaremos ante un caso típico de permuta, pero será una figura afín porque no se trata ni de liberalidad pura, ni de recepción de dinero.

Tampoco podríamos, en puridad, hablar de donación, porque nuestro legislador civil ha restringido esta figura a la transferencia de propiedad (artículo 1621) —decisión en la que, dicho sea de paso, discrepo—. Y, como ya se sabe, el derecho del partícipe en el patrimonio hereditario es un derecho sucesorio a secas que se traduce en un derecho «a» los bienes, derechos y obligaciones que haya en la masa, pero no en un derecho «sobre» bienes muebles o inmuebles singulares y autónomos respecto de los cuales sea posible transferir su propiedad por uno de los partícipes individualmente. Por supuesto, el que se excluya la figura de donación no impide que el derecho a participar en el patrimonio hereditario se pueda transferir sin recibir nada a cambio, esto es, por concepto de pura liberalidad.

Por último, la participación hereditaria puede ser transferida como medio para el pago de una obligación, con fines extintivos total o parcialmente, aunque no constituya estrictamente dación en pago.

Creo, por otro lado, que el negocio jurídico que el Código llama cesión de herencia tampoco puede ser calificado como contrato esencialmente aleatorio, porque el eventual desequilibrio entre prestación y contraprestación, cuando la cesión se haga con tal carácter, no depende del azar. Lo que se transmite, según el artículo 1209, es un derecho, cuyo contenido es el de participar en un patrimonio hereditario indiviso, siendo ciertos tanto el derecho mismo de participación, como la existencia del patrimonio hereditario en su conjunto. Lo que sucede es lo siguiente: (a) si acaso puede ser estar indeterminada la composición material del patrimonio sucesorio o indeterminado su valor, sí son determinables; (b) esa composición es esencialmente dinámica, cambiante. Además, la norma bajo estudio dispone expresamente que la responsabilidad del cedente concierne solo a la calidad de heredero que le otorga título de participación en el patrimonio hereditario, pero sin que sea esencial a la figura, aunque pueda pactarse, responsabilidad sobre el contenido mayor o menor del patrimonio.

En síntesis, la transmisión de la participación puede asumir diversas variantes y ninguna encaja en la regulación de alguna de las figuras típicas.

Ahora bien, ¿estamos ante un genuino caso de cesión de derechos? Me explico, ¿ante una cesión de derechos, tal como la define el numeral 1206? La respuesta, opino, debe ser negativa, por dos razones que encuentro tan sencillas como sólidas. En primer lugar, porque al cesionario adquirente de la participación hereditaria no se le transfiere el derecho del cedente de exigir una específica prestación obligacional propiamente dicha, ni los integrantes de la comunidad sucesoria son en sentido estricto acreedores o deudores unos de otros de manera interdependiente (salvo que preexista a la muerte una relación obligacional o que surja después, pero no será por la propia comunidad). En segundo lugar, porque según está legislada la cesión de derechos en nuestro ordenamiento, se transmite lo que se llama lado activo de la relación obligacional, sin que el cesionario adquiera obligación o deber alguno (distinto del de posibilitar el cumplimiento), pero, en la cesión de participación sucesoria, el adquirente se coloca como copartícipe en la íntegra posición comunitaria que tenía el heredero cedente, con sus deberes ante terceros o lado pasivo, y no solo en el lado activo.

La cesión del derecho a participar en un patrimonio hereditario es, a mi juicio, una *rara avis*; una figura *sui generis*. Cesión, en el ancho sentido se refiere a cuando hay alguien que transmite y alguien que recibe un derecho a un patrimonio de contenido material no necesariamente cierto (no una calidad hereditaria, que sí ha de ser cierta). Pero no es auténtica cesión solo de derechos o de créditos, porque la cesión lo es de un porcentaje del patrimonio hereditario compuesto de un complejo económico inescindido; de una universalidad que envuelve activos y pasivos originados por causa de la sucesión *mortis causa* y que, además, hace ingresar al receptor en la totalidad de las relaciones jurídicas intra comunitarias y de la sucesión como un todo frente a terceros.

Al no ser estrictamente una cesión típica de derechos, tampoco puede ser calificada de una figura propia del Derecho de Sucesiones, que convenga tratar en esa sede, según lo hace, por ejemplo, el código portugués (artículos 2124 a 2130). Como se verá con amplitud más adelante, el adquirente —por no llamarlo ahora cesionario, para no confundir— asume solo la situación patrimonial (derecho a participar porcentualmente sobre un conjunto) en la que estaba el transferente y que este tenía con causa de título hereditario. Pero, en verdad, con la cesión de herencia no se transfiere en abstracto derecho sucesorio alguno, sino solamente una alícuota sobre el universo de los derechos patrimoniales anejos o causados por la sucesión *mortis causa*.

La cesión de herencia es, desde mi punto de vista, una figura que sin duda pertenece al Derecho de Obligaciones, pero que comparte criterios y características de otras figuras contractuales sin confundirse con ellas. Con ocasión de la reforma del Código Civil, podría pensarse en asignarla entre los contratos nominados, aunque modificando el *nomen juris*.

3. Análisis del artículo 1209

La norma establece que «[...] puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero».

3.1. El objeto de transmisión

La exacta configuración de toda figura requiere discernir su contenido y, a través de él, sus límites, que suelen ser opacos o difusos.

Como he anunciado anteriormente, la cesión de herencia no es, en estricto, una transferencia de la herencia sino solo la transferencia del derecho a participar en un continente económico, que tiene un contenido constituido por el acervo unitario compuesto por los elementos patrimoniales de la herencia indivisa en estado de comunidad: elementos que el transferente estaba en potencial aptitud de recibir segregadamente solo con ocasión de la partición y adjudicación, y no antes. El transferente no deja de ser heredero (ya lo ha sido, y para siempre, una vez que ha aceptado)⁶ ni, por tanto, puede jurídicamente transmitir esta cualidad personalísima; lo único que puede transmitir es cierta posición patrimonial, pero de ninguna manera el resto de las situaciones jurídicas hereditarias.

De esta manera, lo que el transferente transmite al receptor no es un título hereditario, sino un título distinto derivado de la calidad de heredero, el cual lo habilita para ser cotitular del continente y, a través de este, poder acceder al contenido patrimonial, que puede o no estar identificado en su generalidad. Se debe tener en cuenta lo siguiente: (a) está expuesto a variaciones, por ejemplo, por aparición de elementos patrimoniales activos o pasivos que no se conocían, o

⁶ Excepción hecha de la declaración de indignidad.

cuando uno de los legados se reintegra a la masa, según el artículo 776; (b) respecto del cual, cuando hay copartícipes, el transferente de su cuota solo enajena su alícuota entera o una porción de ella, sin directo derecho sobre elementos patrimoniales específicos, los que están globalmente afectos al pago de pasivos del causante o los generados por el propio estado de indivisión (artículo 869.3 CC), a transmisión singular a terceros que decida el conjunto de los herederos, a posibles colaciones y, en definitiva, a los resultados de las operaciones particionales sucesorias que, como bien se entiende, son bastante más complejas que la simple partición de bienes singularmente considerados. Porque la partición aunque sea parcial cuando recae sobre ciertos sujetos (artículo 849 CC) o sobre ciertos elementos (artículo 864 CC) incide primero en la unidad sucesoria indivisa, no en cada elemento contenido en dicha unidad conceptual.

Al hablar de un patrimonio hereditario se puede pensar que nuestro Código ha tomado partido por la tesis según la cual dicho patrimonio es un objeto de derecho distinto de sus componentes. Sin embargo, en rigor, el patrimonio hereditario no es una cosa con categoría jurídica especial y susceptible de derecho subjetivo directo, sino la forma o manera de designar unitariamente el conjunto de lo que lo integra, porque interinamente hasta que se haga la partición todos los elementos que integran el conjunto están sometidos a un régimen unitario. Para que se me entienda: la suma de lo heterogéneo (cada elemento del patrimonio) es conceptuada homogéneamente, mediante la expresión de patrimonio hereditario indiviso. Así, cuando el Código habla de patrimonio hereditario lo hace como manera de designar y someter a un régimen común todos los elementos singulares en cuanto integrantes del conjunto. En este orden de ideas, el patrimonio es el factor de unión o relación entre los distintos elementos que lo integran; y, a su vez, estos elementos singulares, aunque independientes jurídicamente, son conceptuados bajo el criterio de pertenencia a la unidad, sobre la cual confluyen derechos e intereses de sujetos distintos.

El objeto de la cesión es la colocación del adquirente cesionario en el lugar económico que, por causa de la sucesión, tenía el cedente transferente en un conjunto (continente) determinado que tiene elementos (contenido) ya determinados o susceptibles de determinarse. Mediante el negocio jurídico de cesión y por el único título que esta constituye, se transmite al receptor cesionario una cuota como medida intangible referencial de un derecho estrictamente económico a

participar sobre un bloque patrimonial compuesto por distintos elementos, todos ellos conceptualmente agrupados en una unidad (continente) que es la masa indivisa, sin que por el acto de cesión haya tantas transferencias o cesiones separadas e individuales de cada uno de los elementos, por la elemental razón de que al momento de la transferencia no se sabe cuáles de tales elementos llegarán a serle adjudicados al adquirente⁷ en la partición —puede ser que no se le adjudique ningún bien concreto, ya que los artículos 859 y 860 del Código disponen que cuando no sea posible adjudicación en especie, el valor de la cuota se paga en dinero procedente de la venta de activos, aunque la fuente del dinero también puede ser, naturalmente, extrahereditaria, del patrimonio propio de otro coheredero que compensa lo recibido de más por él—. En definitiva, la cuota sobre el todo estará determinada, pero esa misma cuota es indeterminada sobre cada uno de los elementos, y sobre ellos no se traduce o se expresa en igual medida o proporción. En otras palabras, la cuota determinada en el todo se proyecta en las partes, pero de una manera indeterminada sobre cada una de ellas, aunque la suma de todas sea igual a la que existe sobre el todo.

No obstante, ni la herencia propiamente dicha, en el sentido de transmisión sucesoria a título universal, ni la calidad de heredero, en sentido estricto, pueden en sí mismas ser objeto de transmisión (menos aún los deberes no económicos del heredero). Sí hay que advertir que, al ingresar el cesionario adquirente con la cuota que adquiere a la masa patrimonial sucesoria, se comporta, económicamente, hasta la conclusión de las operaciones particionales cual si fuera heredero, en el sentido que repercuten sobre él los efectos que hubieran recaído sobre el heredero transferente (con la excepción de posible responsabilidad *ultra vires*). Esto incluye el sometimiento a un plazo de indivisión testamentariamente dispuesto (artículo 846 C.C.) o acordado por todos los herederos, incluyendo al cedente, antes del negocio de cesión (artículo 847 C.C.).

⁷ Aunque no admito la asimilación de la comunidad sucesoria a la copropiedad, ocurre para aquella lo mismo que para ésta dispone el artículo 978 C.C.: «Si el copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto solo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto».

3.2. El patrimonio hereditario ya causado

El texto de la norma alude a «patrimonio hereditario ya causado».

3.2.1. Lo de «causado», en realidad sobra. Es ocioso o inútil. Lo es porque si el patrimonio hereditario es tal, es porque ya ha sido causado; quiero decir, ya ha habido muerte que causa la apertura de la sucesión, lo cual cambia el patrimonio del titular. Donde antes era titular el causante difunto, ahora lo son los sucesores en las proporciones que les toque sobre ese patrimonio. El patrimonio es hereditario desde que hay muerte que lo causa; antes hay patrimonio, pero no es hereditario.

El conjunto patrimonial de bienes, derechos y obligaciones transmisibles que no son personalísimos y que no se extinguen por motivo de la muerte, constituye la masa hereditaria (si solo hay herederos) o masa sucesoria (cuando hay herederos y legatarios, o si solo hay legatarios). Este conjunto patrimonial es, en amplio sentido, lo que surge por causa de la muerte. Cuando hay un patrimonio no causado (*mortis causa*, se entiende), no estaremos ante el fenómeno jurídico sucesorio.

Lo que he querido enfatizar con «causado» es que no se permite ceder el derecho de participar en un patrimonio hereditario futuro, porque así resulta de lo que disponen los artículos 678 y 1405 del mismo Código Civil. (Mandamientos con los que, aprovecho para decirlo, no estoy de acuerdo, aunque este no es el lugar para explicarme sobre las razones).

3.2.2. Patrimonio hereditario, mencionado líneas arriba, lo constituye un complejo económico que reviste una posición unitaria y un tratamiento común, porque está indiviso. Pero al decirlo simplemente así se corre el riesgo de incurrir en imprecisiones y, por tanto, en inexactitudes.

En primer lugar, hay que distinguir entre comunidad hereditaria y comunidad patrimonial sucesoria. A la comunidad hereditaria pertenecen solo los que lleguen a suceder a título hereditario, es decir, con carácter universal. En consecuencia, incluye a todos los herederos, incluso los herederos *ex re certa* (arg. cont. artículo 852), en la medida que estos resultan responsables por los pasivos. En cambio, no comprende a los legatarios, aunque sean de parte alícuota, ni a los legitimarios (los mal llamados herederos forzosos) que no hubieran sido instituidos herederos y que no lleguen a suceder por haber recibi-

do toda su legítima mediante donación en vida del causante, o por título diferente del hereditario.

La comunidad patrimonial, indivisión, o sucesión indivisa suele coexistir con la comunidad hereditaria, pero es diferente. La indivisión patrimonial solamente tiene relevancia jurídica cuando se dé alguno de los siguientes casos: (a) existan varios herederos sin que toda la masa o parte de ella hubiese sido objeto de distribución con la llamada partición antelada total que pudo efectuar el causante en testamento, conforme al artículo 852; (b) alguno o la totalidad de los legatarios hubiese sido instituidos en legados de parte alícuota, o legado parciario. En resumen, se presenta comunidad patrimonial o indivisión cuando hay concurrencia de derechos o titularidad compartida total o parcialmente de los mismos sujetos sobre el mismo complejo sucesorio o suma de los elementos que lo componen.

En segundo lugar, al aludir el artículo a «patrimonio hereditario» surgen dos preguntas, por lo menos: (a) ¿solo es posible ceder el patrimonio sobre el que hay título hereditario? (de esto me ocupo en el apartado 3.3 siguiente) (b) ¿el patrimonio hereditario de qué momento? (a esto me refiero acto seguido).

El patrimonio causado por la muerte tiene tres momentos muy marcados:

- 1.º El de apertura de la sucesión, que es el instante de la muerte del causante y que marca una división de dos etapas; la previa, en la que todo era del causante, y la posterior, en la que, hasta que haya partición, el todo no partido pertenece a los llamados a sucederle, con sus cambios, frutos, aumentos, disminuciones, etc., de manera que aparte de la integración de legítima con colaciones o donaciones solo hay sucesión y, en rigor, patrimonio hereditario, por lo transferido en el instante del deceso, pues lo posterior no es hereditario (no es recibido directamente del causante) sino con origen hereditario y ya perteneciente directamente al heredero único o en conjunto a los miembros de la comunidad.
- 2.º El período de indivisión, durante el cual varias personas —herederos en la universalidad (no los que reciban el valor de su cuota con *re certa* por partición antelada) y legatarios de cuota— son cotitulares de un patrimonio compuesto por elementos diferentes, lo que no significa que cada sujeto miembro del conjunto de personas tenga un derecho o titularidad directa sobre los elementos individuales que integran el patrimonio. Ha de quedar claro,

de todos modos, que los herederos son los responsables por los pasivos, no así los legatarios, que solo responderán con lo que les toque si los herederos tienen responsabilidad limitada y no alcanzan los activos heredados. Durante este período de indivisión, el patrimonio está expuesto a modificaciones en su composición material exacta, por aplicación de activos al pago de pasivos, por sustitución de unos activos por otros, generación de frutos, gastos sucesorios y de administración en general, etc.

- 3.º Partición total o parcial, que es el instante en el que desaparece y se extingue en todo o parte la comunidad o patrimonio hereditario. Es este momento al que los integrantes de la comunidad, que pueden no ser los sucesores originales (que acaso hayan muerto o cedido sus derechos), se refieren para distribuirse los activos entonces existentes y los pasivos que aún no hubieran sido cancelados.

Pues bien, como debe quedar descartado que el patrimonio al que alude el artículo 1209 sea el mismo que ya se ha adjudicado a cada copartícipe en la partición, solo quedan dos momentos objetivos: el inicial de apertura de la sucesión y el del acto de cesión. ¿A cuál de ellos se contrae el artículo?

A mi juicio la frase «derecho a participar en un patrimonio hereditario» comprende ambas. Es decir,

- (a) Que se ceda lo que patrimonialmente hubiera correspondido al cedente en el instante en que la herencia es causada, es decir, en el momento de la muerte, con la variable de incluir o no los cambios que se hubieran producido posteriormente. En efecto, podría ocurrir, por ejemplo, que el heredero transferente hubiera pagado una deuda sucesoria, cuyo reembolso le pida o no al cesionario, que el cedente hubiese percibido los frutos producidos desde la apertura de la sucesión hasta el momento de la cesión, o que los bienes hayan tenido mejoras o daños.
- (b) Que se ceda todo lo que el cedente pudiera tener como derecho y obligación en el momento de la cesión, con abstracción de lo que hubiera ocurrido desde la muerte y durante el período de indivisión.

Ambas hipótesis son perfectamente posibles en la redacción del artículo 1209 y, en definitiva, depende del pacto. Por cierto, las conse-

cuencias serán distintas. No obstante, en defecto de pacto expreso considero que debe entenderse que el contenido que se cede no es el de la herencia tal cual era cuando se causó en el instante de la muerte del causante, sino la cuota sobre el todo que se proyecta sobre el contenido del patrimonio hereditario existente cuando se produce la cesión. Llego a esta conclusión porque nuestro actual Código no habla, a diferencia del anterior y de otros (por ejemplo, el italiano o el español), de transferencia de herencia o derecho hereditario, que supone una reconstrucción del estado y contenido de la masa cuando surge indivisa por la muerte, sino de cesión de derecho a participar en un patrimonio hereditario, de manera que salvo que otra cosa deba deducirse del pacto entre las partes habrá que entender que se transfiere el derecho sobre el patrimonio tal cual es y está cuando se cede, sin que el cedente sea responsable por otra cosa que su derecho de participar en el mismo patrimonio al que él, en ese momento de la cesión, hubiera tenido posibilidad.

Hay que tener presente, además, que la cesión no opera con carácter retroactivo⁸ y que el título económico del cesionario deriva del cedente, no del causante de la sucesión. Significa, en suma, que no se transmite la cuota que el cedente recibió del caudal hereditario, sino la cuota sobre el patrimonio con lo que este tenga cuando se ceda.

3.2.3. El contenido del patrimonio hereditario indiviso es, como se entiende, dinámico y variable, expuesto a cambios y vicisitudes, tanto en lo que toca a la subsistencia de los elementos patrimoniales (por ejemplo, pueden venderse y con el producto de la venta adquirir otros), como a su valor (pueden apreciarse o depreciarse por factores externos o inherentes a la naturaleza de los elementos).

Pero, en definitiva, ello no es lo trascendente, porque el objeto de la cesión a la que alude el artículo 1209 no son los elementos en sí mismos, individualmente y separados unos de otros, ni tampoco su valor o calidad singular, sino un patrimonio global o porcentaje de participación en el todo patrimonial. Todo patrimonial, hago recordar, porque nunca pueden ser objeto de cesión la calidad hereditaria propiamente dicha ni las obligaciones no patrimoniales del heredero.

Desde luego, hay que tener cuidado. El que la cesión sea en sí misma un acto a título particular, porque no se refiere individualmente a cada uno de los componentes del conjunto, sino al derecho de participar en

⁸ LEÓN BARANDIARÁN, J. *Op. cit.*, tomo I, p. 214.

este como unidad de referencia en lo que contenga, no deja de conferir un derecho, indirecto o mediato, si se quiere, sobre los integrantes del conjunto. En otras palabras, al cederse la cuota en el patrimonio, se adquiere un derecho de acceso sobre los bienes que lo componen y, correlativamente, una responsabilidad por las obligaciones o pasivos hereditarios. Esto tropieza principalmente con inscripciones en registros, si se trata de bienes registrados. Y además, aparte del título, que es la cesión misma, el modo puede ser diferente, entrega, endoso, notificaciones a terceros, derechos de preferencia, etc.

Lo que acabo de decir adquiere especial relevancia en las relaciones con terceros, tanto activas como pasivas, porque estos terceros tienen todo el interés del mundo en saber quiénes son los partícipes de la comunidad. Piénsese, sin ir más lejos, en que el acreedor tiene todo el derecho de saber quiénes son a la postre sus deudores a los que, eventualmente, tendría que demandar. Y quien contrate con la sucesión indivisa (un arrendamiento, verbigracia) querrá saber si la decisión de arrendar se ha tomado o no por unanimidad (artículo 845 C.C., en relación con el 971.1). O quien tenga que pagar una deuda querrá saber si extingue o no la obligación con todos.

Desde luego, cuando hablamos de patrimonio hereditario global que no se discrimina o enumera individualmente en el acto de cesión, las partes contratantes quedan expuestas a las circunstancias a las que está afecta toda sucesión indivisa, tanto en lo positivo como en lo negativo. En lo positivo, puede que aparezcan activos no conocidos y, en tal caso, el cedente no tendrá derecho a ellos, ni a reclamar, si fuera el caso, una mayor contraprestación. A la inversa en lo negativo: puede que aparezcan pasivos que no eran conocidos, que el cesionario tendrá que afrontar en la proporción que adquiere en el patrimonio indiviso, o en lo que resulte de la partición. En otros términos, la cesión así efectuada se asemeja a la venta *ad corpus* (artículo 1577 C.C.), y no por extensión o cabida.

Respecto de los pasivos, cuando los haya y no hubieran sido objeto de pacto especial, es indudable que integran el todo materia de la cesión. Esto ocurre en la relación *inter partes*. Sin embargo, el tema se complica frente a los acreedores y puede verse desde dos ángulos.

En primer lugar, ¿es oponible la cesión a los acreedores, de manera que hay sustitución de deudor responsable? Personalmente, pienso que no. Me explico: si el acreedor quiere, puede cobrarle al cesionario, pero es libre de no aceptarlo y exigir que sea el heredero el que responde. Si este último fuera el caso, el heredero cedente tendrá dere-

cho a repetir contra el cesionario. Me mueve a esta conclusión el que la figura haya sido regulada como cesión de créditos. El legislador, es claro, estuvo pensando en que el patrimonio conjunto es, en sí mismo, un activo, por lo que ceder el derecho a participar en él es, de alguna manera, tener algo parecido a un crédito contra los demás herederos respecto de un cierto porcentaje ideal de la masa. Además, para esta cesión de créditos no se requiere asentimiento del deudor (coherederos). Pero acaso el legislador no pensó en los pasivos que integran ese conjunto y que, obviamente, tienen responsables, quienes originariamente son los herederos, que se suceden en las obligaciones del causante, y que pasan a ser deudores, aunque primariamente respondan con los bienes de la masa. Es decir, son dos cuestiones distintas: una subjetiva consistente en quién es deudor, que sin duda es el heredero, y otra objetiva consistente en con qué responde el deudor. A diferencia de la cesión de derechos, la cesión de un débito, que implica cambio de deudor, sí requiere consentimiento del acreedor.

Es seguro, en todo caso, que ante el acreedor no hay solidaridad entre cedente y cesionario, a menos que, al serle requerido el consentimiento al acreedor, las dos partes de la cesión se hubieran comprometido solidariamente.

En segundo lugar, de cualquier manera, la responsabilidad del cesionario siempre es *intra vires* y, por lo tanto, no queda perjudicado por la decisión del heredero de haber aceptado sin limitación de responsabilidad, si ha sido vencido en juicio respecto de ella, o si ha sido privado de este derecho por aplicación del artículo 662 C.C. Consecuencia de lo dicho es que cuando el cesionario tenga que responder por los pasivos, esta responsabilidad siempre estará limitada hasta donde alcancen los valores de los bienes hereditarios, lo que significa que el acreedor en cuestión no podrá ejecutar activos distintos de los existentes en la masa. En otras palabras, no podrá intentar el cobro de su crédito con los bienes del cesionario ajenos a la masa, como sí hubiera podido hacerlo con el cedente que no tuviera responsabilidad limitada.

3.3. La obligación de garantizar la calidad de heredero y temas conexos

3.3.1. Más que garantía, en sentido propio de específico respaldo patrimonial en caso de incumplimiento, lo que la norma ha querido decir sin expresarlo adecuadamente es el que el cedente debe responder por la certeza de su título hereditario, del que se deriva su participa-

ción alícuota en el patrimonio sucesorio. Pero no solo de ser heredero, sino de serlo en la porción alícuota sobre la masa que es objeto de la cesión, porque la previsión del artículo es que se cede el derecho a participar en un patrimonio global y, por lo tanto, sin especificación de los elementos que lo integran.

Distinta es la situación cuando la cesión en el todo se haga con indicación o enumeración de sus componentes, que es caso no previsto normativamente, pero por cierto posible y válido. La diferencia es importante. En un caso, la responsabilidad del cedente solo se limita a demostrar que él, efectivamente, es heredero en la cuota que transfiere y que, en el vocabulario del artículo 1212, existe y es exigible el derecho a participar que se cede; esto es, que el cedente tiene un derecho al conjunto económico del caudal sucesorio, con abstracción de las partes del conjunto que no están determinadas, pero que son determinables. En el otro caso, hay una responsabilidad adicional: que en la universalidad de la masa cuyo porcentaje se cede existen efectivamente determinados elementos patrimoniales, tema del que trato más adelante.

3.3.2. Teniendo el cedente una responsabilidad sobre la calidad de heredero que le permite acceder a un bloque económico, que es lo que se cede a tenor del artículo 1209, queda claro que tal calidad debe ser cierta.

Me explico, salvo pacto en contrario (que no encuentro prohibido) parece que el artículo reclama un título firme, que solo pueden darlo la designación testamentaria o la legal, por llamamiento judicial o notarial. Esto es, que quien se atribuye la calidad de heredero ya lo sea efectivamente. Por lo tanto —salvo pacto en contrario, insisto, que parece permitirlo el artículo 1212— no encajan en la hipótesis del artículo: (a) el caso del llamado a la herencia, pero sujeto a condición suspensiva que no se ha realizado y que, por ende, no se sabe si llegará o no a ser heredero; (b) el del llamado que todavía no ha aceptado y que aún tiene tiempo para renunciar; (c) aquel cuyo derecho mismo o su porcentaje, se encuentran en estado litigioso, como podrían ser la discusión sobre una desheredación, o una indignidad, o la existencia de un testamento posterior, etc.

3.3.3. El Código no tiene prevista una solución directa para el supuesto de que quien ceda invocando su calidad de heredero no lo sea, o que después resulte quedar privado del título por causa anterior a la cesión.

Suponiendo que entre las partes cedente y cesionaria no hubiera habido una regulación especial para tal circunstancia, estamos ante un caso que se asemeja a la disciplina de la evicción, cuando el cedente es vencido en su derecho a la calidad de heredero.

3.3.4. ¿Cómo queda el heredero después de la cesión? El artículo es pulcro y neto al señalar que el objeto de la cesión es el derecho a participar en el patrimonio hereditario, pero no cesión de herencia. La herencia en sí misma no pasa de ser un fenómeno o circunstancia jurídica que, por definición, es intransferible. El cedente, así, transmite su derecho de participación en un patrimonio económico, pero no la posición hereditaria, que es personalísima.

De lo dicho se deduce necesariamente que el cedente transmisor retiene la calidad de heredero, aunque haya transmitido la totalidad de su cuota sobre el caudal hereditario. Y por retener la calidad de heredero continúa siendo titular, y en su caso responsable, por las cargas u obligaciones no patrimoniales.

3.3.5. (a) Asunto vinculado al que se acaba de tratar y que requiere un poco más desarrollo es el tocante al posible aumento de participación. Me refiero, por citar solo unos casos, a los supuestos de acrecimiento por renuncia de otro coheredero, de declaración de indignidad o cualquier otra razón que determine que alguno de los otros llamados a la herencia no quiera o no pueda recibir lo que hubiera podido corresponderle, y que produce de ordinario un aumento de participación a favor de los restantes llamados.

Un ejemplo puede contribuir a aclarar. Imagínese el caso de cuatro herederos en porciones iguales y que uno de ellos, el cedente, hubiera cedido, digamos, toda su cuarta parte, quedando así por completo desvinculado de toda participación. Sin embargo, uno de los otros tres llamados termina, por cualquier razón, apartado de la sucesión, de manera que el todo patrimonial ya no habría de distribuirse en cuartas partes sino en tercios. Como el llamamiento sucesorio siempre se retrotrae al momento de apertura de la sucesión, no cabe duda de que el cedente deviene a posteriori, pero con efectos retroactivos, titular ya no de un cuarto, sino de un tercio. Entonces, la cesión que haya hecho ¿es de un tercio o de un cuarto?

Cuando se ceda en términos generales, esto es, de manera pura, lisa y llana el todo o una porción del derecho de participación patrimonial sucesoria que corresponda o pudiera corresponder al cedente,

considero que no debe limitarse al porcentaje que, en ese momento, pudiera tener el cedente, sino a su participación prescindiendo de cuánto sea, salvo que otra cosa resulte de la interpretación del negocio de cesión (v.g., que se pueda determinar cuál es exactamente la cuota porcentual cedida).

(b) Distinto, no obstante, me parecería que es el caso de la sustitución. Si así fuera —por supuesto, siempre que de la interpretación no resulte otra cosa del negocio de cesión—, el heredero cedente recibe un llamamiento no de mayor cuota, como acontece con el acrecimiento que expande la cuota por el mismo título original, sino un llamamiento complementario. El efecto económico puede ser el mismo (mayor participación en el todo), pero el título originario es diferente.

(c) Otro caso de mayor aumento, esta vez no de cuota sino de contenido de ella, y que por tanto suscita menos problema, es cuando un legado no tiene efecto y se reintegra a la masa (artículo 776 C.C.). Tengo claro que a menos que haya una exclusión explícita en el contrato de cesión, el incremento de contenido beneficiará al cesionario, no al cedente.

(d) Diferentes por completo de las hipótesis examinadas son las de la colación y de liberalidades inoficiosas (artículos 1629 y 1645 C.C.), que nuestro Código, desgraciadamente, vincula al concepto de heredero forzoso.

Tanto en uno como en otro caso se produce una ampliación (si así se puede calificar) del contenido material de la masa legitimaria, que hubiera sido menor si no se aportan a esta los bienes o derechos (o sus respectivos valores). Pero se aporten o no, la participación porcentual de los legitimarios en dicha masa es independiente de aquello que la componga; quiero decir, que el porcentaje sobre la masa no varía según que esta sea más o menos rica.

Pero lo importante a tener en cuenta no es solo lo dicho, sino que, en rigor, lo que se llegue a colacionar por otro legitimario (o incluso por el cedente) o lo que un donatario tenga que entregar porque el valor lo donado excedía de la cuota de libre disponibilidad del causante, no constituyen patrimonio hereditario propiamente dicho. Y no lo constituyen porque tales bienes, derechos, o sus respectivos valores no estaban en el patrimonio del causante, porque dispuso de ellos en vida. En estricto, pues, respecto de esos elementos patrimoniales no ha habido sucesión hereditaria; no forman parte de la herencia, en el sentido de aquello sobre lo cual, por y con causa de la muerte y al producirse ella, ocurre una transmisión a los sucesores.

Lo que ocurre con la colación y con las donaciones inoficiosas es que aumentan el valor de la legítima, pero no aumentan el activo hereditario y, por eso, el artículo 843 C.C. indica que la colación no favorece ni a legatarios ni a los acreedores de la sucesión, y esto que se dispone para la colación vale igual para las donaciones inoficiosas.

Pero con independencia de estas precisiones conceptuales, como el Código asimila la legítima a la calidad de heredero forzoso y si seguimos la misma lógica es coherente tener que concluir que cuando se habla en el artículo 1209 de patrimonio hereditario, se debe incluir lo que el heredero cedente tenga por legítima.

Nada impide, naturalmente, que cedente y cesionario convengan en que la posición que se cede sobre el patrimonio hereditario excluye lo que el cedente colacione o hubiera tenido que colacionar en beneficio y provecho de los demás legitimarios.

3.4. La formalidad de la cesión

¿Cuál es la formalidad de la cesión de derecho sobre un patrimonio hereditario? El ordenamiento no impone ninguna en especial, de manera que, en principio, parecería que debiera aplicarse la regla general de que basta que sea por escrito, según lo dispone el artículo 1207 C.C.

Sin embargo, como por efecto de la cesión el cesionario se coloca en una determinada posición jurídica sobre un conjunto universal — la masa patrimonial indivisa— que contiene un abanico de distintos elementos patrimoniales, posiblemente heterogéneos, respecto de los cuales el cesionario no tiene una titularidad directa sino solo una expectativa y, por cierto, intereses (percepción de frutos, defensa ante terceros, disposición y gravamen, etc.), la naturaleza de tales elementos puede hacer necesario el uso de formalidades especiales.

Sin ir más lejos, piénsese, por ejemplo, que la masa esté constituida por inmuebles inscritos. Lo más probable es que estén inscritos a nombre de la sucesión indivisa, integrada por quienes figuren como herederos. Para que el cesionario adquirente pueda registrar su derecho, será inevitable que la cesión conste por escritura pública, pues de otra manera no tendría acceso al Registro Público.

O si el cedente es el único heredero y entre los elementos del activo que en conjunto se cede figura una letra de cambio, será indispensable el endoso al cesionario.

Mi opinión, en consecuencia, es que la formalidad debe verse desde dos ángulos distintos: uno, el que concierne exclusivamente al ce-

dente y al cesionario; otro, el que afecta a las relaciones del cesionario con los coherederos y con terceros, y para este segundo deberán cumplirse las formalidades que pudieran ser necesarias según la naturaleza de cada elemento patrimonial que forma parte del conjunto cedido

4. ¿Hay derecho de retracto por la cesión de la participación?

Adelanto la conclusión: en mi opinión, no. A continuación, explico los motivos con carácter general, dejando para al final sembrada una conjetura.

El retracto es figura prevista solo para cuando haya compra-venta⁹ (además de la dación en pago y, a mi parecer, también de la permuta), la cual tiene por objeto crear la obligación de transferir la propiedad de un bien, a cambio de un precio en dinero. Se está refiriendo, pues, a la transmisión de un derecho real sobre un bien.

¿Es un bien el derecho de concurrir sobre un patrimonio hereditario? No lo es, en el sentido de las categorías de bienes consignados en los artículos 885 y 886 del Código Civil. El patrimonio hereditario en conjunto es un bien, cierto, en el sentido económico, como sinónimo de riqueza, valor o fuente de provecho o rendimiento. Pero dudo que el legislador de Derechos Reales haya pensado en que el concepto de bien incluya todas las situaciones o posiciones jurídicas que confieren derecho a exigir algo con contenido económico, pues eso significaría que también la relación obligacional constituye un bien.

Téngase presente que hay que diferenciar entre el derecho a participar en el patrimonio sucesorio —el conjunto patrimonial en sí del cual se participa— y el contenido de ese patrimonio. El derecho de los participantes (es decir, la cuota) es derecho exclusivo de cada uno de ellos y, en este sentido, sobre tal derecho de participación que tiene cada sucesor no existe una cotitularidad: cada derecho tiene un titular individual derivado de la calidad hereditaria deferida a favor de ese sujeto. Lo que acontece es que todos los derechos individuales (un derecho de cuota por cada heredero) confluyen sobre el patrimonio sucesorio globalmente considerado, y que ese patrimonio sobre el cual existe una suma de derechos, está compuesto, a su vez por elementos patrimoniales autónomos, activos y pasivos, cada uno con vida propia.

⁹ Aunque el inciso 6 del artículo 1599 es una excepción.

Visto así, solo elíptica o mediatamente puede decirse que el coheredero tiene un derecho u obligación sobre cada uno de los elementos patrimoniales.

¿Hay sobre el derecho al patrimonio hereditario indiviso un derecho real? No me parece. El patrimonio hereditario indiviso es un conjunto sobre el cual, en estricto, no cabe ejercer derechos reales, como por ejemplo posesión.¹⁰ Es más, acaso el patrimonio no contenga bien alguno susceptible de derechos reales, sino que esté compuesto solo de créditos o de expectativas (por ejemplo, un proceso judicial).

¿Es la cesión de patrimonio hereditario una compra-venta? Desde luego que no. Es claro que el codificador de 1984 no quiso considerarlo así, pues la cesión puede obedecer a diversas razones. Puede ser, por ejemplo, por causa de liberalidad. Y adviértase que en la donación de porciones indivisas sobre un bien, el copropietario no tiene derecho de retracto, porque al ser liberalidad no hay contraprestación.

Al margen de lo anterior, el artículo 1594 contiene la más clara limitación para el derecho de retracto: solo procede cuando se trate de bienes muebles inscritos o de inmuebles. Es decir, cuando ellos mismos, directamente, sean el objeto de transmisión. Pero no ocurre eso en la cesión de posición sobre un patrimonio hereditario porque en esta, insisto, la transmisión no es de la propiedad de bienes determinados o sobre los cuales el transmitente ya tiene un derecho directo, sino de transmisión del derecho a participar en el conjunto. Lo que tiene el heredero transmitente por cesión —y es lo único que puede transmitir— es un derecho «a» una cuota que se expresa sobre un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio, pero no un derecho «sobre» los bienes singulares. En otras palabras, tiene derecho a que cuando se haga la partición se le adjudiquen algunos elementos patrimoniales (que de antemano no necesariamente puede saberse cuáles serán) por un valor equivalente al de su cuota porcentual en el todo. De modo que hecha la partición se entiende que los bienes que se le adjudican pertenecieron al adjudicatario desde el momento de apertura de la sucesión; a la inversa, que aquellos que no le son adjudicados nunca le pertenecieron.

Por otra parte, conspira contra la tesis del retracto sobre toda la cuota conceptualmente considerada el que, aunque se sepa el valor (o

¹⁰ Por eso, es reprochable que los artículos 668 y 672 del Código aludan a posesión de la herencia, y que el artículo 823 se refiera a usufructo de la tercera parte de la herencia.

contraprestación) total por el cual se ceda a título oneroso, no se sabe el valor que individual de los elementos singulares integrantes del conjunto. Eso en una mano. En la otra, tal retracto habría que hacerlo por el íntegro de la cuota objeto de cesión, sin que se pueda ejercerlo solo por una fracción de ella o por la fracción a la que el cedente podría tener derecho expectativo en los bienes singulares, que acaso no sean inmuebles ni muebles inscritos, que es lo único sobre lo cual se admite retracto (artículo 1594).

No obstante lo dicho, de donde resulta que no sería posible un auténtico retracto en la transferencia de porción de participación en la masa indivisa, es claro que el artículo 845 preceptúa que la indivisión se rige supletoriamente por las reglas de la copropiedad en lo que no estuviera previsto en la normativa sucesoria. Tan explícita remisión conduce al artículo 977, que autoriza la disposición de las cuotas ideales y, sin duda, también a concluir que el legislador quiso que entre los herederos se trataran como si fueran copropietarios. El artículo 1599.2 precisamente menciona a los copropietarios.¹¹ Creo, entonces, que por esta vía indirecta, y solo por mera conjetura de lo que presumiblemente fue la voluntad del legislador tan mal explicada, podría pensarse que cabría un derecho que no sería propiamente el de retracto tal como está puntualmente legislado, sino una subrogación que se aplicaría solo si: (a) la transferencia de la cuota se hace a título oneroso, esto es, por venta, permuta o dación en pago; (b) se ejerce por toda la cuota, no solo por la proporción que, dentro de la cuota cedida, tengan inmuebles o muebles inscritos. Dicho a la inversa, si la cesión se hiciera sin contraprestación o si entre los elementos del conjunto en el que la cuota participa no hubieran muebles o inmuebles inscritos, no podría ejercerse este derecho.

La presumible voluntad del legislador a que me acabo de referir tiene su justificación: si no se permitiera un derecho de subrogación equivalente al del retracto, la cesión onerosa de la cuota puede constituir un medio de eludir el derecho de otro copartícipe, consistente en no querer que un tercero no copartícipe ingrese al conjunto, por la misma razón que el retracto habilita impedir que un tercero ingrese a la copropiedad. Se trataría de un caso claro de fraude a la ley.

¹¹ CASTILLO FREYRE, M. *Comentarios al contrato de compra-venta*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 330, parece considerar que por esta razón sí procede el derecho de retracto, entre coherederos.

5. ¿Hay derecho de preferencia por la enajenación de la participación?

Según se ha venido exponiendo, el heredero partícipe de la sucesión indivisa no es genuino copropietario de los elementos patrimoniales, sino solamente de un modo elíptico o indirecto. Su derecho se limita a una cuota sobre el todo, no a sendas cuotas diferenciadas sobre cada uno de los elementos singulares del todo.

5.1. ¿Tienen los copartícipes de la indivisión un derecho de preferencia?

Antes de responder convendrá recordar dos cosas. Una, que el derecho de preferencia se diferencia del de retracto en que este es a posteriori, cuando la enajenación se ha producido, mientras que la preferencia es, exactamente, que cierta persona sea preferida a otra como adquirente; es decir, es derecho existente y que debe ejercerse antes de la enajenación. Dos, que así como el retracto se ha previsto para actos jurídicos y sujetos beneficiarios *númerus clausus*, la preferencia también ha sido prevista para un caso muy concreto: el del artículo 989 del Código Civil en relación con el 988.

Puntualizados estos aspectos, hay que agregar otro: que no se permite el retracto de las ventas hechas por remate público (artículo 1592 C.C. *in fine*).

El artículo 989 es el único que confiere un derecho legal de preferencia y señala que «Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que trata el artículo 988 y adquirir la propiedad, pagando en dinero el precio de la tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes». A la subasta prevista en el artículo 988 solo se llega cuando (a) se trate de bienes no susceptibles de división material que voluntariamente no sean adjudicados a dos o más copropietarios que lo acepten a sí; o (b) no haya sido posible una venta a terceros por la voluntad común.

Entonces, como no es posible retraer después de remate, ¿sería posible evitar este remate invocando el derecho de preferencia? El caso interesa casi en exclusiva cuando el derecho del copartícipe haya sido afectado por sus acreedores para asegurarse el cobro de sus créditos. Ese derecho es lo único que pueden afectar cautelarmente; no derechos del deudor sobre activos singulares, porque mientras no se haga la partición el copartícipe deudor no tiene derecho alguno directo sobre tales bienes (arg. a contrario, artículo 978 C.C.), sino ex-

pectativa de que alguno(s), todavía no determinado(s), le pudiera(n) ser adjudicado(s) en la partición de modo que el valor de aquello que se le adjudica corresponda al valor de la cuota en el todo.

Entonces, dado el supuesto que el acreedor se vea en la necesidad de ejecución forzada, lo que tendrá que solicitar es el remate de la cuota que el deudor tiene en el todo, no cuotas sobre bienes identificados. Siendo así, ¿podrían los coherederos invocar el artículo 989 del Código Civil? ¿Es de aplicación esta norma en caso de ejecución forzada, para evitar el remate? Pienso que no. La hipótesis legal, tal como la entiendo, concierne a imposibilidad de división material, lo que no sucede con las alícuotas o porcentajes sobre el conjunto indiviso, que son esencialmente divisibles. Por otro lado, la partición de la sucesión indivisa se sujeta a reglas distintas de las previstas sobre bienes, y en materia de partición sucesoria no hay una remisión a copropiedad como la existente para el estado de indivisión, según el artículo 845. De manera, pues, que a mi juicio el copartícipe no podrá evitar la subasta, y si quiere evitar que un tercero ingrese a la indivisión tendrá que participar en el remate como cualquier otro interesado.

Propuesta para un nuevo régimen internacional de los derechos reales en el Código Civil peruano

Delia Revoredo Marsano de Mur

ERA ENERO DE 1967. Iba yo de compras por el centro de Lima con mi esposo, mis dos menores hijos y con el tercero en camino, cuando reconocí a mi lado derecho el local de la Universidad Católica, donde se dictaba Derecho y funcionaba el Instituto Riva-Agüero.

— Sabes? —le dije a mi esposo— a mí me hubiera encantando estudiar aquí Derecho...

— ¿Y por qué no lo hiciste? Yo creo que serías una buena abogada.

No podía creer lo que escuchaba, pues seis años antes mis padres, al averiguar que había estudiado hasta 2.º de Letras a sus espaldas, me habían prohibido terminantemente asistir más a la universidad «que no era ese sitio para señoritas».

— Tú... a ti... —balbuceé— ¿no te importaría que yo estudie ahora, casada y con hijos?

— Claro que no. Me sentiría orgulloso. Eso sí, sin descuidar a tus hijos ni a mí, que la familia es lo primero...

A las ocho de la mañana del día siguiente estaba yo con guantes y sombrero —a la usanza del Colegio Belén—, en la Secretaría (2.º piso) de la Facultad de Derecho, solicitando a Kiefer Marchand que me permitiera conversar con quien ostentara el cargo de Decano.

— Es el doctor Jorge Avendaño —me dijo—, pero va a ser inútil que hable con él: ya la matrícula se cerró ayer, y «cerrada»

quiere decir «cerrada», ¿entiende usted? Venga el próximo año, si le quedan ganas.

Compungida, me preparaba a salir cuando entró a la entresala de la Secretaría el Decano Jorge Avendaño y preguntó qué pasaba.

— Nada —dijo Kieffer— que esta señora quiere matricularse a destiempo. Cerramos la matrícula ayer, usted sabe. Le he dicho que regrese el próximo año.

— Señora... —dijo Jorge Avendaño, mirándome algo divertido—¿para qué quiere estudiar? ¿Ha seguido usted Letras?

Le contesté que sí, que no había terminado todos los cursos porque mi madre me lo había prohibido, pero que podría subsanarlos en 1.º de Derecho, es decir, si me permitía él matricularme, ahora que a mi esposo le parecía bien; que el señor Kieffer no me había dado esperanzas, pero que tal vez él, como Decano...

Avendaño sonrió. Creo que le hizo gracia tener como alumna una señora casada, con dos hijos y esperando al tercero, porque permitió que me matriculara —para sorpresa de Kieffer— con la condición, impuesta solemnemente, de que fuera la primera de la clase ese año de 1967.

Jorge, pues, trazó esa parte de mi camino, me abrió una puerta importante y permitió que iniciara mis pininos en ese mundo maravilloso que puede ser el Derecho.

1. Introducción

A fin de comprender la parte medular de este trabajo conviene recordar que los derechos reales nacionales son distintos de los derechos reales internacionales.

Los primeros tienen todos sus elementos nacionales y afectan o interesan solo a un país. Así, por ejemplo, la compra-venta entre peruanos que domicilian en el Perú de un bien situado en el Perú. Estos derechos reales se rigen, obviamente, por el derecho interno o material peruano y no están comprendidos en el presente artículo.

Por otro lado, el derecho real internacional tiene uno o más elementos extranjeros y afecta o interesa a dos o más países: así, la compra-venta entre nacionales del país A, respecto a un bien situado en el país B y que debe ser entregado en el país C. En este caso ya no aparece de manera tan clara cuál debe ser el derecho que regule esa relación jurídica internacional.

En principio, podría regularse: a) por uno de los derechos involucrados en la relación jurídica (el del domicilio común de compra y venta); b) por todos los derechos involucrados (A, B y C); y c) por un derecho neutral. Pero todos son derechos nacionales y la relación jurídica es internacional. Lo óptimo: ley uniforme para los derechos reales internacionales. A falta de ella: Tratado de Derecho Internacional Privado y a falta de este: Derecho Internacional Privado nacional o interno de cada país. Pero estos pueden no coincidir: si el propietario de un cuadro busca recuperarlo del poseedor que lo tuvo en su poder durante cuatro años en el país A donde el plazo prescriptivo es de seis años y que lo trasladó al país B porque el plazo prescriptivo en B es menor (tres años) ¿qué ley es la que se aplica?

Es importante resolver este problema con acierto, porque como dijera Quintín Alfonsín «de ello depende la seguridad de buena parte del *commercium* internacional y la estabilidad consiguiente del crédito internacional».

Esta problemática — y, en general, la de los derechos reales— es regulada en el Código Civil peruano de 1984 de manera mucho más explícita que en el Código de 1936, donde solo un precepto, el del artículo VI del Título Preliminar, normaba todo tipo de derechos reales sobre toda clase de bienes.

En el Código peruano vigente, los artículos 2088 a 2093 del Libro X, determinan ordenadamente la ley aplicable a los derechos reales respecto a:

- Bienes corporales (artículo 2088)
- Bienes desplazados (artículos 2089 y 2090)
- Prescripción (artículo 2091)
- Medios de transporte (artículo 2092)
- Propiedad intelectual (artículo 2093)

El artículo 2088 regula de manera más precisa —aunque no suficiente— «los derechos reales y los bienes» a que se refería el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil de 1936.

Este artículo dispone que «la constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real».

La categoría mencionada (derechos reales) se regula por una ley única, que es la *lex rei sitae*, criterio aceptado unánimemente en el ámbito internacional. La uniformidad de la ley reguladora se justifica

por los conflictos que en la práctica acarrearía la solución inversa: si los derechos reales se regularan por la ley personal del titular, no se sabría qué ley aplicar cuando es la titularidad del derecho la que se discute, al concurrir, por ejemplo, dos o más acreedores invocando el mismo derecho; aplicar las leyes personales, eventualmente distintas, de cada uno de los presuntos titulares, podría ser labor imposible de armonizar si la ley del uno desconoce el derecho reconocido por la ley del otro.

La norma, por otro lado, no explica el *alcance* de su categoría: ¿qué debemos entender por derechos reales? Opinamos que la *lex rei sitae* debe también aplicarse a fin de «calificar» cierto derecho como real o no, precisando todos los derechos reales de que sean susceptibles los bienes —por ejemplo ¿puede exportarse cerámicos de culturas pre-colombinas?, ¿se les puede gravar?, ¿puede embargarse los depósitos de un Estado en las cuentas del Sistema Financiero Nacional?—, así como los derechos reales que puedan coexistir —por ejemplo, si un bien hipotecado es susceptible de ser hipotecado por segunda o tercera vez—.

Además, la misma ley decidirá si solo existen los derechos reales que ella especifica o si pueden existir otros más reconocidos en otros países. Congruente con ello, la ley que regula los derechos reales sobre los bienes, debe calificar también los bienes mismos, precisando cuáles de estos pueden ser objeto de ciertos derechos reales, pero no de otros, y cuáles bienes no pueden ser objeto de derecho real alguno. Así, la *lex rei sitae* decidirá qué bienes están en el comercio de los hombres y qué otros no lo están; qué bienes son inalienables o inembargables, etc. Es conocido el caso del Cáliz de la Catedral de Burgos y el Duque de Frías.

La doctrina nacional —parte de ella, al menos— propone que se especifique con mayor precisión en el texto legal el contenido de la categoría de los derechos reales: los hermanos María del Carmen y Javier Tovar Gil opinan que es muy importante el asunto de la calificación de un derecho como real. Agregan que las calificaciones se hacen utilizando los criterios y conceptos jurídicos del derecho del país del que el Derecho Internacional Privado se aplica, es decir de acuerdo con la *lex fori*.

Si la relación a calificar es una relación en la que se invoca un derecho real reconocido como tal en la ley extranjera aplicable, mas no en la ley peruana ¿Debemos, al momento de calificar la relación para ubicarla en una de las normas del Título III del Libro X, considerarla dentro de la categoría «constitución, contenido y extinción de derechos reales» del artículo 2088?

En la exposición de motivos del Código Civil salvábamos el problema expresando:

La *lex rei situs* debe también aplicarse a fin de calificar cierto derecho como real o no, precisando todos los derechos reales que pueden coexistir. La misma ley decidirá si sólo existen los derechos reales que ella especifica o si pueden existir otros más.

Esta interpretación ha sido bien acogida por la doctrina nacional. No obstante, parte de ella considera que pese a la explicación plasmada en la exposición de motivos no puede considerarse que tal solución haya sido legislativamente consagrada en nuestro Derecho Internacional Privado. Comentan los Tovar Gil:

Si como vimos en el capítulo II para la calificación de las relaciones que haga el juez peruano a fin de encuadrarlas en una categoría, se utiliza los conceptos de la ley a la que pertenece la norma de conflicto, es decir, la *lex fori*, no existe argumento legal para exceptuar de tal regla la calificación de las relaciones que estén incluidas en la categoría derechos reales.

A nuestro juicio no podría aplicarse el derecho extranjero a la calificación como derecho real de un determinado derecho y estamos aquí ante un vacío legal. Pero esto, sin embargo, no significa necesariamente que no se pueda reconocer como derechos reales, derechos que de acuerdo con la ley aplicable tendrían tal carácter.

Que no exista un derecho real concreto y determinado en nuestra legislación, no significa que no pueda reconocérsele como «derecho real» si la ley del lugar de ubicación lo reconoce. El concepto «derecho real» debe tomarse, a efectos de la calificación, analizando si el derecho invocado puede ser calificado dentro de la noción o «género» derechos reales y no sobre las especies o derechos reales específicos regulados por la norma peruana. A esos efectos lo importante es que el derecho invocado cumpla con los caracteres esenciales que en el derecho peruano se consideran propios y característicos de los derechos reales, es decir, deberá crear entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, oponible a todos y que dé la posibilidad, a quien lo ostenta, de dirigirse directamente a la cosa.

No puede pretenderse en Derecho Internacional Privado invocar el *numerus clausus* de los derechos reales que rige en la ley peruana. Debemos considerar que al calificar, no estamos aplicando aún la ley

interna o material peruana, sino solo estamos utilizando nociones jurídicas a fin de determinar la ley aplicable. Si de acuerdo con nuestros conceptos y nociones jurídicos, una relación cuenta con los elementos para ser derecho real y de acuerdo con la ley aplicable lo es, debe calificarse como tal y considerarse incluida en el artículo 2088 del Código Civil peruano.

El otro supuesto aludido por los Tovar Gil es aquel en el que la ley extranjera de ubicación, al momento de constitución del derecho real, no considera derecho real una institución considerada como tal por el derecho peruano. «Tendremos que la calificación se habría hecho conforme a lo que en concepto del derecho peruano es derecho real, pero que al aplicar la ley extranjera no se le reconoce tal carácter. La calificación sin embargo estará bien hecha y habrá que aplicar la ley extranjera con todas sus consecuencias».

Opinamos que la misma razón esgrimida por los citados autores hace necesario regular en el articulado del próximo Código Civil que la *lex rei sitae* decide también qué bienes son jurídicamente divisibles o indivisibles, y muebles o inmuebles. Sabemos que ciertos derechos reales, como la prenda, solo pueden recaer en objetos muebles, mientras que otros derechos reales, como la hipoteca, solo pueden recaer sobre bienes inmuebles, siendo lógico y recomendable que la misma ley que regula la hipoteca y la prenda decida asimismo qué bienes son inmuebles o muebles y, por tanto, susceptibles de hipoteca o de prenda.

Proponemos, haciendo eco del comentario citado, adicionar al texto del artículo 2089 lo siguiente:

La misma ley (es decir, la ley de la ubicación) decide si cierto derecho es real o no, precisa los derechos reales que pueden coexistir, y si pueden existir otros derechos reales distintos a los que ella reconoce. También decide qué bienes son jurídicamente divisibles o indivisibles, si son muebles o inmuebles y registrables o no.

Sin embargo, la naturaleza jurídica del derecho alegado como derecho real en la ley de la situación debe armonizar con la naturaleza jurídica que tiene la categoría de derechos reales en la norma de conflicto.

Las delegaciones de la función calificadora, por parte del derecho del juez al derecho del lugar de la situación del bien, se justifican porque la *lex rei sitae* presenta ventajas indiscutibles sobre cualquier otra para regular esta categoría: la situación de un bien es ostensible y manifiesta para todos, por lo que el conocimiento público de su régi-

men jurídico se facilita. Se facilita también la aplicación y ejecución de la norma, al coincidir el lugar de situación del bien con el lugar de la ley calificadora del derecho, de su carácter divisible o indivisible, mueble o inmueble, registrable o no.

Además, la uniformidad consecuente en el trato legal sobre todos los bienes situados en el territorio de un Estado evita la coexistencia de leyes distintas que dificultarían el *commercium*. Si los bienes y los derechos reales se regularan por la ley de la nacionalidad del titular, por ejemplo, los terceros que desearan vincularse al bien jurídicamente tendrían que averiguar cuál es la nacionalidad del titular en cuestión; tendrían que reconocer también el contenido, alcance y sentido de la ley resultante, y comparar su resultado con lo que dispone la ley del adquirente o futuro propietario, pues si aquella impone lo que esta prohíbe o viceversa, la adquisición sería imposible.

Otro asunto que merece ser aclarado en el Código Civil vigente se refiere a los derechos reales sobre bienes que forman parte de una universalidad —patrimonio del quebrado o la masa hereditaria...—; o cuando la atribución de un derecho real depende de una relación de familia o de un contrato —régimen patrimonial del matrimonio, contrato que da origen a derechos reales...—. Tampoco aparece claro en el texto del Código Civil vigente, la ley aplicable a la publicidad de los derechos reales.

En efecto, cuando los bienes conforman una universalidad, según nuestro Código Civil, ya no es la ley de la situación la que los regula, sino la ley aplicable a la universalidad. Así, los derechos reales sobre un edificio situado en Lima, el cual forma parte de la herencia de una persona fallecida mientras domiciliaba en Florida (USA), se rigen por la ley de Florida, ya que la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante, y la categoría sucesoria comprende a la masa hereditaria y a todos los bienes que la conforman. Es decir, aunque no lo exprese claramente, el texto del artículo 2088 del Código Civil vigente se refiere exclusivamente a los derechos reales sobre bienes considerados *ut singuli*, y no a los que conforman una universalidad jurídica.

Pese a ello y en vista a la sólida vinculación, ya comentada, de los bienes con el lugar de su situación, debe reconocerse que la ley del país donde se encuentra situado uno o varios bienes de la masa hereditaria tiene preponderancia fáctica sobre la ley del país donde domiciliaba el causante, por lo que pensamos que sería mejor armonizar ambas vinculaciones —el último domicilio en la herencia y la situación del bien en derechos reales— permitiendo, como lo hace el Códigi-

go Civil de Estonia, la aplicación de la ley del último domicilio (de la herencia), a menos que la ley de la situación disponga que ella se aplique inclusive en casos de sucesión internacional.

En el actual Código peruano, tampoco es aplicable la ley de la situación del bien en el caso de los bienes que conforman el patrimonio conyugal: este se regula por la ley del primer domicilio conyugal —a fin de dotar de estabilidad al régimen— y en consecuencia, es esta ley y no la de la situación de los bienes la que decidirá cómo se distribuye o liquida el patrimonio de los cónyuges. Así, si la ley del primer domicilio conyugal impone forzosamente el régimen de gananciales, este prevalecerá por encima del régimen de separación de patrimonios —o del régimen de los bienes individualmente considerados— que pretenda la ley de la situación. Sin embargo, en la práctica, como ya se ha expresado, la ley del lugar de situación mantiene con los bienes un vínculo y una preponderancia más fuertes, por lo que proponemos, siguiendo al Código Civil uruguayo, que la ley del primer domicilio se aplique en todo lo que no esté prohibido por la ley de la situación de los bienes sobre materia de estricto derecho real.

Por otro lado, cuando el derecho real nace, se extingue o modifica por contrato, dos categorías distintas entran en juego: la de derechos reales y la de contratos.

Sabemos que los derechos reales se rigen por la ley de la situación de los bienes. En lo que atañe a los contratos, estos se regulan, según el artículo 2095, por la ley elegida por las partes y, en su defecto, por la *lex loci solutionis*. Pero por ser diferentes los criterios vinculatorios, si no coincide la ley del contrato con la de la situación, puede ocurrir en la práctica que

[...] lo convenido en el contrato no se cumpla satisfactoriamente, ya sea porque la *lex rei sitae* considere que el título contractual es insuficiente, o porque considere que el bien objeto del mismo es inalienable, o porque considere que el vendedor, en el caso de una compra-venta no es el propietario, etc.: el contrato entonces no podrá cumplirse regularmente en el lugar de la situación y será imposible la ejecución forzada.

Es cierto que estos inconvenientes, enumerados por Alfonsín, se obviarían si se regularan por la ley del contrato los derechos reales, como lo hace Italia, pero esta solución no resuelve el problema frente a terceros, a quienes no podría oponerse un derecho real nacido y regulado por una ley solo conocida por los contratantes.

Opinamos que el conflicto deberá resolverse, entonces, por las demás reglas que para la inejecución de las obligaciones tenga la ley del contrato.

En consecuencia, proponemos mantener el texto del artículo 2088 del Código Civil vigente, pero con ciertas adiciones. El artículo se propone con el texto siguiente:

La constitución, contenido, extinción y publicidad de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real.

Si un derecho real se crea, modifica o extingue por causa sucesoral, la ley aplicable a la sucesión se aplica a los derechos reales, a menos que la ley de la situación de los bienes prescriba que ella se aplica inclusive en caso de sucesiones regidas por otra ley.

Las relaciones de bienes entre los esposos se rigen por la ley del lugar del primer domicilio conyugal, en todo lo que no esté prohibido por la ley de la situación de los bienes sobre materia de estricto derecho real.

Volviendo al alcance de la categoría «derechos reales sobre bienes», debe recordarse que la capacidad para ser sujeto de derechos reales y la determinación de si una persona física puede o no ser sujeto de derechos reales, no depende de la *lex rei sitae*; las incapacidades establecidas por algunas legislaciones en base a la persona (por razones de raza, religión, nacionalidad, etc.) no son incapacidades del bien sino de la persona, pues en esos casos es esta la que no puede ser dueña del bien, aun cuando el bien está en el *commercium* de las demás personas.

La *lex rei sitae* no tiene título para introducir discriminaciones entre las personas físicas, sino a modo de excepción y por consideraciones de interés social y de orden público.

Los requisitos para constituir, transmitir o extinguir derechos reales de modo válido son fijados por la *lex rei sitae*. Pero la determinación de si cierta persona cumple o no esos requisitos, puede depender de leyes distintas; si, por ejemplo, el tutor de un menor busca —basado en la tutoría— enajenar un bien perteneciente a dicho menor y situado en el Perú, habrá de consultar qué ley es la que regula la tutela, pues las facultades de los tutores no dependen de los bienes sino del contenido y alcance de la institución tutelar.

De igual manera, no será la ley de la situación del bien la que decida si el marido puede vender los bienes de su mujer, sino la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

Lo mismo ocurre con la capacidad de ejercicio en general: la *lex rei sitae* exigirá contar con capacidad para adquirir o enajenar bienes, pero será la ley del domicilio la que decida si cierta persona es capaz o no.

En cuanto a las relaciones jurídicas que sirven de título para adquirir, transmitir o extinguir derechos reales, debe tenerse presente que es la ley del bien lo que decide si el título es suficiente para ello, mientras que el título como tal se regula en general por la ley de su respectiva categoría: así, la ley de la situación decidirá si el testamento es o no título suficiente para transferir los bienes del causante a sus herederos, pero la validez del testamento se regulará por la ley del último domicilio del causante, según lo dispuesto en el artículo 2100.

2. Bienes en tránsito

Los bienes corporales se rigen por la ley de su situación; pero los bienes corporales pueden ser desplazados de un país a otro. En principio, con cada cambio de situación, cambia la ley aplicable a los derechos reales sobre los bienes. Sin embargo, es menester dilucidar qué ley se aplica mientras están en tránsito, habiendo salido formalmente del lugar de origen y sin haber llegado aún, formalmente, al de destino.

Muchas veces la ubicación del bien durante la travesía es desconocida (¿están en aguas italianas o griegas?). Otras veces el tránsito por los aires o el mar de ciertos países dura pocas horas, y también ocurre que el lugar de destino se desconoce durante gran parte de la travesía. Estas circunstancias, que dificultan la ubicación del bien, impiden averiguar con certeza la ley aplicable —que es la de la situación— a los derechos reales. De ahí que deba optarse por una ley distinta o por una «situación presunta» del bien, cuando este está en tránsito.

Presumir que se encuentra situado en el lugar de origen, desde el cual se inicia el desplazamiento, tiene la ventaja de ser un lugar conocido con certeza, de ser único y de resguardar los derechos que se adquirieron regularmente bajo su ley; pero presenta la desventaja de regular los derechos reales sobre un bien que está y que estará en el futuro situado fuera de ese territorio.

Otra posibilidad es la ley de matrícula del transporte empleado; pero es una vinculación efímera que tendrá que variar cuando el bien arribe a su destino.

La mayoría de códigos o leyes de Derecho Internacional Privado opta, como lo hace el código peruano, por regular los derechos reales sobre bienes en tránsito por la ley del lugar del destino, que es donde presumiblemente permanecerán y que, por lo general, es conocida por las partes.

En concordancia con la autonomía de la voluntad de las partes contratantes establecida en el artículo 2095 del Código Civil, el segundo párrafo del artículo 2089 permite a estas, respecto de los bienes en tránsito, optar por la ley del acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de los derechos reales (la ley del contrato por ejemplo) o por la ley del lugar de expedición de los bienes.

En verdad, si en la gran mayoría de las legislaciones internas, las partes pueden pactar el momento y las condiciones para constituir, transferir o extinguir derechos reales, no se ve por qué no puedan hacerlo así en el ámbito internacional, sobre todo considerando que, de hecho, tales convenciones ocurren a diario en el comercio internacional:

Artículo 2089.- Los bienes corporales en tránsito se consideran situados en el lugar de su destino definitivo.

Las partes pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre los bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales. La elección de las partes no es oponible a terceros.

Como a raíz del cambio de situación del bien, pueden perjudicarse derechos adquiridos bajo el amparo de la ley de la situación anterior, el Código Civil vigente protege los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley del lugar de origen, y protege también respecto de estos derechos adquiridos, los derechos de terceros en la nueva ubicación:

Artículo 2090.- El desplazamiento de los bienes corporales no influye sobre los derechos que hayan sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. No obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca la ley de la nueva situación.

Igual solución ofrecen, al respecto, el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Portugués, la Ley del Derecho Internacional Privado suiza, entre otros.

Es en consideración a que la sociedad del lugar de la nueva situación no tiene por qué conocer ni presumir la existencia de los derechos sobre el bien, obtenidos basándose en leyes de otros países, que el precepto aclara que tales derechos adquiridos solo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca, al respecto, la ley de la nueva situación.

En cuanto a la prescripción de las acciones relativas a bienes corporales que cambien de lugar durante el plazo de prescripción, el código resuelve satisfactoriamente el problema, regulando la prescripción por la ley del lugar en que se complete el tiempo necesario para prescribir, conforme a la ley de dicho lugar.

Algunas codificaciones recientes disponen, además, la ley aplicable a una categoría muy vinculada con los bienes en tránsito: se trata de la documentación que los acompaña y cuya transferencia implica, muchas veces, la transferencia del bien mismo. ¿Qué ley regula tales documentos?, ¿la ley del país donde se emitieron? o ¿la del país de destino que es donde deben probar su eficacia? o ¿la ley que las partes eligieron cuando dicha elección consta en el documento?

Algunas legislaciones, como la de Paraguay, regulan la documentación que acompaña a los bienes de modo general: los títulos representativos de dichos derechos (los derechos reales) y transmisibles por simple tradición se reputan situados donde se encuentren (artículo 17).

Otras codificaciones resuelven esta problemática de manera casuística: por ejemplo, la nueva legislación estoniana dispone:

La documentación acompañando a los bienes se rige por la ley que indique el documento mismo. Si no la indica, por la ley del lugar donde el centro de negocio del remitente del documento esté situado. Un documento que acompañe bienes en tránsito se rige por la ley del Estado de destino de los bienes.

La ley aplicable a documentos sobre bienes en tránsito determinará si — a fin de adquirir los bienes— la entrega del documento equivale a la entrega de los bienes o no (artículo 21.1).

Si a fin de adquirir los bienes, la entrega del documento que acompaña a los bienes equivale a la entrega de los bienes, entonces, la ley aplicable al documento es también la ley aplicable a los bienes (artículo 21.2).

Si una persona aplica la ley del documento que acompaña a los bienes y considera por ello como válido a cierto derecho real y otra persona aplica la ley que resultaría aplicable si el documento no hubiese sido emitido, se aplicará esta última ley (artículo 21.3).

En verdad, son muchas las variaciones fácticas de estos documentos, y resulta difícil regularlas con una sola disposición que las abarque a todas y les asigne una sola y apropiada ley; por otro lado, atomizar los diversos aspectos o circunstancias que pueden darse para asignarles leyes distintas tampoco parece conveniente.

Podría intentarse regular los derechos reales sobre bienes en tránsito por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compra-venta de Mercaderías (UNCITRAL) de 1980.

Esta ley uniforme ha sido suscrita por el Perú y resuelve muchos aspectos de los derechos reales sobre los bienes y sobre sus documentos en tránsito. Tiene, además, la ventaja de ser conocida y aplicada cada vez en mayor número de países, lo que facilita que las partes y terceros vinculados al bien y a los documentos que lo acompañan, conozcan de antemano la ley aplicable. Abona también, en pro de la ansiada uniformidad sustantiva en el derecho del comercio internacional. Ello, sin perjuicio de mantener la disposición del artículo 2090 en resguardo tanto de los derechos regularmente adquiridos en el país de la anterior situación, como de los derechos de terceros en el territorio del país de la situación nueva.

Otro asunto que el Código Civil vigente no regula es el fraude a la ley. Hemos expresado que, en principio y por ser la situación del bien el factor de conexión, a cada cambio de situación del bien, cambia también la ley aplicable. Esto hace posible que el cambio de situación de un bien pueda ser maliciosamente provocado a fin de evadir las disposiciones de la ley de la situación original y acogerse, por ejemplo, al plazo menor de posesión para la prescripción adquisitiva de dominio que prescribe la ley de la nueva situación.

Si bien es difícil de probar la intención fraudulenta del sujeto de evadir la ley original al cambiar de situación al bien —pues no está prohibido tal cambio, sino permitido—, opinamos que debe presumirse dolo cuando lo que se traslada a otro país es un bien mueble litigioso. Ciertas legislaciones estipulan que el cambio de situación de una cosa litigiosa, operado después de la interposición de la acción real, no modifica la jurisdicción ni la ley que le eran aplicables en la situación anterior, precepto con el que estamos de acuerdo.

La regla es interesante, justa y coincide con la noción de fraude a la ley que el Perú ha reconocido, si bien no en el Código Civil sí en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Reglas Generales. Nos preguntamos, sin embargo, si hay suficientes casos de traslados de bienes litigiosos a otros países como para que valga la pena legislarlos específicamente, porque en esta rama del Derecho (DIP) que abarca a prácticamente todas las relaciones jurídicas, debemos tender a sintetizar en categorías más o menos amplias el mayor número de relaciones jurídicas del derecho interno; de lo contrario, tendríamos que legislar cada uno de los objetos o categorías de cada una de las normas de derecho interno, pensados en la perspectiva internacional. Nos inclinamos —en vista de lo expuesto— por no incluir en esta propuesta la regulación del traslado del bien litigioso, dejando al buen criterio del intérprete del Derecho Internacional Privado su solución.

3. Competencia jurisdiccional

El Código Civil vigente distingue los casos de jurisdicción facultativa peruana —jueces y tribunales de otros países que pueden entender de estos casos y sus sentencias pueden ser reconocidas en el Perú— de los casos de jurisdicción exclusiva —el poder judicial peruano como competente para conocer de estos casos, y las sentencias extranjeras que resuelvan sobre ellos no son reconocibles en el Perú—. Este Código dispone en el artículo 2058, respecto de la jurisdicción competente a los derechos reales:

Artículo 2058.- Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1.- Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva [...].

El artículo 2058 del Código Civil se refiere a acciones de contenido patrimonial y complementa la regla general del artículo 2057 —el juez peruano es competente si el demandado domicilia en el Perú—.

En su inciso 1^o establece competencia del juez peruano sobre personas no domiciliadas en territorio peruano para acciones que se refieran a derechos reales sobre bienes situados en la República del Perú.

Aunque no lo expresa el texto del artículo citado, debe entenderse que la «situación» a la que se refiere, es la que tiene el bien al momento de interponerse la acción. Es obvio que en el caso de predios, al ser invariable el lugar de situación, la situación al momento de constituirse el derecho real y la situación al momento de interponerse la acción será la misma. Si el predio está situado en el Perú, será exclusivamente competente el poder judicial peruano. Congruente con la adopción de esta competencia peruana —exclusiva respecto de predios ubicados en la República—, el código dispone, en su artículo 2067, que los jueces peruanos no son competentes para conocer de acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero.

Pero en el caso de bienes muebles, la ubicación del bien al momento de interponerse la acción puede no coincidir con la ubicación que tenía el bien al momento de constituirse el derecho real. Como anotan los hermanos Javier y María del Carmen Tovar Gil, para esta categoría jurisdiccional de los derechos reales sobre bienes, más que el lugar de situación, es el lugar del proceso o *fori rei situs* el factor de conexión. El juez del lugar del proceso, sin embargo, tendrá que tomar en cuenta la ley de la situación actual, en los aspectos que ya hemos comentado.

En cuanto a los bienes en tránsito, estos se consideran situados en el lugar de destino definitivo (artículo 2089) por lo que es el juez de ese lugar el competente.

Las acciones reales sobre medios de transporte serán atendidas por los jueces peruanos si tales bienes se encuentran en territorio peruano —según lo dispone el artículo 2058 inciso 1)—, aun cuando la ley aplicable al caso sea la del país de su matrícula (artículo 2092). Dicen al respecto los autores citados:

Tenemos entonces que el juez peruano puede conocer de acciones sobre derechos reales sobre medios de transporte aun cuando sean de matrícula extranjera. Debe eso sí, tomarse también aquí en cuenta la regla de excepción relativa a la ubicación de los bienes en tránsito. Tendremos pues que si, por ejemplo, la acción contra un no domiciliado tiene por objeto discutir un derecho real sobre un buque no será suficiente que el mismo esté de paso por el Perú para que el juez local se considere competente por razón de ubicación.

En cuanto a las acciones reales sobre bienes incorporales o derechos, que según el artículo 2093 se rigen por lo dispuesto en tratados y leyes especiales, y en su defecto por la ley del lugar de su registro, opinamos que —en defecto de tratado o ley especial y careciendo tales bienes tanto de ubicación física como de ubicación legal presunta— hace falta una disposición que establezca claramente la competencia jurisdiccional: debe presumirse que su situación es la del lugar donde se registraron o, más directamente, que el juez peruano es competente si tales derechos se registraron en el Perú.

Proponemos entonces que el inciso 1^o del artículo 2058 se modifique en ese sentido:

Artículo ...- Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1.- Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República y cuando, tratándose de bienes incorporales registrables, éstos se hayan registrado en el Perú. Tratándose de predios, dicha competencia es exclusiva.

Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad

Ricardo Luis Lorenzetti

ESTE TRABAJO ESTÁ DEDICADO al profesor Jorge Avendaño, quien ha enaltecido la doctrina jurídica peruana con sus investigaciones en el área de Derecho Privado y especialmente en los Derechos Reales. Asimismo, ha sido uno de los pilares en la construcción de las relaciones de hermandad jurídica entre peruanos y argentinos.

El propósito de este artículo es examinar algunas de las modalidades actuales en la comercialización de bienes inmuebles.

Tradicionalmente, ello estuvo estrechamente vinculado con la transmisión de la propiedad que un particular hacía a otro y, consecuentemente, fue regulado por los derechos reales. En la actualidad, existen grandes proyectos inmobiliarios, que asumen formas muy variadas: clubes de campo, condominios, cementerios privados, etc., en los cuales hay una empresa que, previamente, los ha desarrollado para luego transmitirlos. De modo que hay, *ab initio*, un vínculo entre una empresa y un particular o una sociedad que puede dar lugar a una relación de consumo, en el primer caso, o a un vínculo comercial o civil, que rompe la seguridad que existía, anteriormente, en materia de fuentes regulatorias.

Ese vínculo es además instrumento de modo complejo: no es, normalmente, una compra-venta, sino una multiplicidad de contratos: fideicomisos, participación en sociedades, garantías, etc. Por ello, la transmisión dominial, relacionada con la compra-venta, es solo una parte del negocio.

En algunos casos, intervienen normas constitucionales, porque la reunión de grandes grupos afecta derechos fundamentales, como el caso de la discriminación o de los sepulcros.

Nuestro propósito es revelar la pluralidad de fuentes, de disciplinas, de derechos personales y reales, y de tipos contractuales, todos conjugados en un negocio. La interpretación de estos fenómenos requiere de un esfuerzo hermenéutico considerable.

Veremos algunos de estos temas.

1. La contractualización de la propiedad

Se asiste a un fenómeno de contractualización de la propiedad derivada de la separación entre explotación y titularidad. Ello ocurre porque hay muchos bienes en los que resulta económicamente importante la explotación y el uso de los mismos, subalternizándose la titularidad dominial. El problema no es la relación de inmediatez entre un sujeto y el bien, ni tampoco es relevante la intromisión de terceros o la protección *erga omnes*.

En todos estos vínculos advertimos:

- La existencia de un derecho real; de un contrato, que es título para adquirirlo; y de una situación contractual, constituida por una serie de vínculos negociales que regulan la relación comunitaria.
- La situación contractual puede, por un lado, ser de naturaleza asociativa: un grupo de personas se reúne para adquirir partes de un inmueble, organiza su vida en común y designa un administrador. Por otro lado, puede ser de cambio: una empresa vende y administra los bienes, establece un reglamento, y prerredacta los contratos que se firman. La utilización de una figura asociativa, como una cooperativa o una asociación, para encubrir lo que en realidad es una causa de cambio, es susceptible de desmontaje por la vía de la simulación por falsedad de la causa, o la inoponibilidad.
- El diseño contractual prerredactado produce un desgajamiento de las facultades del propietario, que pasan a la administradora: esta es la que protege los vínculos respecto de terceros y establece reglamentos de uso, sin ser propietaria. El consumidor resulta un titular inválido, a quien poco le sirve la invocación del derecho real.
- Surgen relaciones de consumo entre una empresa organizadora y el proyecto inmobiliario, y los usuarios y consumidores.

Nuestro siguiente enfoque estará basado en el análisis de la relación intersubjetiva, típicamente contractual que se conecta con la comunidad de derechos reales. Por otra parte, en muchos casos, la protección contractual será más útil y urgente que la suministrada por el derecho real, ya que muchos adquirentes se instalan y disfrutan de la cosa, con la expectativa de que la regularización dominial se produzca, y sin que ello se concrete definitivamente.

Podemos invocar como ejemplos el consorcio de propietarios en edificios de propiedad horizontal, el sistema de tiempo compartido, el de los cementerios privados y los clubes de campo, entre otros.

2. Clubes de campo

La descripción de los clubes de campo es bien conocida.¹ Se trata de un complejo inmobiliario en el que hay una propiedad dividida en lotes, con espacios comunes destinados a actividades deportivas, culturales y de esparcimiento que son vendidas en forma conjunta al adquirente.

En este punto, es necesario hacer algunas precisiones:

- Existe una propiedad inmobiliaria que se subdivide en lotes.² Estos crean espacios sometidos a la propiedad individual y otros, a la propiedad común o de la empresa administradora o de terceros. También, puede darse un caso de propiedades separadas: una que se subdivide en lotes para vender y en espacios comunes³
- La propiedad común puede ser destinada a fines muy diversos: lo habitual es la actividad deportiva y de esparcimiento, pero hay algunas con escuelas, iglesias, clínicas privadas, helipuertos, lo que constituye en pequeñas ciudades o feudos.

¹Cf. FARINA. *Contratos comerciales modernos*. Astrea, 1993, p. 669.

² Al respecto se ha indicado que debe estar en la zona suburbana, lo que no es un requisito esencial. MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 47. El artículo 64 de la ley de suelo establece que es un área territorial de extensión limitada, que no conforme un núcleo urbano; que esté localizada en área no urbana, que una parte se encuentre equipada para actividades deportivas, sociales, culturales, que el resto se encuentre acondicionado para la vivienda de uso transitorio, y que el área de vivienda y el de esparcimiento estén indisolublemente unidas. Véase su tratamiento en HIGHTON-ALVAREZ JULIA-LAMBOIS, *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ad hoc, 1987, p. 38.

³ Es el caso de los clubes que tienen anexos inmuebles que se subdividen. Los propietarios tienen derechos de uso sobre el club. Cf. HIGHTON y otros. *Op. cit.*, p. 46.

- La propiedad común está regulada por un reglamento de utilización.
- La propiedad individual puede estar sometida a normas que obliguen a construir con un estilo determinado.
- Puede haber partes sometidas a la propiedad de terceros que presten servicios en ellas.
- Hay contratos de servicios diversos entre los prestadores (la administradora o terceros), y los dueños individuales o la entidad que los representa.
- Hay bienes intangibles que constituyen el comienzo: un estilo de vida particular, una determinada práctica religiosa.

Sin perjuicio de esta variedad que permite la autonomía privada, existen regulaciones que proponen una determinada modalidad. La provincia de Buenos Aires, a través del decreto 9404/86 se inclina a la coexistencia de un derecho de propiedad sobre los lotes individuales y una participación societaria en la sociedad dueña de los espacios comunes y prestadora de servicios.⁴ Para que el derecho de propiedad permita las áreas de esparcimiento, se le imponen servidumbres como restricciones al dominio.

La subsunción de este supuesto de hecho en el derecho vigente es problemática, ya que no hay un derecho real que lo contemple acabadamente, ni es posible pensar en uno atípico atento al sistema de *numerus clausus* existente. El derecho de dominio representa acabadamente la relación entre el titular y la cosa, pero no capta los servicios, los bienes intangibles, los espacios comunes, etc. Puede adicionarse el condominio sobre los espacios comunes,⁵ con la dificultad de que es necesario establecer una indivisión eterna, lo que se enfrenta con el obstáculo del artículo 2692 del CC y la vocación precaria del estado de indivisión. También, se ha visto la constitución de dominio y servidumbres.⁶ La propiedad horizontal puede ser utilizada, porque soluciona los problemas de la indivisión forzosa, la circulación interna del *country*, etc. Las dificultades se suscitan en punto a la etapa inicial, en la que un sujeto compra un lote, y no estaría ade-

⁴ Lo cual ha planteado el problema de adquirentes que son dueños de su parte y no socios, que se niegan a pagar las expensas.

⁵ CNCIV SALA A. JA.1989-IV-202.

⁶ Examen detallado puede verse en la obra de HIGHTON y otros, p. 59.

cuadramente contemplado en la ley que prevé inmuebles edificados.⁷

En virtud de ello, la doctrina propone su regulación como derecho real autónomo.⁸

En el ámbito contractual, la cuestión es muy interesante y debemos hacer varias distinciones. En primer lugar, debemos separar distintas etapas temporales:

- Periodo de aprobación administrativa, en el que hay una relación entre la empresa y el Estado referida a la aprobación del proyecto inmobiliario⁹ teniendo en cuenta las normas urbanísticas, de suelos, aguas, provisión de servicios públicos, ambientales. En esta etapa, pueden plantearse conflictos regidos por el Derecho Administrativo y otros con terceros que se opongan a la instalación sobre la base de la protección de bienes de incidencia colectiva.¹⁰
- Periodo precontractual, en el que se hace una oferta al público indeterminado. En esta etapa, resulta de aplicación la ley 24240 en lo referente a la obligatoriedad de la oferta realizada a través de medios publicitarios y dirigida a consumidores indeterminados y los deberes de información que son esenciales en este periodo. Asi-

⁷ Por ello, se recurre a la ley de prehorizontalidad. Cf MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 52. El proyecto de la Comisión del decreto 685/95 dice: Artículo 2029. Conjuntos inmobiliarios. Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares, pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, solo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común. El reglamento de propiedad y administración puede establecer limitaciones edilicias o de otra índole, instituir una administración con el carácter de mandatario irrevocable, y facultar al consorcio para adquirir nuevos inmuebles para integrarlos al conjunto inmobiliario como unidades funcionales, o cosas y partes comunes. En este caso, quedan modificados de pleno derecho los títulos de todas las unidades, de lo que se debe tomar razón en los respectivos asientos registrales. El proyecto de unificación de 1987, dispuso que los clubes de campo se pueden someter a la propiedad horizontal, siendo necesariamente comunes las vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso compartido, y que el reglamento de copropiedad puede establecer otros límites (artículo 2617).

⁸ MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 54.

⁹ Un tratamiento de este tema puede verse en HIGHTON, Elena; ALVAREZ Julia, Luis; LAMBOIS, Susana. *Nuevas formas de dominio*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1987, p. 43.

¹⁰ Por ejemplo, la oposición basada en cuestiones ambientales, o culturales o urbanísticas que opongan las entidades representativas de derechos colectivos o particulares afectados.

mismo, resultará de aplicación analógica la ley de prehorizontalidad en cuanto al tipo de información que debe contener la oferta.

- Periodo contractual que se establece entre sujetos diversos y con relación a contratos diferentes.

Los sujetos son los siguientes:

- El o los propietarios adquirentes de los lotes individuales.
- La entidad que los representa: puede haber un grupo de propietarios con un reglamento de funcionamiento; puede haber una sociedad anónima o cooperativa, que es la titular del loteo y el adquirente compra acciones del mismo, por lo que se transforma en socio.
- La entidad que realiza el emprendimiento.
- Puede darse el caso que la entidad que realiza el emprendimiento constituya una sociedad a la que se vayan integrando los adquirentes, lo que produce una confusión de intereses.¹¹
- Puede haber otras personas físicas o jurídicas que presten servicios o vendan cosas dentro del club y en forma estable.

Los contratos son los siguientes:

- Contrato de compra-venta del lote: mediante este contrato se promete la transmisión del dominio de un lote contra el pago de un precio. El objeto puede ser el lote, o el lote más la vivienda ya construida, o a construir. El objeto puede ser limitado por un reglamento interno que establezca condiciones particulares, como la obligación de construir, o la de hacerlo según un estilo. El contrato así perfilado sirve de título para la adquisición del dominio. Si hubiera un conflicto con relación a este tema exclusivamente, como por ejemplo la escrituración, no hace falta recurrir a ninguna otra aproximación ni figura análoga: se aplican las reglas de la compra-venta o de la venta de lotes por mensualidades (ley 14005).
- Contrato de sociedad: el adquirente se transforma en socio de una sociedad civil o comercial, que es propietaria de las partes comu-

¹¹ No debe olvidarse la separabilidad de las causas asociativa y de cambio señaladas en el punto anterior. De lo contrario, pueden plantearse problemas serios: Cf. CNCIV SALA A. JA.1989-Iv.202.

nes.¹² Se aplican las reglas de la sociedad para solucionar los problemas, con las dificultades que veremos más adelante.

- Contrato de locación: puede ser que el propietario o la sociedad que lo representa suscriba contratos con un club o una sociedad comercial, titular de un inmueble donde se realizan actividades deportivas. Puede instrumentarse también a través de la afiliación a un club titular del establecimiento.¹³
- Contrato de servicios: el propietario puede tener contratos de servicios con quienes ofrecen actividades deportivas, de esparcimiento, culturales, etc.

Las modalidades pueden ser muy diversas y el entramado contractual muy complejo.

Lo importante es examinar el efecto de conjunto que se logra, el que siempre debe estar sometido a las siguientes reglas:

- Son contratos conexos: tanto la interpretación como la integración no puede ser aislada, porque tampoco lo es el club. La conexión surge de una finalidad supracontractual como lo tratamos en el capítulo segundo, correspondiente a las redes.
- El emprendimiento es un todo inescindible y el entramado contractual debe procurar la obtención del fin: la vivienda en las condiciones de vida prometida y el uso de espacios comunes.
- Se produce una combinación de derechos reales que tienen los propietarios con un vínculo asociativo que generalmente toma la forma de una sociedad, de modo tal que no se puede ser dueño de un lote sin ser accionista o socio.¹⁴ La propiedad del lote está unida al derecho de uso y goce de los espacios comunes.
- No existen contratos conexos si se da la libertad de comprar un lote sin asociarse a la sociedad o asociación administradora o dueña de partes comunes.¹⁵

¹² Este es el modelo del decreto 9404/86 de la Pcia de Buenos Aires, que dispone que una entidad jurídica independiente a la que se incorporen los propietarios de cada parcela, será la propietaria de las áreas recreativas y responsable de la prestación de los servicios generales.

¹³ CNCIV SALA D. Broggi, Carlos c. Club Atletico Bco Pcia de Bs.As., LL. Reseña de fallos, 1986-E-p. 708.

¹⁴ HIGHTON, Elena; ALVAREZ JULIA, Luis; LAMBOIS, Susana. *Op. cit.*, 1987, p. 73.

¹⁵ CS. Mapuche Country Club Asoc.Civil c. Lopez de Marsetti, Hebe, LL.1991-A-293. En este caso, la asociación dio de baja a la demandada por falta de pago. La

Sobre la base de estas reglas, se debe realizar un control de contenido de la normatividad contractual. En virtud de ello, pueden ser declaradas ineficaces cláusulas que establezcan ingresos o egresos demasiado limitados,¹⁶ o que limiten la libertad de elección interna,¹⁷ así como las que contraríen el orden público.¹⁸

La doctrina se ha concentrado también en los aspectos societarios.¹⁹ La costumbre muestra que la mayoría de los emprendimientos se hacen mediante la constitución de un régimen de propiedad horizontal, y una sociedad que es propietaria o simplemente administradora de los espacios comunes, integrada por los adquirentes de las parcelas. En otros casos, la sociedad es dueña de la totalidad de las partes, lo que es sumamente riesgoso, ya que el adquirente no tiene sino un derecho personal (una acción), y no un derecho real sobre el bien que adquiere.

La constitución de la sociedad es problemática. En el derecho argentino, es, normalmente, una asociación civil bajo la forma de sociedad anónima. Esto trae los siguientes inconvenientes: a) es una sociedad comercial por la sola adopción de esta forma típica, pero su objeto no es la distribución de beneficios dinerarios, sino la producción de servicios que se transforman en beneficios para los asociados;²⁰ b) si

demanda fue rechazada en primera instancia porque se había dado de baja a la asociada; la Cámara revocó la sentencia porque siendo un club de campo un todo inescindible, la demandada no podía permanecer en el lugar sin pagar las contribuciones societarias. La Corte revocó la sentencia de Cámara al indicar que en este caso específico, se permitía la propiedad de un fundo sin obligación de ingreso a la sociedad. No se daba entonces la conexión requerida.

¹⁶ Véase en HIGHTON y otros.

¹⁷ Hemos tratado este tema en LORENZETTI, Ricardo Luis. *La libertad de elección*. LL y *Nuevas Fronteras del abuso de derecho* (situaciones jurídicas lesivas de libertades-tutela del mercado y amparo), LL. 17.10.95.

¹⁸ Puede haber una multiplicidad de normas aplicables derivadas del orden público. Por ejemplo, en la obra *Comunidades de vecinos y administración de fincas urbanas y complejos residenciales*, compilación legislativa dirigida por Carlos Lasarte Álvarez y Manuel Feliz. Madrid: Tecnos 4.^{ta} ed., 1997, se advierten regulaciones de orden público referidas a la comisión de los administradores, la instalación de antenas de televisión, la construcción y uso de piscinas e instalaciones deportivas, ascensores, pararrayos, etc.

¹⁹ Cf. ACQUARONE, María. *Los clubes de campo. Utilización de la sociedad anónima para su utilización*; CASSINI, Analía. *Los clubes de campo. Su regulación desde el punto de vista del derecho societario y la legislación provincial*; LUTHY, Wilfran. *Soluciones de derechos reales. Clubes de campo. Tiempo compartido. Parque industrial y cementerio privado*; DASSO, Ariel. *Conformación asociativa del club de campo*. Todos estos trabajos fueron publicados en *Negocios Parasocietarios*, dirigido por Fabier Dubois. Buenos Aires: Ad Hoc, 1994.

²⁰ Cf. STRATTA, Alicia, *Las asociaciones bajo forma de sociedad*, LL.1980-D-1037.

se disuelve y es una asociación, sus bienes van a una entidad de bien público, lo cual es gravísimo en el caso de las partes comunes de los clubes; c) si hubiera insolvencia y quiebra, los propietarios, serían meros acreedores quirografarios; d) la relación entre la sociedad y los adquirentes puede ser muy conflictiva, debido a que no hay un mecanismo para que se los pueda obligar a ser socios. En el caso en que lo sean, puede haber serias discordancias sobre el nivel de gastos aceptables.

La solución que se ha encontrado para evitar algunos de estos inconvenientes es configurar la relación jurídica fundamentalmente como un régimen de propiedad horizontal, de modo que se otorgue reales al adquirente y se constituya una asociación bajo la forma de sociedad anónima para la administración de las partes comunes. En el caso de que esta sociedad fuera propietaria, lo sería en virtud de un fideicomiso, que es un mecanismo que permitiría sortear el riesgo de la disolución o la quiebra.

3. La protección contra la discriminación

Los emprendimientos que tratamos crean situaciones regulatorias generales. Esta característica hace que no solo resulten obligados por las obligaciones contractuales, sino por otras que protegen otros bienes jurídicos. De ello se desprende que, como todo organizador de una red, existe un deber de trato igualitario. Este deber significa que todos los integrantes tienen una posición jurídica por pertenecer a la red, de la que emana un plexo de derechos y deberes. Algunos de ellos con base en el contrato y otros, en normas extracontractuales. Uno de los aspectos es la aplicación de la ley antidiscriminatoria, de modo que ninguno de los sujetos que está ubicado en los clubes de campo puede recibir un trato diferente por razón de su raza, creencias políticas o religiosas. Este problema es particularmente importante en clubes que tienen una determinada mayoría religiosa o racial, por lo que resulta aplicable plenamente la protección inhibitoria y resarcitoria prevista en la ley antidiscriminatoria.²¹

Otro de los aspectos es la situación de las personas con capacidades diferentes, tanto en clubes de campo como en otras urbanizaciones. Muchos de ellos requieren reformas arquitectónicas para poder disfrutar en igualdad de condiciones, que deben ser soportadas por

²¹ Ampliamos en *Las normas fundamentales de Derecho Privado*.

los demás, con un costo adicional. Como suelen ser minorías, las comunidades terminan siendo construidas conforme al criterio de la minoría.

Algunas legislaciones han contemplado este problema,²² que en nuestro derecho tendría una vía de solución por la ley 23592 de prohibición de trato discriminatorio y 22.431 de protección de la incapacidad.

4. La venta de parcelas en cementerios privados

4.1. Costumbre negocial y orden público

Los denominados cementerios privados han irrumpido en la realidad socioeconómica con mucha fuerza, por lo que merece la atención del Derecho. Para nuestros fines, podemos aislar los siguientes elementos configurativos del supuesto de hecho a tipificar.

- Generalmente, hay una empresa organizadora que ofrece la «venta de una parcela» a quienes deseen adquirirla para sí o para terceros.
- La costumbre es que se va pagando una cuota en forma anticipada y que, luego de producido el fallecimiento del beneficiario, surge el derecho a ocupar la parcela.
- La expectativa del adquirente es obtener un lugar de descanso para sus muertos y contar con servicios de inhumación, conservación de instalaciones, espacios verdes, vigilancia, aseo, etc.²³
- Los servicios son onerosos, porque se establecen unas expensas y un sujeto obligado al pago.
- Es una relación jurídica de larga duración que requiere asegurar la seriedad de la empresa para que pueda dar los servicios en un lapso prolongado.²⁴

²² Por ejemplo, España: la ley 3/90 que modifica el artículo 16 de la ley 49/160, modifica la ley de propiedad horizontal para establecer que los acuerdos para aprobar la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastará el voto de las tres quintas partes de los propietarios que representen los 3/5 de las cuotas de participación, y no la unanimidad.

²³ Cf. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalia, 1997, tomo 2, p. 57.

²⁴ El sujeto que organiza la actividad debería estar controlado por la autoridad

- El vínculo canaliza el deseo del titular a no ser turbado, por lo que debe asegurársele un derecho real.
- Es una relación onerosa de larga duración, por lo que la empresa tenderá a asegurarse el pago de las expensas, solicitando garantes.
- Es una actividad que involucra a grupos de consumidores y usuarios.

El inicio de la relación jurídica importa la celebración de un contrato que, luego es un título para un derecho real. Ambos presentan caracteres atípicos. La adjudicación de un derecho real tiende a la protección del adquirente y usuario, ya que de otra manera tendría un derecho absolutamente inestable. La continuación del vínculo presenta también un aspecto contractual, donde deben incluirse las prestaciones onerosas y durables de servicios.

Al contrario de los cementerios públicos,²⁵ estamos frente a una relación jurídica privada. Este proceso genera un primer aspecto problemático, relativo a qué cantidad de residuo publicístico conserva la regulación: indudablemente debe tenerse en cuenta el régimen administrativo municipal, provincial²⁶, los reglamentos de salud pública, y el ordenamiento imperativo sobre la propiedad.

4.2. El derecho de sepultura

Este tema ha sido tratado con profundidad en el campo de los Derechos Reales. Se ha discutido su naturaleza jurídica²⁷ y se ha encontrado similitud con el uso²⁸ o con la propiedad horizontal.²⁹

publica en lo referente a su solvencia. Así se hace con otras actividades que administran el ahorro semipúblico y es relevante a los fines de cubrir riesgos económicos futuros.

²⁵ Que pertenecen al dominio público del Estado conforme al artículo 2340 del Código Civil.

²⁶ Por ejemplo la ley 9094 de la Provincia de Buenos Aires.

²⁷ El problema que más ha preocupado a la doctrina ha sido el de discernir el tipo de derecho que asiste al usuario sobre el sepulcro. La existencia de un *númerus clausus* según el artículo 2502 del CC, constituye un obstáculo de relevancia para subsumir en él a las nuevas formas de la propiedad, al punto que la XI jornadas de Derecho Civil entendieron que no pueden encuadrarse en ninguno de los derechos reales permitidos. Además, se admite el carácter inmodificable de las disposiciones relativas a derechos reales (artículo 2502 CC), lo que expulsa la idea de atipicidad. En virtud de ello, se ha pretendido encuadrar este supuesto en algunas de las figuras ya existentes. Tanto el dominio como el condominio presentan obstáculos insalvables por la ausencia de individualidad y por la posibilidad, en el último caso de pedir la división. En esta

Indudablemente, en todos estos abordajes está presente la protección del adquirente, por lo que se establece un derecho sobre la cosa que prescindida de la conducta del otro contratante. Tanto el derecho

materia, puede consultarse: FLAH, Lily; SMAYEWSKY, Miriam. *Reformas al Código Civil*, dirigido por A. Alterini, Roberto; LÓPEZ CABANA, Abeledo. Buenos Aires: Perrot, 1994; HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Julia, Luis, LAMBOIS, Susana. *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1987; BOTASSI, Alfredo. *Cementerios públicos y privados*, LL.1981-C.1056; DIAZ DE GUJJARRO, Enrique. *Los sepulcros como objeto de relaciones jurídicas de derecho privado*, JA.&.60-905. En obras generales Cf. MARIANI DE VIDAL, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalia. LORENZETTI, Ricardo. *Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados*, LL.1991.E.1192. KIPER, Claudio. *Acerca de las posibilidades de constituir derechos reales sobre espacios destinados a sepulturas en los cementerios privado*, LL.1988.E.935.

²⁸ La búsqueda se ha orientado hacia los derechos reales sobre cosa ajena, de goce, que otorguen un derecho sobre la utilidad de la cosa. Algunas figuras enfrentan el obstáculo de su intransmisibilidad *mortis causa*, como el usufructo y el uso. El usufructo persigue fundamentalmente facilitar el uso al titular, de ahí su carácter vitalicio, lo que no se compadece con el sepulcro que viene a ser utilizado después de la muerte (artículo 2825 CC). El derecho real de uso es una figura de uso frecuente, pero contiene las mismas dificultades que el usufructo. Se la pretende sortear mediante un compromiso de otorgamiento de un nuevo derecho a los herederos. Asimismo, la empresa suele renunciar a la posibilidad de transferir (artículo 1449 CC). Ambas soluciones han sido objetadas en razón de constituir modificaciones que afectan el orden público (artículo 2502).

²⁹ Otros autores se han inclinado por el régimen de la propiedad horizontal (MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 60), atendiendo a la existencia de partes comunes y partes exclusivas. En el V encuentro de abogados civilistas, se recomendó como una suerte de solución heroica, ante la falta de normativas específicas y ante las situaciones de hecho, la aplicación analógica del régimen de la propiedad horizontal. El primer aspecto discutible es si el régimen de propiedad horizontal se refiere únicamente a departamentos o pisos con destino a vivienda o bien puede incluir también a los sepulcros. El legislador no se ha referido a ellos en este régimen, aunque ello no implica que lo haya prohibido; corresponde investigar entonces si hay una incompatibilidad excluyente. Es un régimen apto para regular lo atinente a las partes comunes, con administrador, con reglamento, que son instrumentos de gran utilidad en nuestro caso. Esto también acarrea sus obstáculos en tanto que cada propietario es copropietario sobre el terreno y cosas de uso común (artículo 2 ley 13512), cosa que no sucede en el régimen de cementerios privados. El problema reside fundamentalmente en determinar si es posible que el sepulcro sea equiparado a los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, independientes y con salida a la vía pública directamente, que es el supuesto de hecho previsto en el artículo 1 de la ley 13.512. La divisibilidad de la cosa se enfrenta con el régimen de la unidad económica (artículo 2326 CC), por lo que debería darse una reglamentación al respecto. Asimismo, deben dictarse normas relativas a la distinta función que tienen los sepulcros. En estos casos habrá que propiciar también la aplicación del régimen de prehorizontalidad, y la adecuación de la técnica registral. En contra de esta opinión: SCOTTI, Edgardo. *Régimen jurídico de los cementerios privados*, LL.1987-A-814.

real de uso como el régimen de propiedad horizontal en forma analógica persiguen este propósito.

Asimismo, se ha intentado proteger a las partes comunes, debido a esto se ha prohibido la división del inmueble, lo que se considera una indivisión forzosa.³⁰

Sin perjuicio de la aplicación analógica que pueda hacerse para solucionar algunos casos particulares, puede decirse que los cementerios privados no pueden encuadrarse en ninguno de los derechos reales permitidos, por lo que se hace necesaria su recepción legislativa.³¹

4.3. El contrato

En la relación jurídica que examinamos, hay una serie de aspectos que muestran la relación entre el titular y la cosa mediatizada por conductas (contrato), y otros en los cuales la relación es directa (derecho real) hay vínculos de colaboración contractual y de atribución real; es decir, que es una relación compleja real con componentes contractuales. Este es un claro ejemplo de contractualización de la propiedad.

Concentrándonos en nuestra materia advertimos también un problema de calificación.³² Aunque existe la ventaja de que no hay un

³⁰ Cf. MARIANI DE VIDAL, *Op. cit.*, p. 62.

³¹ Por ello, se ha sugerido una reforma legislativa que los incluya. *De lege ferenda* se ha propuesto el derecho real de superficie. La propiedad superficiaria es independiente de la ley del suelo, superándose así la dificultad que respecto de los lugares comunes encierra el régimen de propiedad horizontal. Asimismo es un derecho sobre cosa ajena, que también refleja la realidad de los cementerios. Como obstáculo se puede señalar la temporalidad que connota al derecho de superficie por ser sobre terreno ajeno, y la posibilidad de que se le imponga un plazo. También *de lege ferenda* se ha afirmado que debe legislarse sobre un derecho real de sepulcro, con tipicidad propia, que es sobre cosa ajena, perpetuo o temporario, inembargable, susceptible de prescripción breve. Esta posición recibió adhesión en las XI Jornadas Nacionales de derecho civil y en el 2do encuentro sobre cementerios privados de la Universidad Notarial Argentina, ambos de 1987. En el V encuentro de abogados civilistas, siguiendo una exhaustiva propuesta de los doctores Andorno y Chávarri, se sugiere un régimen análogo al de propiedad horizontal. En tanto hay que resolver un problema de atribución de bienes y dar garantía a los usuarios, es necesario conceder un derecho real, que por su tipicidad debe ser legislado.

³² La posibilidad de equiparar este vínculo a una locación, supondría que no tenga un plazo mayor a 10 años, lo que no es posible en este caso. La locación con renovaciones ulteriores fue también censurada por Vélez, quien advertía también

númerus clausus como en los derechos reales. De allí que puede decirse que hay un contrato atípico, que tiene elementos de la venta y de la locación de cosas y de servicios. De la primera toma en cuenta la vocación de adquirir para sí la cosa, a perpetuidad; de la segunda, el uso y goce; de la tercera, la prestación de servicios complementarios.

Este contrato atípico puede ser título del derecho real, pero además, constituye el entorno en el cual se desenvuelve y es condición de su supervivencia.³³

La finalidad económica perseguida por el oferente es la utilidad que deriva del precio por la venta del predio en forma de parcela y de la renta permanente que puede obtener por la prestación de servicios de administración y cuidado. Para el usuario es la posibilidad de usar,³⁴ generalmente a perpetuidad, para sí o para terceros.

El objeto del negocio es la transferencia del uso y goce de una cosa, contra el pago de un precio. La parcela resulta de una división ideal de un inmueble privado al que se le adjudica la finalidad de sepulcro,³⁵ con la previa aprobación estatal: de ahí su enajenabilidad y la licitud del objeto.

La causa fin subjetiva causalizada es la sepultura, es decir, conservar en la parcela los restos de alguien que ha fallecido. Debido a esto, surge un interés de afección cuya lesión da lugar al resarcimiento del daño moral.³⁶

sobre las dificultades para la enajenación posterior y la sucesión. El comodato que genera un derecho personal (artículo 2265 CC), es un contrato gratuito (artículo 2255 id.) y real (artículo 2256), caracteres ambos no compatibles con el supuesto de hecho en examen. La compra-venta es de objeto imposible por el límite de la unidad económica, la ausencia de individualidad y los límites impuestos por el uso común.

³³ Nadie contrataría un derecho real de sepulcro si no existieran compromisos de servicios, mantenimiento, etc, ni nadie los ofrecería si no hubiera expensas a cobrar.

³⁴ Este uso es pasivo, no se vincula con actos de administración ni de disposición de la cosa.

³⁵ El carácter bien privado puede definirse de un modo general mediante una negación: es todo aquel que no pertenece al dominio público del Estado. Positivamente, puede definirse con un alto grado de precisión diciendo que es aquel en que el propietario es privado, aunque pueda darse el caso excepcional de que se constituya en bienes privados del Estado (artículo 2342 CC). Los usuarios que son siempre particulares, cualquiera sea el titular de la propiedad.

³⁶ CNCIV, Sala F, DEPAOLINI, Jorge R. C. Municipalidad de Buenos Aires, LL, 3.4.98. En este caso se admitió el daño moral por un incumplimiento, al trasladarse sin autorización los restos de familiares, porque «no puede dejar de recordarse que el

El objeto incluye los siguientes servicios: sepultura, custodia, buena conservación, mantenimiento de espacios verdes u otros que integraron la promesa. Deben distinguirse los servicios de carácter público como es el de sepultura, prestados por particulares y, por lo tanto, sujetos al poder de policía mortuoria, de los privados sujetos a la regulación contractual: tipo de mantenimiento, costos, volumen del espacio verde, etc.

Las normas que se aplican son de Derecho Privado para el régimen de los sujetos (capacidad del sujeto propietario, de constitución, funcionamiento o disolución de la sociedad) a las relaciones entre el propietario y la cosa, entre el usuario y la cosa, y entre el propietario y el usuario, y a los servicios privados. En cambio, lo atinente al servicio está regulado por normas de Derecho Administrativo municipal y provincial.

Es un contrato atípico con una finalidad de cambio, de custodia y de cooperación con fines de previsión: persigue una circulación de bienes patrimoniales mediante la concesión del uso temporario, la custodia del sepulcro y los restos allí depositados, y se prometen servicios especiales y una captación del ahorro para obtenerlos.

Este contrato sirve de título para el derecho real de uso y puede solucionar el problema de su renovación al constituirse en título futuro. También, puede decirse que es celebrado por adhesión a condiciones generales, que es de duración, no formal, consensual, oneroso y bilateral.

El usuario debe pagar el precio y también las expensas que se pacten. Una de las modalidades que se ha expandido es el pago anticipado del precio. Puede resultar problemática, en una relación de larga duración, la existencia de inestabilidad económica, por lo que resulta aplicable la excesiva onerosidad sobreviniente en ambos aspectos.

El retardo o el incumplimiento absoluto de las expensas afecta a una obligación accesoria. Se ha señalado que, en virtud de tal accesoriidad, la falta de pago no lleva como sanción la pérdida del derecho de sepulcro. Como contrapartida, si no hay sanción alguna, se puede generalizar el incumplimiento entre los usuarios, lo que lle-

culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y que los parientes más próximos gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria. Es evidente, entonces, que ese poder jurídico que tenía el actor sobre la disposición y destino de sus parientes fallecidos ha sido vulnerado produciéndole indudablemente una clara perturbación moral que debe ser resarcida».

va a la quiebra del sistema, porque no hay quién lo mantenga; de modo que resulta conveniente la adopción de garantías de pago.

Por analogía con el usufructo, rigen los deberes de no alterar la sustancia de la cosa (artículo 2807 CC), de usarla y gozarla sin alterar su destino (artículo 2878), de efectuar las reparaciones ordinarias de conservación (artículo 2881 y ss). Dentro de los derechos, se reconoce el de hacer mejoras que son a su cargo.

Puede ser un vínculo perpetuo o temporario. Este último conlleva al problema de la renovación. Si es un derecho personal es cesible y se reconoce la facultad de los usuarios a ceder sus derechos sobre las sepulturas, previa conformidad de la propietaria, lo que se produce en este caso es la extinción del derecho de uso a favor del cedente, constituyéndose un nuevo derecho a favor del cesionario. Lo mismo sucede en los casos de muerte, lo que compromete a las partes a otorgar un nuevo derecho de uso a favor de los herederos en un plazo contado a partir de la muerte del causante. Así redactada la cláusula es novatoria, puesto que produce la extinción del vínculo anterior por cambio de sujetos.

Lo que interesa fundamentalmente y ha preocupado a la doctrina es garantizar que después de la muerte del titular exista un derecho real que se pueda adjudicar a los herederos y que en el régimen actual no es fácil de lograr.

Se ha dicho que deben respetarse los estados posesorios o cuasiposorios de los que hubieren gozado las personas durante tantos años por aplicación de los principios de buena fe³⁷. De esto se sigue que la relación debe ser renovada, salvo causas graves que así lo impongan.

Actualmente, solo es posible complementar el derecho real del titular con la obligación de la empresa de contratar en el futuro a fin de dar un derecho real de uso. Puede instrumentarse este efecto a través de la oferta a plazo del contrato de prelación, o de la promesa.

Cabe preguntarse si es posible que el cementerio perjudique a terceros. Las molestias que puede ocasionar una actividad dan derecho a oposición por parte de terceros, cuando exceden la normal tolerancia, por lo que se debe contemporizar el uso regular de la propiedad y las exigencias de la producción (artículo 2618 CC). Corresponde se-

³⁷ MARIENHOFF, Miguel, *Dominio Publico. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas*. LL.1990.E. 881.

ñalar que en todas las comunidades hay cementerios y que la ley autoriza o impone construirlos, por lo que inevitablemente habrá cementerio, sea público o privado. De modo que se trata de una actividad lícita. Por lo tanto, si se analizan las molestias con un criterio objetivo como manda la doctrina, la instalación de un cementerio es algo que todos debemos soportar en la civilización moderna. En muchos casos, los cementerios no ocasionan molestias sino prestigio social, como sucede con el cementerio de la Recoleta en Capital Federal que está ubicado en pleno centro y en una de las zonas más aristocráticas que lleva su nombre.

En materia de salud pública, corresponde al Estado el controlar los posibles efectos contaminantes que pudieran derivarse del enterramiento.



Los ochenta años de la Facultad de Derecho.

CAPÍTULO SEXTO
DERECHO CIVIL

La codificación

Manuel de la Puente y Lavalle

HE TENIDO LA OPORTUNIDAD de apreciar las altas calidades del doctor Jorge Avendaño Valdez como codificador, al asistir a las sesiones de la Comisión que, bajo su presidencia, tuvo a su cargo la elaboración del Proyecto de reforma del Libro V del Código Civil de 1984. En homenaje al doctor Avendaño, he redactado este artículo sobre la codificación, cuya problemática constituye uno de los temas que más debates ha suscitado en la doctrina del Derecho Privado. El meollo del asunto consiste en establecer si es conveniente o no la codificación.

Pienso que para abordar este tema es preciso tomar posición respecto de si el Derecho es un arte o una ciencia. Nos dicen Colin y Capitant¹ que para resolver esta cuestión hay que recordar las diferencias existentes entre el arte y la ciencia. La ciencia es el conocimiento metódico de las leyes de la Naturaleza; cada ciencia en particular es el conocimiento de un grupo especial de estas leyes de aquellas que se refieren a un orden determinado de fenómenos. El arte, por el contrario, es un conjunto de procedimientos combinados para alcanzar un resultado bello o útil.

Esto sentado, el Derecho puede ser considerado a la vez como ciencia y como arte. Constituye una ciencia, rama de la ciencia general

¹ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus. 1952, Tomo I, p. 17.

denominada Sociología, en tanto que la observación de los hechos, gracias al concurso de sus ciencias auxiliares, la historia y la economía política, deduce el conocimiento de las necesidades sociales, y también en tanto que en el estudio y comparación de las legislaciones positivas busca la indicación de las aspiraciones de la conciencia jurídica universal y de los medios por los cuales esta se realiza. El Derecho es igualmente un arte entendido como política, ya procure la combinación técnica de los procedimientos jurídicos destinados a satisfacer estas necesidades o aspiraciones (arte o política legislativo), ya aplique los preceptos formulados por la legislación existente para resolver los problemas y las dificultades concretas de la vida jurídica (arte o política jurisprudencial).

Ahora bien, ¿cómo se manifiesta o exterioriza el Derecho?

La forma de manifestación del Derecho obedece a tres sistemas. El primero es el de las costumbres jurídicas, que son elaboradas con la dirección de una casta o de la clase privilegiada de un pueblo determinado. En segundo término se encuentra el sistema de la recopilación. Este consiste en una serie de leyes dictadas en épocas distintas y recogidas atendiendo bien sea a un orden cronológico, o bien a un orden deficientemente sistemático y sin responder a una unidad orgánica. Por último, el sistema de la codificación se manifiesta a través de un cuerpo de leyes referentes a una rama especial y que representa un todo armónico y sistemático. Según Puig Peña,² «esta manifestación tripartita de las normas de manifestación del Derecho sigue un orden escalonado en cuanto al desarrollo histórico y puede considerarse como una ley natural de la evolución».

Dejemos de lado, para los efectos de esta exposición, el sistema consuetudinario, que rigió en todos los pueblos desde los albores de la historia, para avanzar un poco más y ubicarnos en el preámbulo inmediato de la codificación, que es el sistema de la recopilación.

Creo que para conocer este sistema debemos remontarnos, como un punto prudente de partida, al Derecho Romano. Existen en este Derecho unas legislaciones antiguas, que se concretaron en los llamados Códigos Gregoriano, Hormogeniano y Teodosiano, que eran, en realidad, recopilaciones de leyes, reglamentos y principios de Derecho, dispuesto el material legislativo y doctrinal en forma cronológica y con alguna ordenación por materias.

² PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil español*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, tomo I, vol. I, p. 96.

El primer esfuerzo técnico en materia de codificación lo ha constituido el *corpus juris civilis* de Justiniano. Conviene detenernos un momento dada la importancia de esta obra.

Justiniano fue un emperador del Imperio romano de Oriente que, después de haber reunido bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas, decidió reunir también la legislación romana y, según sus propias palabras,

[...] como reparásemos que todo el sendero de leyes, que desciende desde la fundación de la urbe de Roma y desde los tiempos de Rómulo, es de tal modo confuso que se extiende indefinidamente y no es comprensible por humana capacidad, fue nuestro primer cuidado comenzar por los antepasados sacratísimos príncipes, y enmendar y transmitir a una vía luminosa sus constituciones, para que, reunidas en un Código y purgadas de toda superflua repetición y de toda iniquísima discordancia, ofrezcan a todos los hombres pronta defensa de su sinceridad.

A fin de llevar a cabo tan ímproba tarea, Justiniano encomendó al gran jurista Triboniano que organizara un equipo de investigadores, posteriormente llamados «los compiladores», para que, con gran libertad y utilizando su propio criterio, «reunieran y enmendaran todo el Derecho Romano y a presentar recopilados en un Código los dispersos volúmenes de tantos autores (cosa que nadie se habría atrevido ni a esperar ni a desear)».

En un tiempo relativamente breve, del año 528 al año 533, los compiladores llevaron a cabo la gigantesca tarea de formar el *corpus juris civilis*, que consta de cuatro partes:

- Las Instituciones, que constituyen un tratado elemental de Derecho, pero son un Código a la vez, compuesto por Triboniano y dos profesores de Derecho, Doroteo y Teofilo;
- El Digesto o Pandectas, que es la parte más valiosa y extensa, contiene extractos de 39 juristas romanos, entre quienes se encuentran Ulpiano, Paulo, Papiniano, Pomponio, Gayo y Modestino. El Digesto fue compuesto por Triboniano y por una comisión (de 4 profesores, 11 abogados y 1 funcionario) que él mismo eligió por encargo del Emperador;
- El Código, que contiene constituciones imperiales desde Adriano hasta Justiniano; y
- Las Novelas, que son leyes especiales, dictadas por JUSTINIANO después de la terminación de su propio Código.

Según Ennecerus,³ el *corpus juris civilis* no es en modo alguno una refundición unitaria del Derecho al modo de los Códigos modernos, sino que, en sus partes capitales, el Digesto y el Código, constituye una mera recopilación de extractos totalmente literales de los escritos de los juristas clásicos y, respectivamente, de las constituciones de los emperadores, con muchas alteraciones (interpolaciones) hechas en parte, como consecuencia del progreso experimentado en ese momento por el Derecho, y, en parte, para evitar contradicciones dentro de la codificación.

El *corpus juris civilis*, pese a estar orientado hacia la codificación y de constituir un importante paso hacia ella, se limitó a ser una recopilación, muy bien lograda por cierto, pero le faltó la unicidad metódica que caracteriza la codificación. Después del *corpus juris civilis*, sigue, históricamente, también en el camino hacia la codificación, el Derecho Canónico, que es el creado en la Edad Media por los órganos de la Iglesia, especialmente el derecho de *corpus juris canonici*, que comprende las cuatro colecciones siguientes:

- El *Decretum Gratiani* compuesto por el monje Graciano, que, en un inicio, enseñó derecho canónico en Bolonia;
- Las Decretales de Gregorio IX, que son una colección de las Decretales dictadas después del Decreto de Graciano, fueron remitidas a la Universidad de Bolonia;
- El Libro Sexto de Bonifacio VIII, que fue publicado mediante remisión a las Universidades de Bolonia y París; y
- Las llamadas Clementinas, que son una colección ordenada por Clemente V y que publicó su sucesor Juan XXII enviándola a las Universidades de Bolonia y París.

El *corpus juris canonici*, a semejanza del *corpus juris civilis* no es tampoco un Código propiamente dicho, sino una colección de reglas que se apoyan en el Derecho Romano, al cual modifica, y su recepción en los tribunales seculares ocurrió fácilmente y sin reparos, en parte, porque el Derecho canónico, en concepto más moderno, se ajustaba a las necesidades del tráfico mejor que el romano, y en parte, porque su enseñanza se difundió antes en las Universidades, especialmente en la de Bolonia.

³ ENNECERUS, Ludwig y Theodor KIPP, *Tratado de Derecho civil*, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953, tomo I, Parte General, p. 14.

Se ha visto anteriormente que en la labor histórica del Derecho comparado hay tres sistemas que, cronológicamente, son el de las costumbres, el de la recopilación y el de la codificación, que se suceden históricamente como una ley natural de la evolución. Con el *corpus juris civilis* y el *corpus juris canonici* se fue cumpliendo el sistema de las recopilaciones, que preparó el camino hacia el tercer sistema, que es el de la codificación propiamente dicha.

Conviene, antes de adentrarnos en este tercer sistema, conocer cuál es el verdadero significado de la codificación. Nos dice Castro y Bravo⁴ que, a diferencia de las recopilaciones que son colecciones a las cuales les falta unidad,

[...] la codificación, en cambio, supone una visión total del mundo, la conciencia de una serie de principios rectores, que dan unidad orgánica al ordenamiento de la sociedad. En el curso de la Historia, los legisladores se han lanzado a esta ambiciosa tarea solo en momentos excepcionales; el siglo XIX ofrece el fenómeno de que la gran crisis de pensamiento de la época se manifiesta en una serie de movimientos codificadores, que generalizan y hasta vulgarizan la forma codificada.

¿Por qué se llega en diversos países a plasmar este anhelo de la codificación?

Hacer un buen Código, organizador del general convivir, de acuerdo con el sentimiento e ideal nacional, es, según el mismo autor, tarea nada fácil, pero una vez realizada será de enorme trascendencia, tanto si nace para implantar un ideal revolucionario, como si se limita a conseguir la unidad de la legislación según los moldes ya aceptados.

Sea cualquiera la tendencia a que sirva, supone una condensación de ideas que, con ello solo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de la labor difícil de rehacer; para la Nación que lo realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional y el herramental más seguro para la unidad jurídica, y con ello, para la unión política y social de su pueblo; externamente, manifiesta el poder creador de los hombres de un país y una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural.

⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico. *Derecho civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos 1955, p. 194.

A la luz de estas ideas el primer movimiento codificador, en el verdadero sentido de la palabra, lo inicia la emperatriz Maria Teresa de Austria en 1752 al crear una comisión compiladora a fin de dar a todos los países que formaban el Imperio austriaco una ley uniforme en materia de Derecho Civil. Esta comisión culminó sus labores con la elaboración del *Codex Theresianun*, el cual fue presentado a la Emperatriz, quien no lo sancionó por consejo de Kaunitz. La comisión fue reimpulsada por el emperador José II y continuada por su sucesor el emperador Leopoldo II. El proyecto definitivo se aprobó el 1 de julio de 1811 como Código vigente en todo los territorios del Imperio, menos en los de la corona de Hungría. Este Código Civil austriaco que, como dice Von Tuhr, vino a separar Austria de la comunidad del Derecho que hasta entonces la unía a Alemania, fue formado bajo la influencia del Derecho Natural.

Aunque la codificación austriaca ocupe el primer lugar por figurar en el tiempo en una situación cronológica de gestación legislativa anterior al Código Civil francés, fue este, sin embargo, el que debe ser estudiado en primera línea por su relevancia e interés y por ser el punto de partida del movimiento moderno de la codificación.

Es de todos conocido, por la gran difusión que se le ha dado, el proceso francés de codificación, lo que hace innecesaria una descripción minuciosa de este proceso.

Destaquemos solamente que dicho Código se debe, en realidad, a Napoleón, no solo por su energía y decisión al quebrantar la resistencia política del Tribunado en contra de su aprobación, sino, especialmente, por haber sabido elegir para su redacción a las personas más adecuadas. La Comisión redactora del texto definitivo se componía de Portalis, el filósofo del grupo, autor del famoso *Discurso preliminar*; Tronchet, jurisconsulto práctico, lleno de experiencia, del que dijo Napoleón que era el alma de las discusiones del Consejo de Estado; Bigot du Preameneu, que como Tronchet, defendió el Derecho consuetudinario francés. Actuaba de secretario Maleville, imbuído, como Portalis, en las ideas del Derecho romano. Intervinieron también en las discusiones Cambaceres, en este tiempo segundo cónsul, el consejero de Estado Trailhard y, sobre todo, el mismo Napoleón. La Comisión se reunía en la casa del presidente Tronchet.

El Código Civil francés, posteriormente denominado Código Napoleón, tuvo la gran suerte, según Planiol, de ser hecho en un momento preciso, ni antes ni después. No antes, porque entonces hubiera padecido los embates del rudo ambiente revolucionario, resintién-

dose entonces de los arrebatos de la pasión política; no después, porque entonces hubiera cedido a las severidades del régimen militar y al espíritu de reacción, que poco a poco y al amparo del nuevo orden napoleónico se iba desarrollando cada vez más.

Napoleón Bonaparte se identificó de tal manera con el Código Civil que más tarde, cuando fue Emperador, lo impuso en los territorios que iba conquistando Francia. Sin embargo, hay ante todo un hecho singular y muy característico, y es que en aquellos países en que fue impuesto por las armas de Napoleón después de quedar liberados alguno de ellos, lo aceptaron íntegramente: tal es el caso de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, lo que constituye un fenómeno singular en la historia.

Cuentan que después de haber sido destronado dijo Napoleón, desde su prisión en Santa Elena: «Mi verdadera gloria no está en haber ganado 40 batallas; Waterloo hará olvidar mis victorias. Pero lo que no se olvidará, lo que vivirá para siempre, es mi Código Civil». Y la realidad es que 190 años más tarde el Código Napoleón, si bien con bastantes modificaciones, continúa vigente.

La preparación de los redactores del Código, la sabia proporción en que se encontraban representadas las distintas tendencias científicas en la Comisión redactora, unido a su sentido práctico, a su visión realista del momento y de las necesidades de su tiempo es tan notable, que ha permitido, pese a sus defectos de origen, que se mantenga todavía su obra, en sus líneas esenciales, a través de todos los cambios políticos de Francia, y ha hecho que sea aceptado o sirva de modelo o inspiración a los Códigos de numerosos países de Europa y América

En Alemania, la situación fue diferente. Como consecuencia de la recepción del Derecho Romano consumada en 1550, dice Von Tuhr, dominaba en Alemania un estado de derecho que era una mezcla confusa de elementos romanos y germánicos. Con las primeras tendencias de unidad política surge en Alemania la aspiración de un Derecho Civil único, que dio lugar a una célebre polémica entre Thibaut y Savigny.

En junio de 1814, cuando todavía no hacía tres meses de la entrada de los aliados en París, escribía Anton Friedrich Thibaut, profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg, el prólogo de su folleto «Sobre la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania».

Relata Stern⁵ que, aceptando la idea de que Alemania no realizaría su plena unidad política ni siquiera después de haber conquistado

⁵ STERN, Jacques. *La codificación*. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1970, p. XXIII.

su liberación, las ideas de THIBAUT eran que en ninguna parte de Alemania se cumplieran los dos requisitos de perfección formal y material que exigen a toda legislación: todo su Derecho autóctono era un amontonamiento informe de preceptos abigarrados y contradictorios que se anulan unos a otros, que parecen destinados a separar a los alemanes entre sí y a hacer imposible que jueces y abogados conozcan a fondo el Derecho. Un Código nacional permitiría, en el aspecto científico, una visión de conjunto de todo el Derecho y, en la enseñanza académica, haría posible la exposición del Derecho práctico, pero también cimentaría la felicidad de los ciudadanos, para cuyas relaciones constituye una plaga la colisión de las leyes locales, debido a lo cual era necesaria la unidad de las leyes civiles. «Yo opino, dice Thibaut, que nuestro Civil necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares».

La obra de Thibaut no logró su propósito, ni podía lograrlo, habida cuenta del estado de las relaciones jurídicas (científicas y prácticas) y de los asuntos políticos de una Alemania debilitada por la guerra y desgarrada por tensiones internas. Pero lo que logró Thibaut, como nadie antes que él, fue despertar el interés general por la cuestión de un Código alemán común, cuya significación nacional y práctica percibió y subrayó correctamente, y exponer ordenadamente todos los argumentos alegados en favor de la unidad del Derecho Civil. Hasta entonces, no se había llevado a cabo una ordenación tan completa de los mismos. Es esta la que, en lo esencial, se ha utilizado sin variación alguna en la historia de la codificación.

Estimulado por la obra de Thibaut, Friedrich Karl von Savigny expuso por primera vez las ideas que forman la teoría de la escuela histórica, en una obra circunstancial titulada *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*.

Dice Stern que antes de entrar más detenidamente en el contenido de la obra de Savigny, piénsese en las palabras de Rudolf von Ihering, el más grande de sus discípulos y más tarde poderoso impugnador: «La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del Derecho, unida a un esquema de los momentos principales de la historia

de su desarrollo y contrapuesta, como concepción «histórica», a la concepción racionalista dominante hasta entonces».

El hilo de las ideas de Savigny se desarrolla en el sentido que la doble perspectiva histórica y sistemática, indispensable para un jurista, es rara en el siglo XVIII y no existe en forma de libro una buena exposición del Sistema de Derecho romano-alemán; la literatura jurídica alemana no ha mantenido el ritmo de la formación literaria general. A esta época, que en realidad deja entrever huellas de un espíritu vivo en la ciencia del Derecho, hay que negarle, a partir de entonces, capacidad para la creación de un buen código. Tanto más cuanto le falta dominio de la materia, así como también del lenguaje propio de la ley.

Savigny resume su posición frente a los partidarios de un código, diciendo:

En el fin, estamos de acuerdo: queremos una base de un Derecho seguro, seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la nación y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para este fin, ellos piden un código, el cual solo traería la deseada unidad para la mitad de Alemania, y la otra mitad quedaría, en cambio, aún más separada que antes. Yo considero que el medio más apropiado está en una ciencia del Derecho orgánica progresiva, que puede ser común a toda la nación.

También estamos de acuerdo en cuanto a la manera de enjuiciar la situación actual, porque ambos reconocemos que es defectuosa. Pero ellos ven la causa del mal en las fuentes del Derecho y creen que su remedio está en un código, y yo encuentro la causa de este mal más bien en nosotros mismos y precisamente por esto creo que no estamos llamados a hacer un Código.

Ante la sorpresa de muchos, el planteamiento de Thibaut, si bien retrasado por algún tiempo debido a las objeciones de Savigny, acabó por triunfar, dada la gran necesidad de una unificación jurídica alemana. La primera Comisión para la confección de un Código Civil que abarcara todo el Imperio alemán se constituyó en 1874, la cual preparó el primer Proyecto de Código Civil, que fue publicado en 1888. En 1895, se publicó un segundo Proyecto, debido singularmente a las magníficas aportaciones de Winscheid y Goldschmid, que fue sometido al Parlamento y aprobado por fin en junio de 1886, entrando a regir el 1.º de enero de 1900. Este Código es conocido como el B.G.B.

Parecería que ante la presencia de estos dos colosos, el Código francés y el Código alemán, no cabía la elaboración de un gran tercer Código. Sin embargo, la idea de codificar el Derecho Privado entre las naciones aliadas en la primera guerra mundial, comenzando por el Derecho de las Obligaciones, surgió de una conferencia dictada en 1918 en la Universidad de la Sorbona por el jurista italiano Vittorio Scialoja. El acto de la Sorbona fue presidido por el jurista francés Larnaude, decano de la Facultad de Derecho de París, quien acogió con entusiasmo la idea expuesta por Scialoja. El acuerdo entre los dos juristas facilitó la creación de una Comisión mixta franco-italiana, integrada por dos comités: el de Francia, presidido por Larnaude y en el que figuraban hombres de prestigio mundial en la ciencia jurídica, tales como Lyon-Caen, Capitant, Colin, Demogue, Geny, Josserand, Ripert, Pillet y otros; y el de Italia, presidido por Scialoja e integrado por hombres no menos prestigiosos como Anziolotti, Ascoli, Chironi, Diena, Polacco y Vivante. Diez años duró el trabajo de la Comisión mixta y su resultado fue la redacción de un verdadero Código de las obligaciones, destinado a reemplazar las disposiciones que consagran a esa materia los Códigos civiles de Italia y Francia.

Pese a las grandes virtudes del Proyecto preparado, no logró plasmarse legislativamente debido a la incomprensión y a las polémicas políticas de las delegaciones nacionales. Francia se encontraba en la vigilia de la experiencia del frente popular, mientras que Italia se preparaba a entrar en la órbita de la influencia alemana.

En efecto, con el advenimiento del régimen fascista, se sintió en Italia la necesidad de sustituir el Código Civil de 1865, impulsada, además, por el deseo de volcar, al mismo tiempo, sobre la nueva ley las ideas que constituían la base del pensamiento político de Mussolini.

Esto determinó que, al fracasar el Proyecto de Código común de las obligaciones, los italianos reanudaran los trabajos de reforma del Código Civil de 1865 iniciados en 1923, que se iban realizando con parsimoniosa y concienzuda lentitud. Merced al trabajo de los más ilustres juristas, reunidos en un equipo de trabajo dirigido primero por Scialoja y después por D'amelio, y a los aportes hechos por los organismos más capacitados en el área del Derecho, se empezaron a publicar por partes, a partir de 1938, los distintos libros, para facilitar el estudio de la nueva obra por las comisiones. Esta dispersión quedó cerrada el 16 de marzo de 1942, en que se publicó el Código Civil italiano como texto definitivo y de conjunto.

No es este el lugar apropiado para hacer una crítica sobre los méritos y deméritos de los Códigos civiles de Francia, Alemania e Italia. Sin embargo, el desarrollo que se acaba de hacer sirve para poner de manifiesto que Europa continental se ha orientado decididamente por el camino de la codificación con excelentes resultados plasmados principalmente por sus tres mejores Códigos: el francés, el alemán y el italiano. Sin embargo, no han dejado de formularse críticas adversas a esta orientación.

En términos parecidos a la polémica entre Thibaut y Savigny, nos relata Puig Brutau⁶ que se produjo otra en Estados Unidos a finales del siglo XIX entre los abogados norteamericanos David Field y James Carter. El primero era favorable a la codificación basada en las consideraciones siguientes: la codificación logrará que incluso los profanos puedan conocer el Derecho; con ella, el ordenamiento jurídico se convertirá en un conjunto sistemático y proporcionará una base más firme para la predicción del resultado de un litigio; es preferible tener un código imperfecto que no tenerlo, pues ninguna nación que ha llegado a codificar ha vuelto al sistema anterior; y un código puede ser rectificado y mejorado a medida que se conozcan sus imperfecciones.

James Carter, a quien se ha calificado de nieto intelectual de Savigny, por haber sido discípulo de Cushing, discípulo a su vez de Savigny, escribió en 1884 un opúsculo llamado *El proyecto de codificación de nuestro common law*, en el que se pronuncia en contra de la posición de Field, con los siguientes argumentos: aunque se promulgue un código, los jueces no dejarán de crear Derecho ante la necesidad de dictar soluciones justas para situaciones nuevas o imprevistas; un código no sería más accesible a los profanos que el Derecho resultante de los casos; si los preceptos del código fuesen muy generales, no permitirían conocer el resultado de un litigio con la seguridad que se pretende, y si, por el contrario, su redacción fuese muy concreta, daría resultados injustos ante situaciones nuevas; un Código impediría el desarrollo del Derecho y sus efectos solo podrían corregirse cuando ya hubiese producido resultados inconvenientes.

Roscoe Pound dice que Carter tenía razón en la medida en que el Derecho norteamericano del siglo XIX carecía de la madurez necesaria para ser codificado, del mismo modo que pudo tener razón Savigny al estimar lo mismo en relación con la Alemania de su tiempo. Pero

⁶ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona: Casa Editorial S.A., 1980, p. 77.

ninguno de los dos estaba en lo cierto al entender que la legislación no es el medio más adecuado para crear Derecho, aunque tampoco cabe desconocer lo difícil que resulta conseguir que los órganos políticos presten atención a las necesidades del Derecho privado.

Al lado del sistema continental europeo del *civil law*, el mundo anglosajón se ha caracterizado por la ausencia de Código —aunque no de leyes—, siquiera su Derecho Civil viene representado fundamentalmente por la *common law*, que es Derecho en principio consuetudinario, basado en el precedente jurisprudencial, complementado por la *equity* y el *statute law* (leyes especiales), gozando ambos de primacía jerárquica sobre el *common law*.

No obstante, el progresivo desarrollo del *statute law*, que responde a las exigencias de la sociedad industrial y, sobre todo, de la idea social en el Derecho privado moderno, amplía cada vez más el campo del Derecho Civil legislado en estas naciones, con lo que se busca una aproximación con los países occidentales, lo que se manifiesta en los Estados Unidos a través de la reciente codificación de su Derecho mercantil —Código Lewellyn o *Uniform commercial Code*—, que, redactado con carácter general, debía ser aceptado voluntariamente por cada Estado, que efectivamente lo han admitido en su totalidad, con la única excepción de Louisiana. Empero, casi todo el Derecho civil es competencia de cada Estado, que, sin perjuicio de peculiaridades, coincide fundamentalmente en todos ellos: así, en la teoría general de las obligaciones, contratos, propiedad, familia y sucesiones.

A su vez, en el Derecho continental europeo, se ha producido también una aproximación al sistema anglosajón que se manifiesta en el reconocimiento de una mayor libertad al Juez en la aplicación de la norma legislativa, la sustitución de la escuela de la Exégesis por la escuela de la libre investigación jurídica y la moderna defensa de las metamorfosis económicas y sociales del Derecho Civil de hoy.

En el Perú, el primer intento de codificación estuvo a cargo de don Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, quien, por encargo de la Corte Suprema de Justicia, elaboró el Proyecto de Código Civil presentado entre 1834 y 1836. Paralelamente, el General Andrés Santa Cruz, Protector del Estado Sud-Peruano, promulgó el 22 de junio de 1836 el Código Civil del Estado Sud-Peruano. Desde el Código Civil de Santa Cruz de 1836, existe una continuada tradición codificadora, pasando por el Código Civil de 1852, que es el fruto de cuatro Comisiones que presentaron sus respectivos Proyectos en 1825, 1834, 1845 y 1951, y el Código Civil de 1936, elaborado por una Comisión

Reformadora y una Comisión Revisora, hasta el Código Civil de 1984, hemos estado regidos por sucesivos Códigos civiles, cuyas fuentes, según Jorge Basadre, han sido el Derecho español y el canónico como fuerzas tradicionalistas y el Derecho francés como fuerza innovadora y como fuente de inspiración para la técnica externa.

Puig Peña analiza los principales argumentos en contra de la codificación, y formula los correspondientes comentarios.

La paralización del desarrollo jurídico ha sido el punto más movido del debate. La fijación del Derecho en un cuerpo articulado de leyes, dicen los opositores a la codificación, tenía forzosamente que cortar la evolución jurídica, impidiendo el desarrollo del progreso y obstaculizando su devenir. Casi se ciegan las fuentes, sobre todo, la costumbre y la misma doctrina se transforman de constructivas en simplemente interpretativa. Pero los tiempos se encargaron de desmentir este punto de vista. En efecto, si es cierto que en un principio se produce, al promulgarse un Código, una crisis del impulso creador, conforme se va dando en el tiempo las cosas varían profundamente. Aquella temida paralización del desarrollo es solo provisional y sumamente transitoria: con la misma evolución social, surgen otra vez los estudios doctrinarios, las construcciones jurídicas de los Tribunales y aun ciertas costumbres que dan vida distinta a una legislación.

El segundo argumento de los impugnadores es la provocación de la omnipotencia del legislador. Tampoco este argumento resiste una crítica serena, pues ello hubiera sido cierto si con los Códigos el legislador hubiera vuelto las espaldas a la realidad social y hubiera impuesto sus mandatos desconociendo el fondo jurídico del pueblo, alejando, por tanto, a este de su intervención en el progreso y evolución de su mundo jurídico. Pero la realidad es que el codificador siempre ha partido, quiérase o no, de la conciencia jurídica popular y ha recogido en sus instituciones aquellas líneas fundamentales propias de la estructura jurídica de la conciencia colectiva. Los casos aislados que se han dado en la historia de la codificación, de la incorporación total de cuerpos legislativos extraños, han fracasado generalmente.

Finalmente, el tercer argumento es la antinomia que por lo general se produce, una vez dictado el Código, entre la ley promulgada y el derecho vivido. Algo de ello se produce ciertamente con la codificación, pero no con esos caracteres tan rigoristas señalados. En primer lugar, los codificadores se preocupan, al promulgar las leyes, de que las fórmulas que dictan tengan la flexibilidad suficiente para poder

amparar relaciones jurídicas nuevas que el poder creador de la mente humana pueda concebir. Pero aun en el último extremo y ante fórmulas estrictas de concepción rigurosa, siempre cabe la posibilidad de una interpretación extensiva o analógica en su caso.

El mismo autor nos proporciona los siguientes argumentos a favor de la codificación.

a) Favorece la unidad política

El efecto unificador del Código es producto del simplismo de las leyes codificadas, que produce involuntariamente una expansión de su derecho que se manifiesta por vía indirecta en el acercamiento entre los connacionales.

b) Provoca la renovación de los cimientos jurídicos

El codificar significa aprovechar una coyuntura histórica para examinar la vieja disciplina de las instituciones jurídicas para encajarla con un nuevo sentido, arte y orientación, deducido de las enseñanzas de la práctica, los aportes de la doctrina y los ejemplos de la legislación comparada.

c) Contribuye a la estabilidad del Derecho

Las leyes sueltas, aun si se quiere las compiladas, se prestan más a su posible sustitución por el legislador. En cambio, un Código es más difícil de destruir al sustituirlo por otro. La obra legislativa de la codificación es lenta, difícil, requiere una previa labor de comisiones, estudios, petición de informes, crítica, etc., todo lo cual contribuye a la dificultad de sustitución.

d) Facilita el conocimiento y aplicación de las normas

Una justicia buena y eficaz requiere que existan pocas leyes, que estas sean claras y concisas, y que estén a la mano del juzgador. No puede en esta cuestión establecerse siquiera comparación con los regímenes legislativos anteriores a la fase codificadora.

e) Permite elaborar los principios generales que han de servir de base para adaptar el Derecho a la vida

Por debajo de las normas legislativas concretas, corren los principios generales informadores del sistema que viene a actuar como una infraestructura de todo el organismo. Establecidos clara y concretamente estos principios generales se pueden desarticular alguna pieza sustituyéndola por otra cuando al rozar aquella con la vida ha demostrado su ineficacia. Muchos, en efecto, han sido los Códigos que han sufrido modificación en sus preceptos y la obra legislativa en general no se ha resentido, porque los nuevos pre-

ceptos han respondido a los principios generales que gobiernan el sistema.

El balance entre las ventajas y los inconvenientes de la codificación es favorable a esta.

Es verdad, y hay que convenir en ello, que la codificación representa una concepción estática de lo dinámico. El Derecho no es —o no es solo— la norma codificada, sino su vivencia por la sociedad y, por tanto, el Derecho real y vivo es dinámico como la propia sociedad. Ahora bien, la codificación de las instituciones civiles representa un momento preciso y determinado en la vida de las mismas —precisamente aquel en que el legislador sanciona la vigencia del Código—. De esto derivan las consecuencias que pueden ser negativas; de una parte, la codificación paraliza en algún modo la evolución y la vida real de las instituciones jurídicas y; por otra parte, origina una dualidad entre el Código Civil, de un lado, y la realidad jurídica de otro.

Sin embargo, pese a esta incuestionable desventaja, la codificación, aunque no debe entenderse que con ella se llega a un resultado perfecto y definitivo, permite comprobar con más facilidad cuál es el derecho vigente; ofrece más claridad y concisión en las reglas y proporciona mayor seguridad jurídica. Un hecho significativo es que ningún país que ha entrado en la órbita de la codificación sale después de ella, lo que pone de manifiesto que la codificación se adecua al sentir de los pueblos. Por lo demás, la codificación ha representado y representa hoy la nacionalización del Derecho Civil, y esto en un doble aspecto. Por un lado, hacia el interior de cada Estado, al unificar en línea máxima sus instituciones civiles, que se generaliza a todos los ciudadanos del Estado nacional y asegurando su igualdad ante la ley. Por otro lado, hacia el exterior, respondiendo a la exigencia de la soberanía nacional, concretada al respecto en el poder legislativo del Estado.

He tratado, con esta exposición, de dar una visión general del problema de la codificación por considerar que debemos estar conscientes de las ventajas y defectos del sistema que, por convicción y por tradición, hemos adoptado. Hemos visto que no es un sistema perfecto, pero es necesario reconocer que ninguno puede ufanarse de serlo.

Una de las maneras, la mejor quizá, de paliar los efectos negativos del estatismo (inmovilidad de lo estático) del Derecho que produce la codificación es actualizar periódicamente los códigos mediante el cambio de aquellas de sus normas que han devenido inadecuadas bien

sea por defectos intrínsecos o bien por la cambiante realidad de la vida, que siempre aventaja al Derecho.

Al respecto la Ley de Bases del 11 de mayo de 1888, que autoriza al Gobierno español para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en dicha Ley, dispone, en su Base 27, que se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en periodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno las reformas que convengan introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países y utilizables en España y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, debe reconocerse que llegará el momento en que, por razón de la evolución de las ideas jurídicas y del avance inexorable de la ciencia, sea preciso cambiar radicalmente nuestro Código Civil. En esa eventualidad, deberá tomarse en consideración algo que se ha omitido en la larga secuencia de la codificación en el Perú, que es el valioso aporte de la jurisprudencia, sin el cual le faltará al nuevo Código el influjo de la vida real.

La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales

Carlos Alberto Soto Coaguila

1. Jorge Avendaño y la Reforma del Código Civil peruano de 1984

MI AMISTAD CON EL DOCTOR JORGE AVENDAÑO se remonta al inicio de la década de los noventa, al participar en actividades de corte académico y, posteriormente, en las sesiones de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984¹, donde he sido testigo de las excepcionales cualidades intelectuales y profesionales del Maestro.

Debido a tales cualidades, por todos conocidas, no resulta gratuito, sino por el contrario, lógico y natural que se convoque al doctor Jorge Avendaño para integrar o presidir casi la totalidad de las distintas Comisiones Legislativas. De las comisiones que integró, mencionamos a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, la Comisión para elaborar las Bases de Reforma Constitucional y la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 que actualmente preside.

En relación con Código Civil, segunda norma de mayor importancia en un país, es de conocimiento público que desde su promulgación

¹ Oficialmente, la revisión del Código Civil de 1984 se inició en 1994 cuando el Congreso Constituyente Democrático promulgó la ley 26394 (publicada el 22 de noviembre de 1994) con la finalidad de crear una Comisión especial encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil. En dicha Comisión participé primero como Secretario Técnico y en la actualidad como Asesor.

en 1984 se reclamó su reforma. Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia advirtieron de sus vacíos y la falta de sistemática en su interior, así como de algunas incompatibilidades con otros textos legislativos. En este ambiente, los juristas y magistrados no dudaron en proponer una necesaria reforma del Código Civil.

Dentro de esta línea de reforma y mejora del Derecho Civil, el profesor Jorge Avendaño, con un indesligable espíritu visionario, no ha dejado de insistir en que el Derecho deja de ser tal si se divorcia de la realidad, que la enseñanza del Derecho debe estar orientada a promover cambios sociales y que las normas jurídicas tienen efectos socio-económicos que deben ser analizados.² Por ello, para él, las normas no constituyen un fin en sí mismas, sino que son herramientas que bien estructuradas sirven para alcanzar un fin, por lo que siendo la sociedad por concepto cambiante, no puede haber un texto acabado ni mucho menos perfecto, sino siempre mejorable, perfectible.

Desde la instalación de la Comisión Reformadora, el profesor Avendaño ha sido uno de los principales propulsores de la reforma del Código Civil de 1984. Su preocupación por la modificación de las instituciones jurídicas, a fin de que estén al servicio de la sociedad, se percibe en su asistencia casi religiosa todos los lunes a las sesiones de la Comisión, en su participación activa y oportuna en cada una de ellas y en su permanente preocupación por el avance de los trabajos legislativos.

A modo de muestra de la claridad y firmeza de su propósito, recuerdo que en el año 2000, cuando la Comisión de Reforma quedó acéfala y sin la presencia de algunos de sus miembros,³ los asistentes a las sesiones de la Comisión Reformadora nos encontramos ante la disyuntiva de paralizar el debate hasta que se reconstituya la Comisión o continuar con el trabajo legislativo. Por entonces, la Comisión estaba dedicada a la revisión de las propuestas de modificación al

² Estas ideas fueron expuestas por el doctor Avendaño desde la década de los años setenta. Al respecto puede consultarse los trabajos presentados en la II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo. Lima, 10 al 13 de enero de 1973, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1975, p. 21.

³ En el año 2000, el Presidente de la Comisión Reformadora era el doctor Jorge Muñoz Ziches, por entonces Congresista de la República, quién automáticamente cesó en sus funciones en julio de ese año debido a que culminó su mandato parlamentario. Lo mismo ocurrió con algunos de sus miembros designados por el Congreso, como la doctora Lourdes Flores Nano, entre otros.

Libro de los Derechos Reales, las cuales habían sido elaboradas por el grupo de trabajo que coordinaba el doctor Avendaño. Durante este periodo, asistían regularmente a las sesiones que se realizaban en la Cámara de Comercio de Lima, los doctores Manuel de la Puente y Lavalle, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Lourdes Flores Nano, Carlos Cárdenas Quirós, Fernando Vidal Ramírez (en su condición de Miembros de la Comisión), Alfredo Bullard González, Luis Pizarro Aranguren, Francisco Avendaño Arana, Álvaro Delgado Scheelje y el autor de estas líneas (en su condición de Asesores). En este ambiente de incertidumbre, el doctor Avendaño manifestó que el hecho de que el Congreso de la República no designe los correspondientes miembros de la Comisión,⁴ no era impedimento para continuar trabajando oficiosamente, ya que se había formado un grupo de trabajo sólido y que, en todo caso, para cuando las autoridades competentes designen a los nuevos miembros, el trabajo realizado sería beneficioso para la futura Comisión.

Finalmente, el 3 de diciembre de 2002 el gobierno publicó la resolución ministerial 460-2002-JUS designando a los nuevos miembros de la Comisión y nombró como su Presidente al doctor Jorge Avendaño.

Una vez instalada la nueva Comisión Reformadora —o mejor dicho, la nueva etapa de la Comisión—, el doctor Avendaño, con la experiencia y la sabiduría que lo caracterizan, manifestó que el trabajo de la Comisión debía estar destinado a la elaboración de un Proyecto de Reformas Urgentes, una Ley de Enmiendas, compuesto de reformas urgentes y necesarias al vigente Código Civil con la finalidad de actualizarlo y revitalizarlo. Actualmente, el esfuerzo de los integrantes de la Comisión se encuentra orientado en este sentido y se espera que en un plazo breve la Comisión que preside el doctor Jorge Avendaño publique las propuestas aprobadas para el debate y la discusión nacional.

Durante todos los años de trabajo permanente en la Comisión Reformadora, he tenido el privilegio de trabajar de cerca con el profesor Avendaño, aprendiendo de sus conocimientos y experiencia, así

⁴ La Comisión de Reforma del Código Civil, según la ley 26673, está conformada por 13 miembros, 5 designados por el Poder Legislativo y 8 por el Poder Ejecutivo. Los 5 miembros del Poder Legislativo eran Congresistas que al dejar de serlo en el año 2000 ya no podían continuar desempeñándose como miembros de la Comisión. Recién en diciembre de 2003, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo designaron los nuevos miembros.

como de sus dotes personales; como en efecto lo demuestran su puntualidad en las sesiones, sus intervenciones claras y precisas, la redacción magistral de los artículos a aprobarse, su capacidad de síntesis y la virtud de cambiar de opinión cuando las razones lo exigen.

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que el doctor Avendaño es un hombre exitoso. Según la Encuesta El Poder realizada por el Grupo Apoyo en julio de 2003,⁵ el doctor Avendaño fue considerado como el abogado más influyente. No obstante, creo que el éxito del doctor Avendaño no se debe únicamente a su producción jurídica o las conferencias dictadas dentro y fuera del país, ni a los títulos y distinciones que ha recibido o los cargos públicos que ha ostentado, que desde luego son todos muy importantes. El éxito del doctor Jorge Avendaño también se puede observar en el afecto que le tienen sus amigos y en el cariño que le profesa su familia.

Con gran afecto, me aúno al merecido homenaje que hoy se tributa al Maestro Avendaño, con un trabajo que tiene por finalidad analizar la función de una institución del Derecho Civil: la cláusula penal, pero cuestionando su regulación actual, puntualmente la revisión y, en su caso, la reducción judicial de la penalidad pactada, lo cual — desde nuestra perspectiva— debe modificarse en el Código Civil a fin de dotar de plena eficacia a las penas convencionales.

2. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra

En las transacciones comerciales es muy frecuente y hasta natural que las personas se preocupen sobre cómo proteger mejor sus intereses que se encuentran en juego durante la negociación de un contrato. En este contexto, generalmente, y en forma recíproca, se exigen garantías reales o personales, o incorporan medios compulsivos destinados a respaldar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Estas exigencias no se fundan necesariamente en la desconfianza de un contratante respecto del otro, ya que puede ocurrir que ambos contratantes sean muy buenos amigos. Lo que sucede es que simple-

⁵La XXIII Encuesta El Poder en el Perú fue realizada por APOYO Opinión y Mercado entre el 11 junio y el 4 de julio de 2003, para ser publicada en el suplemento especial "El Poder en el Perú 2003", de la revista Semana Económica (cf. <http://www.encuestadelpoder.com/default_poder.asp>).

mente las personas —tal vez hoy más que nunca— son conscientes de que la posibilidad de un incumplimiento contractual es un factor a tomar en consideración al momento de celebrar un contrato, por lo que muchas veces optan por reforzar el cumplimiento del contrato y, en la medida de lo posible, anticipar la indemnización de los daños y perjuicios⁶ mediante la inclusión de una cláusula penal.

La penalidad pactada tendrá la finalidad —entre otras funciones que veremos más adelante— de evitar que el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro tenga que acudir al Poder Judicial para solicitar el cumplimiento del contrato o reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, todo ello con la consecuente pérdida de tiempo y la incertidumbre del resultado del proceso, además de los múltiples costos que deberá invertir en el proceso judicial correspondiente, tales como los costos de abogados, aranceles judiciales, peritos, entre otros.

Por otro lado, la inclusión de una cláusula penal en un contrato tiene la función de reforzar el cumplimiento de los acuerdos contractuales y desincentivar el incumplimiento mediante la aplicación de la pena convencional al contratante que no cumpla con su palabra empeñada.

Consiguientemente, para ambos contratantes resultará mucho más conveniente —en muchos casos, sumamente idóneo— pactar anticipadamente una solución al posible incumplimiento de alguno de ellos y de esa manera evitar los complicados procesos judiciales.

Sin embargo, esta solución —razonable y jurídicamente viable—, que se puede lograr mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, no cumple su cabal cometido en el derecho peruano.

El Código Civil peruano, vigente desde 1984, permite que las personas puedan pactar penalidades mediante la inclusión de cláusulas penales, con la finalidad de anticipar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de alguno de ellos (artículo 1341) y con ello evitar —en el futuro— su discusión en los tribunales judiciales. Sin

⁶ Tradicionalmente, y hasta en forma inconsciente, nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, como si los daños fuesen distintos de los perjuicios; empero, si recurrimos al *Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española* (Valencia: Editorial Alfredo Ortells, S.L., 1995, pp. 310 y 748), veremos que daño y perjuicio son sinónimos. Por consiguiente, se puede concluir que daño es sinónimo de perjuicio y a su vez todo perjuicio es un daño. En tal sentido, impropriamente nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, cuando lo correcto es aludir únicamente a la «indemnización de daños».

embargo, el propio legislador permite que las penalidades puedan ser revisadas judicialmente y, por ende, reducidas por el juez cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346).

Frente a ello, podemos afirmar que el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que por un lado permite pactar penalidades convencionales y, por otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función de la cláusula penal se desnaturaliza.

A lo largo del presente trabajo analizaremos la regulación de la cláusula penal en el Código Civil y las funciones jurídico-económicas que cumple. Una vez delimitadas las funciones y la utilidad de las cláusulas penales en los contratos cuestionaremos críticamente, y en forma positiva, la revisión de las penalidades libre y voluntariamente pactadas, anticipando desde ahora la necesidad de una reforma legislativa tendiente a dotar de plena eficacia a las penalidades contractuales con la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la libertad de contratación en las transacciones comerciales.

3. La cláusula penal:⁷ concepto y funciones

3.1. Concepto

Con relación al concepto de la cláusula penal, Jorge Peirano Facio⁸ ha escrito que «[...] no existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de qué debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de cuál sea la naturaleza de la misma». Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que «[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas».

⁷ La expresión «cláusula» alude a una cláusula o estipulación de un contrato; sin embargo, la expresión más idónea, desde nuestra perspectiva, es la de «pena o penalidad convencional».

⁸ Cf. PEIRANO FACIO, Jorge. La cláusula penal. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982, p. 105.

La cláusula penal nace en el primitivo derecho romano con una finalidad conminatoria. Luego de ello, la cláusula penal cumpliría una función indemnizatoria o reparadora.

Esto puede explicar las diversas orientaciones conceptuales planteadas por la doctrina.

En el derecho alemán, Ludwing Enneccerus, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es «[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente».⁹

En el derecho francés, Louis Josserand sostiene que «La cláusula penal es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente».¹⁰ En la doctrina española, Luis Díez-Picazo menciona que «Se denomina "pena convencional" a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal».¹¹

Francesco Messineo, comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que «La cláusula penal es una promesa accesoria de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a título de pena (o multa) para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato [...]».¹²

Aída Kemelmajer, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal «[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o

⁹ Cf. ENNECCERUS, Ludwing. *Derecho de obligaciones*. Vol. I. Traducción de 35.^a ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 187.

¹⁰ Cf. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 518.

¹¹ Cf. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5.^a ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996, pp. 397-398.

¹² Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 218.

irregularmente». ¹³ En el mismo sentido, Jorge Mosset Iturraspe afirma que «La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una "pena" de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber». ¹⁴

En el derecho peruano, Felipe Osterling Parodi, sostiene que por medio de la cláusula penal «Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación». ¹⁵ Para Carlos Cárdenas Quirós, la cláusula penal —cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional—, es el «[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos —cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración—) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor —si el acreedor contraviene el deber de colaboración—) en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal». ¹⁶

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que «La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento». ¹⁷

¹³ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 17.

¹⁴ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978, p. 71.

¹⁵ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. «Obligaciones con cláusula penal». En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998, p. 301.

¹⁶ Cf. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado I*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 349, nota a pie de página 1.

¹⁷ Cf. la Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones), realizada por Felipe Osterling Parodi con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, contenida en la obra *La exposición de motivos y comentarios del Código Civil*, compilada por Delia Revoredo. Lima: Okura Editores, 1985, p. 463. También puede consultarse OSTERLING PARODI, Felipe. *Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 224.

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe Osterling Parodi en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341 que «El pacto por el que se acuerda que, en caso incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Como podemos apreciar, las definiciones y conceptos esbozados están íntimamente ligados a las funciones que cumple o puede cumplir la cláusula penal, por lo que resulta necesario analizar tales funciones, a efecto de poder comprender la esencia y la razón de ser de la cláusula penal.

3.2. Funciones de la cláusula penal

Desde el ámbito jurídico, la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones:

- (i) punitoria o compulsiva,
- (ii) indemnizatoria o resarcitoria,
- (iii) resolutoria, y
- (iv) preventiva o disuasiva.

Veamos cada una de ellas.

3.2.1. *Función punitoria o compulsiva*

Según esta función la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

Esta función —concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*)—, en palabras de Jorge Mosset Iturraspe, ha recobrado vigencia en el derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126

¹⁸Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 78.

que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones. Sin embargo, la doctrina francesa ha relegado esta función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la ley.¹⁹

Un importante sector de la doctrina denomina compulsiva a esta función, tal es el caso del recordado maestro Guillermo A. Borda cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de "[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa [...]".²⁰ Por su parte, Aída Kemelmajer de Carlucci sostiene que la cláusula penal "Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación".²¹

3.2.2. *Función indemnizatoria o resarcitoria*

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, "[...] la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación".²² No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad —y por ende indemnización— sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Al respecto, el maestro Guillermo A. Borda sostiene que considerar a la cláusula penal como una indemnización propiamente dicha es un error, ya que "[...] la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente, se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento".²³

¹⁹ Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

²⁰ Cf. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I.* 5.a ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, p. 197.

²¹ Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 3.

²² Cf. *Ibid.*, p. 6.

²³ Cf. BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 197.

De alguna manera, la función indemnizatoria o resarcitoria de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1341 del Código Civil peruano, cuando dispone que la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad y que dicha penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se le devuelva la contraprestación. Nótese que la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor.

3.2.3. *Función resolutoria*

Es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

Según el Código Civil peruano, mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, causal que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor.

Sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la cláusula penal.²⁴

Comentando la legislación argentina, Jorge Mosset Iturraspe señala que «[...] la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una "opción"; el art. 659 (del Código Civil argentino) nos dice que, "a su arbitrio", podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, "una de las dos cosas"; y agrega, interpretando a contrario sensu, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente».²⁵ En

²⁴ Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 81.

consecuencia, en virtud de la exigibilidad que tiene el acreedor de la penalidad pactada en caso de incumplimiento del deudor, la relación contractual se extingue, por lo que la cláusula penal encierra implícitamente la función resolutoria.

Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues no existe el derecho de opción a que alude el artículo 659²⁶ del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342 del Código civil peruano permite que en las penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación. Así, podemos concluir que la solicitud de la penalidad pactada no resuelve el contrato, ya que conforme lo dispone el artículo 1342 está permitido que el contratante fiel —el que ha cumplido— exija a su contraparte infiel el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo, también exija el pago de la penalidad que ya se ha generado por causa de dicho incumplimiento.

No obstante, la solución en nuestro Código de Comercio, vigente desde 1902, es distinta. El artículo 56²⁷ del vetusto texto legislativo dispone que en los contratos mercantiles que contengan cláusulas penales que fijen pena de indemnización contra el que no cumpliere con sus obligaciones; la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena pactada; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario. Por consiguiente, realizando una interpretación a contrario sensu, como lo advierte Jorge Mosset Iturraspe, con el pago de la penalidad se extingue la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente. Así, la penalidad podría cumplir una función resolutoria, pero únicamente en los contratos mercantiles regulados por el Código de Comercio peruano; salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, es decir, que el ejercicio de

²⁵ Cf. *Ibid.*, pp. 81-82.

²⁶ «Artículo 659.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal».

²⁷ «Artículo 56.- Contratos con cláusula penal.

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario».

cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 56 del Código de Comercio no extinguirá la otra acción.

Nosotros somos de la opinión que la cláusula penal no cumple una función resolutoria, ya que el acreedor podría facilitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada.

3.2.4. *Función preventiva o disuasiva*

Esta función no ha sido desarrollada explícitamente por la doctrina civilista, pero desde nuestro punto de vista es la más importante de todas.

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones.

El uso de las cláusulas penales en el ejercicio y práctica profesional confirman lo expresado.

Con una visión realista, y cuya opinión compartimos plenamente, José Puig Brutau ha escrito en la década de los cincuenta lo siguiente:

Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con ello tal vez aumentarían las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural. Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento.²⁸

Al respecto, reiteramos que cuando se pacta una cláusula penal no se busca el enriquecimiento de uno de los contratantes o el empobrecimiento del otro, ni menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. Lo que persiguen los contratantes, las personas de carne y hueso, es reforzar el cumplimiento del contrato, evitar el incumplimiento. Su preocupación está centrada en ver la forma de cómo se incentiva, jurídicamente, al cumplimiento de los acuerdos contractuales, y la cláusula penal es una forma idónea para tal cometido.

Dentro de esta perspectiva, Jorge López Santa María advierte que «La cláusula penal sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal».

A modo de ejemplo analicemos las cláusulas penales en un contrato de arrendamiento:

Cuando se celebra un contrato de arrendamiento, el arrendador — normalmente el contratante que se ve perjudicado por el incumplimiento del arrendatario— busca la forma de que al vencimiento del contrato de arrendamiento el arrendatario le devuelva inmediatamente el bien arrendado y que este, desde luego, se encuentre en buen estado.

¿Cómo se puede lograr que los arrendatarios cumplan con entregar los bienes recibidos en arrendamiento al vencimiento del contrato?

Una forma es la solicitud, al momento de contratar, de sumas de dinero al arrendatario en calidad de garantía que serán devueltos por el arrendador al momento de recibir el departamento. Estos montos, generalmente, sirven para cubrir posibles deterioros que haya sufrido el bien por culpa del arrendatario. La solicitud de sumas de dinero se conocen en el medio inmobiliario como el 2 por 1, 3 por 1, etc., que significa: si usted toma en arrendamiento un bien, por ejemplo un departamento, tiene que dar en garantía el equivalente a 2 ó 3 meses

²⁸ Cf. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. Tomo I, vol. II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 472.

de la renta pactada. Sin embargo, este mecanismo no funciona, ya que normalmente sucede que durante la ejecución del contrato de arrendamiento el arrendatario incumple o se retrasa en el pago de la renta, con lo cual se pide al arrendador que se haga pago con la garantía entregada al momento de celebrar el contrato, y por lo que, en la práctica, al finalizar el contrato de arrendamiento ya no existe la mencionada garantía.

El otro mecanismo para presionar a los arrendatarios a que cumplan con devolver el bien arrendado es la inclusión de cláusulas penales. Normalmente las penalidades pactadas están referidas a los casos en que el arrendatario no cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento o cuando este se resuelva; en tales supuestos el arrendatario estará sujeto al pago de una penalidad al arrendador de una determinada obligación, generalmente una suma de dinero, asumamos que se pacta US\$ 20.00 como penalidad por cada día de retraso en la devolución del bien arrendado.

Si por ejemplo, la renta mensual pactada por el arrendamiento es de US\$ 250.00, y el arrendatario —al vencimiento del contrato— no cumple con devolver el bien y solo transcurrido un mes lo devuelve al arrendador, en aplicación estricta de la cláusula penal el arrendatario estaría obligado al pago de una penalidad de US\$ 20.00 por cada día de retraso lo que multiplicado por un mes nos da un total de US\$ 600.00 como penalidad. Como se puede apreciar, la penalidad que debe pagar el arrendatario infiel es más del doble de la renta pactada.

En este contexto, tal vez algunas personas —con muy buena intención— dirán que si el arrendatario se demoró un mes en entregar el bien, lo justo es que pague el importe de un mes de renta, es decir US\$ 250.00, pues resulta injusto y excesivo que pague US\$ 600.00. Sin embargo, no compartimos tal razonamiento.

Cuando el arrendador pacta una cláusula penal lo que desea y busca es que el arrendatario cumpla con sus obligaciones, en este caso, que cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha convenida. El arrendador, no piensa ni desea beneficiarse con la penalidad, tampoco desea que el arrendatario se perjudique, lo que busca es recuperar la posesión del bien de su propiedad; todo lo cual se va a lograr en forma eficiente si se pacta una cláusula penal que desanime a los arrendatarios inescrupulosos a que permanezcan en posesión del bien más allá del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.

En este ejemplo, puede observarse claramente la función preventiva de la cláusula penal, la cual consideramos es una función esencial.

Prevenir el incumplimiento del contrato e incentivar su cumplimiento es algo casi natural que buscan los contratantes cuando se vinculan jurídicamente.

3.3. Función económica de la cláusula penal

La cláusula penal no solo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante función económica. Mediante la estipulación de penalidades los contratantes disminuyen los costos de transacción o costos de contratar, es decir, los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar el contratante infiel. Debemos precisar que la pensión indemnizatoria, si bien no es esencial, resulta un mecanismo útil para evitar demandas de daños y perjuicios.

Por otro lado, el acreedor se ve liberado de la carga probatoria de los daños y perjuicios sufridos, ya que frente al incumplimiento lo único que solicitará es la ejecución de la penalidad, lo cual desde luego es más beneficioso y menos costoso para el acreedor.

Del mismo modo, las penalidades convencionales generan un mecanismo de autocumplimiento, aunque sea forzado por la pena convenida, de los acuerdos contractuales, lo cual es altamente beneficioso para el tráfico patrimonial.

3.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano

3.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional

Antes de analizar la forma cómo el legislador peruano ha regulado la cláusula penal, debemos definirla. Como hemos podido apreciar, en doctrina no existe un concepto uniforme de la cláusula penal y ello se debe fundamentalmente a que cada autor pone de relieve en su concepto alguna de las funciones de la cláusula penal, es decir, define a esta figura tomando como base la función que ella cumple.

El Código Civil peruano tampoco define a la cláusula penal. El artículo 1341 del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce estableciendo que «[...] el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resar-

cimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere [...]».

Desde nuestra perspectiva, la cláusula penal debe cumplir esencialmente las siguientes funciones:

- (i) preventiva o disuasiva, y
- (ii) punitiva o sancionadora.

Partiendo de las funciones esenciales podemos afirmar que la cláusula penal *es la prestación —de dar, de hacer o de no hacer— libremente pactada con el carácter de pena convencional con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.*

Adicionalmente, la cláusula penal puede cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos. Mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados.

Respecto a la función indemnizatoria o resarcitoria, debemos precisar que ella no es una función esencial de la cláusula penal, ya que de serlo tendríamos que concluir que todo incumplimiento por parte del deudor ocasiona un daño y consecuentemente la cláusula penal sirve para anticipar los daños y perjuicios. Tal afirmación no es del todo cierta, ya que un incumplimiento puede que no ocasione ningún daño o que el quantum del daño sea mínimo frente a la penalidad pactada. En estos casos, la cláusula penal no está orientada fundamentalmente a indemnizar los daños y perjuicios.

Recordemos que los daños que se pueden causar son daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante; y los extrapatrimoniales por el daño a la persona o daño moral. Bajo este criterio de clasificación de los daños ¿es posible calcular los daños extrapatrimoniales? ¿Es posible calcular anticipadamente los daños morales que puede sufrir una persona y, por tanto, pactar una pena convencional que cumpla una función indemnizatoria para el caso de in-

cumplimiento? Sin lugar a dudas, ello es imposible. Si una vez ocurrido un daño es bastante complicado calcular los daños, ¿cómo realizar un cálculo anticipado? Este breve análisis, nos permite concluir que definitivamente la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria.

En conclusión, *la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.*

3.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el código civil peruano de 1984

La legislación peruana no solo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación (artículo 1341), sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado. Cuando se pacta cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho para exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación (artículo 1342).

La estipulación de cláusulas penales puede realizarse conjuntamente con la obligación principal o en acto posterior; es decir, la penalidad puede pactarse al momento de celebrar el contrato o durante su ejecución.

En este contexto, nos preguntamos si es posible pactar una cláusula penal con anterioridad a la realización de un contrato. Creemos que ello no es posible, debido al carácter accesorio de la cláusula penal. Según el artículo 1345 del Código Civil peruano la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal. De esta norma se puede deducir que la cláusula penal tiene una naturaleza de accesoriedad, ya que existe en razón de una obligación principal. Esta característica ha sido precisada por la jurisprudencia peruana al disponer que «La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal».²⁹

²⁹ Cf. Expediente 272-97 de la Corte Superior de Justicia de Lima.

A este carácter accesorio, Felipe Osterling Parodi, agrega que la cláusula penal también es una estipulación subsidiaria y condicional. Según este autor, «La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena. [...] Se trata de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña no la reemplaza». Respecto al carácter condicional, Osterling, afirma que «[...] para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad».³⁰ Respecto al carácter condicional, debemos precisar que ello no debe entenderse como que la cláusula penal al ser condicional es una modalidad del acto jurídico,³¹ sino únicamente de que el pago de la penalidad pactada está supeditada al incumplimiento de la obligación o a mora del deudor, según se haya pactado.

Coincidimos con Osterling que la cláusula penal no puede pactarse con posterioridad al incumplimiento de la obligación,³² empero nuestras razones son distintas. Para Osterling, si se produce el incumplimiento de la obligación y las partes acuerdan el monto de la indemnización de los daños y perjuicios, este acuerdo no revestirá las características de una cláusula penal, sino de una transacción. En nuestra opinión, como la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, el pacto de una penalidad con posterioridad al incumplimiento resulta absurdo, pues si la cláusula penal tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, no tendría ningún sentido pactarla cuando ya se produjo el incumplimiento.

Cabe precisar que la cláusula penal será exigible cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, para lo cual se requiere que la causa de incumplimiento sea imputable al deudor, bien porque actuó con dolo o culpa, o porque la ley le atribuye tal imputabilidad objetivamente como puede ocurrir en los casos de que el deudor se valga de terceros para ejecutar su prestación, en tales casos, según el artículo 1325 del Código Civil, el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los terceros que haya utilizado para ejecutar su prestación.

³⁰ Recordemos que las impropias llamadas modalidades del acto jurídico son el plazo, la condición y el cargo.

³¹ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 303-304.

³² Cf. *Ibid.*, pp. 301-302.

Si en un contrato se pacta una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor (artículo 1344). Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización está obligado a acreditar los daños sufridos y determinar la cuantía de los mismos. Tratándose de una penalidad contractual, no se requiere demostrar ni probar los daños, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe Osterling Parodi señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inejecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada, la penalidad es el *resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios*; en cambio, cuando se estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización *resarcirá los daños y perjuicios moratorios*.³³

Con relación a la función indemnizatoria y resarcitoria de la cláusula penal ya hemos precisado que ella no es su función esencial, ya que puede ocurrir que en algunos casos de incumplimiento de obligaciones no se cause daño al acreedor con lo cual la penalidad pactada no tendría la función de resarcir los daños. Sin embargo, nuestro Código Civil ha optado por atribuir a la cláusula penal una función de resarcimiento al señalar en el artículo 1341 que el pago de la penalidad pactada tiene el efecto de limitar el resarcimiento.

Tratándose varios deudores se debe tener en cuenta si la obligación de la cláusula penal es solidaria o mancomunada. Si la cláusula penal es solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores está obligado al pago íntegro de la penalidad; en caso de muerte de algún codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia (artículo 1349). Empero, si la obligación es mancomunada, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor, según sea el caso, está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible (artículo 1347).

³³ Cf. *Ibid.*, pp. 301-302.

Cuando la cláusula penal fuera indivisible, cada uno de los deudores o, en su caso, sus herederos, está obligado al pago íntegro de la penalidad (artículo 1348).

El Código Civil también prevé la facultad de los codeudores que no fuesen culpables del incumplimiento de la obligación, pero que fueron conminados al pago de la penalidad, el derecho de exigir el pago contra el codeudor o codeudores culpables que dieron lugar a la aplicación de la penalidad (artículo 1350).

4. Inmutabilidad de las penas convencionales

El artículo 1346 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente:

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Anteriormente hemos advertido de las funciones de la cláusula penal, colocando el acento en la función preventiva o disuasiva, en el sentido de que mediante la estipulación de penalidades, libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación, se refuerza el cumplimiento del contrato. También hemos manifestado que las cláusulas penales pueden cumplir funciones indemnizatorias, ya que por medio de ellas se pueden anticipar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, y evitando afrontar un largo proceso donde mediarán pruebas, excepciones, etc., con los respectivos costos que ello importa, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Empero, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o revisión de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina, por lo que un breve recuento histórico nos permitirá comprender mejor sus alcances.

En el Derecho romano una nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. El gran Pothier, cuyas ideas inspiraron al Código Civil francés, sostenía que la pena estipulada podía «ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva».³⁴ Para Pothier «[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación».³⁵ Para este tratadista, cuando la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado al acreedor debe reducirse, pues lo contrario atentaría contra su naturaleza. No cabe la menor duda que para Pothier la cláusula penal cumple una función indemnizatoria. Pese a la gran influencia de las ideas de Pothier en la elaboración del Código francés, su opinión sobre la reducción de la cláusula penal no fue aceptada, y ello se debe al carácter liberal y el respeto casi absoluto de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, el Código francés no concedió a los jueces la facultad de revisar y, en su caso, reducir la cláusula penal.³⁶

El Código Civil alemán, conocido como el BGB, siguió un camino distinto al Código francés, pues permitió la modificación de la pena a petición del deudor. Al respecto, Enneccerus sostiene que «Como quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C.c. ha dispuesto que la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aun no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial a petición del deudor (§ 343)».³⁷ Esta facultad de modificación concedida a los jueces por el Código Civil alemán, no se aplica para las penas convencionales que un comerciante haya prometido en la explotación de su comercio (Código de Comercio, § 348). El Código

³⁴ Cf. POTHIER, R. J. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 212.

³⁵ Cf. *Ibid.*, loc.cit.

³⁶ Cabe precisar que desde 1804 hasta 1975, el Código francés respetó las penalidades contractuales, pero el 9 de julio de 1975 mediante la ley 75-597 se modificó el Código Civil francés para permitir que los jueces modifiquen las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.

³⁷ Cf. ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. Vol. I: Doctrina General. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 191.

Civil alemán no solo faculta a los jueces para disminuir la pena, sino también para aumentarla cuando sea diminuta.

Por su parte, el Código Civil italiano dispone en su artículo 1384 que «El monto de la pena puede ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento». Como explica Messineo,³⁸ «[...] el deudor no puede exigir una reducción de la penal; sólo el juez —y únicamente en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea manifiestamente excesivo (es decir, adquiera un carácter usurario), tiene la facultad de reducirla equitativamente, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento». El propio Messineo, agrega que al «[...] juez no se le atribuye ningún poder en el caso de penal insuficiente».

Con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, podemos señalar que todas permiten la revisión de las penalidades convencionales.

Una solución distinta es la que adoptó el Código Civil brasileño de 1916, que en su artículo 920 atribuyó el carácter de intangible de la cláusula penal, pero siempre y cuando la pena no exceda a la obligación principal. El Código de Brasil impuso un límite a la estipulación de las penas convencionales: la obligación principal. Pero este Código fue derogado por un nuevo Código Civil vigente desde enero de 2003. El novísimo texto dispone en su artículo 412 que el valor de la pena convencional no podrá exceder a la obligación principal; del mismo modo mediante el artículo 413 dispone que la penalidad sea reducida equitativamente por el juez cuando la obligación haya sido cumplida en parte o cuando la pena sea manifiestamente excesiva, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico. Nótese que el moderno Código brasileño permite la reducción de la pena.

La mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal en la codificación peruana no ha sido uniforme en uno u otro sentido. El Código Civil de 1852 siguió los lineamientos y principios del Código Civil francés y contempló la inmutabilidad de la cláusula penal y el respeto de los acuerdos contractuales de la siguiente manera:

³⁸ Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, p. 220.

Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado.

Respecto al Código Civil de 1936, este facultó, mejor dicho impuso la obligación, a los jueces de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1227). Esta norma, hay que decirlo, no fue propuesta por la Comisión que redactó el Código Civil de 1936, sino que fue introducida por la Comisión Revisora — como es costumbre en nuestro país—. La propuesta original de la Comisión Reformadora consignaba en el proyecto los siguientes artículos:

Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.

El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.

Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal.

El codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal; del mismo modo precisaba el carácter intangible de la pena, señalando que el deudor no podía negarse a su cumplimiento alegando que la pena era excesiva. Excepcionalmente, el codificador de 1936 permitió la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o cuando se haya cumplido irregularmente.

Debemos advertir que para los codificadores de 1936 la cláusula penal sigue cumpliendo una función indemnizatoria. El maestro León Barandiarán, comentando el artículo 1227 del Código Civil de 1936, expresaba: "En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de la utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la re-

ducción. Bien, no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una existencia precaria y de fortuita eficacia".³⁹

Por su parte, el vigente Código Civil de 1984 permite que los deudores puedan solicitar al juez la revisión y consecuente reducción de las penas convencionales cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346). Como en la redacción del Código Civil de 1936, en la redacción del Código Civil de 1984 el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora fue modificado por la Comisión Revisora. En efecto, la Comisión Reformadora, adoptando el principio del Código brasileño de 1916, diseñó el siguiente texto:

Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida.

Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.

En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder el monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.

Artículo 1365.- El juez sólo podrá reducir la pena en caso de incumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor.

Según anota Felipe Osterling, la Comisión Revisora «consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado idóneamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio —como ocurría en el Código Civil de 1936— sino tan sólo a solicitud del deudor».⁴⁰

Luego de este breve recuento histórico, donde advertimos que la cláusula penal se debate entre la inmutabilidad y la mutabilidad, es conveniente preguntarnos si la cláusula penal, o mejor dicho, si las

³⁹ Citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en *Estudios de Derecho privado I. Op. cit.*, pp. 411-412.

⁴⁰ Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 312-313.

penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena.

Partiendo de la función esencial de la cláusula penal: su carácter preventivo, respondemos negativamente la pregunta formulada; es decir, somos partidarios del respeto de los acuerdos contractuales y contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- i) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.
- ii) Que la pena sea manifiestamente excesiva,.
- iii) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.
- iv) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Respecto a que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito, pero no una realidad. La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, Labeón y Paulo sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor.⁴¹ De este axioma, convertido en todo un principio general del Derecho que ha influido en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos sub-principios: el *interpretatio contra stipulatorem*⁴² y el *favor debitoris*.⁴³

⁴¹ Labeón, en el D. 18,1,21 escribe que «[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento» y Paulo, en el D. 50, 17,172 afirma que "En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

⁴² El principio *interpretatio contra stipulatorem* sentencia que «[...] cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil, nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que es una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado per se como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes —productores o empresarios— que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

Creemos que no podemos seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata a las personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

El rol del Derecho, en nuestra sociedad, debe estar orientado a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no solo sean iguales ante la ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos

en contra del estipulante» (Véase: DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 252).

⁴³Por el principio favor debitoris se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quién haya contraído la obligación. En suma, esta regla «[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad» y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos celebrados sobre la base de Cláusulas Generales de Contratación (CGC) deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (Véase: DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, p. 254).

que celebren sean equilibrados. En el Derecho ya existe un conjunto de figuras jurídicas tendientes a moderar la falta equidad o injusticias, tales como la buena fe, la equidad, la lesión y el abuso de derecho, entre otras.

Por tanto, el deudor no puede ser tratado con privilegios frente a su acreedor. La Ley debe tratar a todos por igual.

Ahora, respecto de la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada respecto de la obligación principal, debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, no serviría para nada, pues no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$ 200.00 e incorporan una cláusula penal de \$ 1.00 por cada día de retraso en caso de que el arrendatario no devuelva el bien al finalizar el contrato, es natural que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, por el contrario podría optar por quedarse más tiempo en el departamento ya que si se demora 30 días en devolver el inmueble arrendado, la pena que deberá pagar será de US\$ 30.00. Indudablemente esto es una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Tampoco se podría pactar como pena un monto no superior a la obligación principal —en este caso sería la renta mensual que es de US\$ 200.00—, ya que al arrendatario le dará igual quedarse en posesión del bien y pagar al finalizar el mes la suma de US\$ 200.00 como penalidad y a la vez como renta mensual. Nada más ilógico. En consecuencia, las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad de que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin necesidad de que exista una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Sin embargo, la realidad es distinta. La realidad comercial nos demuestra que en la mayoría de los casos las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que pro el contrario se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como medios compulsivos, que permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos pueden ser las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar las garantías reales (prenda, hipoteca) y personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, pues teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena —que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo— debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento, que debiera ser espontáneo, para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas siempre serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen a la vez la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello cabe preguntarse, si el acreedor es el que ha decidido que la penalidad se aplique o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación. Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas es el deudor, pues si él cumple sus obligaciones en forma diligente y oportuna el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor haya cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe Osterling, escribe que «[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello».⁴⁴

Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, p. 319.

Al respecto, creo que debemos enfocar el problema desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo debe pagar una renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes y el saldo será cancelado dentro de una semana, en ambos casos lo que hay no es otra cosa que una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial aceptado por el acreedor (arrendador), este intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no solo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. Del mismo modo, el contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado, para lo cual cada uno de los contratantes debe colaborar con el otro a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario solo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda de que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y en caso de hacerlo con cargo al cambio de la mercadería, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y estos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones, impropriamente denominadas por el Código Civil peruano como inexecución de obligaciones, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria, por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, esta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Así, si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, esta debe reducirse pues el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón de que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento.

Cuando desarrollamos las funciones de la cláusula penal hemos puesto de manifiesto que la cláusula penal no tiene ni cumple esencialmente una función indemnizatoria o resarcitoria. La función esencial es la función preventiva, junto con la función punitiva. Por consiguiente, cuando el deudor incumple con sus obligaciones, que dicho sea de paso tal incumplimiento es imputable a él por dolo o culpa, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada. Ello es similar al insulto que profiere un sujeto a otro y luego de ello le dice «pero qué te he hecho, acaso te he causado daño». O que el deudor diga al acreedor «he cumplido tardíamente, pero he cumplido, cómo vas a exigirme el pago de la penalidad si he cumplido. Más vale tarde que nunca. En todo caso pídemme algunos intereses moratorios». Y al respeto, los acuerdos contractuales y la seguridad jurídica ¿dónde quedaron? No creo que en letra muerta.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con

sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se aplicará castigo o pena alguna.

Nos ratificamos, pues, en nuestra postura de considerar inmutable e intangible la pena convencional y libremente pactada.

5. A modo de conclusión

Hemos manifestado que la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.

Dentro de este contexto, la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, y en forma secundaria, puede cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause daños al acreedor.

Si los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), esté en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución. Por tanto, resulta inequitativo, además de ineficiente, que precisamente el sujeto que incumple con sus obligaciones acuda a un Juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó. No olvidemos que este deudor también pudo convertirse en acreedor en el caso de que el otro contratante incumpliese. Ello suele ocurrir, pues normalmente se pactan cláusulas penales recíprocas.

Por consiguiente, no podemos manifestar categóricamente que cuando se pacta una penalidad un contratante se aprovecha del otro. Inclusive en muchos contratos, como en los contratos de obra, no solo se pactan penalidades sino también premios cuando un contratante cumple con sus obligaciones en forma anticipada.

Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que no participamos de la tesis

de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el juez.

Urge, pues, una reforma legislativa del artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar la función de la cláusula penal y garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.

Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad

Fernando de Trazegnies Granda

*A Jorge Avendaño,
gran jurista y mejor amigo.*

TENGO CON JORGE AVENDAÑO una relación antigua y profunda. Nuestras familias eran amigas y es así como lo conozco desde muy joven, primero como peligroso motociclista, después como avezado fotógrafo de noticias y luego como apasionado estudiante del Derecho. Más tarde fuimos colegas en la vida profesional y también colegas como profesores en la Universidad: fue Jorge Avendaño quien me convenció para balancear mi entonces incipiente práctica de abogado con una dedicación de tiempo y de cariño a la Universidad. Lo seguí en sus osadas aventuras académicas, más tarde compartimos problemas similares. Siempre recibí sus buenos consejos. Y siempre hemos sido y somos amigos entrañables.

Todo ello me permite dar testimonio privilegiado de su intensidad de vida, de su afán desbordante por hacer siempre las cosas algo mejor de lo que han sido hechas antes, de su sensibilidad y su valentía para la innovación y el cambio. Y es esa intensidad que lo llevó a la cátedra y, desde ella, como no podía ser de otra manera, a replantear la enseñanza del Derecho. El movimiento reformista de la metodología de la enseñanza del Derecho —independiente de cualquier ideología o filosofía política— que surgió por impulso de Jorge Avendaño

a finales de la década del sesenta, constituye un hito fundamental en la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y quizá de la enseñanza del Derecho en el Perú. Preocupado como Decano por sustituir un aprendizaje muchas veces memorístico por una reflexión permanente y por un desarrollo de habilidades que permitieran al futuro abogado aplicar eficazmente el Derecho, Avendaño tomó contacto con la Universidad de Wisconsin y, con el apoyo de la Fundación Ford, logró organizar un programa de formación de profesores de Derecho en los Estados Unidos, con la influencia del *case method* y del *problem method*, desarrollados particularmente por Oliver Wendell Holmes en sus clases en la Universidad de Harvard. Esa nueva metodología activa que se había extendido primero por las facultades de Derecho de las universidades norteamericanas, luego fue acogida por las Escuelas de Negocios y las Facultades de Economía en ese país. Y, gracias a la aguzada vista hacia el futuro de Jorge Avendaño y a su disposición para las innovaciones cualquiera que fuera el costo personal de llevarlas adelante, la nueva metodología llegó a la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Al principio, este esfuerzo fue mal comprendido por los sectores académicos más tradicionales. Sin embargo, un grupo de profesores apoyamos la iniciativa y, dirigidos por Jorge Avendaño, llevamos adelante la reforma. Pronto se comprobó las enormes ventajas del nuevo método; y, luego de algunos años de experimentación, la metodología activa se implantó definitivamente entre nosotros, adaptándose por cierto a la naturaleza de cada curso, al temperamento de cada profesor y a las posibilidades reales de cada situación. Pero el común denominador fue una enseñanza más horizontal, una enseñanza que hace pensar, una enseñanza que entrena al alumno a razonar y que lo libera de un determinado código o ley para darle la habilidad de acceder de manera inteligente y jurídicamente culta a cualquier tipo de ordenamiento jurídico. Esta nueva y refrescante atmósfera de las clases de Derecho pasó más tarde a otras universidades del país, beneficiando la formación de los nuevos abogados peruanos. Avendaño, como una suerte de misionero de la metodología activa, organizó conferencias y seminarios en provincias a fin de que todos los jóvenes futuros abogados de cualquier parte del Perú, pudieran beneficiarse. El personalmente participó con gran entusiasmo en estos actos académicos; recuerdo con mucho agrado haberlo acompañado a Arequipa y otras partes del país en estos menesteres.

Es por ello que pienso que el mayor homenaje que le puedo hacer es dedicarle un trabajo sobre un tema nuevo, controvertido, difícil, cuyo tratamiento exigirá en el futuro las dos grandes cualidades que caracterizan a Jorge Avendaño como profesor, como abogado y como persona: audacia y prudencia.

1. Introducción al tema

Allá por el S. XVI, Pedro Calderón de la Barca se preguntaba sobre la esencia de la vida. Y decía:

¿Qué es la vida? Un frenesí.
¿Qué es la vida? Una ilusión,
Una sombra, una ficción,
Donde el mayor bien es pequeño,
Porque toda la vida es sueño,
Y los sueños, sueños son.

Y si la vida está hecha de sueños, el Derecho —que es el instrumento para organizar socialmente la vida— no puede dejar de tenerlos en cuenta.

¿Cómo conciliar el mundo de los sueños, tan etéreo, tan subjetivo, tan emocional, con el mundo del Derecho tan concreto, tan objetivo, tan razonable? Aparentemente, los sueños quedarían al margen del Derecho. Pero si la vida es sueño, es posibilidad, es aventura, la vida misma quedaría al margen del Derecho y este no cumpliría su papel a cabalidad.

Sin embargo, hay sueños de sueños. Hay sueños que son meras ilusiones, meros deseos, expectativas dejadas a la mano de Dios, un frenesí emocional cuyas posibilidades de cumplimiento no podemos prever y que se encuentran más allá de lo jurídico. Pero hay otros sueños, otras ilusiones, que podemos calcular, a los que llamamos probabilidades y que pueden ser materia de tratamiento jurídico. Hay sueños que no tienen un valor en sí mismo capaz de ser jurídicamente protegido sino que el Derecho solo pueden protegerlos si tienen lugar, si se realizan; solo el resultado será objeto de protección del Derecho, no el sueño mismo. Pero hay otros sueños, otras expectativas, que tienen un valor actual, que valen por las perspectivas concretas que tienen de realizarse. De esta forma, el Derecho distinguirá entre, de

un lado, el azar impredecible, caprichoso, fuera del alcance de todo control racional y, por otro lado, el sueño calculable, el sueño objetivable, que llamamos probabilidad. En otras palabras, el Derecho distinguirá entre el azar y la probabilidad y asumirá su responsabilidad organizativa frente a ésta última.

En las últimas décadas, el Derecho ha ingresado en este campo y ha desarrollado la teoría que se conoce como la pérdida de chance. Para ello se ha valido de un desarrollo paralelo de la teoría matemática aprovechando el cálculo de probabilidades. Si bien el Derecho se ve obligado a usar las reglas del cálculo matemático de manera muy incipiente y casi intuitiva debido a la complejidad de las situaciones analizadas, no por ello los principios generales del cálculo de probabilidades dejan de ser muy importantes para intentar objetivar el valor real de una opción. Una regla básica consiste en saber que la chance que tenemos frente a una situación vale el resultado de multiplicar nuestra probabilidad por el valor de la ganancia a obtener o de la pérdida a evitar. De esta manera, si se va a jugar un pozo de un millón doscientos mil dólares al tiro de un solo dado y si solo pueden intervenir en el juego seis personas a quienes previamente se les ha asignado uno de los seis números posibles del dado, podríamos vender nuestro sitio a un tercero interesado en participar por la suma de doscientos mil dólares o más y haríamos un buen negocio. Porque nuestra chance de ganar el millón doscientos mil vale, antes del sorteo, un sexto del valor del premio.

Evidentemente, los casos que se presentan ante el Derecho son más sutiles y complejos. Pero es un razonamiento de este tipo que permite al Juez, en el caso de un daño extracontractual o contractual que afecte una chance del perjudicado, establecer una indemnización relativamente objetiva. La chance no queda sin reparación por imposibilidad de calcular su grado de realidad, lo que sería injusto, sino que recibe una reparación proporcional a su probabilidad.

Quiero enfatizar que me estoy refiriendo a los daños patrimoniales derivados de la pérdida injusta de chance, no a los daños extrapatrimoniales. Es conocida mi posición en el sentido de que el daño extrapatrimonial no puede —por definición— ser reparable patrimonialmente sin caer en la incongruencia. Además, intentar reparar la pérdida de un hijo o el sentimiento de ultraje por un daño al honor con un puñado de monedas, me parece hasta inmoral. Esto no significa que los daños extrapatrimoniales no sean perseguibles por el Derecho, básicamente con sanciones penales por delitos culposos y

con sanciones administrativas. Algunos lo son incluso civilmente, pero su reparación no es patrimonial, como en el caso de la obligación de realizar un desmentido público si se ha causado un perjuicio a la honra de una persona. Pero una reparación patrimonial a lo que no puede ser calculado cuantitativamente ni puede ser reparado con dinero es simplemente imponer una indemnización punitiva tan contraria al espíritu del Derecho Civil. En realidad, la indemnización punitiva es indefendible porque no consiste sino en un rezago del «antiguo deseo de venganza que dormita en el fondo del corazón de cada víctima».¹ Por eso también, me resisto a hablar de chances afectivas, cuando las ventajas probables de que el hecho ha dañado atañen al bienestar e integridad espirituales en sentido amplio como, por ejemplo, la pérdida de chance matrimonial, la de mantener relaciones afectivas y sexuales, o la pérdida de la chance de desarrollar vínculos de amistad.

Sin embargo, como se verá a continuación, a través de la pérdida de chance se puede cubrir algunas de las áreas que se han pretendido justificar con el daño moral y con el daño a la persona, sin entrar al mismo tiempo en la contradicción de indemnizar con dinero lo que no es valorizable en dinero y sin caer tampoco en una subjetividad extrema. Y ello es así porque mucho de lo que se ha considerado como daño moral o daño a la persona es en realidad un daño patrimonial cierto respecto de hechos inciertos o sobre hechos de difícil probanza. En este sentido, la pérdida de chance le otorga al juez un instrumento para afirmar la reparación de manera que cubra también aquellos daños patrimoniales que, por una razón u otra, escapaban a los conceptos clásicos de daño emergente y lucro cesante.

2. Concepto jurídico de pérdida de chance

¿Qué debemos entender por pérdida de chance? Quizá un ejemplo conocido nos puede aproximarnos mejor a la idea. Tenemos un caba-

¹ MAZEAUD, Henri y LÉON y François CHABAS. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle*. 6.ª ed. Tomo III. París: Editions Montchrestien, 1978, n.º 2352, p. 702. Es preciso aclarar que, si bien Henri y Léon Mazeaud critican severamente la indemnización punitiva, no consideran que la indemnización del daño moral sea punitiva y se muestran de acuerdo con esta última. En consecuencia, la cita del texto, al enfrentar la indemnización punitiva contra la indemnización por daño moral, de alguna manera, coloca a Mazeaud contra Mazeaud.

llo de carrera que debe participar en un clásico muy importante en un determinado domingo. Contratamos un camión para que lo transporte hasta el hipódromo; pero a causa de la imprudencia del chofer se produce un accidente que golpea a mi caballo y, por consiguiente, no le permite tomar parte en la carrera. Obviamente, reclamo al transportista como daños y perjuicios por el monto de los gastos de curación del animal. Pero yo tenía, además, el sueño de que iba a ganar esa carrera que representaba un premio económicamente muy importante. Ahora bien, ese era un sueño calculable. Mi caballo era el favorito por dos a uno respecto del más cercano entre los otros contendores. Una simple operación matemática me permitirá calcular las chances que tenía mi caballo agregándole el coeficiente del favor del público que le atribuye una mayor posibilidad de victoria. El resultado de ese cálculo no podrá ser en ningún caso el 100% de chance porque entonces sería un hecho seguro y ya no habría carrera. De esa operación obtendremos más bien un porcentaje de probabilidad que, aplicado sobre el valor del premio, me da lo que valía mi chance antes del accidente. La nueva institución de la pérdida de chance me da derecho para reclamar también ese valor de mi sueño, de mi ilusión, de mis expectativas probables.

Más adelante explicaré algunos usos particulares de la pérdida de chance dentro del Derecho actual. Para fines puramente gráficos quiero mencionar desde ahora los casos que señala Adriano de Cupis: un jockey al que se le ha encomendado montar un caballo en una carrera, incurre en negligencia y no llega a tiempo para participar en ella; un pintor envía una obra suya para participar en un concurso y su pintura es dañada, destruida o simplemente no llega a tiempo por responsabilidad del transportista; un litigante a quien su abogado deja transcurrir el plazo para apelar sin interponer el recurso y, por consiguiente, pierde la posibilidad de ganar el juicio en la instancia superior. En todas estas hipótesis, la victoria es incierta, pero la probabilidad de participar en aquello que pudiera llevar a alcanzarla era cierta y actual. Y esa probabilidad es un bien jurídicamente protegido.²

Notemos que el Derecho Civil no reconoce el perjuicio hipotético, el cual no da lugar a indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado la teoría de la «pérdida de chance» que

² CUPIS, Adriano de. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. de la 2.^a ed. italiana. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 318-319.

lleva a indemnizar un perjuicio cuya certeza no es total.³ Para aclarar este punto, anota muy bien Orgaz que se trata de una indemnización de la chance misma y no de la ganancia que era objeto de aquella.⁴ Este tipo de indemnización se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad —todavía no era una certidumbre— de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida. La Corte de Apelaciones de Roma ha definido acertadamente esta novedosa institución como «la pérdida de la posibilidad de conseguir un resultado útil (chance) [que] configura una lesión del derecho a la integridad del propio patrimonio, cuyo resarcimiento es consecuencia de haberse verificado un daño emergente de pérdida de posibilidad actual y no de un futuro resultado útil».⁵ La pérdida de chance resulta así ser un daño actual, no hipotético, indemnizable porque implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que es frustrada. Es por ello que la chance puede ser valorada en sí misma, aun prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico que resulta frustrado por culpa del responsable. Aun cuando el resultado de la chance es siempre incierto, la chance y el perjuicio que se derivan de su frustración deben ser ciertos. La jurisprudencia italiana señala que es resarcible el daño derivado de la pérdida de una chance porque esta ya existe en el patrimonio del perjudicado y esta chance era idónea para producir, aunque solo probablemente y no con certeza absoluta, un determinado rédito.⁶

Es verdad que la chance no puede configurarse como un bien independiente; de hecho, solo tiene sentido si está inserta en una secuencia causal, porque constituye el antecedente, en términos de posibilidad, de la ventaja final. Pero la lesión de esa posibilidad para alcanzar un resultado favorable, posibilidad ya existente en el patrimonio del dañado, es lo que constituye el daño indemnizable.

³ Véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 3.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, n.Ú 353-357, pp. 152-154. Para el reconocimiento de la pérdida de chance en el Derecho canadiense, véase BAUDOUIN, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Quebec: Les Editions Ivon Blais Inc., 1985, pp. 106-107.

⁴ ORGAZ, Alfredo. *El Daño Resarcible (Actos ilícitos)*. 3.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1967, p. 71. Véase también CAZEAUX, Pedro Néstor. «Elementos de la responsabilidad: a. daño, b. imputabilidad», en ALTERINI, J.H. et al. *Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Librería Editora Platense, 1981, pp. 23-24.

⁵ C. App. Roma 17 febrero 1988.

⁶ Cass. Italia 19 noviembre 1983 n. 6906.

En Estados Unidos, donde la doctrina de la pérdida de chance (*loss of chance*) tuvo un desarrollo singular particularmente en el caso de la responsabilidad médica, la tesis tradicional consistía en que el demandante debía probar que la conducta del demandado «más probablemente causó que más probablemente no causó» la pérdida (*it is more probable than not*). Esto significa que la chance debía ser superior al 50%; si la chance era menor, se consideraba que más probablemente el demandado no había causado la pérdida de chance porque existían originariamente más elementos en contra que a favor. Esa misma tesis es todavía sostenida por el Consejo de Estado de Italia cuando afirma en una sentencia de este año que para que la pérdida de chance sea resarcible tiene que haber existido una probabilidad de tener éxito mayor al cincuenta por ciento, evaluada estadísticamente.⁷ Sin embargo, ahora la mayoría de los Estados en los Estados Unidos ha dejado de lado la doctrina tradicional de daños; y ya se considera daño cuando, debido a la negligencia de la otra parte, alguien simplemente pierde la chance para un resultado más favorable que le hubiera correspondido normalmente. Y aunque, como hemos visto, el Consejo de Estado de Italia mantiene todavía la doctrina tradicional, los Tribunales civiles italianos la han superado hace una década estableciendo que el daño por pérdida de chance es resarcible siempre que la posibilidad de obtener el resultado no hubiera sido despreciable, con lo que han abandonado el criterio del 50% de probabilidades.⁸ Por consiguiente, en la doctrina más moderna, el daño por pérdida de chance se configura simplemente como pérdida definitiva de la probabilidad ya existente concretamente en el patrimonio del damnificado de conseguir una ventaja económica ulterior, cualquiera que sea el porcentaje de esta chance.

Este cambio de los criterios es sumamente significativo y tiene aplicaciones concretas muy notorias. En una ocasión, un paciente llega a un hospital y muere porque no es atendido a tiempo. Los médicos pretendieron liberarse de toda responsabilidad aduciendo que, dado el estado del paciente, aun cuando se le hubiera intervenido quirúrgicamente en forma oportuna, tenía apenas entre 5 y 10% de probabilidades de sobrevivir. La doctrina tradicional los hubiera excusado sobre la base de que el paciente estaba prácticamente muerto cuando

⁷ Sentencia del Consejo de Estado de Italia, 8 de febrero de 2002.

⁸ Cass. Italia 7 marzo 1991 n. 1368.

llegó al hospital. Sin embargo, la doctrina moderna considera que ese hospital y esos médicos negligentes son responsables cuando menos del 5 o 10% de los daños causados con su muerte.

La razón de la tesis del 50% es que la pérdida de chance fue interpretada en sus primeros momentos como una aplicación de la teoría de la causa. Se decía que la causa próxima se define como «aquella que, en una secuencia natural y continua, no interrumpida por ninguna causa eficiente adicional, produce daño, y sin la cual el resultado no hubiera ocurrido».⁹ En otras palabras, la causa próxima es la conducta del causante que con mayor probabilidad ha causado el daño.¹⁰ Dado que esa causa próxima había sido estirada hasta alcanzar la pérdida de chance, el reclamante tenía que probar que había más probabilidad positiva que negativa de que la acción del causante fuera el origen del daño, esto es, que esa acción constituyera cuando menos el 50 % de probabilidades de haber sido la causa del daño. Y el Decano de la Facultad de Derecho de París, René Savatier, pensaba que el recurso a la teoría de la pérdida de chance era una triquiñuela para los casos en que la relación de causalidad era incierta.

Sin embargo, esa tesis de la causa próxima ha sido completamente abandonada. Ahora se piensa que debe existir siempre una relación causal, pero no necesariamente entre el acto dañino y el daño mismo sino entre el acto y la probabilidad razonable de que se produzca una ventaja o un daño futuro.¹¹ De esta forma, como lo dice algún juez italiano, el nexo de causalidad depende sea de la certeza del resultado, sea cuando menos de una probabilidad calificada.¹² Una jurisprudencia argentina es muy ilustrativa a este respecto. El problema consistía en la determinación de la responsabilidad por la muerte de un paciente, dado que los servicios de ambulancia no acudieron con la celeridad debida. La Sala estableció que si bien no estaba probada la relación de causalidad entre la prestación defectuosa de servicio de emergencia móvil y el resultado que fue la muerte del paciente, los errores y demoras privaron a la víctima de la chance o probabilidad de que, contando con la atención inmediata y adecuada, hubiera podido salvar su vida y, consiguientemente, aplicaron el margen de discrecionalidad que conlleva el criterio del cálculo de probabilidades

⁹ *Black's Law Dictionary* (5.ª ed., 1979).

¹⁰ PROSSER, W. y R. KEETON. *The Law of Torts*, § 41 (5.ª ed. 1984).

¹¹ Cass. Italia 25-09-1998 n. 9598.

¹² El Juez del Trabajo. Reggio Calabria, 4/7/2001.

y las circunstancias particulares del caso para estimar que correspondía una indemnización del treinta por ciento del monto que hubiera sido aplicable en el caso de que quien le hubiera causado directamente la muerte al paciente.¹³

3. Confusión en las fronteras conceptuales

Dado que la pérdida de chance es una institución novedosa que tiene que hacerse su sitio dentro del Derecho, existen algunas confusiones que vale la pena aclarar. Es así como la pérdida de chance se confunde muchas veces con el lucro cesante y otras con el daño moral. Examinaremos ambas situaciones separadamente.

3.1. Diferencias con el lucro cesante

¿Por qué hablamos de pérdida de chance y no simplemente de lucro cesante? La diferencia fundamental estriba en que la pérdida de chance es un daño emergente y no una falta de ganancia futura. Y, ¿por qué decimos que estamos ante un daño emergente y no ante un lucro cesante a pesar de que estamos hablando de probabilidades de un hecho futuro?

La razón fundamental es porque indemnizamos la chance independientemente de que ésta se realice o no. En el caso del lucro cesante, se trata de un daño futuro cierto: dejaremos de percibir lo que sin lugar a duda recibiríamos, única y exclusivamente porque se ha frustrado el medio para obtener ese beneficio futuro. Esa ganancia esperada no contenía intrínsecamente ningún factor que hiciera pensar que no sería obtenida en caso de que no hubiera tenido lugar el acto dañino. Como lo expresa muy claramente Jaime Santos Briz, «el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso».¹⁴ En cambio, para establecer la chance no se hace presunción alguna, no hay que preguntarse cuál hubiera sido el curso regular de los acontecimientos (¿hubiera o no ganado mi caballo?) porque es algo que no se sabe ya que estamos ante acontecimientos inciertos, que pueden

¹³ T.A.C. 5º T.; n.Ú 193/00; fecha: 9/VIII/00.

¹⁴ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1986, p. 267.

sucedir o no sucedir; la chance consiste en una mera probabilidad, es decir, el beneficio lleva intrínsecamente la posibilidad de que no se realice: hay elementos propios —ya sea el azar, ya sea factores imposibles de conocer— que hacen incierto el resultado. No hay entonces una ganancia o un mal seguros sino una probabilidad que puede no realizarse: lo único cierto e indubitable es que podemos participar en los hechos que pudieran dar origen a esa ganancia o a ese mal inciertos. Por eso la chance se mide por la situación en el momento en que se produce el daño; está ya presente en el tiempo del acto dañino como una perspectiva válida y valiosa. Teóricamente, en los casos de una ganancia de chance, antes del daño el damnificado hubiera podido vender su chance, como vende un boleto de lotería que había comprado previamente.

Si consideramos la pérdida de chance como daño emergente, la causalidad se encuentra perfectamente acreditada. El hecho dañino es la causa directa o próxima o adecuada de la pérdida de la probabilidad actual de obtener la ganancia; no de la pérdida de la ganancia misma. En cambio, si la misma situación la pensamos en términos de lucro cesante tendríamos que acreditar que esa ganancia futura era indefectible y que el acto dañino fue la causa de que tal ganancia no se produjera en el futuro. En el caso de que debido a una falla de la empresa de mantenimiento técnico se malograra una máquina esencial de mi industria, sin la cual debo parar la fábrica por dos meses, podría demandar lucro cesante aduciendo y probando que normalmente en esos dos meses hubiera ganado tanto como en los meses anteriores o en igual período del año anterior. Por tanto, reclamo la ganancia que me ha sido frustrada. Pero si la situación del mercado es absolutamente incierta y si, además del problema de mantenimiento, mi fábrica tenía dificultades de abastecimiento de insumos, es probable que el juez no estime que está establecido el lucro cesante, pero sí podría considerar favorablemente una indemnización por la pérdida de la probabilidad — no de la certeza— de hacer tal ganancia.

Aclarando esta distinción entre lucro cesante y pérdida de chance, una sentencia del Consejo de Estado de Italia de 8 de febrero del año 2002 dice que la pérdida de chance u ocasión se diferencia del daño futuro porque este atiende a un perjuicio por venir, indemnizable en la medida de que es seguro o altamente probable y está fundado en una causa eficiente ya en acto; en cambio, la pérdida de chance constituye un daño actual que no se identifica con la pérdida de un resultado útil sino con la posibilidad para alcanzarlo y exige, con este pro-

pósito, que estén dados en ello presupuestos concretos para que se produzca el resultado esperado.

3.2. Diferencias con el daño moral

Otra diferencia que es importante tener en cuenta es la que separa la pérdida de chance y el daño moral.

En este sentido hay que destacar que la pérdida de chance implica siempre un daño patrimonial que puede ser reparado también patrimonialmente y que puede ser cuantificado cuando menos con ayuda de los principios o de la filosofía del cálculo de probabilidades. En cambio, el daño moral es extrapatrimonial y no puede ser establecido cuantitativamente, por lo que la indemnización no es una reparación sino, a lo sumo, una satisfacción. Por consiguiente, más allá de que doctrinariamente se admita o no que el daño moral o extrapatrimonial es indemnizable en dinero, estamos ante distintos tipos de resarcimiento que corresponden a categorías diversas de daños.

En la doctrina argentina se ha discutido, por ejemplo, el caso de la muerte del niño que está por nacer debido a un aborto provocado por un accidente de tránsito. No cabe duda de que los daños físicos sufridos por la embarazada son los que provocan la muerte prematura del feto, por lo que el culpable del accidente responde por este hecho. Pero para algunos juristas existe en estos casos daño patrimonial expresado en la pérdida de chance y que se basa en la eventual ayuda que en el futuro ese ser, una vez nacido y hecho adulto, podría haber prestado a sus progenitores. Como puede apreciarse, es un razonamiento que ha sido extendido hasta más allá del máximo de sus posibilidades. Por ello Zannoni sostiene que esa expectativa, si la hay, no constituye una auténtica probabilidad cierta, objetiva. No hay, pues, pérdida de chance, aunque puede haber un daño moral resarcible.

La Corte de Casación francesa en sentencia del 28 de noviembre del año 2001 ha ratificado distingos importantes entre el daño moral y la pérdida de chance. De acuerdo con la jurisprudencia francesa, el médico tiene la obligación de advertir a la mujer gestante que tiene la posibilidad de tener un hijo con síndrome de Down a fin de que la madre pueda, si lo desea, realizar una amniocentesis y, si es positiva, interrumpir el embarazo. En el caso que llegó a la Corte de Casación, el médico no había cumplido con hacer la advertencia y la mujer tuvo un hijo con trisomía 21. En estas condiciones, los padres, en representación del niño afectado, demandaron al médico por el daño que re-

presentaba a dicho niño el hecho de haberse permitido su nacimiento sin la posibilidad de un aborto voluntario. El Tribunal de Rennes estableció que de esa forma se había obligado al niño a vivir una vida a medias, por lo que correspondía que el médico responsable le abonara por pérdida de chance el equivalente del 50 % de la indemnización que se otorga normalmente en el caso de muerte de una persona. La Corte de Casación de Francia rectificó el criterio del Tribunal en el sentido de que no se trataba del daño ocasionado por la pérdida de una chance del 50% para vivir normalmente sino que el daño era directamente la incapacidad que el niño tendría que soportar toda su vida, por lo que le correspondía una indemnización integral que comprendía tanto el daño material como el moral. Por consiguiente, el nacimiento, sin aceptación de los padres, de un niño con trisomía 21 constituía no una pérdida de chance que debe ser establecida en función de la probabilidad sino un daño completo que debe ser reparado como tal: la Corte afirmó así el derecho del niño incapacitado a recibir una indemnización por el daño que significa su incapacidad, sin aceptar la teoría de la pérdida de chance.

En Argentina se han producido algunas sentencias confusas, como en el caso del padre de una persona fallecida en un accidente que demanda al causante por pérdida de chance de su hijo y obtiene una indemnización. En esta situación, no se puede hablar de un derecho propio del accidentado por pérdida de chance de vivir que el padre hereda con su muerte, porque estaríamos ante la contradicción de que el derecho nace a consecuencia de extinguirse la vida y, por tanto, al momento de extinguirse toda capacidad de tener derechos y, obviamente, de perder chances. Por otro lado, si consideramos que la acción de resarcimiento corresponde a título propio al padre, la pérdida de chance sólo procedería en este caso si se prueba que el muerto sostenía económicamente a su padre anciano o inhabilitado para el trabajo; sin perjuicio del daño moral que pudiera afectar al padre por la muerte de un hijo, que es otra materia.

4. Aplicaciones de la pérdida de chance

Quizá la menor manera de entender la pérdida de chance es revisar la forma como se ha aplicado el concepto por los Tribunales. Lamentablemente, no he podido conseguir jurisprudencia peruana, pero la extranjera es muy ilustrativa.

4.1. Responsabilidad médica

Uno de los campos en los que más se ha extendido la idea de pérdida de chance, especialmente en los Estados Unidos, es el que se refiere a la responsabilidad médica.¹⁵

La doctrina del *loss of chance* en casos de mala práctica médica¹⁶ sostiene que cuando un médico es responsable por el hecho de reducir las chances de supervivencia de un paciente en un cierto porcentaje, el paciente (o el patrimonio del paciente) debe ser compensado por el médico en el porcentaje perdido. La compensación se determina usualmente multiplicando el valor de la vida del paciente por la chance perdida. Bajo esta doctrina, el daño se define como la pérdida de chance de un resultado más favorable antes que como el resultado final. Dicho en otras palabras, si hay una mala atención del médico, este no responde por la enfermedad o por la muerte sino únicamente por el porcentaje en que su mala práctica profesional contribuyó a perjudicar al paciente. Por tanto, no se tiene en cuenta si el daño tangible realmente sucede (por ejemplo, si la persona muere efectivamente). Consideremos un paciente que pasa del Estado 3 de cáncer al colon al Estado 4 debido al tratamiento médico negligente. La doctrina de pérdida de chance sostiene que el médico es responsable no por el cáncer ni por la muerte sino por la disminución de la expectativa o chance de vida del paciente. Hablando hipotéticamente, si los pacientes en Estado 3 de cáncer tienen 40% de probabilidades de vivir y los pacientes en Estado 4 tienen 30% de probabilidades de vivir, la negligencia del médico le cuesta al paciente un 10% de su chance de vida. De acuerdo con eso, en algunos Estados de la Unión los daños se calculan en el 10% de lo que se estima que es el valor de la vida del paciente. En otros Estados, los jurados están autorizados para fijar el monto de los daños como les parezca.

No cabe duda que para nuestra manera de pensar el Derecho, ese razonamiento presenta muchas dificultades. ¿Cuánto es el valor de la

¹⁵ Una interesante discusión sobre el tema puede encontrarse en LEVMORE, Saul. «Probabilistic Recoveries, Restitution and Recurring Wrongs». En LEVMORE, Saul (ed.). *Foundations of Tort Law*. Nueva York-Oxford: Oxford University Press., 1994, pp. 124-134.

¹⁶ KOEHLER, Jonathan J. (The University of Texas) y ARIENNE P. BRINT (Harvard Law School at Austin). «Psychological Aspects of the Loss of Chance Doctrine». 2nd Conference on Psychology and Economics. Centre for Economic Policy Research (CEPR) & European Center for Advanced Research in Economics and Statistics (ECARES).

vida del paciente y cómo se mide? ¿Será quizá por sus ingresos? Parecería que este criterio es materialista y simplista. Por otro lado, ¿podemos calcular porcentajes del valor de la vida o la vida vale siempre el 100% en cada minuto que se vive? Es verdad que en Derecho no es posible conseguir lo óptimo sino lo práctico. Y más vale tener algún método relativamente objetivo de valorización que no tener ninguno. Pero esta doctrina levanta sin duda muchas cuestiones que deben ser analizadas cuidadosamente.

Una buena parte de los casos que encontramos en este campo se refiere a fallas en la detección a tiempo de una enfermedad grave. Una jurisprudencia argentina, por ejemplo, menciona la responsabilidad que existe bajo la forma de pérdida de chance cuando el proceder de los médicos priva al paciente de la posibilidad de superar su estado crítico, mediante una detección más temprana de sus anomalías y la atención más directa que proporciona la terapia intensiva. Y, si bien esta no fue la opinión de la mayoría de la Corte, estuvo acogida por uno de los jueces que la integraban.¹⁷

Algunas jurisdicciones en Estados Unidos aceptan el daño pero rechazan el cálculo de probabilidades que, de una forma o de otra, está presente en la doctrina de la pérdida de chance. Por ejemplo, en Arizona encontramos un caso curioso que se refiere a un médico que recibe a un paciente con dolor en el pecho y dificultades de respiración. Luego de un examen, determina que tiene una congestión cardíaca y lo trata eficientemente por esa causa. Pero más tarde se descubre que tenía, además de ello, un cáncer al pulmón que no fue detectado. El médico acepta que en la primera radiografía —siete meses antes— vio algo extraño en el pulmón, pero que no le dio importancia prioritaria dado el estado del corazón del paciente. Sin embargo, en el juicio se estableció científicamente que si el cáncer hubiera sido detectado siete meses antes el paciente hubiera tenido 40% de probabilidades de sobrevivir; en cambio, cuando realmente se detectó el cáncer, solo le quedaban 20% de probabilidades. Los tribunales de Arizona no obligaron a este médico al pago de una reparación por el 20 % de chances perdidas sino que lo encontraron responsable por el 100% de la muerte del paciente..., como si por su culpa se hubiera producido el cáncer.

¹⁷ Voto de la minoría: Dr. Burnichón. SANTA COLOMA, María Teresa, Jorge Santiago ARAOZ y otros. DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. C.N.Civ. Sala F F270522 13-03-00.

En algunos casos, el razonamiento judicial es confuso y muestra todavía una debilidad conceptual de la nueva institución jurídica. Una doble y contradictoria interpretación puede encontrarse en casos en que el paciente hubiera tenido 30% de probabilidades de supervivencia si hubiera sido detectada su enfermedad a tiempo en el examen médico que se le practicó en la ocasión y que luego, descubierto el cáncer, este se encontraba tan avanzado que ya no tenía ninguna probabilidad de vida. No hay duda de que existe una negligencia en el médico o en la institución que le hizo el examen y que no diagnosticó el cáncer estando en posibilidad de hacerlo. Pero, ¿cómo debe entenderse la responsabilidad?, ¿como pérdida de chance o pérdida de la vida? Para unos, la responsabilidad solamente comprende ese 30% de probabilidades que tenía el paciente. Sin embargo, para otros, si el paciente era tratado a tiempo y se salvaba ganaba el 100% de su vida y, en cambio, la negligencia en el diagnóstico le hizo perder esta posibilidad. Ciertos médicos se han defendido aduciendo que la medicina ofrece tratamientos que en un gran número de casos funcionan bien pero que en otro gran número de casos no funcionan. Por tanto, sostienen que solamente debería existir responsabilidad cuando la negligencia médica elimina más del 50% de probabilidades.

Sin embargo, esta tesis tiende a ser sustituida por la indemnización proporcional a la chance. Si tenemos un caso en el que el paciente tenía 40% de probabilidades de supervivencia si se le hacía un buen diagnóstico y solo 20% si el diagnóstico estaba no era exacto, resulta más probable que el paciente no sobreviviría a que el paciente pudiera sobrevivir. En esas condiciones, no puede decirse que el mal diagnóstico es la causa preponderante de su muerte. Sin embargo, el mal diagnóstico privó al paciente de algo valioso que era el derecho a gozar de 20% más de probabilidades de sobrevivir. Por consiguiente, este porcentaje es un interés jurídicamente protegido. De ahí que exista responsabilidad en el médico y que esta se calcule multiplicando la reducción de la chance de supervivencia por el monto que usualmente se otorga como indemnización en los casos de muerte por negligencia.

En Argentina encontramos jurisprudencia en el sentido de que la muerte del *nasciturus* —causada por acto de mala praxis médica en el parto— resulta indemnizable tanto por el daño material constituido por la frustración de la «chance» de ayuda futura para los padres como por el daño moral.¹⁸ Y hay también resoluciones que en casos

¹⁸ C.N. Civil, Sala E, L. L. Argentina, 19 de marzo 1997.

parecidos otorgan indemnización exclusivamente por pérdida de chance. Una resolución de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, revocando la sentencia de vista, otorgó indemnización por pérdida de chance a los padres de un niño fallecido prácticamente al nacer. La sentencia de la instancia anterior consideraba que «el fallecimiento de un hijo de 36 horas de nacido importaba para los padres la pérdida de una mera posibilidad [de ayuda en la vejez] de altísimo grado conjetural e hipotética», teniendo en cuenta que tales padres tenían actualmente 32 y 22 años y que además quedaba otro hermano gemelo que sobrevivió al parto; en consecuencia, denegó la indemnización. Sin embargo, la Corte Suprema opinó que había un vicio de razonamiento en el Tribunal ya que si de lo que se trata es de resarcir la chance que —por su propia naturaleza— es solo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata.¹⁹

Personalmente, por las mismas razones expresadas antes en relación con el aborto involuntario a causa de un accidente de tránsito, me ratifico que esto es un abuso de la institución y considero con Zannoni que la pérdida de chance no es procedente porque se está pensando en una posible asistencia económica del hijo al padre muchos años más tarde, cuando las probabilidades de que en el entretanto las cosas sucedan de una manera diferente son enormes.

4.2. Responsabilidad del abogado

Otro campo ciertamente importante de aplicación de la pérdida de chance es el de la defensa y asesoría legal.

La doctrina argentina establece que la frustración de un negocio jurídico por defecto de asesoramiento legal, o la pérdida de un juicio en razón de omisiones atribuibles a errores o negligencia del abogado configura la pérdida de una posibilidad, es decir, de una «chance» entendida como la frustración de una esperanza que merece indemnización. Como en los casos que hemos visto antes, y según corresponde a la naturaleza misma de la institución, en este daño coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre. Certeza de que, si no

¹⁹ 105 Argentina C.S. marzo 17-998. Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud S.A.

hubiera mediado el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial en el futuro. Pero, al mismo tiempo, incertidumbre debido a que no existe la seguridad de que si el defecto profesional no hubiera tenido lugar se habría producido de todas maneras el negocio o se hubiera evitado perder el juicio.

Pero, ¿qué es un defecto de asesoramiento o de defensa legal? Sabemos que el Derecho no tiene un razonamiento cerrado y unilinear sino que existen siempre diferencias legítimas de interpretación de las normas y de los hechos. Si no fuera así, no tendría sentido que existieran juicios ni que se hablara del debido proceso porque una computadora podría sentenciar más rápida y más eficientemente. Pero no es así. El Derecho opera en un terreno de lo razonable y no de lo racional, de lo discutible y no de lo apodíctico; el Derecho es en todos sus aspectos eso que los antiguos llamaban «materia controvertible». Por consiguiente, demandar a un abogado por mala defensa cuando perdió un juicio en discusión de buena ley, resulta incongruente con la naturaleza misma del Derecho. Por ello, en mi opinión, solo cabe hablar de negligencia del abogado cuando el juicio se pierde porque ha sido abandonado o porque se ha omitido cumplir con un plazo u otro requisito formal impuesto por la ley. Este es el caso del abogado que se olvida de interponer la apelación a tiempo o que descuida el seguimiento del proceso o que no presenta pruebas que tenía en sus manos, etc. En esos casos, el monto del daño debe calcularse teniendo en cuenta las probabilidades relativas que se tenían de ganar, aplicando la teoría de la pérdida de chance. Así encontramos resoluciones de la Corte de Casación de Francia que ordenan casar la sentencia en la que se había exonerado de responsabilidad a un abogado que adoptó una actitud procesal que llevó a su cliente necesariamente a la pérdida del juicio.²⁰

Es interesante advertir que cuando un abogado ha perdido el juicio por negligencia, si lo que se le reclama es lucro cesante, el actor tendría que probar que si no fuera por la negligencia habría ganado necesariamente el juicio; prueba que, como es obvio, resulta prácticamente imposible respecto del resultado de un proceso. Pero si lo que se reclama es solo pérdida de chance como daño emergente y actual,

²⁰ La Cour de Cassation, Première Chambre Civile. France 4 avril 2001, arrêt n.º 670, cassation.

todo lo que tiene que probar es la negligencia que le frustra la posibilidad o probabilidad de ganar el juicio.

Pero también el abogado puede en algunos casos reclamar pérdida de chance a su cliente. Ello puede suceder si se pactó un honorario de éxito y el juicio se perdió porque el cliente no le entregó a tiempo al abogado unos documentos esenciales para la defensa. El abogado puede reclamar, si no la totalidad del honorario de éxito porque el resultado del juicio no estaba asegurado, cuando menos el resarcimiento del valor de su probabilidad de obtener tal honorario.

4.3. Pérdida de chance laboral

Una de las áreas más dinámicas de la pérdida de chance, particularmente en Italia, ha sido la relación laboral. A tal punto que algunos juristas italianos han sostenido que la configuración de esta categoría jurídica se debe sobre todo a la elaboración jurisprudencial en materia laboral.

La mayor parte de los casos de pérdida de chance laboral se refieren a promociones o ascensos que no han tenido lugar por motivos injustificados. Tanto en Italia como en Argentina encontramos sentencias que protegen la pérdida de chance particularmente cuando ha ocurrido un concurso en el que la decisión no ha sido motivada o en el que el procedimiento presenta alguna irregularidad que ha perjudicado a ciertos candidatos respecto de otros que han sido privilegiados. Es interesante un pronunciamiento de la Corte de Casación de Italia en un caso referido al Banco de Nápoles²¹ que sostiene que los concursos promocionales deben realizarse dentro del estándar de corrección y buena fe, por lo que los candidatos deben saber al final la posición que ocuparon en la evaluación y las razones que tuvieron los evaluadores para asignarles ese puntaje o ese rango. Dice la Corte que un procedimiento para seleccionar a quienes van a ascender, aunque sea discrecional, si se efectúa sobre la base de determinados criterios de evaluación previamente establecidos, no puede transformarse en una selección arbitraria e inmotivada. Sin embargo, en estos casos, como lo señala una sentencia de Calabria, Italia, la condena a dejar sin efecto el concurso anterior y hacer un nuevo concurso para todos los candidatos al ascenso absorbe el aspecto del daño por pérdida de

²¹ Corte di Cassazione, Italia, sentencia del 12 de febrero del 2001, n. 1995.

chance, en el sentido que esa decisión judicial satisface enteramente el interés procesal del cual deriva el daño de pérdida de chance. Un nuevo concurso con efecto retroactivo retoma íntegramente la situación de partida y de esta manera satisface íntegramente el interés procedimental que había sido lesionado, sin que quede residuo alguno de una razón ulterior de daño por pérdida de chance.²²

Existen también en la jurisprudencia algunos otros casos de discriminación laboral susceptibles de ser enmarcados dentro de esta institución como, por ejemplo, el del piloto profesional de carreras de automóviles a quien su escudería no lo deja participar en un evento sin razón valedera para ello. Como en el caso del caballo mencionado al comienzo de estas reflexiones, no era posible decir que el piloto de carrera ganaría esa carrera, con la remuneración adicional y el honor que ello confiere. Pero cuando menos tenía normalmente una chance para participar en ella, chance que fue frustrada arbitrariamente por su escudería.

4.4. Pérdida de chance comercial

Hay asimismo múltiples situaciones comerciales que pueden dar origen a un resarcimiento de pérdida de chance.

Una muy importante se refiere a las licitaciones públicas, cuando la entidad que lleva a cabo la licitación descalifica de antemano a un postor por considerar que su propuesta está incompleta o adolece de vicios formales y después se demuestra que esa razón no era válida. En ese caso, la autoridad administrativa es responsable por pérdida de chance al no haber permitido injustificadamente que un postor entre a la fase final en la que se decide al que ganará la buena pro.²³

El caso que antes hemos visto de un abogado que reclama pérdida de chance de un honorario de éxito frustrado por causa de su cliente puede reproducirse bajo múltiples formas en las relaciones comerciales cuando existen contratos a comisión. En Lima, un Tribunal Arbitral decidió en un contrato de servicios de asesoría financiera en el que la remuneración de la empresa asesora incluía una importante comisión por el éxito de salir de la crisis en que se encontraba la aseso-

²² El Juez del Trabajo. Reggio Calabria, 4/7/2001.

²³ Cf. 686 - 8 febrero 2002 - C.d.S., VI Sez. Regione Valle d'Aosta c. Soc. A. Confirma el T.A.R. Valle d'Aosta n. 180 del 2000.

rada, que esta última debía indemnizar a la primera por la chance frustrada de lograr la comisión de éxito en razón de que apartó injustificadamente a la empresa asesora de la negociación y cerró el trato con sus acreedores por otros medios.

Un caso interesante de pérdida de chance es el que se presenta cuando un Banco pierde un cheque sin fondos de otro Banco que le ha sido depositado en cobranza y que es el único título de la deuda de un tercero para con el cliente que lo depositó en su cuenta en tal Banco.²⁴

4.5. Pérdida de proyecto de vida

Quizá una de las aplicaciones más atractivas de la pérdida de chance pueda ser la reparación del llamado proyecto de vida.

Un caso que merece ser estudiado con detenimiento es el de un miembro de la gendarmería argentina que, recorriendo a caballo la frontera de ese país en la zona de la cordillera, sufrió una rodada que le causó un trauma en la columna vertebral. Como consecuencia de este accidente de trabajo, el gendarme tuvo que renunciar a su carrera policial, quedando frustrado en los ascensos que esperaba a lo largo de su vida y en el desarrollo normal de su existencia.

La defensa adujo que los ascensos no son automáticos y que nada garantizaba al actor que llegaría al grado máximo dentro de su arma; además, cabe considerar, por otra parte, que no podía afirmarse siquiera cuánto tiempo duraría la carrera del demandante, dado el riesgo propio del hecho de pertenecer a la fuerza de seguridad encargada de la custodia de las fronteras terrestres, donde la vida puede estar en juego en cualquier momento. Pero el Tribunal dispuso que no se trataba de resarcir la pérdida del ascenso en sí, sino la frustración de la chance de competir con otros oficiales en igualdad de condiciones para alcanzar el grado superior inmediato. Y en este caso, el actor no podría competir por causa del accidente relacionado con un acto del servicio que le frustró la chance de presentarse junto con otros camaradas, en igualdad de condiciones, para aspirar al ascenso. Es esta frustración de la chance lo que constituye aquí el daño indemnizable.

²⁴ DA SILVA PULIDO, Ernesto, BANCO DE GALICIA y BUENOS AIRES SA. Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Argentina).

4.6. Responsabilidad de los servicios públicos

Es posible encontrar todavía muchas otras categorías de situaciones en las que se produce una pérdida de chance. Quiero referirme solamente a una más en esta serie de ejemplos: la pérdida de chance en relación con los servicios públicos.

Una ilustración clara se presenta en una sentencia argentina donde se juzga el caso de que la empresa concesionaria del correo presta un servicio inadecuado al diligenciar una carta documento que le había sido entregada para su remisión y ello priva al remitente de la posibilidad de una opción contractual.²⁵ Aquí el Tribunal encuentra también un caso de pérdida de chance.

5. Valorización de la pérdida de chance

No cabe duda de que uno de los problemas más complicados a que da lugar esta institución es el de la valorización del daño.

A diferencia del perjuicio material, el perjuicio inmaterial —pero no necesariamente extrapatrimonial—, los sueños, las esperanzas —hablando matemáticamente diríamos las probabilidades— son difíciles de valorizar de manera precisa. Nada prueba que el caballo que ya no podrá competir en el futuro en el hipódromo por el hecho de las secuelas del accidente, hubiera obtenido, si no se hubiera accidentado, las victorias esperadas: el futuro nunca es seguro. Sin embargo, nada prueba tampoco que un animal que tenía casi constantemente performances importantes, hubiera cesado sin razón de ganar carreras.

Nótese que el cálculo matemático de la probabilidad no es simple ni todos sus elementos tienen el mismo grado de certeza. De ninguna manera se puede decir que el caballo que no llegó a la carrera tenía tantas probabilidades de ganar como de perder y que, por tanto, hay que calcular la indemnización al 50 % del premio que hubiera obtenido si corría y ganaba. De un lado, ese caballo tiene una línea de carrera que permite hacer predicciones relativas sobre su performance probable en esa ocasión. Por otra parte, aun cuando no fuera posible hacer predicciones válidas porque todos los caballos tenían las mismas chances, la reparación para el caballo que no corrió no sería del

²⁵Cf. CN Civ. y Com. Fed., Sala II, septiembre 06 2000, Tassano, Oscar Roberto c. ENCOTESA s/ incumplimiento de contrato.

50 % ya que, si iba a competir con cuatro caballos más, todos tendrían la misma chance de ganar y, por consiguiente, las posibilidades para cada uno se reducen al 20%. Es por ello que un Tribunal de Bolonia consideró que la pérdida de chance de una empresa por no haber participado por causa de la Administración Regional en la ejecución de una obra pública a la que tenía derecho, da lugar a resarcimiento por pérdida de chance y, considerando que las utilidades para los contratistas de dicha obra eran en conjunto del 10% del monto de la misma, estableció la indemnización de la empresa perjudicada dividiendo esas utilidades entre el número de empresas participantes.²⁶

Por consiguiente, la indemnización debe tener en cuenta también la posibilidad que correspondía a los sujetos concurrentes con el dañado²⁷ y que tienen una opción análoga o comparable de éxito: la indemnización por pérdida de chance no puede reducirse a la tutela de una mera expectativa de hecho²⁸ sino que debe ser evaluada sobre la base de la posibilidad concreta y razonable de resultado.²⁹

Sin embargo, dado que se trata de la valorización de la chance actual y no del resultado futuro, el valor obtenido se mantiene aun cuando después de producido el evento se sabe que la probable ganancia no se habría realizado. Por ejemplo, si alguien destruye mi billete de lotería y luego este número no gana, no por eso dejo de tener el derecho de reclamarle el valor de la probabilidad al causante de la destrucción, porque la pérdida de chance es un daño actual y no futuro que se produce en el momento en que esta se pierde: el derecho a la indemnización nace por la chance perdida en ese momento anterior al resultado con el que se verificarán las posibilidades en la realidad.

Evidentemente, el paradigma para el cálculo de la indemnización está constituido por el análisis matemático de la situación con el objeto de apreciar el valor actual —no potencial— de la pérdida. Pero, lamentablemente, ese análisis no es aplicable en forma estricta a muchos de los casos que se presentan porque no se tiene una idea precisa del valor que está en juego ni del porcentaje de chance para lograr el resultado. Es por ello que la jurisprudencia ha recurrido muchas ve-

²⁶ Juez del Tar Emilia-Romagna, sesionando en Bolonia, con la sentencia n. 592 del 17/04/2002.

²⁷ Cf. C. di Cass. Italia, 19.2.92 n. 2074.

²⁸ C. di Cass. Italia 5.3.93 n. 2667.

²⁹ Trib. Monza Italia 21.2.92.

ces a la equidad. La Corte de Apelaciones de Roma precisa con absoluta claridad que «Este daño se liquida asumiendo como parámetro de valorización la utilidad económica total realizable, disminuida con un coeficiente de reducción proporcional al grado de posibilidad de conseguirla; o, donde tal criterio resulta de difícil aplicación, mediante el recurso al criterio de equidad».³⁰

Empero, esto no significa en manera alguna otorgar un cheque en blanco al juez para que determine una suma arbitraria. Como lo señala la Corte de Casación de Italia, el alcance de la chance debe ser normalmente evaluado sobre la base de un pronóstico fundado en el cálculo de la probabilidad; y la dificultad de probar la existencia de la posibilidad de éxito no puede ser superada recurriendo solo a una apreciación de carácter equitativo con la ayuda del artículo 1226 del Código Civil italiano,³¹ «dado que la aplicación de tal norma requiere que se encuentre probada o cuando menos que sea incontestable la existencia de un daño resarcible».³² En consecuencia, «Para obtener el resarcimiento por la pérdida de una chance es necesario probar la realización en concreto al menos de algunos de los presupuestos para alcanzar ese resultado esperado e impedido por la conducta ilícita, de la cual el daño resarcible debe ser consecuencia inmediata y directa».³³ Por tanto, «no es resarcible el daño derivado de la pérdida de una chance, si se trata de un daño meramente potencial, no demostrado con certeza y como tal no susceptible de valorización ni de liquidación con criterio de equidad».³⁴ Como muy bien dice Pietro Rescigno, en estos casos hay certeza sobre la existencia del daño pero no la hay sobre la medida del daño.³⁵

En este sentido, la probanza del resultado futuro que se esperaba debe tener suficiente valor de convicción para considerar que había una chance. En Francia se presentó el caso de un cadete que en el

³⁰ C. App. Roma 17 febrero 1988.

³¹ Artículo 1226 del Código Civil italiano: (*Valutazione equitativa del danno*) *Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa.* (Si el daño no puede ser probado en su monto preciso, debe ser liquidado por el juez de acuerdo con una valorización equitativa).

³² Cass. Italia 24.1.92 n. 781.

³³ Cass. Italia 2.12.1996 n. 10748.

³⁴ Trib. Roma 24 noviembre 1978

³⁵ Pietro Rescigno: *Valutazioni equitativa profili comuni*, en G. Alpa et al.: *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di Giovanna Visintini. Dott. A. Giuffrè. Milano, 1984, p. 83.

curso de su preparación militar sufrió un accidente en un salto con paracaídas que le perjudicó una pierna. El accidentado demandó al Ministerio de Defensa aduciendo pérdida de chance para seguir en el futuro una carrera deportiva que él ambicionaba y consideraba muy promisoría. Pero el Tribunal razonó en el sentido de que no estaba probado que la carrera deportiva fuera en efecto una posibilidad futura concreta del accidentado porque lo único que había presentado como prueba eran unos recortes periodísticos sobre el club de fútbol de su pueblo en donde él aparecía entre los integrantes.³⁶ Aun cuando en estos casos de apreciación más subjetiva predomina el arbitrio del juez, es preciso ser muy riguroso y muy prudente: la prueba de la probabilidad corresponde a quien la alega; y cuando la prueba es demasiado tenue, genérica o vacilante, el juez no puede otorgar indemnización por chance.³⁷

Estos principios deben aplicarse razonablemente a cada situación en la que se presenta la hipótesis de la responsabilidad por pérdida de chance. Si estamos ante una negligencia médica, no se puede mandar a indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional médico hubiera sido el autor directo del perjuicio final; algo así como que el médico «puso la enfermedad» en el paciente. Cuando se trata de responsabilidad de los abogados por negligencia en la forma de conducir procesos judiciales que lleva a la pérdida del juicio, es preciso tener en cuenta si el proceso legalmente puede ser reiniciado o si el mismo derecho puede ser reclamado en un nuevo procedimiento. En tal caso, sostiene Gregorini que la indemnización se reduciría a las costas del proceso perdido,³⁸ pero pienso que habría que agregar también el costo de oportunidad que se deriva del tiempo perdido y que a veces se traduce igualmente en otras pérdidas de chance. Cuando estamos ante un incumplimiento de las condiciones del concurso promocional convocado por el patrono y que ha ocasionado una pérdida de chance en el ascenso de un funcionario, el daño resarcible está en relación con la probabilidad efectiva de conseguir tal ascenso; y, si no se puede calcular el monto del resarcimiento teniendo en cuenta los parámetros

³⁶ Tribunal administratif de Bastia, 18 enero 2001, M. Dominique Vaschalde y Ministère de la Défense.

³⁷ T.A.C. 5° T.; n.º 193/00; Fecha: Argentina 9/VIII/00.

³⁸ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo N. «Responsabilidad de abogados y procuradores por pérdida de «chance»». *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. Año IV, n.º III, mayo-junio 2002, p. 51.

de la diferencia de sueldo y el porcentaje de probabilidad de ascender, puede recurrirse a una valorización equitativa, pero siempre «teniendo en cuenta que esta exige una motivación congruente y adecuada, que no puede quedarse en la afirmación apodíctica y tautológica de la certeza o de la equidad de la determinación adoptada».³⁹

6. Conclusiones

Resumiendo podemos decir que el desarrollo conceptual y estratégico de la doctrina de la pérdida de chance ha tomado caminos muy variados según la tradición jurídica dentro de la que ha sido implantada.

En los países del *Common Law* y particularmente en los Estados Unidos, parecería que esta noción ha sido utilizada sobre todo en materia de responsabilidad médica para darle la vuelta a la exigencia clásica de la prueba de la relación de causalidad entre culpa y daño. Pero, si la vemos desde esta perspectiva, la pérdida de chance no sería sino un artificio utilizado por los jueces para aliviar la carga de la prueba a las víctimas de un mal ejercicio de la medicina⁴⁰; hecho loable pero que reduciría enormemente su interés teórico. En algunos de los países de tradición romano-germánica, la pérdida de chance parece haber sido más bien un instrumento de reivindicación sindicalista a fin de que ciertas reclamaciones laborales difíciles de sustentar en términos clásicos puedan ser presentadas en la pasarela del juez vestidas más a la moda y así conseguir su aprobación.

Sin embargo, más allá de estos usos estratégicos existe un trasfondo importante en la doctrina de la pérdida de chance que merece atención. Desarrollada recientemente sobre todo por la vía jurisprudencial, parece ofrecer posibilidades muy ricas para satisfacer daños que hasta entonces no tenían tratamiento jurídico claro.

Pero su éxito o su fracaso dependerá de la razonabilidad con que se use la institución. El Derecho es el mundo de lo razonable, de manera que todos los extremismos, dogmatismos e instrumentalismos no tienen –o no deben tener– lugar. Esto exige que los tribunales hagan un esfuerzo sobrehumano de congruencia y de discernimiento, que

³⁹ Cass. Italia 22-04-1993 n. 4725.

⁴⁰ MÉMETEAU, Gérard. «Perte de chance en droit médical français». (1986) 32 McGill L.J. 125.

no se dejen llevar por las emociones disfrazadas de razones ni por las atractivas acrobacias jurídicas de quienes prefieren exponer una hermosa teoría antes que solucionar realmente un problema humano. Las innovaciones y los atrevimientos son muy importantes en Derecho como en todos los aspectos de la vida. Pero solo sobreviven y se perennizan si construyen un orden razonable.

Toda chance es de alguna manera un sueño, una esperanza. Pero sólo son materia de indemnización aquellos sueños relativamente calculables, en los que aun cuando los factores o coeficientes no puedan ser precisados en cifras exactas, al menos el razonamiento puede ser aplicado a ellos con un cierto grado de rigor. En cambio, los meros deseos, las esperanzas y expectativas emocionales, contruidos como castillos en el aire, no son sino sueños puros; y, como decía Calderón de la Barca, «los sueños, sueños son».

La prueba difícil: culpa médica

Juan Luis Avendaño Valdez

CUANDO ME INVITARON A PARTICIPAR en este homenaje, se me indicó que el tema tenía que ser afín con el homenajeado. Podría, por lo tanto, haber escrito sobre la prueba de la posesión o de la propiedad, sobre la ejecución de garantías o sobre otro tema similar. Sin embargo, me di cuenta de que también podía adentrarme en aspectos procesales que tienen estrecha relación con los médicos por la simple y sencilla razón de que Jorge Avendaño y yo tenemos en común que nuestro padre fue un médico legista.

Jorge Avendaño Hübner vivió hasta casi 97 años de edad. Si bien es cierto que él no tuvo que ver en la decisión que tomó su hijo mayor de estudiar Derecho cuando era un *chashirete* y escribía sobre fútbol con el seudónimo de Zabeca, es indudable que, luego, con el discurrir de los años, se fue generando entre ellos una relación cada vez mayor y más estrecha. Quienes hemos estado con Jorge Avendaño en alguna reunión social sabemos que un buen porcentaje de sus divertidas anécdotas son «cuentos» de su padre: desde aquella famosa pregunta que le formulara a una alumna sobre la definición del ciclo menstrual y que, luego de una respuesta poco feliz, mereciera una contundente réplica médico-histórica del profesor, hasta la explicación que, alguna vez, diera acerca de cómo había llegado a tan longeva edad plenamente lúcido y vigente.

Pero, así como hizo gala de un extraordinario sentido del humor, Jorge Avendaño Hübner también dio múltiples ejemplos de su idoneidad profesional. Por ejemplo, fue convocado por la OEA para intervenir —precisamente como experto médico forense— en dos sonados casos ocurridos en Bolivia y en República Dominicana, que concitaron la atención de la opinión pública del continente americano.

Jorge Avendaño Hubner usó el bisturí, el escalpelo y el microscopio, y vivió entre miasmas, esputos, microbios, cadáveres y la morgue, mientras que su hijo mayor usa los códigos y las leyes, y vive entre consultas, audiencias, juntas y el Palacio de Justicia. Sin embargo, ambos coincidieron en el Derecho, uno desde la perspectiva de la Medicina Legal y el otro del Derecho Civil; pero, sobre todo, coincidieron en que la vida no consiste en hacer dinero ni acopio de grandes bienes materiales, sino en actuar de acuerdo con principios y valores, y en predicar, con el ejemplo, a través de vidas, que bien valen un homenaje, al que me sumo modestamente.

1. El papel del juez

Una primera aproximación al tema obliga a presentar los dos grandes regímenes de responsabilidad civil que contempla nuestro Código Civil: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

La aplicación de uno de estos dos regímenes no siempre es clara y simple. Muchas veces, depende de las circunstancias en las que se ha producido el hecho generador del daño, pues no todo daño ocasionado en el interior de una relación de carácter contractual será sometido a las reglas del régimen del mismo nombre.

En efecto, hay quienes sostienen que en el caso de que una persona sea atendida en un establecimiento asistencial, la responsabilidad del médico sería extracontractual, considerando que la relación contractual se halla establecida entre el médico y la institución de que se trate. Ahora bien, como consecuencia de esta responsabilidad extracontractual, se afirma que la dirección del establecimiento con el que contrató el paciente responderá de los daños causados por sus auxiliares y dependientes, entre los cuales figuran los médicos cuando el paciente no contrató con ellos. En esta línea de pensamiento se ubica Ataz López, quien considera que la responsabilidad del médico hacia el paciente es de naturaleza extracontractual precisamente en los su-

puestos en que el médico ha concluido un contrato con un tercero, por el cual se obliga a prestar servicios a los pacientes que este le indique; lo que incluye tanto a médicos de empresa como a los que trabajan para una clínica privada, y en algunos supuestos a los que trabajan para una compañía privada de seguros de asistencia sanitaria [...]. Para otros, en cambio, parece más razonable admitir que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en la misma, se establece un verdadero contrato a favor de tercero: el eventual «hospitalizado»; entonces, desde esta perspectiva, la responsabilidad del médico es contractual, tanto en relación al hospital o sanatorio como con respecto al paciente.¹

La calificación jurídica de las circunstancias y la determinación del régimen de responsabilidad aplicable corresponderán al juez a quien se somete la controversia. En ejercicio del poder jurisdiccional del que está investido, el juez deberá establecer el derecho pertinente y, así, dar una solución al conflicto de intereses que se le plantea para hacer justicia. Las normas que invoquen las partes en conflicto para sustentar sus intereses afectados serán tomadas en cuenta por el juzgador. Esta es una forma de facilitar su labor, distinta de afirmar que el juez esté obligado a fallar conforme con las normas invocadas por las partes.

Por ser el juez quien conoce el Derecho, le corresponde evaluar los hechos que las partes le han presentado, ubicar el resultado de estos en los presupuestos que cada norma jurídica especifica y, finalmente, determinar el derecho aplicable al caso concreto. Ya lo decía Couture,² hace muchos años, cuando se refería al aforismo *iura novit curia*. Según este, el juez no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes, y, en la búsqueda del Derecho, todos los caminos se encuentran abiertos a él. Este aforismo ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, que señala que los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda. En el Título Preliminar del Código Procesal Civil también aparece este aforismo con una redacción más cuidada, en el mismo numeral que le corresponde en el Código Civil.

¹ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Citado por WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. 1.ª ed. Lima: Ara Editores, 2002, pp. 347 y 348.

² COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 434.

En síntesis, será el juez quien determinará si el caso cae dentro de la esfera de la responsabilidad civil contractual o de la extracontractual.

El asunto no es irrelevante como podría parecer a primera vista, porque —como se verá más adelante— la carga de la prueba difiere en uno u otro caso.

2. La prueba del daño por acto médico

Con independencia del carácter contractual o extracontractual que se atribuya a la responsabilidad derivada del acto médico causante del daño, la doctrina es unánime en reconocer que el daño causado por el médico en el ejercicio de su profesión debe ser reparado. En consecuencia, resulta de vital importancia analizar la prueba del daño causado por el acto médico y, sobre todo, la prueba de la culpa del médico.

Como dice De Cupis,³ para que tenga lugar la reacción jurídica contra el daño, el juez debe estar convencido de la existencia de su causa, es decir, de que se ha producido el daño mismo. Para entender cuál es el daño que puede causar un acto médico, es preciso partir del análisis de lo que se entiende por este.

En concepto de Luis Martínez-Calcerrada,⁴ el acto médico es «la prestación o actividad profesional del médico que persigue, conforme a la técnica o arte correspondiente —la llamada *lex artis ad hoc*—,⁵ un efecto terapéutico o de curación de un enfermo o más genéricamente la promoción de la salud». Por otro lado, Ataz López⁶ lo entiende como el «[...] acto ejecutado por el médico, que tiende directa o indirectamente a la promoción de las condiciones de la salud humana, y que normalmente recae sobre el cuerpo humano».

De manera descriptiva, Javier Tamayo Jaramillo⁷ define que son «[...] actos médicos en sentido estricto el diagnóstico, los exámenes

³ DE CUPIS, Adriano. *El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 232.

⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *Derecho Médico*. Vol. I. Madrid: Técno, 1986, p. 69.

⁵ La *lex artis ad hoc* se refiere a la ejecución del acto médico según la técnica o arte que debe utilizarse en una situación concreta.

⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *Op. cit.*, p. 69.

⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la Prueba de la Culpa Médica*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p. 81.

completos, la escogencia del tratamiento o de la operación, la prescripción de medicamentos, la ejecución de la operación, la aplicación de anestesia, la vigilancia médica del tratamiento y la vigilancia antes, durante y después de la operación». Esta concepción del acto médico pone de manifiesto que la responsabilidad, en esta profesión, no está restringida al momento de la intervención quirúrgica, sino que se extiende más allá de lo que acontece en la sala de operaciones.

Esa misma perspectiva descriptiva se plasma en el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, que enuncia como actos médicos «[...] los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico, en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de estos».

Distinta es la opción legislativa en el artículo 4 del decreto legislativo 558, Ley de Trabajo Médico, pues no establece cuáles son las actividades que forman parte del acto médico. Sin embargo, señala que es «[...] lo fundamental del trabajo del médico cirujano [...]», trabajo que, a su vez, «es el conjunto de acciones altamente especializadas que requieren de la decisión profesional del médico cirujano, dentro del proceso de atención integral de salud, que se dirige a la persona, la familia y la comunidad.», según el artículo 3 de la misma ley.

En cualquier caso, se entiende que el acto médico supone las etapas de prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación. Por lo tanto, el médico es responsable cuando, en cualquiera de estas etapas, causa un daño a su paciente por dolo o culpa.

Consecuentemente, la prueba del daño consiste en demostrar que el médico ha incurrido en un error con determinadas consecuencias negativas para la salud del paciente en una o más de las etapas que comprenden el acto médico.

Es cierto que, con mira al resarcimiento, se requerirá demostrar de forma concreta la entidad del daño experimentado, pero no es menos cierto que la simple existencia de tal daño, causado por un tercero, resulta de la prueba del acto antijurídico. En algunos casos la conexión entre acto antijurídico y daño es particularmente evidente, hasta poder afirmar que *inest in re ipsa*; es decir, está unido a la existencia del acto y automáticamente probado, por tanto, con la prueba de la misma.

En la práctica, la prueba del daño, por lo general, es fácil, ya que suele ser percibida por los sentidos. Distinto y poco frecuente es el caso del daño psicológico, que, seguramente, requerirá de una pericia.

Más bien, el problema que surge en el interior de un proceso judicial en relación con la prueba del daño es cómo probarlo cuando este no es permanente. Así, la persona que ha sufrido una mutilación podrá demostrarla en la audiencia respectiva con la simple percepción visual del juez o a través de una pericia. Sin embargo, cuando el daño es temporal y reversible, la prueba se complica si el abogado de la víctima no tomó la precaución de recurrir a la actuación de una prueba anticipada con la finalidad de conservar la prueba. Además, no bastará obtener una constancia de la existencia del daño a través de una fotografía o de la certificación de un notario, sino que es indispensable que la comprobación de la existencia del daño sea hecha por un juez y con citación de la parte contra quien se hará valer dicho medio probatorio. Una prueba obtenida sin la intervención de la autoridad judicial y sin que el demandado haya podido ejercer oportunamente su derecho de contradicción carecerá de valor probatorio.

3. Carga de la prueba de la culpa

El criterio fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad médica es la *lex artis*, que, como bien dice Rodríguez Almada, no se limita al aspecto técnico del acto médico, sino que involucra también el aspecto ético y la relación entre el médico y el paciente.⁸ El *thema probandum* de la responsabilidad médica se centra en demostrar si el acto médico es o no acorde con la *lex artis ad hoc*. La violación a la regla clásica *primun, non nocere* importa transgredir la *lex artis* en general.

En el argot médico, suele denominarse complicación a todo daño ocurrido sin intención durante una intervención quirúrgica. También es usual considerar que la causa de la susodicha complicación es una especie de *mala suerte* del paciente. Dentro de esa particular (y errada) concepción, se ignora la imprudencia, impericia, superficialidad o negligencia; en definitiva, se ignora la culpa.

Las *complicaciones* en operaciones quirúrgicas son efectos que no surgen al acaso, es decir por casualidad, sino que tienen una causa: la culpa de alguien. Por ello, en un proceso judicial, la prueba de la cul-

⁸ RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. «Los aspectos críticos de la responsabilidad médica y su prevención». *Revista Médica del Uruguay*. n.º 17, 2001, p. 18.

pa médica es fundamental, sobre todo si el demandante considera que el caso cae dentro de la esfera de la responsabilidad contractual.

La regla general en materia de carga de la prueba está contenida en los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil. Esta regla, en resumen, es la siguiente: quien afirme hechos que configuran su pretensión debe probarlos. Si no se prueban, la demanda será declarada infundada.

Sin embargo, en materia de responsabilidad, la carga de la prueba tiene un tratamiento diferenciado según se trate del régimen de responsabilidad aplicable. Ya se ha señalado que, en aplicación del *iura novit curia*, es el juez quien aplica el Derecho. Consecuentemente, sería fundamental conocer anteladamente la posición del juez acerca de si el daño causado por un médico cae dentro de la esfera de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, porque, solo a partir de ese conocimiento cabal, las partes podrán saber a quién le corresponde probar.

Si el juez considera que el caso es de responsabilidad contractual, la víctima no solo deberá probar el daño, sino la culpa del médico. En cambio, si el juez estima que es de responsabilidad extracontractual, corresponderá al demandado probar la ausencia de culpa o, lo que es lo mismo, que actuó con la diligencia debida.

Sin embargo, ello —o sea, decidir quién prueba— no es posible, ya que el juez recién aplicará el *iura novit curia* en el momento de sentenciar. Por lo tanto, ambas partes tendrán que duplicar su prueba o el ofrecimiento de medios probatorios. En otras palabras, no bastará que la víctima se limite a probar la existencia del daño e invoque la aplicación del artículo 1969 del Código Civil como fundamento de su pretensión, porque bien podría el juez considerar que es un caso de responsabilidad contractual. En tal caso, el demandante tendrá que haber demostrado la negligencia del médico, en aplicación de la regla general sobre la carga de la prueba. De la misma forma, también podría suceder que el médico se limite a negar la culpa que se le imputa y crea, por ello, que no es necesaria la aportación de pruebas. Sin embargo, el juez, en el momento de sentenciar, considere que su culpa se presume en aplicación del artículo 1969 del Código Civil.

Hasta aquí el primer problema. Este no ha sido resuelto por el legislador civil ni el procesal y que se debe —en mi opinión— a esa línea borrosa que diferencia la responsabilidad contractual de la extracontractual. Esta diferencia solo será visible y definida por el juez

en el momento de sentenciar, es decir, cuando ya es muy tarde para saber quién debe probar.

El segundo tema sobre la culpa médica es que la doctrina procesal la considera un típico caso de prueba difícil. Imaginemos que no hay discusión sobre la esfera de la responsabilidad aplicable, y que el juez y ambas partes coinciden en que es la contractual. Por lo tanto, la carga de probar el daño y la culpa será del demandante en aplicación del principio *actor incumbit probatio*.

Sin embargo, por tratarse de un daño causado en una intervención quirúrgica, al demandante le será muy difícil probar lo que realmente ocurrió en la sala de operaciones, puesto que el paciente ha estado inconsciente por efecto de la anestesia. Es probable que, en la sala de operaciones, no hubiera nadie más que viera lo ocurrido, salvo las mismas personas que, muy probablemente, causaron el daño.

Conforme con la doctrina actualmente imperante en Latinoamérica, cuando se presenta un caso de la prueba difícil, el juez acude a las llamadas cargas probatorias dinámicas. Peyrano sostiene que: «[...] el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazarse de actor a demandado y viceversa, según correspondiere».⁹ Agrega que es necesario recordar que las reglas de la carga probatoria cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz que suscite certeza en el juez. En ese caso, característico de los procesos de responsabilidad médica, la carga de la prueba se trasladará a quien esté en mejor situación de probar, o sea, al médico.

Sobre el particular, Peyrano, en concordancia con el profesor colombiano Vásquez Ferreira, señala que «[...] esta prueba de la culpa en los casos de responsabilidad que nos ocupa puede suponer un serio obstáculo para la justa reparación del paciente o cliente lesionado en sus intereses. En la práctica, muchas veces esta difícil carga probatoria se convierte de facto en una sustancial inmunidad de médicos y abogados negligentes. Por ello es que en la actualidad se ha operado un cambio general [...] que procura invertir la carga de la prueba facilitando el acceso a una indemnización por parte del paciente-cliente».¹⁰

⁹ PEYRANO, Jorge. *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al Código Procesal Civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 334.

¹⁰ PEYRANO, Jorge. *Op. cit.*, p. 339.

Por cierto, el tema no ha sido estudiado únicamente en esta parte del continente, sino también en otras latitudes. Por ejemplo, el juez italiano ha apelado al criterio de la normalidad para invertir la carga probatoria: «Una sentencia del 21 de diciembre de 1978 de la Corte de Casación ha sentado la siguiente jurisprudencia: cuando se trata de operaciones de fácil ejecución, en que lo normal es que a la intervención médica sigue la curación del paciente, la prueba dada por este del tipo de operación, de una fácil ejecución y del daño consiguiente, permite al juez presumir la culpa del médico correspondiendo a este la prueba de su falta de culpa». ¹¹

Esto se conoce como la regla de la experiencia común —*id quo plerunque accidit*. Según esta, en las operaciones de fácil ejecución, se deduce o se presume la culpa del médico si no se logra la curación del paciente. Esta construcción responde a la tesis de que lo evidente no necesita pruebas: «[...] así quien alega lo normal es relevado de prueba, siendo su contrincante quien debe probar lo contrario, lo anormal». Como dice De Cupis, «para la determinación de tales condiciones, de las que se dispensa la prueba al actor, se ha invocado el criterio llamado de la normalidad: el actor no está obligado a probar aquellas condiciones de su derecho que normalmente acompañan a las otras».

Para la jurisprudencia francesa, no se requiere de una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces, a partir de los indicios que surgen de las pruebas, deducen o presumen la negligencia. A ello se le conoce como *la faute virtuelle*. Según esta doctrina, el juez estima la existencia de la culpa o negligencia cuando el daño producido no se puede explicar según la experiencia común, sino que se debe acudir a las circunstancias en que ocurrió el daño. Gerard Memeteaur¹² afirma que «Hay resultados que hacen presumir la culpa. La máxima expresa un criterio de prueba dejado a la apreciación discrecional de los tribunales, creando una presunción desfavorable al demandado». Corresponde al médico destruir la presunción negativa que pesa sobre él. De este modo, a diferencia de la jurisprudencia italiana, la presunción de culpa en Francia no distingue en función a la dificultad del acto médico, pues lo relevante es la consecuencia del mismo, es decir, el daño.

¹¹ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. «La prueba de la culpa y la relación causal en la responsabilidad civil médica». *Revista Jurídica del Perú*. n.º 12, p. 53.

¹² *Le Droit Medical*. París, 1985.

El Tribunal Supremo español acoge la posición de los tribunales franceses y la denomina «doctrina del resultado desproporcionado». En una reciente sentencia de fecha 31 de enero de 2003,¹³ ha resuelto lo siguiente:

La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor [...], que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

También en la sentencia del 12 de diciembre de 1998,¹⁴ el Tribunal Supremo español ha sostenido que «[...] en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el entubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente».

De esta manera, se traslada la carga probatoria al médico demandado, como lo afirma el Tribunal Supremo, al señalar que «[...] el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mayor dificultad a la hora de buscar la prueba».¹⁵

Finalmente, la jurisprudencia norteamericana se apoya decididamente en el *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas). La evidencia del resultado producido por el acto médico revela la culpa del

¹³ Sentencia 63/2003 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, publicada en <www.diariomedico.com.>.

¹⁴ Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, publicada en <www.diariomedico.com.>.

¹⁵ Sentencia 63/2003 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, publicada en <www.diariomedico.com.>.

galeno, pues «[...] el efecto práctico al cual conduce esta regla estriba en superar las dificultades que tradicionalmente acompañan las cuestiones relativas a la prueba de la culpa en materia de responsabilidad civil. A partir de ella el tribunal considera responsable a quien cause un daño en circunstancias que hablan por sí mismas. Se trata de situaciones en las que todo resulta tan claro que el daño no puede ser explicado si no se atribuye un grado de culpa a su autor [...]. La culpa surge cantada de los hechos probados».¹⁶

En la doctrina judicial de los Estados Unidos, la aplicación del aforismo *res ipsa loquitur* exige que concurren tres requisitos.

- El accidente debe ser de tal naturaleza que, ordinariamente, no ocurra en ausencia de negligencia de alguna persona.
- El accidente debe ser causado dentro del control exclusivo del demandado.
- El accidente no puede haber sucedido debido a acción voluntaria o negligencia del demandante.

Respecto del primer requisito, lo ordinario podrá valorarse a partir de diversos hechos probados, tales como la estadística del éxito obtenido en ese tipo de acto médico y la historia clínica del paciente. En opinión del médico legista Hugo Rodríguez Almada,¹⁷ el valor probatorio de la historia clínica radica en el momento en que ha sido confeccionada. Por eso, «[...] en la mayoría de los casos, la existencia de una historia clínica bien confeccionada servirá para descartar la pretendida malpraxis. [...]. También puede surgir de ella la prueba irrefutable de la culpa médica (impericia, imprudencia, negligencia). Y es en este sentido que [...] equivale para algunos autores una "confesión anticipada y por escrito"».

Lo expuesto en los párrafos anteriores evidencia la necesidad de otorgar a la responsabilidad por culpa médica mayores exigencias que respecto de los actos dañosos ocasionados en el ejercicio de otras profesiones. Esta necesidad surge no solo por el valor superior que los ciudadanos les confieren a los bienes jurídicos que pueden ser afectados por la mala práctica médica, sino también por constatar que, entre las partes procesales, no existe igualdad sustancial en materia probatoria, por lo que se debe aligerar la carga de la vícti-

¹⁶ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto. *Op cit.*, p. 56.

¹⁷ RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. *Op. cit.*, p. 20.

ma, a quien le resulta más complicado ofrecer pruebas directas de la culpa médica.

En nuestra opinión, una legislación procesal sobre la prueba de la culpa médica debe incorporar, necesariamente, normas que consagren las cargas probatorias dinámicas o la culpa virtual, en la medida en la que se configura la existencia de una prueba difícil por las características propias del acto médico. Sin embargo, una solución definitiva consistiría en abordar y resolver el problema de fondo, yendo a su origen.

Como ya se ha explicado, el doble tratamiento que merece la carga de la prueba, según se trate de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, causa dos problemas. Por un lado, genera la indefinición del juez quien, recién al sentenciar, optará por la aplicación de las reglas de uno u otro sistema. Por otro, produce la dificultad para quien tiene la carga de probar de no estar en condiciones de hacerlo.

Resolver el problema de fondo es unificar la carga de la prueba en ambos tipos de responsabilidad, ya que no parece justo que, en los casos de mala *praxis*, la carga de la prueba recaiga en la víctima si el asunto será fallado a la luz de las reglas de la responsabilidad contractual. Una primera solución es recurrir a la teoría de las cargas dinámicas, como lo vienen haciendo algunos jueces, que podría convertirse en norma legal. Otra solución —radical y definitiva— es establecer legislativamente que, en ambas modalidades de responsabilidad, la culpa se presume y que, por lo tanto, el descargo por ausencia de dolo o culpa corresponde a su autor.

Coincido, sobre el particular, con la posición del profesor Adriano de Cupis:

A nuestro modo de ver, hubiese sido mejor sistema adjuntar en todo caso al responsable la prueba de la ausencia de culpa y ello no porque los daños sean normalmente ocasionados con culpa sino simplemente porque la prueba de un estado psicológico cual es la culpa es tan ardua que parece más justo que quien ha originado la causa material del daño demuestre no haber obrado con culpa, en vez de agregar al que ha sufrido el daño, la prueba, además del hecho dañoso, de la misma culpa [...] con todo esto, permanece la duda de si no hubiere sido mejor solución invertir sin más la carga de la prueba de la culpa, parificando, en este aspecto, responsabilidad contractual y extracontractual.

De este modo, se habrá resuelto dos problemas: el primero derivado del desconocimiento acerca de si, para el juez, el caso cae en la esfera de la responsabilidad contractual o de la extracontractual, y el segundo proveniente de la prueba difícil, pues ya no será la víctima (por lo general inconsciente en un acto quirúrgico) quien tenga que probar la negligencia del médico, sino este quien deberá demostrar al juez que actuó con la diligencia debida.

La responsabilidad civil por accidentes de tránsito

Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre

HACE ALGUNOS MESES NOS fue solicitado escribir un artículo para el libro que se iba a publicar en homenaje al Doctor Jorge Avendaño Valdez.

Nos sentimos muy halagados por tan honrosa invitación, fundamentalmente, porque Jorge Avendaño es una de las figuras más representativas del Derecho Nacional, como abogado en ejercicio y catedrático universitario.

Si bien el interés académico de Jorge Avendaño siempre se ha centrado en los Derechos Reales, su ejercicio profesional ha abarcado y abarca diversas áreas de la profesión.

Quienes escriben estas páginas, como profesores de Derecho de Obligaciones, entendemos que el mejor homenaje que podríamos hacer para Jorge Avendaño es tratar sobre nuestra especialidad, constituyendo este trabajo testimonio de nuestro invariable afecto.

1. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito entre sujetos que carecen de vínculo jurídico contractual

En la actualidad resulta inconcebible un mundo donde el transporte terrestre no se centre en los vehículos automotores. Lo que hace algunas décadas se consideraba una manifestación de riqueza, hoy, a la

luz de una sociedad industrializada como la nuestra, es visto por todos como una necesidad de primer orden.

Son innegables las ventajas que trae consigo el uso vehicular. No obstante, también es innegable que se trata de un artefacto que impone un cuidado especial por parte de su usuario. La realidad nos muestra que a la par de los incontables beneficios que generan estas máquinas, se dan costos sociales que pueden ser muy altos.

Todos los días, a cada momento, se producen accidentes de tránsito. Estos accidentes implican un conflicto de intereses en tanto tienen como consecuencia inmediata la producción de un daño que requiere ser indemnizado. Son miles las víctimas que exigen que se les reconozca su derecho a ser resarcidas, ya sea porque sufrieron un perjuicio personal, uno patrimonial o, incluso, ambos a la vez.

Nadie duda que cuando se produce un daño lo que se ha generado es un conflicto de intereses que, como tal, necesita encontrar una solución que restaure la armonía del sistema y permita la convivencia social. El medio para encontrar esta solución es el Derecho.

Así, ante las nuevas situaciones que se van presentando, se hace imperativo el surgimiento de regímenes normativos que, aunque se separen de las normas habituales, eviten dejar en el desamparo un sinnúmero de derechos e intereses. Sobre la base de ello, apreciamos que el panorama jurídico nos ofrece más de una teoría con respecto a instituciones tan relevantes como la responsabilidad civil.

En materia de accidentes de tránsito esto se hace evidente puesto que, además de las normas generales que se encuentran en el Código Civil, es indispensable un acercamiento a las normas específicas sobre transporte y, por supuesto, sobre tránsito. El razonamiento sobre el que se funda la responsabilidad civil en este tema tiene, en consecuencia, sus propias características.

Ahora bien, no se puede olvidar que, en tanto los accidentes de tránsito tienen lugar en el mundo fáctico, son varios los supuestos que pueden dar lugar a la imputación de responsabilidad civil. Según las circunstancias en que se realice el hecho que dé lugar al daño y por ende a la obligación de indemnizar a la víctima, la responsabilidad civil podrá ser contractual o extracontractual.

La responsabilidad civil contractual derivada de este tipo de accidentes debe ser vista sobre la base del pasajero y de la existencia de un vínculo jurídico contractual. Asimismo, esto puede ser analizado desde dos perspectivas, según se trate de un contrato a título oneroso o de uno a título gratuito. Luego desarrollaremos ambos supuestos.

Ahora se enfocará la responsabilidad civil extracontractual derivada de los accidentes de tránsito. Así, se estudiarán los fundamentos que sirven de base a esta figura y sus consecuencias. También se revisarán brevemente las causales por las cuales es posible eximirse de la obligación de indemnizar.

1.1. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de tránsito

Como su nombre lo indica, la responsabilidad extracontractual supone que la obligación de indemnizar a la víctima por el daño causado no tiene como origen el incumplimiento contractual. Todo lo contrario, ella se caracteriza porque entre los sujetos implicados, el responsable y la víctima, no existe vínculo contractual.

La responsabilidad extracontractual constituye una institución que ha sido aceptada y reconocida desde siempre. Sin embargo, los principios que la sustentan no han sido los mismos en todas las épocas. A lo largo del tiempo se han desarrollado diversas teorías doctrinarias adoptadas por el Derecho, que buscan hacer frente a los nuevos retos que el devenir de la vida social trae consigo.

Es adecuado, por tanto, revisar sucintamente tales teorías, a fin de determinar cuál es la que sirve de sustento en los casos de accidentes de tránsito.

1.1.1. Teoría clásica o subjetiva

Esta teoría se centra en la calificación de la conducta del sujeto, con énfasis en la intención con que llevó a cabo la misma. De esta manera, para el sistema subjetivo es necesario que el autor de la conducta antijurídica que ha ocasionado el daño haya actuado con culpa, esto es, con dolo o con negligencia.¹

Como señala Fernando de Trazegnies Granda:

[...] el peso económico del daño debe ser asumido por el causante del daño porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante decidió no tomar las pre-

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. «La responsabilidad civil por accidentes de tránsito y el Código Civil Peruano». *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 6, Año III, p. 123.

cauciones debidas y como consecuencia de esta imprudencia o negligencia debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta.²

El Código Civil de 1984 ha adoptado este criterio en su artículo 1969, en el que se establece que quien causa daño a otro por dolo o culpa está obligado a indemnizarlo. En este precepto se señala, a su vez, que corresponde al autor del hecho dañoso demostrar que su conducta estuvo libre de dolo o culpa. Con esto se da una inversión en la carga de la prueba que beneficia a la víctima, por cuanto se presume la responsabilidad del autor, aunque tal presunción es *iuris tantum*.

Si aplicamos la teoría subjetiva a los supuestos en que la responsabilidad civil deriva de accidentes de tránsito, la consecuencia es que el sujeto que ocasionó el daño podría librarse de la obligación de indemnizar demostrando que actuó sin dolo ni culpa, y con la diligencia debida y ordinaria. Ello, por supuesto, sin perjuicio de los otros eximentes de responsabilidad que veremos más adelante.

Como acertadamente sostiene Ángel Ossorio y Gallardo,³ es imposible discernir quién tiene la culpa de cada uno de los infinitos accidentes que se producen a cada minuto. Empeñarse en hacer justicia discerniendo la culpa a fuerza de pleitos, vale tanto como negar la justicia misma.

Por consiguiente, tomar como fundamento una teoría como esta para supuestos en donde la obligación de indemnizar provenga de accidentes de tránsito, resulta más que inadecuado. Un sistema basado en la culpabilidad del agente implica acrecentar los costos de la víctima, toda vez que provoca un aumento de la carga procesal del Poder Judicial, haciéndolo más ineficiente.

1.1.2. Teoría moderna u objetiva

A diferencia de la teoría anterior, la teoría moderna u objetiva no tiene en cuenta el criterio subjetivo de la culpa. En este sistema no es relevante la intención con que se conduce el agente que causa el daño;

² DE TRAZEGNIES, Fernando, citado por ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *La responsabilidad civil en los accidentes de tránsito*. Lima: Gráfica Horizonte, p. 143, 2000.

³ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. «El hecho, generador de obligaciones». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año LXXXIII. Madrid: Editorial Reus, tomo 164, p. 280, 1934.

solo interesa esto último, vale decir, el daño o perjuicio. No importa, por ende, si el sujeto se comportó o no con imprudencia; aquí únicamente cuentan los hechos del caso, el nexo causal.

Con la aplicación de este sistema lo que se busca es proteger a la víctima, a la que se le tiene que indemnizar por el simple hecho de ser víctima.

Así concebida, la ventaja de esta posición, en relación con la teoría de la culpa, es la manera más rápida y viable de la reparación al sujeto o sujetos que sufrieron el perjuicio, puesto que ya no es necesario recurrir a proezas judiciales en materia de probanza. Ello, en tanto el autor del daño no puede eximirse de su responsabilidad demostrando que actuó con diligencia.⁴

Si bien esa ventaja práctica generó la aceptación de esta doctrina y su admisión en más de un sistema jurídico, ese mismo beneficio fue y es la base de las críticas de sus detractores. A esta teoría se le cuestiona la falta de ética, por cuanto puede implicar que se impute responsabilidad a una persona que, pese a poder demostrar su falta de culpa, debe pagar una indemnización.

Son varios los autores que rechazan este sistema de responsabilidad. Entre ellos destacan Georges Ripert y Pierre de Harven.

Para Ripert la responsabilidad sin culpa está empapada de un materialismo que la hace repugnante. No se convence por la idea de solidaridad social que se supone le sirve de fundamento.⁵

Por su parte, Pierre de Harven coincide con Ripert en sus argumentos. De igual forma manifiesta su miedo a que las actividades privadas se paralizen por temor a los efectos de la imputación de responsabilidad.

1.1.3. Teoría del riesgo

Nuestro ordenamiento jurídico no ha adoptado la teoría objetiva. Sin embargo, comprendiendo los retos que acompañan a la industrialización, a las innovaciones tecnológicas y, en general, a la velocidad actual con la que se mueve el mundo, ha optado por la teoría de la responsabilidad por riesgo.

La teoría del riesgo es una evolución de la teoría objetiva, en tanto presupone la responsabilidad del agente que causó el daño. Sin em-

⁴ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Op. cit.*, p. 145.

⁵ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *Op. cit.*, p. 274.

bargo, se diferencia de la responsabilidad sin culpa en que tal presunción no se da en todos los casos, sino en los supuestos que implican la realización de actividades riesgosas o peligrosas.

De esta forma, para que se pueda imputar responsabilidad al causante, además de probar que se han dado las condiciones necesarias para que se configure un supuesto de responsabilidad civil,⁶ solo será necesario probar que la conducta que ha causado el daño ha sido peligrosa o riesgosa. Se entiende que una conducta posee esta naturaleza cuando supone el ejercicio de una actividad riesgosa; o porque implica el uso de un bien peligroso.⁷ No existe, por tanto, la necesidad de acreditar la culpabilidad del autor.

El argumento que sustenta a esta teoría se puede sintetizar en la siguiente frase: «Quien cree un peligro debe asumir los riesgos: quien se beneficie moral o económicamente de una actividad de alta peligrosidad, está cobijado por una presunción de peligrosidad en su contra».⁸

Fernando de Trazegnies no justifica esta doctrina en los accidentes rutinarios, aunque sean producidos con bienes o actividades riesgosas. Esto, por cuanto sostiene que en esas circunstancias tanto el causante como la víctima se han colocado en situación de riesgo en su propio provecho, por lo que no habría una razón sólida para preferir a uno de estos sujetos sobre el otro.⁹

No compartimos la opinión del profesor citado sobre este tema, en la medida en que consideramos que, si bien no es erróneo sostener que hay ocasiones donde la actividad de ambos sujetos puede catalogarse como riesgosa, sería necesario analizar caso por caso, por cuanto tal circunstancia no constituye la regla sino la excepción. Como consecuencia lógica, abundarían los problemas probatorios y los juicios largos y costosos, que es justamente lo que se pretende evitar con la aplicación de esta teoría.

1.1.4. *Teoría de la distribución social de los daños*

La teoría de la distribución social de los daños parte de la premisa de que existen ciertas actividades en las que la producción de accidentes

⁶ Las condiciones a las que nos referimos son el daño causado, la conducta antijurídica y la relación de causalidad.

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, p. 123.

⁸ SERRANO, Olga y Ximena FERNÁNDEZ. *Responsabilidad civil extracontractual por el uso de vehículos automotores*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 191.

⁹ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Op. cit.*, p. 146.

resulta inevitable. Asimismo, reposa en el objetivo propio de la responsabilidad extracontractual, esto es, el resarcimiento económico de la víctima.

Como expresa Nabor Ortiz,

Esta teoría precisa lo siguiente, si hay un sinnúmero de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que la sociedad en su conjunto desea aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos; es por ello que, toda la sociedad en su conjunto debe asumir la reparación de ciertos accidentes ocasionados por tales actividades, a fin de contribuir a la reparación de la víctima [...].¹⁰

La distribución social de los daños se haría a través de dos medios de difusión de los costos: el sistema de precios y la contratación de seguro.

El primero de estos medios, el sistema de precios, está pensado para los supuestos en los que se ofrece un bien o un servicio, de tal forma que el precio incluya el monto proporcional de las eventuales compensaciones por los daños que puedan causarse. Con respecto a los accidentes de tránsito esta vía sería útil en lo referente al servicio de transporte, en el que existe un contrato a título oneroso, aunque es difícil de aplicar cuando el vehículo no es usado para esa actividad.

Por otro lado, en lo relativo a la contratación del seguro que tiene como objetivo distribuir los costos entre todos los asegurados por intermedio del pago de primas, pese a que nuestro ordenamiento jurídico señala como obligatoria tal contratación para todo aquel que tenga un vehículo, esto no se da efectivamente en la práctica.

En general, esta teoría no se aleja del sistema de responsabilidad por riesgo; lo que hace es buscar mecanismos que logren que la víctima sea realmente indemnizada. Para ello ofrece maneras en que los responsables puedan asumir los costos sin convertirse ellos mismos en víctimas económicas. En otras palabras, busca una solución eficiente para que los daños causados por el desarrollo de actividades riesgosas, y socialmente aceptadas, puedan ser asumidos sin ocasionar mayores perjuicios.

Ahora bien, luego del anterior análisis podemos afirmar que es la teoría del riesgo la que fundamenta la responsabilidad extracontractual

¹⁰ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Ibid.*, p. 147.

derivada de accidentes de tránsito. Para esto, entendemos que la teoría de la distribución de los daños sociales puede y debe ser aplicada junto con ella, puesto que lo que busca es complementarla y hacerla más eficiente.

Como ya lo expresamos, el Código Civil ha adoptado, junto al sistema subjetivo regulado por el artículo 1969, la teoría del riesgo. Esto lo ha hecho en el artículo 1970. Por lo demás, si revisamos las normas específicas de tránsito podemos observar la presencia de este sistema. En ellas, además de prescribir la conducta que deben seguir las personas con relación al tránsito en el transporte terrestre, se presume la responsabilidad de quien conduce el vehículo que causa el daño.

De esta manera, la responsabilidad extracontractual en este tipo de situaciones que están directamente relacionadas con el incremento de las actividades peligrosas, dimanantes del desarrollo tecnológico que favorece al ser humano, se fundamenta en que quien se beneficia de la posesión y el uso de un vehículo a motor debe asumir la consecuencia del riesgo que eso conlleva.¹¹

No se puede ocultar que lo que se persigue con esta teoría es la protección de la víctima y, a la vez, persuadir a los conductores de los vehículos para que manejen con la diligencia debida y respeten las normas de tránsito, a fin de disminuir la frecuencia de los accidentes. Además, este sistema toma en cuenta el hecho de que quien tiene el dominio de la situación —y, por tanto, se encuentra en aptitud de evitar el accidente— es el usuario de la máquina.

Según la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*¹²

Se dirá que este fundamento es demasiado materialista y se le juzgará emparentado con un pragmatismo corruptor. Mi opinión es distinta. El pragmatismo intolerable es aquel para el cual todo es lo que debe ser y que en la fuerza del hecho encuentra la suprema razón. Pero es enteramente distinto este otro supuesto: «Hay que atemperar el derecho a las exigencias de la vida, precisamente para que ésta se halle regida por la norma legal y no por la fuerza ciega».

Dejar que ferrocarriles, autos, barcos y aviones destrocen a los hombres más débiles, y no buscar caminos a la reparación, es barbarie

¹¹ VÁZQUEZ, Jorge Ignacio. «Derecho de la circulación». *Economist & Jurist*, Barcelona, p. 25, 2000.

¹² OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *Op. cit.*, p. 282.

pragmática; brindar a las víctimas pleitos enrevesados y echar sobre ellas la carga de la prueba, es bobada o hipocresía; allanar las vías del resarcimiento, preocuparse de las víctimas antes que de la fuerza agresora, cargar al progreso material los inconvenientes y el coste del mismo progreso, y arbitrar, en fin, mecanismos jurídicos para hacer tolerable el gravamen, es piedad, justicia y sentido práctico.¹³

1.2. Causales de exoneración

Si bien, como se acaba de concluir, la responsabilidad extracontractual que tiene como origen a los accidentes de tránsito se basa en la teoría del riesgo, lo que implica que no sea necesario demostrar la culpa del sujeto que causó el daño; no se debe olvidar que hay formas en que dicho sujeto puede eximirse, a pesar de cargar sobre sí una suerte de culpa virtual derivada del concepto de riesgo creado. Existen, pues, ciertos eximentes de la obligación de indemnizar.

Mosset Iturraspe¹⁴ sostiene que las eximentes que se pueden invocar varían según se considere al automotor en circulación una «cosa riesgosa» o, por el contrario, se juzgue que se trata del daño que causa el hombre «con» la cosa.

El autor juzga mayoritaria la tendencia que lo califica de cosa riesgosa, aceptando como eximentes: culpa exclusiva de la víctima, de un tercero extraño, uso contra la voluntad por parte de un tercero y el caso fortuito. Sin embargo, reconoce la presencia de un sector que, optando por considerar que el daño es causado por la actividad del hombre con la cosa, admite, además de lo anterior, la prueba de la no culpa para exonerar, con lo que se estaría aplicando la teoría subjetiva.

A nuestro modo de ver el discutir si se trata de un bien riesgoso o si lo riesgoso es la actividad que realiza el hombre con él, no debe llevarnos a considerar como una causal de exoneración la prueba de la no culpa de quien provocó el daño. Si nos remitimos al artículo 1970 del Código Civil, se puede observar que lo esencial de esa norma es la idea del riesgo creado. Así, una lectura del precepto nos permite ver que el efecto es el mismo en ambos supuestos, ya sea si sostenemos que un vehículo es peligroso de manera intrínseca, o si consideramos

¹³ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *Op. cit.*, p. 282.

¹⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Ediar, Rubinzal-Culzoni, tomo III, 1981, p. 181.

que su uso es lo riesgoso, pues la obligación de indemnizar por parte del causante no varía ni desaparece.

De aquí que el artículo 1972 del mismo cuerpo normativo señale lo siguiente:

Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

Aclarado lo anterior, revisemos los alcances de estos motivos de exoneración:

1.2.1. El caso fortuito o la fuerza mayor

Esta causal tiene como requisito la «extraneidad». Para poder librarse de la obligación de indemnizar, el conductor debe probar que el daño se produjo como efecto de caso fortuito o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

Según refiere Lacruz Berdejo,¹⁵ «Podrá así exonerar un derrumbamiento de piedras que provoca la brusca maniobra del conductor, que acaba provocando daños, pero no la fortuita rotura de los frenos o de la barra de la dirección [...]».

Esto, pues el hecho de que el vehículo no se encuentre en condiciones adecuadas de funcionamiento, y padezca de fallas mecánicas o desperfectos, son «vicios» imputables al causante del daño. Ello está respaldado no solo por la doctrina, sino también por la jurisprudencia y por las normas específicas referidas al tránsito en el Perú.

Así, por ejemplo, el Reglamento Nacional de Tránsito (D.S. 033-2001/MTC) dedica varios artículos a las medidas de precaución y cuidados que se deben seguir al hacer uso de un vehículo. Entre ellas se encuentra el mantener en perfecto estado el automóvil, de donde se sigue que un accidente que tuvo como causa una falla mecánica no es de ningún modo un caso fortuito o de fuerza mayor.

Además, ya sea porque se consideren a estas máquinas como bienes riesgosos por naturaleza o que el riesgo está dado por el uso que

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Madrid: Dykinson, vol. II, tomo II, 1999, p. 545.

hace el hombre de ellas, se está admitiendo la presencia de peligro. Por ende, quien normalmente ejerce esa actividad o aprovecha ese elemento peligroso, debe contar con que el riesgo marcha con él a todas partes, y entonces precisa estar preparado para repararlo.

1.2.2. *El daño ocasionado por hecho determinante de un tercero*

Según expresan Alicia Franco y Nelson Mora,

Se trata de terceras personas que físicamente no están presentes en el momento del accidente, pero que en forma directa o por medio de sus órganos o instrumentos, de actos o hechos de sus empleados o dependientes, o de hechos o cosas que están bajo su cuidado o dependencia (maquinaria, animales, etc.), dan lugar a que un vehículo se accidente, con resultados de lesiones a pasajeros o usuarios, choques de vehículos, atropellos a peatón, ciclista o colisiones con tercer objeto que se encuentre en la vía.¹⁶

Si sintetizamos la esencia de esta causal de exención, tendremos que decir que la conducta del sujeto que ocasionó el perjuicio fue determinada por un factor externo: la voluntad o el comportamiento de un tercero sin el cual no hubiera sido posible la producción del daño.

1.2.3. *La culpa exclusiva de la víctima*

Esta causal de exoneración, pese a la claridad de su enunciado, no resulta nada sencilla al tiempo de ser aplicada. El problema es determinar cuándo hay culpa de la víctima, si —como hemos señalado— se presume la responsabilidad del conductor que generó el daño.

En primer lugar, es necesario tener en claro que son diversas las situaciones que se pueden presentar al producirse un accidente de tránsito. La víctima podrá ser en algunos casos un peatón, un pasajero, quizás un ciclista, o tal vez el propietario de algún bien sobre el que recaiga el perjuicio. Otra posibilidad, cuyas consecuencias son difíciles de equiparar a la de los supuestos anteriores, es que la víctima sea el conductor de otro vehículo, lo que complica la situación.

¹⁶ FRANCO, Alicia y Nelson MORA. *El accidente automovilario*. Bogotá: Temis, 1975, p. 30.

Lo importante es comprender que así como un accidente de tránsito puede tener su origen en actos, hechos o circunstancias personales del conductor o conductores, ya sea por causas somáticas, psíquicas, por ignorancia o conocimiento erróneo de la ley o del reglamento de tránsito, entre otras, también puede partir de actos, hechos o circunstancias de la víctima, entendida esta como la persona que sufrió el perjuicio.

En estos casos mientras el conductor ha actuado de acuerdo con lo que le exige la ley de tránsito y su respectivo reglamento, la víctima no lo ha hecho, de modo que es la imprudencia de esta última la que originó el accidente. Con ello se rompe la presunción que las normas le otorgan a su favor. El caso en que la víctima es un peatón resulta el más sencillo de entender; para ello basta con leer el siguiente artículo del Reglamento Nacional de Tránsito:

Artículo 276.- El peatón goza del beneficio de la duda y de presunciones a su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las normas del tránsito, como cruzar la calzada en lugar prohibido; pasar por delante de un vehículo detenido, parado o estacionado habiendo tránsito libre en la vía respectiva; transitar bajo la influencia del alcohol, drogas o estupefacientes; cruzar intempestivamente o temerariamente la calzada; bajar o ingresar repentinamente a la calzada para intentar detener un vehículo; o subir o bajar de un vehículo en movimiento o por el lado izquierdo.

A ello deberíamos agregar lo señalado por el artículo 1973 del Código Civil Peruano de 1984, en el sentido que si la imprudencia de la víctima solo hubiera concurrido en la producción del daño, la indemnización debe ser reducida por el juez, según las circunstancias.

Resulta más interesante el caso de la colisión de automóviles, puesto que aquí los sujetos que intervienen en el accidente como conductores de sus respectivos vehículos se encuentran realizando una actividad igualmente riesgosa. La presunción de la culpa y de la responsabilidad de quien se aprovecha de un bien o una actividad peligrosa, pierde fuerza, debido a que ambos sujetos se encuentran, al menos en teoría, en las mismas condiciones.¹⁷

La relevancia y complejidad de este tema nos obliga a realizar un análisis del mismo. Ello debido a que esta figura resquebraja, de algu-

¹⁷ Esto no impide que se pueda y deba hablar de la idea de riesgos recíprocos, como veremos más adelante.

na manera, el fundamento en el que se sostiene la responsabilidad extracontractual derivada de accidentes de tránsito.

Por otra parte, queremos hacer mención del supuesto relativo a la *colisión plural de vehículos*.

Esta modalidad de accidente ha dado lugar a la propuesta de diversas soluciones, las cuales pueden clasificarse, básicamente, en dos posturas.

Una primera teoría se funda en la neutralización de las presunciones de causalidad de autoría que pesa sobre quien causó el daño. De esta idea, parten dos puntos de vista. Por un lado, están quienes sostienen que es necesario acudir al criterio subjetivo de la responsabilidad: la culpa. Por otra parte, hay quienes no se alejan de la teoría objetiva, optando por una atribución sin culpa, y englobando los daños en una masa común cuyo modo de repartirse no ha encontrado una única respuesta.¹⁸

Desde otra perspectiva, una teoría distinta reconoce la existencia de presunciones concurrentes de causalidad, que ponen a cargo de cada interviniente el soportar el daño sufrido por el otro,¹⁹ mientras no pruebe la existencia de una causa ajena.

Para la legislación alemana, en los casos en que se tiene que determinar la responsabilidad tras una colisión entre dos o más vehículos, hay que tomar en cuenta la peligrosidad de la actuación de cada uno o la mayor trascendencia en orden al resultado. Aquello implica una valoración de los diversos aportes de los conductores para la realización del daño.²⁰

En Italia, lo relevante es la indagación de la culpa. No obstante, no se excluye la prueba del riesgo que decida la imputación de la responsabilidad.²¹

Al igual que en las otras dos legislaciones citadas, el ordenamiento jurídico de Portugal parte de la culpa como idea básica determinante de la responsabilidad. En defecto de esta, recurre al criterio del riesgo, dividiendo la responsabilidad en relación con el mismo.²²

¹⁸ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Derecho de daños y otros estudios*. Buenos Aires: La Ley, 1992, p.189.

¹⁹ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Ibid.*, p.189.

²⁰ SERRANO, Olga y Ximena FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 209.

²¹ *Ibidem*, p. 210.

²² ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 213.

Ninguna de las posiciones esbozadas se encuentra exenta de críticas. Probablemente el cuestionamiento más importante a la teoría de la neutralización de la presunción de responsabilidad, es el realizado por Alterini y López Cabana.²³

En realidad, y como síntesis, «el accidente obedece, a la vez, a los riesgos de dos vehículos, lo que conduce lógicamente a una doble responsabilidad». Es que las presunciones no son contrarias entre sí: solamente cabría tenerlas por neutralizadas si una «presumiera la existencia de un hecho del que la otra presumiera la inexistencia»; por lo cual el choque ha podido destruir los vehículos, pero no las presunciones.

En lo concerniente a la teoría del riesgo concurrente, quienes la cuestionan esta teoría afirman que en vista de que la responsabilidad por riesgo es de carácter excepcional, toda vez que importa un beneficio a favor de un damnificado que se ubica en situación de inferioridad con respecto a la carga de la prueba, no procedería en este supuesto donde el riesgo creado es recíproco.

Al respecto, además de coincidir con Alterini y López Cabana en lo relacionado a su crítica a la «doctrina neutralizante», pensamos que efectivamente no se debe desestimar la teoría del riesgo creado. Si bien es evidente que no se puede hablar de una situación de inferioridad *a priori* de alguno de los sujetos que intervienen en el accidente, la actividad de ambos no deja de ser riesgosa. Por ello, creemos que no se debe abandonar este criterio.

En todo caso, lo más conveniente es que en los supuestos en que se ocasionen este tipo de accidentes se analice sobre la base de las normas de tránsito contempladas por nuestro ordenamiento, si alguno de los conductores acrecentó ese riesgo. Así, es imprescindible evaluar la culpa o dolo como componente de la responsabilidad. De darse concurrencia de culpas, se deberían distribuir los costos en función de la participación de cada sujeto en la producción del daño.

Es preciso recordar que la realidad nos ofrece situaciones que no son nada sencillas. Un accidente de tránsito que tenga como origen la colisión de dos vehículos, puede complicarse aun más si como consecuencia de ese choque un peatón pierde la vida, o el patrimonio de otro sujeto se ve afectado. Ante un marco como ese, resalta el valor del Derecho como instrumento normativo que nos permite resolver los conflictos.

²³ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 197.

Para concluir con lo relacionado a las eximentes reguladas por nuestra legislación, basta decir que son ellas las que destruyen la presunción de responsabilidad extracontractual del conductor, por cuanto neutralizan la presunción de causalidad. Es bueno recordar que también existen circunstancias en las cuales se da una concurrencia de responsabilidad entre la víctima y el autor del daño; en esos casos se aplica el artículo 1973 del Código Civil.

1.3. Supuestos de responsabilidad extracontractual solidaria originada en accidentes de tránsito

Por último, consideramos adecuado dedicar unas líneas al tema de la solidaridad. Si bien no vamos a profundizar al respecto, al menos queremos dejar planteados algunos puntos importantes.

Lo primero que debemos mencionar es que una de las características fundamentales de esta figura es su no presunción. La solidaridad solo puede surgir por mandato de la ley o por acuerdo de las partes (argumento del artículo 1183 del Código Civil peruano de 1984).

En materia de responsabilidad extracontractual, la obligación solidaria de resarcir un daño causado por un acto ilícito, debe apoyarse necesariamente en la consideración de que siendo varios los coautores del daño, el resultado dañoso será atribuible íntegramente a cada uno de ellos. Por ende, la víctima podrá dirigir su demanda contra cualquiera de ellos, sin estar obligada a observar orden alguno al respecto.²⁴

Debe quedar en claro que cuando un daño es ocasionado por varias personas, la solidaridad entre ellas opera de pleno derecho.

Asimismo, precisa tenerse presente que la institución de la solidaridad cumple una importante función social y jurídica: ella constituye una suerte de garantía para la víctima, que podrá ejercer su derecho a ser indemnizada contra cualquiera de los responsables solidarios, o contra todos juntos si lo prefiere, disminuyendo de esa forma los riesgos de que su interés no sea satisfecho. De esta forma se restablece, a su vez, el orden jurídico que había sido perturbado por el acto ilícito.

²⁴ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Op. cit.*, p. 176.

1.3.1. *La solidaridad entre el causante y el asegurador*

Cuando tratamos de las diferentes teorías que fundamentan la responsabilidad civil extracontractual, mencionamos que en la actualidad la figura del seguro es utilizada como un mecanismo para lograr que la víctima no quede desprotegida ante un eventual incumplimiento del pago indemnizatorio por parte del causante del daño. Esta institución jurídica puede definirse, en ese sentido, como un medio que permite una adecuada distribución del daño social entre todos los miembros de la sociedad, a través del pago de primas. Así concebido, el seguro responde a la necesidad de llegar a una solución eficiente.

El Reglamento Nacional de Tránsito establece al respecto lo siguiente:

Artículo 285.- Para que un vehículo automotor o vehículo combinado circule por una vía, debe contratarse una Póliza de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito según los términos y montos establecidos en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito. El conductor debe portar el certificado vigente correspondiente.

Artículo 286.- La Póliza de Seguro Obligatorio debe cubrir a la tripulación y pasajeros ocupantes del vehículo y a terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito.

Además de estas normas, nuestro ordenamiento legal se preocupa del tema regulándolo en la Ley de Seguro Obligatorio Contra Accidentes de Tránsito y, en forma más específica, en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (D. S. 049-2000/MTC).

Pese a que la obligatoriedad del seguro parece ser tan solo formal en nuestro país, en tanto que si bien es prescrito por el sistema legal, la realidad nos enseña que es alto el número de quienes efectivamente no contratan con una aseguradora, el tema no deja de ser relevante. No todos los particulares cumplen con los artículos transcritos; esto, a diferencia de lo que sucede con el transporte público, los particulares no pueden valerse del sistema de precios para solventarlo. En su lugar, más de un autor recomienda la creación de un fondo común de primas.²⁵

²⁵ Entre quienes sostienen la necesidad de este fondo, se encuentra el doctor Fernando de Trazegnies Granda.

Ahora bien, mediante el contrato de seguro de responsabilidad civil, el asegurador se compromete a abonar la indemnización que el asegurado deba pagar a terceros por los daños ocasionados por el mismo asegurado, por sus dependientes o por las cosas que de él se sirve o por las que tiene a su cuidado.²⁶

El artículo 1987 del Código Civil peruano señala que la acción indemnizatoria puede promoverse directamente contra el asegurador del daño. La víctima, entonces, tiene dos responsables solidarios.

Desde el momento en que se produce el daño, el asegurador del agente responsable queda obligado a pagar exclusivamente a la víctima, que se ha convertido en titular del derecho de crédito.²⁷

En síntesis se puede decir que este seguro es el que pone a cargo del asegurador las consecuencias del riesgo del asegurado y el deber de responder por los daños provocados a terceros por causa de un acto culposo o no. Se trata de un contrato de indemnización frente a terceros, por el cual se desplaza la incidencia de un perjuicio a cambio de una prima.²⁸

El artículo 1983 del Código Civil dispone que si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente. Si alguno paga la totalidad de la indemnización, puede repetir contra los otros. El juez es el encargado de fijar la proporción según la gravedad de la falta cometida por cada uno de los participantes.

1.3.2. Responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el autor directo del daño

Cuando se produce un accidente de tránsito y se configuran las condiciones necesarias para que surja una obligación de indemnizar a la víctima por parte del causante, se debe tener en cuenta que el término «causante» no siempre hace referencia al propietario del vehículo.

Podría darse el caso que quien haya causado el accidente sea precisamente el propietario del vehículo automotor. De ser así, es obvio que este respondería en forma directa y sería responsable por sus propios actos. Sin embargo, también es factible, y hasta común, que el causante directo del perjuicio sea un sujeto distinto a aquel.

²⁶ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Op. cit.*, p. 179.

²⁷ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Op. cit.*, pp. 180 y 181.

²⁸ ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *Ibid.*, p. 198.

En este último caso podemos, en general, señalar dos posibilidades: que el causante sea un dependiente del propietario y que al momento de realizar el ilícito se encuentre actuando en ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. En ese supuesto se debe aplicar el artículo 1981 del Código Civil; por lo tanto, el propietario responde solidariamente frente a la víctima. Aquí podemos observar que la responsabilidad del propietario es indirecta o refleja y se fundamenta en la relación de subordinación jurídica o fáctica que el autor directo mantiene con él.

Otra alternativa es que el causante sea un tercero no dependiente. Por esta razón, no se puede fundamentar la responsabilidad solidaria del propietario en el dominio o la posición de mando que posee con el conductor, pues ella no existe, ya sea porque se trata de un sujeto que ha recibido el vehículo del propietario por medio de un título legal²⁹ o de alguien que lo usa indebidamente, esto es, sin el consentimiento del dueño.

Para De Trazegnies, en este supuesto la base de la imputación de responsabilidad que se le hace al propietario tiene que ver con el hecho de que él está en mejores condiciones para contratar un seguro. Nosotros no compartimos este argumento, pues pensamos que la atribución de responsabilidad emana del mismo hecho de que es propietario de un bien que se caracteriza por ser riesgoso. De igual forma, creemos que lo que se busca es brindar una mayor protección a la víctima.

Si bien el fundamento de esta última alternativa no es el mismo para todos los académicos u operadores del Derecho, nuestra jurisprudencia no cuestiona la responsabilidad solidaria en este supuesto. Si revisamos algunos fallos podemos observar que todas las decisiones están orientadas a que el propietario y el conductor son solidariamente responsables.

El propietario, tanto en el caso de que el conductor sea un subordinado, como en el que simplemente se trate de un tercero, si pagase la indemnización podría repetir contra dicho sujeto, puesto que es este, y no el dueño del vehículo, el autor directo del daño.

²⁹ Como bien señala De Trazegnies, en este caso, incluso el conductor que haya recibido el vehículo de parte de su dueño por un título como el comodato, el alquiler, etc., podría tratarse de un empleado de aquel pero que cometió el ilícito sin que, en ese momento, mediara la relación de subordinación.

Existen serias dudas sobre si el «titular registral del vehículo» podría o no exonerarse de responsabilidad demostrando que ha transferido el bien y, por consiguiente, que ya no ejerce dominio sobre este.

Mosset Iturraspe³⁰ no acepta esa opción, asumiendo que la responsabilidad es de quien sea reconocido por el Registro como propietario, no admitiendo prueba en contrario. Su posición se basa en el principio de seguridad jurídica y en el importante rol que juegan los Registros respecto de ese principio.

La tesis de Mosset Iturraspe cobra fuerza en los sistemas jurídicos que clasifican a los bienes en función de su aptitud para ser registrados. No obstante, en ordenamientos como el nuestro, donde los bienes se clasifican en muebles e inmuebles, cabe un argumento en contra: En cuanto a bienes muebles se refiere, importa mucho la posesión, el dominio que se tiene sobre la cosa. De aquí que no sea descabellado el admitir la exoneración si se logra probar la transferencia. El responsable del ilícito y, por ende, el obligado a indemnizar sería el nuevo propietario.

No queremos concluir el tema sin mencionar que la responsabilidad civil es independiente de la comisión o no de un delito. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, la misma que acertadamente ha señalado que la declaración de irresponsabilidad penal del causante de un perjuicio no excluye necesariamente la responsabilidad civil del mismo. De allí que se afirme que, no obstante haber sido declarada prescrita la acción penal, puede proceder la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios en la vía civil, porque la prescripción importa la remisión, pero no la inexistencia del hecho causante del daño.

2. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero, cuando media contrato a título oneroso de transporte terrestre

Como ya lo hemos advertido, son varios los supuestos de conflicto susceptibles de presentarse como consecuencia de un accidente de tránsito. Los daños que se derivan de aquel pueden, a su vez, dar lugar a la imputación de responsabilidad civil en diferentes esferas jurídicas, dependiendo de las circunstancias.

³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, tomo III, p. 181.

De esta manera, hemos analizado los principales aspectos que envuelven los accidentes de tránsito en torno de la responsabilidad civil, cuando no media vínculo jurídico contractual entre los sujetos que intervienen en el mismo. Ahora, en cambio, reflexionaremos sobre uno de los supuestos en los que existe contrato de transporte terrestre entre el pasajero y el conductor, con el propósito de determinar el tipo de responsabilidad que corresponde imputar al transportista, así como sus principales caracteres.

Al respecto podemos referirnos a dos situaciones concretas, esto es: a los supuestos que implican la existencia de un contrato a título oneroso —del que nos ocuparemos a continuación—, y a los que, por el contrario, se basan en un contrato de transporte terrestre celebrado a título gratuito, que luego analizaremos.

2.1. Consideraciones generales

2.1.1. *Importancia del transporte*

Debemos insistir en que uno de los factores que ha contribuido al desarrollo de la humanidad ha sido, sin duda, el transporte. Desde los inicios de la civilización puede observarse el rol fundamental que ha ostentado, y que hoy, inclusive en mayor medida, sigue ostentando.

Si nos remontamos en el tiempo podemos comprobar que, en un comienzo, el transporte era visto como una mera actividad humana a la que aún no se le atribuía trascendencia jurídica alguna. No obstante, la necesidad del hombre de trasladarse de un lugar a otro, de trasladar a su familia y sus pertenencias, de conquistar nuevos territorios, obligaba a que en ocasiones se tuviera que contratar los servicios de individuos que se dedicaban a la actividad del transporte.

A partir de ese momento se comprendió la necesidad de regular el tema, a fin de evitar que las diversas incidencias que pudieran presentarse desencadenaran en conflictos de grandes proporciones ante la ausencia de medios para su solución pacífica. Por supuesto, en un comienzo la regulación no era positiva, sino más bien consuetudinaria; en tanto, asimismo, eran épocas en las que la palabra era la ley.

Con la llegada de la industrialización y el desarrollo de la ciencia —a la par de que el transporte evolucionó— se hizo imperativa la necesidad de una regulación muy clara del asunto, debido a la gran cantidad de daños y controversias que empezaron a surgir. Actualmente somos testigos de aquello, puesto que vivimos en un mundo

que no se puede concebir sin la presencia de automóviles, grandes barcos y aeronaves que permiten el transporte terrestre, marítimo y aéreo, respectivamente.

El rol económico del transporte consiste en trasladar bienes desde los puntos en los cuales su utilidad es relativamente baja hasta aquellos otros en que es relativamente alta. El transporte valoriza la mercadería, ya que, según la ley de la oferta y la demanda, el precio de un producto abundante en un lugar aumenta cuando se le traslada a otro en el cual escasea. De esta forma, la economía y el transporte se hallan intrínsecamente unidos debido a que el proceso de producción está precedido por el transporte, en lo que respecta al movimiento de materias primas, y le sucede en la distribución de los productos manufacturados o semimanufacturados.

Desde el punto de vista político, permite una adecuada implementación de la administración pública, con información permanente y desplazamientos de las autoridades hacia los lugares específicos en los que se requiere su presencia. Ello, en tanto el transporte facilita la aplicación y el control de las disposiciones administrativas, y dinamiza las comunicaciones.

También desempeña un papel importante desde el punto de vista social, ya que propicia el desarrollo de polos productivos en torno a los puertos, terminales y estaciones; representa para las zonas más alejadas de los grandes centros urbanos, un nexo vital de información y suministro de bienes y servicios; además, favorece el desarrollo de trabajadores especialistas en la materia para atender a los medios, a los puertos, aeropuertos y estaciones, y para desempeñarse en los servicios conexos (aduanas, bancos, agentes, servicios de embalaje, etc.).

A esto, debemos agregar que cumple, a la vez, una labor cultural, en tanto permite el conocimiento recíproco entre diversos grupos sociales. Así, es imposible negar que el transporte constituye una expresión concreta de la integración regional, puesto que es a través de los sistemas y redes de transporte, que los proyectos y procesos económicos en gran escala son instrumentados geográficamente.

En general, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el transporte representa un actor de singular importancia no solo dentro de la vida diaria de las personas, sino también dentro de su vida económica, convirtiéndose en un factor de primer orden en actividades tales como el turismo, el comercio y la industria.

2.1.2. *Los accidentes de tránsito*

Son diversos, entonces, los beneficios que trae consigo el transporte. No obstante, ello no implica, como ya lo hemos señalado, que no genere costos sociales. En el caso específico del transporte terrestre por medio del automóvil, se sostiene —como también hemos tenido ocasión de observar— que estos costos responden a la naturaleza misma de los artefactos que se caracterizan por ser peligrosos en sí mismos o, en todo caso, a la actividad que el hombre realiza con ellos.³¹

De esta forma, los riesgos no son ajenos al uso del vehículo automotor. Aquellos riesgos, inherentes a este medio de transporte terrestre, se concretan a cada instante en accidentes cuyo origen puede deberse a diversos factores. Como expresa Yuri Vega Mere:³²

La temeridad, la imprudencia, los ligeros descuidos, la excesiva confianza, los errores de cálculo, las preocupaciones que distraen la atención, la disminución de ciertos sentidos, el estado de ánimo, los sonidos al interior del vehículo, el alcohol, la inobservancia de las reglas de tránsito —cuya sanción corresponde al derecho administrativo—, la incomprensible pasión por la velocidad y el reto de ganar el asfalto, etc.; son hechos que suelen manifestarse como verdaderas causas del accidente; y si bien son expresiones del temperamento de los usuarios de las vías, lo que importa es que se dan a partir del uso del automóvil, es decir, tomando entre sus manos una cosa peligrosa.

Si a ello se agregan los fallos de los mecanismos o los vicios del automóvil, así como las condiciones climáticas, la mala o nula conservación de las pistas, la falta de señalización, etc.; bien puede identificarse el origen de estos infortunios.

La concurrencia de estos hechos determina el concepto de accidente de tránsito, el cual genera costos que la sociedad tolera —sin renunciar a repararlos—, debido a que las ventajas que engendra el automotor son mayores. Se trata de una elección sobre la base de un

³¹ Insistiendo en lo que ya hemos sostenido, a pesar de que conceptualmente sea distinto considerar al automóvil como una cosa riesgosa en sí misma o riesgosa en tanto el hombre hace uso de él, no desaparece la obligación de indemnizar cuando se ha ocasionado un daño que implica la imputación de responsabilidad al causante.

³² VEGA MERE, Yuri. *Derecho privado*. Lima: Editorial Grijley, tomo I. 1996, p. 307.

análisis económico en el que, luego de ponderar los costos y los beneficios, se ha visto conveniente aceptar y admitir esos riesgos por constituir una opción más eficiente.³³

El Estado reconoce la importancia de regular este tema, a fin de maximizar los beneficios y minimizar los costos, toda vez que busca soluciones a los conflictos de intereses que suelen presentarse. Entre las normas que emplea para tal efecto, destacan la ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; el Reglamento Nacional de Administración de Transportes, D.S. 040-2001-MTC,³⁴ y el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por accidentes de Tránsito (D.S. 049-2000-MTC).

³³ Hugo Acciarri, al tratar el tema, afirma que este género de análisis presupone, entonces, que a la sociedad no le interesa eliminar todos los daños. Observa que, en la práctica, esto no es lo que sucede y que se toleran, de muy buena gana, algunas actividades que producen muchos daños, porque se estiman generadoras de beneficios superiores. Si se piensa simplemente en la circulación automotriz, una medida que prohibiera totalmente el tránsito vehicular disminuiría también a cero los muertos, heridos y daños materiales ocasionados por tal actividad. Pero también se reducirían a cero todos sus beneficios. Si la relación por considerar es la comparación costo-beneficio,

a. beben evitarse los hechos, actividades o medidas que generan más daños (costos) que el beneficio social que producen y

b. el modo de evitación de los daños no es intrascendente.

Toda acción tendiente a la prevención o evitación importa costos. Estos costos, en sentido amplio, pueden provenir tanto de la inversión en medidas de prevención (un incremento en la prevención disminuye los daños esperables), como de la restricción al desarrollo de actividades (una disminución en el nivel de una actividad que puede causar perjuicios a terceros o hacer sufrir infortunios a quien la ejecute reduce esa posibilidad de verificación de daños).

³⁴ Este mismo decreto supremo señala los objetivos de la administración del transporte terrestre en el artículo 9:

Para la administración del transporte terrestre el presente Reglamento orienta las acciones de la Autoridad competente a efecto de:

a. Procurar la satisfacción de las necesidades de transporte terrestre de la población, vigilando las condiciones de seguridad y calidad del servicio.

b. Promover la integración, fusión o consorcio de las personas o empresas que brindan servicios públicos de transporte terrestre, a fin de conseguir eficiencia y modernidad.

c. Procurar la estabilidad de las condiciones de mercado, en base a la cual los transportistas toman sus decisiones sobre inversión, evitando que se alteren por la presencia de elementos perturbadores.

d. Procurar la armonización de las políticas y acciones sectoriales en transporte con las políticas y acciones de otros sectores de la administración, en el área educativa, energética, automotor, económica, laboral, social, de turismo y de seguridad vial.

e. Procurar disminuyan los niveles de contaminación, en resguardo del medio ambiente.

La citada ley es clara, al disponer cuáles son los objetivos de la acción estatal sobre este importante asunto:

Artículo 3.- La acción estatal en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como la protección del ambiente y la comunidad en su conjunto.

Artículo 4.- De la libre competencia y rol del Estado

- 4.1 El rol estatal en materia de transporte y tránsito terrestre proviene de las definiciones nacionales de política económica y social. El Estado incentiva la libre y leal competencia en el transporte, cumpliendo funciones que, siendo importantes para la comunidad, no pueden ser desarrolladas por el sector privado.
- 4.2 El Estado focaliza su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. En particular dirige su atención a los mercados que se desarrollan en áreas de baja demanda de transporte a fin de mejorar la competitividad en los mismos y a los existentes en áreas urbanas de alta densidad de actividades a fin de corregir las distorsiones generadas por la congestión vehicular y la contaminación.
- 4.3 El Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente.
- 4.4 El Poder Ejecutivo podrá establecer medidas temporales que promuevan la renovación del parque automotor.

De igual forma, el Reglamento Nacional de Administración de Transportes prescribe, en su artículo 3, que los servicios de transporte terrestre de carácter público de personas o de mercancías, incluyendo sus instalaciones complementarias, son de necesidad y utilidad pública y de preferente interés nacional.

f. Promover la formación y la permanente capacitación de los recursos humanos en transporte terrestre.

g. Apoyar técnicamente a las Municipalidades Provinciales, para la actualización y modernización de sistemas de gestión y control del transporte urbano.

2.1.3. *Distintas modalidades de transporte terrestre*

El transporte terrestre puede clasificarse siguiendo diferentes perspectivas.

El Reglamento Nacional de Administración de Transporte es bastante ilustrativo al respecto:

Artículo 17.- El transporte terrestre se clasifica atendiendo a los siguientes criterios: por la naturaleza del servicio; por el elemento transportado; por el ámbito de la prestación del servicio; por las características del servicio; y por la fuerza que mueve al vehículo.

Artículo 18.- Por la naturaleza del servicio:

- a) Transporte Público, es aquel servicio que está a disposición de la población en general y es retribuido en forma económica.
- b) Transporte privado, es aquel servicio que se lleva a cabo por cuenta propia, para satisfacer necesidades particulares.

Artículo 19.- Por el elemento transportado:

- a) De personas.- Se realiza para el traslado de personas.
- b) De mercancías.- Se realiza el traslado de mercancías.

El transporte de mercancías se clasifica en:

- b.1. De Mercancía General
 - b.1.1. Carga completa
 - b.1.2. Carga fraccionada
 - b.1.3. Carga a granel
- b.2. De Productos peligrosos (gases, líquidos, explosivos, radio activos, residuos peligrosos y otros).
- b.3. Especializada. Transporte de equipos y maquinaria, que exceden los pesos y medidas reglamentarias.
- b.4. De Minerales.
 - b.4.1. Concentrados.
 - b.4.2. Metálicos y No Metálicos.
- b.5. Contenerizada.
- b.6. Refrigerada.
- b.7. De productos perecibles.
- b.8. Valores/dinero.
- b.9. Mixto. Se realiza el traslado de personas y de mercancías en un solo vehículo, acondicionado a tal fin.

Artículo 20.- Por el ámbito:

El transporte terrestre se clasifica, según el ámbito en que se realice, en Urbano, Nacional e Internacional.

- a) Es Transporte Urbano el que se presta al interior de una provincia.
 - a.1. El servicio de transporte urbano de pasajeros se clasifica en:
 - a.1.1. Servicio Rápido Masivo.
 - a.1.2. Servicio Masivo.
 - Regular.
 - Directo.
 - Expreso.
 - a.1.3. Servicio Preferencial.
 - a.1.4. Servicio en vehículos de alquiler, que se clasifica en:
 - a.1.4.1. Servicio de Taxi.
 - a.1.4.2. Servicio Colectivo, brindado en automóviles y camionetas rurales.
 - a.1.4.3. Servicio Diferenciado, en automóviles y en buses para el Transporte de personas con características de mayor calidad y comodidad.
- b) Es Transporte Nacional, el que tiene su origen y destino dentro de ciudades de diferentes provincias del territorio nacional.
 - b.1. Transporte Nacional Intra Departamental.- El que se realiza entre ciudades de un departamento.
 - b.2. Transporte Nacional Inter Departamental.- El que se realiza entre ciudades de diferentes departamentos.
- c) Es Transporte Internacional aquél cuya ruta e itinerario discurre parcialmente por territorio extranjero.

Artículo 21.- Por las características del servicio

El Transporte Terrestre, según las características del servicio, se clasifica en regular y especial:

- a. Es transporte regular aquél que no requiere de la aplicación de regulaciones específicas, en razón de la naturaleza o características del elemento transportado.
- b. Es transporte especial, aquél que en razón de su repercusión social, volumen, incompatibilidad con otro tipo de transporte, características del usuario, u otras causas debe prestarse sujeto a regulación especial.
 - b.1. Turístico.
 - b.2. Personal.
 - b.3. Escolar.

- b.4. Personas enfermas o accidentadas.
- b.5. Funerario.

Artículo 22.- Por la fuerza que mueve al vehículo:

El transporte terrestre se clasifica en:

- a) Transporte motorizado.- aquél que es impulsado por motor y tracción propia.
- b) Transporte no motorizado.- aquél que no es impulsado por motor y tracción propia».

El transporte terrestre de personas puede clasificarse, como ya lo adelantamos, en dos modalidades, dependiendo de la existencia o no de una compensación económica a favor del transportista encargado de prestar el servicio. Así, podemos hablar de transporte a título gratuito o de transporte a título oneroso, según sea el caso.

En ambos tipos de transporte se entiende, al menos coloquialmente, que existe un contrato; sin embargo, esto no supone afirmar de antemano que la naturaleza de la responsabilidad imputable por el daño causado sea contractual. Mucho se ha discutido al respecto y, aun hoy, la doctrina no se logra poner de acuerdo, especialmente en lo relativo al transporte gratuito.

2.1.4. Duplicidad de regímenes de responsabilidad

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina, llevadas a cabo en Bariloche, en 1989, hubo acuerdo unánime en sostener que existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema. Asimismo, también hubo consenso en afirmar que en el Derecho vigente hay dos ámbitos de responsabilidad civil: el contractual y el extracontractual, y que los presupuestos del deber de reparar son comunes a las dos órbitas de responsabilidad.

Sobre este tema en particular, pensamos que aun admitiendo lo anterior, no podríamos respaldar sin reservas la elaboración de un régimen de unificación de la responsabilidad civil. Cierto es que la responsabilidad contractual y la extracontractual comparten presupuestos, pero ello se debe a que ambas son modalidades de la figura jurídica de la responsabilidad civil. Sin embargo, los efectos de la configuración y su correlativa aplicación son distintos en uno y otro caso. Además, debemos tener presente que los contextos fácticos en los que

puede insertarse cada supuesto son tan variados que ello hace imposible enmarcar todo en un único régimen, y en una sola manera de analizar cada situación. En tal sentido, Vega Mere afirma lo siguiente:³⁵ «Así, los plazos de prescripción, los daños resarcibles, los factores de atribución, la gradación de las presunciones de culpa y la carga de la prueba, el monto indemnizatorio, la solidaridad, etc.; son algunos de los tópicos que impiden la unicidad del sistema de reparación [...]».

Como consecuencia inmediata, podemos sostener que la pregunta sobre la naturaleza de la responsabilidad imputable al transportista cuando el pasajero ha sufrido un daño, no es para nada adjetiva, puesto que su solución va a implicar que se apliquen normas distintas, cuyos efectos jurídicos también serán diferentes.

2.2. La responsabilidad contractual en el transporte oneroso de personas

Son muchos los autores que han esbozado una definición de esta modalidad especial de contrato. Entre ellos podemos citar a Ripert, Roberto de Ruggiero, Messineo, Amadeo Soler, Aleu, y Uría. En general, se puede observar que todos coinciden en sostener que se trata de un convenio por el cual una persona natural o jurídica, llamada transportador, se obliga a trasladar de un lugar a otro a una o varias personas, a cambio de una contraprestación monetaria.³⁶

De esa definición podemos concluir que son tres los elementos esenciales de este contrato: los sujetos que intervienen, transportista y pasajero; el objeto del contrato, esto es, el desplazamiento; y el precio o porte. Ello, sin perjuicio que debe cumplirse con los requisitos de validez y eficacia que el Código Civil de 1984 dispone en los preceptos correspondientes de los Libros de Acto Jurídico y Contratos en General.

El contrato de transporte terrestre de personas, celebrado a título oneroso, presenta diversas características que le dan identidad. Son las siguientes:

- Es consensual, por lo que se celebra mediante el acuerdo de las partes que intervienen en él.

³⁵ VEGA MERE, Yuri. *Op. cit.*, tomo I, p. 295.

³⁶ MUNEVAR ARCINIEGAS, Edgar Javier. *De la Responsabilidad Civil derivada del Contrato de Transporte Terrestre*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1989, p. 19.

- Es bilateral, en tanto se trata de un contrato sinalagmático perfecto, pues genera obligaciones para ambas partes.
- No es formal, por lo que su eficacia y validez no requieren la adopción de alguna forma determinada. Por lo mismo, su existencia admite distintos medios de prueba, siendo uno de ellos el boleto o ticket.

No obstante, hoy en día la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico han optado, de manera prácticamente unánime, por aceptar la naturaleza contractual del régimen de reparación aplicable a este tipo de supuestos, durante mucho tiempo fue otra la posición que prevaleció.

Así, tenemos que fue extenso el período en el que los tribunales franceses —y los sistemas jurídicos que adoptaron ese Derecho como modelo— resolvieron que la responsabilidad del transportista de personas, a diferencia de la del porteador de mercaderías, era extracontractual, basada en el sistema subjetivo de la culpa. El pasajero lesionado y sus parientes, si había ocurrido un accidente mortal, se veían obligados, por ende, a establecer la imprudencia o negligencia en la que había incurrido el transportista.³⁷

Más tarde la Corte de Casación francesa resolvió que el transportista de personas estaba ligado contractualmente por una obligación de seguridad determinada: la obligación de conducir al pasajero, sano y salvo, a su destino.³⁸

A pesar de ello, aún es posible encontrar algunos autores que sostienen que el transporte de personas a título oneroso —al igual que el

³⁷ MAZEAUD, Henri, León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Cumplimiento, extinción y transmisión de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Segunda, vol. II, 1950, p. 48.

³⁸ En este punto, debemos tener presente, en palabras de Hugü Acciarri, que, si se observa el estado del Derecho Francés de fines del siglo XIX y comienzos del XX, se descubre un sistema en el cual la responsabilidad contractual y extracontractual mantenían fronteras rígidas, con principios y regulaciones particulares diversos. En ese contexto, a través de esta sutil elaboración, se procuró ensanchar el ámbito del contenido contractual para englobar una obligación tácitamente incluida dentro de su dominio con notables ventajas y efectos prácticos para sus fines específicos. El desarrollo de este instrumento posibilitó a las víctimas, vinculadas a quienes ocasionaban daño, mediante ciertas situaciones contractuales, prevalerse de las facilidades que proporcionaban los remedios legales del campo comercial, más favorables a la víctima-acreedora, que su alternativa, la mera y clásica responsabilidad por hechos ilícitos, subjetiva y con carga de la prueba en contra del damnificado.

contrato de transporte a título gratuito— induce a responsabilidad aquiliana. Sustentan su postura en la idea de que la incolumidad de las personas no puede ser objeto de contrato.

Uno de los tratadistas que se adhiere a esa tesis es Salas,³⁹ para quien en el contrato de transporte, el transportador no asume implícitamente un deber de seguridad a favor del pasajero. Además, propone como solución para remediar los daños sufridos por el pasajero un planteamiento objetable. Afirma que los daños quedarían comprendidos en la responsabilidad del dueño o guardián de las cosas productoras del daño, con lo que el prestigioso civilista comete el error de no tomar en cuenta que el pasajero no es un tercero en relación con el transportista, sino que se encuentra vinculado jurídicamente a él.

Por nuestra parte, no encontramos un fundamento sólido en la teoría planteada por Salas. Al igual que José de Aguiar Dias,⁴⁰ pensamos que el contrato no crea solo los deberes que le son peculiares, sino también los que derivan de la equidad, de las costumbres y de la ley. El objeto de la obligación de custodia, cláusula que se encuentra implícita en esta modalidad de contrato, es asegurar al acreedor contra los riesgos contractuales, esto es, poner a cargo del deudor la alea del contrato, salvo en los casos en que un factor externo sea la causa eficiente del accidente y, por ende, de los daños producidos, lo que indica la existencia de la obligación de incolumidad.

No se trata, sin embargo, solo de una mera equidad, sino de la razón misma. En el contrato de transporte, así como en aquellos contratos en los que la seguridad de una de las partes depende de la conducta y del obrar de la otra, resulta ilógico no suponer la existencia de esa garantía.

2.2.4. *Presupuestos necesarios para imputar responsabilidad*

Veamos ahora los presupuestos necesarios para que se pueda imputar la responsabilidad civil al agente cuyo incumplimiento provocó el daño:

³⁹ Citado por: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, 4ª ed. (actualizada por Patricio Raffo Benegas). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1983, p. 572.

⁴⁰ DE AGUIAR DIAS, José. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Puebla: Editorial Cajica Jr., tomo I, 1957, pp. 255 y 256.

2.2.1.1. *La existencia del contrato de transporte*

Es obvio que únicamente se podrá exigir la reparación del daño sufrido por esta vía si el viajero ha contratado con el transportista. Solo si nos encontramos dentro de la llamada etapa contractual —que comienza con la formación del consentimiento por el cual la oferta y la aceptación coinciden, dando lugar al nacimiento del contrato—. Este asunto no es tan simple como parece a primera vista.

En principio, al momento de determinar la existencia del contrato de transporte, es necesario tener en claro que este se distingue de la mera relación de transporte, lo que conlleva que las normas a aplicar para cada caso no sean las mismas.

Mientras el contrato de transporte es un acto principal, en la medida que cuenta con un objeto determinado —el traslado de personas de un lugar a otro bajo ciertas condiciones—, la relación de transporte es un acto jurídico accesorio a otro principal.

Para ilustrar lo expresado podemos citar como ejemplo al transporte como condición de trabajo, y, en consecuencia, como accesorio de un contrato de trabajo. Así, cuando el transporte es prestado por un patrono a sus trabajadores con sus propios equipos, será considerado como accesorio del contrato laboral. Esto significa que, «si se fueran a exigir al transportador responsabilidades originadas durante el trayecto, dichas responsabilidades tendrían como fundamento la relación laboral y no la transportista propiamente tal».⁴¹ Si, en cambio, el servicio es prestado de manera independiente a la relación de trabajo, las responsabilidades son las emanadas del transporte, por configurarse allí tal contrato.

Otro tema que no podemos pasar por alto es que la víctima debe ser un pasajero y no un tercero. Pese a que la distinción parece no ofrecer mayores dificultades, muchas veces en la práctica las cosas no son tan sencillas.

En términos generales, es pasajero si se contrató el transporte; y se es tercero, si se es ajeno a cualquier acuerdo de voluntades al respecto.⁴²

Como bien sostienen Alterini y López Cabana,⁴³ los límites no son tan marcados al punto que pueden llevar a confusión. Se requiere

⁴¹ MUNEVAR ARCINIEGAS, Edgar Javier. *Op. cit.*, p. 81.

⁴² ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 52.

⁴³ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Ibid.*, p.52

acudir a la subsunción que la doctrina propone para calificar a la responsabilidad como contractual, cuando el deber preexistente es específico y determinado con relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado. Por otra parte, se calificará como extracontractual, cuando el deber de no dañar es genérico e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber. En pocas palabras, resulta contractual cuando las partes recortan su conducta, a través de la voluntad proyectada como acto jurídico contractual; y extracontractual cuando los sujetos no hubiesen estipulado las pautas de conducta reciproca, rigiéndose por el mero hecho de la convivencia social.

Estos principios —los concernientes a la responsabilidad contractual por los daños que sufre el viajero por ocasión del transporte— rigen en las relaciones de las partes vinculadas por el contrato de transporte, pero no a los terceros. Para ellos el contrato de transporte es *res inter alios acta* y si lo invocan para pretender el resarcimiento de un daño que el transporte les ha ocasionado, su pretensión sólo puede ser acogida como damnificados indirectos de un acto ilícito, siempre que prueben de acuerdo con las normas de la responsabilidad extracontractual, la culpa del transportador o de sus dependientes en la producción de un hecho dañoso.⁴⁴

De lo anterior surge otra pregunta de primer orden: ¿cuándo nace el contrato? El problema de la vigencia del contrato en el tiempo, no presenta inconvenientes en situaciones en las cuales el contexto demuestre, de modo evidente y sin dejar lugar a dudas, que el transporte estaba realizándose. En cambio, las cosas se complican en los períodos en los cuales la ejecución del contrato no es clara. Al respecto, creemos que lo mejor es evaluar la situación considerando tanto lo previsto por las propias partes en el contrato, lo dispuesto por la legislación, y, por supuesto, las circunstancias concretas del caso; lo que comprende —a su vez— un análisis de los usos y las costumbres relacionadas.

Además, debe tenerse en cuenta que el pasaje o boleto no es un elemento esencial del contrato. Si bien la ley indica que el transportista se encuentra obligado a entregarlo, aquel sirve únicamente como medio probatorio. No hay que olvidar que una de las características de este contrato es la de ser consensual. Por ello, el hecho de que un pasajero carezca de boleto o pasaje, no supone necesariamente la

⁴⁴ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Manual de Obligaciones*. Op. cit., tomo III, p. 543.

ausencia de un contrato de transporte. Son muchas las causas por las que el pasajero puede no contar con un boleto —algunas, incluso, pueden inducir a una sanción administrativa para el transportista que no cumple con su obligación de expedir dicho boleto—, por lo que no resultaría justo dejar desprotegido al pasajero que puede probar la existencia del contrato con el empleo de otros medios.

2.2.1.2. *El incumplimiento de la obligación contractual debe originar un daño al pasajero*

Cuando se celebra el contrato, este acarrea como consecuencia inmediata que nazca un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes. En el caso específico de los accidentes de tránsito, que nos encontramos analizando, debemos ver, primero, cuáles son las obligaciones del transportista. Estas se pueden resumir en las siguientes:

- Expedir el boleto o billete.⁴⁵
- Realizar el transporte del pasajero —llevándolo sano y salvo— al lugar indicado, de acuerdo con lo convenido y a lo establecido en los reglamentos que regulen la materia.
- Adoptar las medidas de seguridad que correspondan.

El tema concreto de la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito, importa la adopción de la última obligación que hemos mencionado. No es necesario que la misma se encuentre detallada de forma expresa en el contrato, puesto que se considera inherente a éste. Aquello «resulta original y relevante, ya que si fuese expresamente pactada o resultare incorporada al contrato por imperio de la norma legal, ella constituiría simplemente una específica estipulación convencional o pacto de garantía palmariamente obligatorio por la fuerza vinculatoria del contrato».⁴⁶

⁴⁵ Esta obligación, sin embargo, no se exige a todos los transportistas. La ley determina quiénes son los obligados. Así, por ejemplo, los taxistas no deben entregar, obligatoriamente, boleto; en cambio, sí deben hacerlo quienes se dediquen al transporte público, como es el caso de los llamados 'micros'. Por lo mismo y como acabamos de indicar, el boleto no es un requisito sine qua non para la existencia del contrato de transporte, en tanto solo subsana un elemento probatorio. En vista, entonces, de que el contrato de transporte tiene su entidad jurídica propia, es susceptible de probarse con cualquier medio aceptado por la ley.

⁴⁶ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Op. cit.*, p. 53.

La misma, retomando lo que hemos desarrollado sobre la materia, constituye un deber de seguridad que se asigna al transportista, y que consiste en la obligación de proveer lo necesario para que el pasajero no vea mermada su integridad. Por lo mismo, es una obligación accesoria de la obligación principal del contrato, esto es, de aquella consistente en llevar al pasajero a su destino.

2.2.1.3. *Que el incumplimiento sea atribuible al transportista*

El Código Civil, al tratar el tema de la responsabilidad civil contractual, acoge el sistema subjetivo o de la culpa. No obstante, dicho sistema no es necesariamente útil a la hora de examinar los supuestos relativos a accidentes de tránsito. Así lo han entendido no sólo la doctrina y la jurisprudencia, sino también el legislador, quien ha considerado conveniente matizar —en estos casos específicos— la responsabilidad contractual aplicando no la teoría subjetivista sino la del riesgo creado, lo que se puede apreciar en las distintas normas que regulan el tema del transporte, del tránsito y la circulación vehicular en general.

Como bien sabemos, además del sistema subjetivo, hemos mencionado que se han desarrollado otras teorías, cuyo nacimiento se debe a la búsqueda constante de soluciones que lleva a cabo el Derecho para resolver los intrincados conflictos que se presentan en la realidad. Así, hemos visto que destacan la teoría objetiva, la teoría objetiva del riesgo creado y la de distribución de los daños sociales.⁴⁷

Nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la teoría del riesgo creado. De esta forma, la culpa no se identifica con la mera responsabilidad objetiva o causalidad material o absoluta, sino que se fundamenta en los peligros y riesgos —socialmente aceptados— que trae consigo el uso del automóvil. Asimismo, el riesgo no supone la mera ausencia de culpa, puesto que se asume una suerte de culpa virtual que solo puede ser destruida sobre la base de causales específicas de exoneración, que se caracterizan por constituir factores extraños que

⁴⁷ Son válidas, sobre el particular, las consideraciones esbozadas en la primera parte de este estudio.

⁴⁸ Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito:

Artículo 3.- Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito según los términos y montos establecidos en el presente Reglamento.

debe probar el deudor, no siendo suficiente demostrar que este mismo se condujo con prudencia.

Tal teoría, siguiendo el análisis que realizamos en el acápite anterior, se complementa con la teoría de la distribución de los daños sociales. Nuestra ley es clara al disponer que todo vehículo automotor debe contar con una póliza de seguro contra accidentes de tránsito.⁴⁸

Parece claro que las razones que han llevado al legislador a inclinarse por estas teorías se resumen en la búsqueda de un sistema eficiente.⁴⁹ Son varias las ventajas que envuelve la aplicación de estas posiciones. Por un lado, permite que la víctima no tenga la necesidad de probar la culpa del agente, toda vez que con el sistema de seguros se persigue que se garantice la reparación, y que no se convierta al transportista en una víctima económica. A esto podemos agregar que con la apuesta por esta opción legislativa, se busca evitar que el Poder Judicial se vea saturado de procesos derivados de accidentes de tránsito.

Antes de pasar a ver los instrumentos legales de defensa con los que cuenta el transportista, queremos expresar una última idea. Llambías⁵⁰ afirma que la obligación de seguridad que tiene el transportador, es una obligación de resultado, en tanto su incumplimiento queda verificado con la sola comprobación de la lesión sufrida durante la ejecución del transporte.

Los remolques acoplados, casas rodantes y otros similares que carezcan de propulsión propia, estarán comprendidos en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito del vehículo automotor que lo hala.

Artículo 4.- El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de vehículo automotor, que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito.

⁴⁹ Esta búsqueda de eficiencia se puede percibir en la ley 27181:

Artículo 6.- De la internalización y corrección de costos

6.1. El Estado procura que todos los agentes que intervienen en el transporte y en el tránsito perciban y asuman los costos totales de sus decisiones, incluidos los costos provocados sobre terceros como consecuencia de tales decisiones. Asimismo, promueve la existencia de precios reales y competitivos en los mercados de insumos y servicios de transporte y corrige, mediante el cobro de tasas u otros mecanismos similares, las distorsiones de costos generadas por la congestión vehicular y la contaminación.

6.2. Cuando la corrección de costos no sea posible, aplica restricciones administrativas para controlar la congestión vehicular y garantizar la protección del ambiente, la salud y la seguridad de las personas.

⁵⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 543.

Aquí aclaramos que no nos parece adecuada la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Toda relación obligacional supone que el resultado y el medio para conseguirlo se encuentren íntimamente unidos. El fundamento de la responsabilidad civil —derivada de accidentes de tránsito respecto al pasajero— no debe ser analizado sobre la base de que el deber de seguridad constituya una obligación de resultados; en realidad, si no es necesario que el pasajero pruebe la culpa del transportista es, más bien, debido a que se ha adoptado la teoría del riesgo creado y, por ende, dicha culpa se presume admitiendo solo unas cuantas causales de exención.

2.3. Eximentes de la responsabilidad

En vista de que el sistema adoptado para esta clase de situaciones es el del riesgo creado, se entiende por regla general, y en razón de la cláusula implícita de incolumidad, que se responde por cualquier perjuicio que el pasajero haya sufrido con motivo del transporte. No obstante, al igual de lo que ocurre en los supuestos en los que no media vínculo contractual entre los sujetos que intervienen en el accidente de tránsito, esa culpa virtual no priva al transportador de mecanismos de defensa. Entonces, pese a que no puede usar como argumento de defensa el haber actuado de forma diligente, sí puede exonerarse de la responsabilidad demostrando que el accidente y, por tanto, el daño, se deben a factores externos.

Nuestro ordenamiento jurídico señala como factores externos eximentes de la responsabilidad al caso fortuito o de fuerza mayor, al hecho de un tercero y a la culpa exclusiva de la víctima. Estos casos implican la ruptura del vínculo causal entre la conducta del agente y el daño ocasionado, lo que supone, a su vez, la ausencia de uno de los elementos esenciales de la configuración de la responsabilidad civil.

Hemos tratado ya este tema, por lo que nos limitaremos a algunos conceptos relevantes.

Para que un acontecimiento constituya caso fortuito o fuerza mayor, se exige que el hecho sea extraordinario —que salga del curso natural y ordinario de las cosas—; que sea imprevisible —que supere la actitud normal de previsión que sea dable requerir, o inevitable como obstáculo que determine la impotencia absoluta de impedir la ocurrencia del evento o resultado—; y que sea irresistible —es decir, no susceptible de ser superado—.

En cuanto a la causal de exención por hecho determinante de un tercero, su fundamento es, también, la extraneidad de la causa eficiente del daño con relación al transportador. La responsabilidad debe imputársele al tercero cuya conducta dio lugar a la producción del perjuicio. Claro, siempre y cuando también concurren los otros elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

En cuanto a la tercera causal, se acepta que pueda eximirse de responsabilidad aportando pruebas sobre el verdadero origen del daño, cuando aquel deriva del comportamiento de la misma persona que lo sufre, es decir, del pasajero. Para tales efectos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 197 y 198 del Reglamento Nacional de Administración de Transportes, y —a la vez— debemos recordar que la celebración del contrato de transporte da nacimiento a un conjunto de derechos y obligaciones para ambos contratantes, a saber:

Artículo 197.- El pasajero está obligado a:

- a) Cumplir las indicaciones del conductor y del cobrador.
- b) Subir y bajar por la puerta correspondiente y sólo cuando el vehículo se encuentre detenido.
- c) Abonar el precio del pasaje y conservar su boleto hasta el final de su viaje, y exhibirlo cuando sea requerido por los inspectores de la empresa. El pasajero que no pueda presentar su boleto a pedido del inspector de la empresa, tendrá que abonar un nuevo pasaje.
- d) Evitar discusiones y reyertas con el conductor y demás pasajeros.

Artículo 198.- Los pasajeros están prohibidos de:

- a) Molestar la visibilidad y maniobrabilidad del conductor; y distraer su atención.
- b) Fumar, escupir y ensuciar el vehículo.
- c) Sacar una parte del cuerpo afuera del vehículo durante el tiempo de viaje.
- d) Arrojar del vehículo cualquier objeto.
- e) Portar en el vehículo artículos o paquetes, que puedan molestar o incomodar a los demás pasajeros.

Las eximentes convencionales, por su parte, no son admitidas. Se señala, por consiguiente, que de existir cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportista en

el cumplimiento de sus obligaciones o responsabilidades, estas se tendrán por no pactadas.⁵¹

2.4. A modo de conclusión

Luego del análisis efectuado, podemos concluir afirmando que la responsabilidad derivada de los accidentes de tránsito, respecto al pasajero, cuando existe un contrato de transporte a título oneroso, es de naturaleza contractual en la medida que el daño es consecuencia del incumplimiento de la obligación de seguridad que se encuentra implícita en este tipo de contrato.

Es necesario recordar que en los supuestos en los que la responsabilidad emana de accidentes de tránsito, la responsabilidad contractual posee ciertos rasgos propios que la hacen específica al punto que algunos autores, como Fernando de Trazegnies, plantean el nacimiento de un tercer régimen de responsabilidad. Así, en tanto estos casos se ubican en la frontera entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, la doctrina, la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico han optado por otorgarle un tratamiento que va más allá de lo regulado en el Código Civil, permitiendo que el factor de atribución sea el del riesgo creado, alejándose, de este modo, de la tesis subjetiva.

La responsabilidad derivada de accidentes de tránsito cuando media un contrato a título oneroso posee, como se infiere de lo expuesto, ciertos matices que responden a la necesidad de encontrar una solución acorde con la lógica que sustenta esa clase especial de siniestros.

El análisis de los hechos debe hacerse, por consiguiente, a la luz del sistema objetivo del riesgo creado, que es la opción asumida por nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en cada ocasión en la que el pasajero sufra un daño derivado de un accidente de tránsito, se presume la culpa del transportista, la misma que únicamente puede desvirtuarse si el propio transportista prueba que el incumplimiento del

⁵¹ Con esto, uno de los objetivos que se persigue es dar una mayor protección a la víctima que, debido a la naturaleza del contrato, usualmente no participa de la elaboración de las cláusulas ni del contenido. La gran mayoría de contratos de transporte son contratos de adhesión en los que una de las partes —el pasajero— solo escoge con quién quiere contratar, mas no negocia las reglas que van a regular la relación jurídica a la que dará origen la celebración de ese contrato.

deber de seguridad tuvo como causa un factor externo y extraño que se constituye en una causal de exoneración.

Si a esto agregamos la obligatoriedad del seguro contra accidentes de tránsito, podemos aseverar que en este aspecto el denominado Derecho de Daños se encuentra muy influenciado por el Análisis Económico del Derecho.

Cierto es que los daños que se producen en una sociedad no abarcan solo un problema distributivo privado que suponga que el causante deba reparar económicamente a la víctima. Además, incide en la riqueza total de la comunidad y en la vida social, que el agente pague o no a la víctima, aun cuando el daño social suele ser irreparable.

Es por ello que nacen las reglas de la responsabilidad civil, que así como buscan que la víctima sea indemnizada, operan como incentivos para que las personas hagan o dejen de hacer determinadas cosas; toda vez que la figura de la responsabilidad civil está pensada en la reparación de la víctima, esta impone consecuencias no deseadas al sujeto causante del daño, esto es una carga económica. La misma carga, en sentido inverso, se le impone a quien sufre el daño por su propia imprudencia, carga que se traduce en la imposibilidad de reclamar una indemnización.

En consecuencia, un sistema correcto de responsabilidad civil debe buscar la eficiencia, para lo cual no puede dejar de evaluar las circunstancias del contexto en que se presentan los diversos casos, de modo que así como se protege el interés privado de los sujetos, se vela, consecuentemente, por el interés social.

Sobre la base de estas ideas fundamentales, es que en materia de accidentes de tránsito por el uso de vehículos automotores, se ha considerado necesaria una regulación que atienda a los riesgos que involucra el uso de estas máquinas. Del mismo modo, por la frecuencia de estos accidentes y lo común de la producción de daños como efectos de aquellos, se ha elaborado un sistema de distribución de los costos sociales que originan.

De este modo, se busca asegurar que el sujeto que sufrió el perjuicio sea indemnizado sin necesidad de largas y costosas batallas legales —en tanto pérdida de tiempo y dinero—; pero sin convertir en el proceso al sujeto causante del daño, en una nueva víctima en el aspecto patrimonial.

De allí las particularidades del régimen de responsabilidad aplicable que, partiendo de los principios generales propios de la responsa-

bilidad civil como institución jurídica, han sido adaptados para estos supuestos concretos y que apunta —a futuro y siguiendo a De Trazegnies— a la configuración de un tercer régimen de responsabilidad: el de los accidentes, el cual abarcaría los casos límite, de frontera, como el que hemos evaluado.

3. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero cuando el transporte terrestre es a título gratuito

Reiterando lo que hemos venido sosteniendo en las páginas precedentes, debemos tener en claro que los accidentes de tránsito producen situaciones que, entre otras muchas consecuencias, pueden originar la imputación de responsabilidad civil. Esta responsabilidad no es la misma en todos los casos, pues cada caso se encuentra ubicado dentro de un determinado contexto que le otorga matices y rasgos especiales que no pueden dejar de considerarse al momento de evaluar y calificar los hechos. A esto se suma el que sean diversas las esferas jurídicas que pueden verse involucradas.

Por lo mismo, no podemos concluir nuestro análisis respecto a la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito, sin antes reflexionar sobre un tercer supuesto que, por su propia naturaleza y características, ha generado opiniones encontradas. No creemos, por tanto, que sea factible obviar un tema tan importante como el relativo a la responsabilidad civil en los casos en que el pasajero sufre un daño mediando entre este sujeto y el conductor del vehículo automotor, un transporte terrestre a título gratuito.

Tomando lo anterior como premisa, vamos a efectuar un examen de las diversas teorías que se han elaborado en torno de este controvertido tema, para luego adoptar posición al respecto.

Con tal propósito debemos, primero, alcanzar una definición del transporte gratuito que nos permita distinguirlo de otras figuras que, si bien poseen algunas características similares, suponen la aplicación de normas diferentes y, por ende, conllevan consecuencias jurídicas también distintas.

Sobre esa base, evaluaremos si el transportador o transportista incurre en responsabilidad por los daños sufridos por el pasajero, para después determinar la naturaleza de esa responsabilidad.

Por último, examinaremos si los caracteres particulares de esta modalidad especial de transporte, introducen variantes con respecto al régimen aplicable.

3.1. Aspectos generales: hacia una definición del transporte gratuito

Muchas veces se presentan situaciones límites, en las que la frontera entre el contrato y el hecho puro y simple es realmente difícil de delinear. Una de esas situaciones viene determinada por los supuestos en los que las prestaciones son gratuitas.

Como refiere José de Aguiar:⁵²

Es posible que una persona obre en interés de otra, prestándole un servicio que no fue autorizado, o con ignorancia del beneficiario o aun contra su voluntad. En tales casos, sería absurdo hablar de contrato [...].

Pero el servicio gratuito puede ser prestado con el consentimiento, o hasta a pedido de la parte a quien aprovecha. Aparece aquí una de las más reñidas controversias suscitadas por el problema de la responsabilidad civil, en vista de la frecuencia de una de sus modalidades más expresivas: el transporte gratuito.

Sobre el transporte gratuito, en principio, es necesario observar que implica una serie de problemas jurídicos que se plantean, incluso, en lo que respecta a su concepto.

En términos generales, puede decirse que esta modalidad de transporte —también denominado transporte benévolo, gracioso o de complacencia— se configura cuando el conductor de un vehículo traslada a un sujeto de un lugar a otro, por mera cortesía y sin recibir ningún tipo de retribución o contraprestación por su servicio.

Partiendo de esa definición podemos sostener, al igual que Jorge Joaquín Llambías⁵³ y Cazeaux y Trigo Represas,⁵⁴ que son cuatro los rasgos principales que permiten caracterizar al transporte benévolo:

⁵² DE AGUIAR DIAS, José. *Op. cit.*, pp. 194 y 195.

⁵³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, pp. 576 - 577.

⁵⁴ CAZEAUX, Pedro N. y TRIGO REPRESAS, Félix A. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Editorial Platense, vol. II, 1986, pp. 582 - 583.

- (a) La voluntad del conductor, dueño o guardián del vehículo automotor, de llevar al sujeto de un lugar a otro, para lo que no es importante si fue el sujeto quien solicitó el traslado, o este se dio por invitación que partió del propio transportista. De esto se sigue que no podremos hablar de transporte gratuito en aquellos casos en que el traslado fuera involuntario, como ocurre, por ejemplo, cuando el conductor desconoce que está transportando a alguna persona, pues aquélla viaja oculta.
- (b) El transporte debe ser independiente de cualquier relación jurídica que vincule al transportado con el transportista. De este modo, no debemos confundir al transporte benévolo como tal, de un simple transporte accesorio de una relación principal que lo hubiese motivado, y por cuyas reglas tendría que regirse.
- (c) Debe existir un *animus beneficendi* por parte del transportador. Esto significa que el conductor, guardián o dueño del vehículo, debe efectuar el traslado con la finalidad de hacer un favor, lo que implica, a su vez, que el transportado o pasajero deba tener un interés en el transporte. Esta característica nos permite discriminar del universo de los casos comprendidos dentro del transporte benévolo a todos aquellos en los que el conductor posea algún interés personal más allá de realizar un simple acto de cortesía.
- (d) El pasajero no debe estar obligado a abonar un precio o a efectuar una prestación como medio para retribuir el servicio que ha recibido. Si estuviera obligado a realizar algún tipo de pago, es obvio que nos encontraríamos frente a un supuesto de transporte a título oneroso y no frente a uno de complacencia.

Partiendo de lo expuesto podemos concluir que pese a que muchas veces la apariencia indique que se trata de un transporte gratuito, la realidad establece que no necesariamente es así. Habrá situaciones en las que lo que existe es una obligación contractual o una legal que se puede equiparar al transporte oneroso de personas.⁵⁵ Es por ello ne-

⁵⁵ Al respecto, debemos tener presente las consideraciones de los Mazeaud. Ellos afirman que es necesario distinguir la naturaleza del transporte a título puramente gratuito. Así, sostienen que, en este tipo de transporte, el transportista no tiene el menor interés en efectuar el traslado, consintiendo, sin embargo, en realizarlo. Los tratadistas franceses encaminan su solución hacia una investigación sobre la existencia de, al menos, una obligación en esa especie de transporte, examinando situaciones de hecho. Así, el ferrocarril que transporta a un menor que no paga pasaje debido a su edad o el que traslada a un viajero a quien le otorgó un pase libre no realiza transporte

cesario determinar, antes que nada, si efectivamente el supuesto que se analiza constituye o no un caso de transporte gratuito, para lo cual precisa acudir a los criterios arriba mencionados.

3.2. El transporte terrestre a título gratuito: ¿un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual?

Ahora bien, el transporte por complacencia, tal y como lo hemos caracterizado, despierta un sinnúmero de dudas con respecto al régimen de responsabilidad aplicable cuando, como resultado de un accidente de tránsito, el pasajero sufre un daño.

La discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad aplicable al conductor no es un tema inofensivo. La posición que se adopte va a implicar una serie de consecuencias relevantes no solo a nivel teórico, sino también a nivel práctico.

Como indica Llambías:⁵⁶

Se trata de saber si el transportador benévolo que presta un servicio para favorecer al transportado, responde por los daños que éste pueda sufrir a causa del mismo hecho del transporte. Las opiniones doctrinarias, a falta de un texto legal especial al respecto, son muy dispares: mientras para algunos el transportador, en esta hipótesis, está exento de responsabilidad, para otros puede ser responsable; y entre éstos discrepan los que encuentran incurso en responsabilidad contractual con los que lo declaran comprometido por responsabilidad extracontractual. Son distintas concepciones que varían en función de la naturaleza que asignan al transporte benévolo.

Podemos decir, por consiguiente, de tres corrientes doctrinales, cuyos presupuestos y efectos varían enormemente:

- (a) La tesis negativista.
- (b) La tesis contractualista.
- (c) La tesis extracontractualista.

En adelante, el desarrollo de las mismas.

gratuito, pues, en todos esos casos, existe una obligación de transporte muy nítida y precisa.

⁵⁶ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 577.

3.2.1. La tesis negativista

Esta tendencia, denominada por algunos como anticontractualista, entiende que el transporte desinteresado no genera ningún vínculo jurídico. Sostiene, en cambio, que este tipo de transporte da lugar a una «relación mundana», a una relación de pura cortesía que el Derecho no tutela como relación jurídica. De donde se sigue que no da lugar a una acción resarcitoria mientras no se cometa un delito.

Según esta corriente, las relaciones entre el conductor y el pasajero, al no ser susceptibles de coerción, no son tampoco, por consiguiente, aprehendidas por el ordenamiento jurídico. De esta forma, este planteamiento supone que las relaciones entre transportista y transportado pertenecen al ámbito de la sociología y no al campo del Derecho.

Cazeaux y Trigo Represas,⁵⁷ con razón, no aceptan esta postura, al afirmar que incluso admitiendo que el hecho del transporte benévolo pueda ser ajeno al orden jurídico, cuando se configura un accidente que ocasiona daños, se origina un «hecho jurídico», en tanto y en cuanto del mismo puede derivarse una adquisición o modificación de derechos.

De manera similar se pronuncia Llambías,⁵⁸ quien no duda en criticar la tesis negativista en los siguientes términos:

Esta interpretación del transporte benévolo (la negativista) sienta una proposición verdadera pero llega a una conclusión falsa. Ciertamente ese transporte no trasunta un acto jurídico, pues no tiene por fin inmediato [...] crear, modificar [...] derechos: el transportador no ha querido constituirse en deudor del traslado del transportado. Pero, de cualquier modo ha realizado un acto de conducta, es decir, un hecho jurídico voluntario que, bajo ciertas condiciones, es susceptible de producir alguna adquisición, modificación [...] de los derechos u obligaciones. Sólo se trata de averiguar en qué condiciones ese transporte benévolo puede obligar al transportador a resarcir, total o parcialmente, el daño sufrido por el transportado por razón del hecho del transporte.

Por nuestra parte, tampoco nos adherimos a la corriente negativista, a la que consideramos equivocada. Ciertamente es que las relaciones entre transportista y pasajero pueden analizarse a partir de la sociología;

⁵⁷ CAZEUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, p. 583.

⁵⁸ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, tomo III, p. 578.

pero eso no implica, de ninguna manera, negar la posibilidad de que esta relación también pueda pertenecer al ámbito del Derecho.

El Derecho atiende a las necesidades que se presentan, intenta dar solución a los diversos conflictos de intereses que la convivencia humana y la vida social conllevan. De aquí que —sin entrar aún a considerar el régimen de responsabilidad aplicable— no creamos que se pueda admitir que de presentarse un supuesto en que el pasajero se constituyera en víctima y el conductor en agente causante del daño, simplemente no se pudieran tomar medidas jurídicas, a menos que la causa haya sido la comisión de un delito.

Una teoría como la negativista impone el absurdo de negar la responsabilidad civil extracontractual en todos los ámbitos en los que aquella pueda darse. En todo caso, somos de la idea de que además de los actos jurídicos existen situaciones en las que los hechos humanos y voluntarios también pueden generar consecuencias jurídicas.

Superada esta dificultad y afirmando que el transporte benévolo no solo corresponde al ámbito de la sociología, sino también al jurídico, se plantea una interrogante que las siguientes dos tesis tratan de resolver: ¿el transporte gratuito es un contrato, o, por el contrario, los daños causados al viajero únicamente pueden originar una demanda fundada en el acto ilícito?

3.2.2. *La tesis contractualista*

Esta segunda tendencia es defendida por un gran número de tratadistas, entre los que destacan Savatier, Peretti-Griva, Lalou, De Aguiar Días, y Mosset Iturraspe. Estos importantes juristas, si bien con argumentos distintos, parten de una idea en común: el transporte benévolo configura un verdadero contrato, siendo, entonces, contractual la responsabilidad civil a la que puede conllevar por daños acaecidos durante el traslado.

Savatier,⁵⁹ al respecto, sostiene que cuando el transporte se realiza con el consentimiento o la solicitud del interesado, es posible observar nítidamente que se ha caracterizado un contrato. Para el renombrado tratadista francés, resulta claro que quien recoge a una persona en su vehículo se compromete a transportarla o, al menos, se obliga a no

⁵⁹ Citado por CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, tomo II, pp. 583 y 584.

hacerla descender intempestivamente en el camino, sin recursos para llegar a su destino.

Señala también que, en suma, el transporte benévolo constituye un contrato innominado que posee similitudes con las figuras contractuales del mandato y del depósito; ambos, contratos gratuitos y esencialmente revocables y en los que se restringe la facultad del mandatario o del depositario, por lo no que pueden desobligarse de manera inoportuna o inesperada.

Afirma, además, que la responsabilidad del transportista es contractual, y que la misma debe determinarse por la intención de las partes, siendo intuitivo que el transportador gratuito no tiene la intención de obligarse a una vigilancia igual a la del transportista asalariado. El grado de vigilancia o diligencia a que está obligado el transportador, se determina, por consiguiente, y a la luz de este raciocinio, indagando la intención de las partes contratantes.

Podemos observar que la posición de Savatier se traduce en la moderación de la responsabilidad del transportador. Esto, ya que, investigando las intenciones de las partes y lo que virtualmente se encuentra comprendido en la relación contractual de cada caso, se va a encontrar que el transportista no ha querido asumir —como deudor del servicio prestado— una responsabilidad semejante a la que emana de los contratos onerosos; toda vez que el transportado, al aceptar el traslado, no ha pensado en exigir del conductor una responsabilidad y una vigilancia que corresponda al transporte remunerado.

Con una argumentación semejante, Peretti-Griva⁶⁰ clasifica al transporte gratuito como un contrato innominado, a través del cual alguien se obliga, sin contraprestación, y sin importar por qué motivo, al transporte de otro.

El profesor italiano no piensa que la gratuidad de la prestación del transportista desnaturalice la relación contractual.⁶¹ En consecuencia, sostiene que quienes defienden la tesis extracontractualista come-

⁶⁰ Citado por: DE AGUIAR DIAS, José. *Tratado de Responsabilidad Civil. Op. cit.*, tomo I, p. 202.

⁶¹ Esta opinión no es compartida, entre otros, por Ripert y De Ruggiero, quienes ven en la onerosidad de la prestación, en la retribución, un elemento esencial de todo contrato de transporte.

Georges Ripert define el contrato de transporte como la convención por la cual una persona, llamada «transportador», se obliga, mediante una remuneración, a entregar en otro lugar una cosa, que se le ha remitido, o a hacer recorrer a una persona un itinerario determinado.

ten un error fundamental, esto es, se olvidan que, eximido del *onus* de la prueba, el transportador gratuito, en compensación, respondería hasta por culpa levisima, lo que importaría la afirmación de un principio absurdo: que la falta de contraprestación tiene la fuerza de establecer una agravación de la responsabilidad.

Por su parte, Lalou⁶² destaca que la gratuidad de la prestación no es un elemento decisivo para excluir, necesariamente, el carácter contractual de la relación jurídica. Argumenta que la diferencia que existe entre el transporte gratuito y el oneroso es semejante a la existente entre la compraventa y la donación, por lo que en ella no puede fundarse la extracontractualidad de la figura.⁶³

José de Aguiar Dias,⁶⁴ luego de realizar un exhaustivo análisis sobre el tema, concluye sentando su posición contractualista y rechazando las objeciones presentadas por Josserand. Expresa lo siguiente:

El transporte gratuito será una convención innominada, una estipulación *sui-generis*, aunque su carácter llene de espanto los servicios de la forma, que se detienen en desmenuzar pormenores menos importantes, cuando lo que importa es el contenido. El carácter contractual del transporte gratuito se transparenta en el acuerdo de voluntades sobre la conducción, solicitada, ofrecida, impuesta por una conveniencia social, etc. El transportador tiene la libertad de no transportar, de no entrar en relaciones con el pasajero y sólo ahí existe un signo de que ha tenido lugar el acuerdo referido por el contrato.

Roberto De Ruggiero afirma, por su parte, que el contrato de transporte puede definirse como aquel por cuya virtud el propietario o poseedor de un vehículo se obliga a efectuar el transporte de personas o de cosas, de un lugar a otro, por una determinada compensación económica.

⁶² Citado por: DE AGUIAR DIAS, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 202 y 203.

⁶³ Lalou, no obstante, no toma una postura igual de radical que Savatier y Peretti-Griva, puesto que reconoce que, en ciertos casos, aun fuera de aquel en que hay ausencia de intervención de la voluntad del transportado, el transporte gratuito no es un contrato. Hay situaciones, para este autor, en que las relaciones entre transportado y transportista no son otra cosa que relaciones sociales o mundanas que, por ende, no pueden generar un contrato. De manera similar, los Mazeaud aceptan la responsabilidad contractual para ciertos matices del transporte benévolo y lo rechazan para los supuestos denominados, por ellos, como 'transporte puramente gratuito'. Los Mazeaud consideran, así, que el transportador que presta su servicio por amistad, de forma benévola o tolerante, no pretende asumir obligación alguna y mal sería equiparar ese supuesto a un contrato.

⁶⁴ DE AGUIAR DIAS, José. *Op. cit.*, tomo I, pp. 211 y 212.

De todas las objeciones a la teoría contractual, las más serias son las opuestas por Josserand. Y no impresionan:

- (a) el contrato de transporte es esencialmente oneroso. Mal argumento, porque está en las manos del acreedor dispensar la prestación. Supongamos que, en un contrato de locación, el locador, por motivos de cualquier orden, renuncia el precio debido por el locatario. ¿Podrá, por eso, durante el tiempo del contrato dejar de cumplir las obligaciones que le incumben? Por cierto que no, aunque merezca en el caso concreto ser tratado con benevolencia, como acontece con el transportador gratuito;
- (b) la contextura del transporte es compleja, mientras que la de los contratos gratuitos es simple. Ahora, eso sólo prueba que puede haber contrato gratuito de contextura compleja;
- (c) falta de *animus negotii contrahendi*. Es un argumento de prestigio entre los defensores de la teoría extracontractual. Sin embargo, nunca se ha dado una demostración convincente de la ausencia de ánimo de obligarse en el contrato gratuito [...].

El tratadista argentino Jorge Mosset Iturraspe⁶⁵ también se adhiere a la tesis contractualista. Pese a que admite que la onerosidad es esencial en el contrato comercial de transporte, afirma que eso no impide la existencia de un contrato civil atípico de transporte gratuito.

Mosset expresa, pues, que la falta de interés económico en el transportista no es obstáculo para considerar como contractual la relación que se ha formado entre este y el transportado o viajero; relación que se configuraría como un contrato desinteresado al igual que lo son las liberalidades, a saber, la donación, el mandato gratuito, el comodato, etc. Toda vez que afirma, asimismo, que la prestación de hacer — traslado del pasajero — que forma el objeto de la obligación, posee contenido patrimonial.

A diferencia de los autores citados anteriormente, Mosset⁶⁶ rechaza la pretensión moderadora que se asienta en la idea de gratuidad, según la cual no se responsabiliza igual al contratante gratuito que al oneroso. Sostiene sobre esto que el *pacta sunt servanda* no se flexibiliza atendiendo a tales razones.

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, tomo I, p. 340.

⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, tomo III, p. 215.

En general, podemos sintetizar la tesis contractual en tres puntos centrales e interrelacionados:

- El transporte gratuito constituye un verdadero contrato.
- La responsabilidad que se deriva de su incumplimiento y de los daños que puedan darse, es por ende contractual.
- El carácter gratuito del transporte hace que esa responsabilidad deba apreciarse de manera menos rigurosa.

Muchas son las críticas que esta corriente ha recibido. Estas críticas u objeciones se presentan como relevantes en tanto implican una reflexión profunda sobre la naturaleza del transporte benévolo, y, por consiguiente, del régimen de responsabilidad que se debe aplicar.

Varios son los autores, entre los que nos incluimos, que consideran que la tesis contractualista se resiente de una falla esencial, que asimismo se configura como un obstáculo insuperable que parte de la propia concepción del transporte benévolo. Así, es factible objetar que quien realiza un transporte gratuito no tiene intención alguna de obligarse sino solo de hacer un favor, de donde se sigue que, ante la ausencia de esa voluntad de obligarse, no puede existir contrato.⁶⁷

Como expresan Cazeaux y Trigo Represas:⁶⁸

La invitación o conformidad del conductor del vehículo, para transportar desinteresadamente a otra persona, no constituye una declaración de voluntad con significado jurídico, pues aquél sólo entiende realizar un acto de mera cortesía; y si no hay intención de obligarse, mal puede pretenderse que exista un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes, que dé nacimiento a vínculos obligacionales. Se trataría, simplemente, de una situación potestativa para el transportista, que de obligación no tiene, por tanto, nada, puesto que su existencia como tal depende, precisamente, de la exclusiva voluntad del propio obligado; quien, en consecuencia, realizará o no el acto, según su libre arbitrio.

Queda claro, por lo expuesto, que aun cuando no neguemos la existencia de contratos que se caractericen por su liberalidad, por su

⁶⁷ Al respecto, Acuña Anzorena ha afirmado que el transporte gratuito, lejos de ser un contrato, es una simple relación amable, un puro acto de cortesía que, por ser tal, descarta entre quienes lo realizan toda intención de ligarse contractualmente.

⁶⁸ CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Op. cit.*, p. 584.

gratuidad, ello no supone irremediamente que el transporte benévolo se encuentre dentro de esa categoría. Un contrato implica manifestar la voluntad de obligarse, con todas las consecuencias que de eso puedan derivarse. En el caso del transporte gratuito, parece obvio que el transportista no desea celebrar un contrato; mal haríamos, entonces, en reconocer su celebración y aplicarle las reglas de la responsabilidad contractual.

A esto debemos agregar que los propios defensores de la tesis contractual no han llegado a un acuerdo al momento de determinar el factor de atribución de la responsabilidad. Algunos equiparan los efectos jurídicos a los que da lugar la imputación de responsabilidad, a los derivados del contrato de transporte a título oneroso, lo que lleva a aplicar la teoría del riesgo creado en virtud de la peligrosidad que encierra el uso de vehículos automotores. Otros, en cambio, se inclinan por el sistema subjetivo, aunque sin llegar a establecer a ciencia cierta cuál es el grado de culpa que da lugar a la imputación de responsabilidad.

3.2.3. Tesis de la responsabilidad extracontractual

Si bien hemos descartado la responsabilidad contractual del transportista, eso no significa dejar desprotegida a la víctima de un accidente ocurrido durante un transporte gratuito. La víctima sí cuenta con derecho a reclamar que el sujeto causante cumpla con indemnizarla y reparar, de esta manera, el daño que ha sufrido. Las normas de aplicación son las concernientes a la responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, esta corriente no presenta uniformidad en lo relativo al sistema de imputación aplicable. Al igual de lo que ocurre con la tesis contractualista, aún no hay acuerdo sobre este punto. Algunos consideran que debe aplicarse la teoría del riesgo creado y con ella las normas referidas a la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas. Por el contrario, otros autores optan por el sistema subjetivo, es decir, por la responsabilidad personal o por hecho propio, aunque con distintos matices en su aplicación, según consideren o no que el transportista benévolo está obligado de la misma forma que quien comete una falta común.⁶⁹

⁶⁹ Como señala Trigo Represas, todos esos planteamientos tienden a morigerar la responsabilidad del transportador y, fundamentalmente, a evitar el juego de la

3.3. Teorías de la responsabilidad extracontractual

Como acabamos de indicar, esta tendencia presenta distintas variantes o formas de entender la responsabilidad extracontractual que se deriva de estos supuestos.

Josserand,⁷⁰ por ejemplo, asume que la responsabilidad por el hecho de las cosas sí juega a favor del transportado benévolamente, para lo cual esgrime una serie de razones, tales como:

- (a) Si el pasajero no es contratante es necesariamente tercero y, por lo mismo, tiene derecho a la protección que la ley concede a las víctimas de accidentes por el hecho de las cosas, sin que sea dable distinguir entre el pasajero que paga, el que es transportado benévolamente, y el transeúnte o verdadero tercero.
- (b) No cabe suponer una aceptación de riesgos del transporte, de parte del ocupante benévolo, lo que es contrario a la realidad de los hechos, ya que más bien es lógico pensar que antes de aceptar eso, el transportado habría preferido abstenerse del viaje o bien pagar el servicio.
- (c) En vista de que interesa al orden público, no es facultativo de los individuos renunciar por adelantado, sea a la indemnización a que daría derecho un daño sobrevenido a la persona física, sea a los medios legales dados por el ordenamiento jurídico.
- (d) Fundada esta especie particular de responsabilidad en la idea de poder y dirección, el conductor que los ejerce, debe responder en sus relaciones con el pasajero trasladado gratuitamente; los principios deben ser los mismos en cada caso.
- (e) La aplicación pura y simple de la presunción de culpa, no obstante el carácter gratuito del transporte, no deja de lado la idea de justicia, pues los jueces siempre podrán moderar la indemnización, sobre la base de las causales de exención que permite la aplicación de este tipo de sistema.

inversión del onus probandi en aquellas legislaciones en que —sea por disposición de la ley o de la jurisprudencia—, los accidentes de tránsito se rigen por normas especiales, que establecen una presunción de responsabilidad contra el conductor, dueño o guardián del vehículo.

⁷⁰ Citado por CAZEAUX, Pedro N. y Félix A. TRIGO REPESAS. *Op. cit.*, vol. II, pp. 583 - 584.

Los postulados de la teoría formulada por Josserand han sido duramente criticados.⁷¹ En nuestra opinión es suficiente, para mostrar las imperfecciones de su tesis, un solo argumento: La postura tomada por este jurista francés ha olvidado cuál es el fundamento del sistema del riesgo creado en el que se sustenta la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En más de una oportunidad hemos afirmado que cuando la responsabilidad civil tiene como origen el hecho de las cosas, el planteamiento sobre el cual se construye la teoría del riesgo creado responde a la siguiente idea: «Está obligado a indemnizar aquél que se aprovecha de una cosa o de una actividad riesgosa». Es de allí de donde se deriva la regla de presunción de culpa contra el causante del daño, toda vez que se protege a la víctima. Por ende, si las personas que sufren un daño se estaban sirviendo de las cosas al momento del accidente, ya entra en juego la presunción de responsabilidad.

Observamos, al respecto, que en Francia la Corte de Casación se pronunció de manera similar, afirmando que la regla de la presunción de culpa en los casos de daños producidos por el hecho de las cosas fue establecida para proteger a quienes son víctimas de ellas en razón de los peligros que comportan. De donde se sigue que, si las personas que sufren un daño se aprovechaban de las cosas al momento en que ocurrió el hecho, la presunción de responsabilidad no tiene cabida, pues la víctima —de alguna u otra manera— se ha asociado al conductor corriendo en común los peligros que le son propios.

También resulta interesante la posición de Llambías,⁷² a la que nos adherimos, en tanto rechaza la aplicación, a este supuesto, del régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, aunque sin dejar de considerar algunos matices que dependerán de las circunstancias que se presenten:

Por nuestra parte, pensamos que el damnificado por un transporte benévolo se encuentra sujeto a los principios de la responsabilidad extracontractual, con la sola excepción de no ser atendible su pretensión resarcitoria del daño causado por el riesgo de la cosa. A falta de una obligación preexistente que le imponga al transportador la obligación de trasladar al transportado, con el deber de seguridad personal que esa obligación implica, el lesionado durante un transporte benévolo tiene derecho a la indemnización correspondiente siempre que pruebe:

- 1) que el daño reconoce su causa eficiente en el hecho del transporte efectuado;
- 2) que el transportador ha sido culpable del hecho dañoso.

Establecidos esos dos extremos, el transportador responde por el daño ocasionado [...].

Si el daño fuese causado por el vicio de la cosa (p. ej., rotura de dirección, a consecuencia de la cual se produce el vuelco del automóvil), la responsabilidad del transportador subsiste como dueño o guardián de dicha cosa sin que sea necesario producir la prueba de su culpa, que resulta revelada por el hecho dañoso.

En cambio, si el daño es causado por el riesgo de la cosa, el transportador benévolo no es responsable. La reparación del daño en este caso no tiene por base la culpa del transportador sino el hecho de la creación del riesgo, en cuyo hecho ha participado el propio transportado.

Queda por resolver algo más, esto es, ¿con qué grado de diligencia debe conducirse el transportista para evitar que se le pueda imputar responsabilidad por los daños sufridos por la víctima? o, lo que es lo mismo, ¿cuál es el grado necesario de culpa para que dicha responsabilidad pueda imputársele?

No coincidimos aquí con quienes buscan, por móviles humanitarios, moderar la responsabilidad de aquel que ha realizado un acto generoso. Ni tampoco que pueda servir como eximente la aceptación de los riesgos que, si bien es útil al momento de discriminar el sistema de imputación a aplicar —el de riesgo creado o el subjetivo—, no constituye una causal de exoneración a favor del conductor.

Todo lo contrario, estimamos que admitir esas posiciones es desproteger a la víctima que, sin embargo, sí está obligada a probar la conducta negligente o culposa del conductor del vehículo. Para lo cual basta, a nuestro modo de ver, la culpa leve, puesto que es el conductor quien tiene el «dominio» de la situación, por lo que de su comportamiento depende no sólo su seguridad sino también la del pasajero. El juez se encargará de evaluar las circunstancias del caso concreto y buscará llegar, sobre la base de lo que su examen le haya permitido deducir, a una resolución eficiente.

3.4. A modo de conclusión

Luego del análisis realizado, podemos afirmar que el transporte terrestre de personas a título gratuito es un problema complejo que, además de involucrar perspectivas y reflexiones sociológicas o de alguna otra índole, tiene injerencia en la vida jurídica de las personas.

El transporte benévolo, como ha quedado anotado a lo largo de estas páginas, aún continúa despertando dudas en cuanto al régimen de responsabilidad civil aplicable. Las posiciones que actualmente conviven son diversas, y cada una conlleva consecuencias para nada inofensivas, en especial si recordamos las diferencias que existen entre uno y otro régimen de responsabilidad, toda vez que lo que está en juego son intereses concretos de personas reales.

Nosotros hemos optado por sostener que, si bien el transporte benévolo establece relaciones jurídicas y, por ende, implica efectos jurídicos, no supone la existencia de un contrato en sentido estricto. Esto, a grandes rasgos, puesto que no existe intención alguna en las partes de obligarse, de contratar entre sí.

Lo anterior, sin embargo, no puede llevarnos a inferir que los pasajeros a título gratuito que sufren algún tipo de daño, no puedan exigir una reparación; supuesto en el cual, somos de la idea que el régimen de responsabilidad aplicable es el extracontractual.

Dependerá de un examen de las circunstancias en que se produjo el accidente, y, consecuentemente, del daño, para determinar si se aplica el sistema subjetivo o el del riesgo creado. El primero será de aplicación cuando el daño haya sido causado por «el vicio de la cosa»; mientras que no ocurrirá lo mismo en los casos en que la causa sea atribuible «al riesgo de la cosa», hipótesis en la cual se deberá examinar la culpa del conductor, no bastando con verificar la existencia del daño y la relación de causalidad.

Como es lógico, aquí deberán tenerse en consideración las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual.

Así, por ejemplo, la culpa concurrente que no constituye un elemento particular del régimen relativo al transporte benévolo, sino común a cualquier especie de responsabilidad. Pero, por las especiales circunstancias en que se suele originar este tipo de transporte, es común que el damnificado sea también culpable, por haber aceptado o solicitado ser trasladado en las condiciones ocurrentes. Hay, entonces, culpa del transportado cuando no conocía al conductor al tiempo de iniciar el viaje; cuando se aventuró a viajar de noche en un

vehículo carente de faros reglamentarios; cuando la víctima conocía el estado de embriaguez en que se encontraba el conductor, etc. En tales supuestos, la indemnización, en armonía con los principios jurídicos aplicables a cualquier hecho ilícito, será disminuida en proporción a la incidencia de la propia culpa del damnificado en el daño sufrido.

De igual modo, la evaluación del caso debe tomar en cuenta las causales de exoneración que puedan presentarse y a las que nos hemos referido.

Concluimos manifestando que en los tres supuestos estudiados partimos de un mismo hecho: un accidente de tránsito que origina un daño. Sin embargo, al analizar cada supuesto de manera particular, logramos apreciar como cada uno cuenta con características y rasgos propios que hacen imposible evaluarlos bajo un mismo criterio; hacerlo, no sería más que un esfuerzo terco e inútil por simplificar relaciones y realidades demasiado complejas.

Un mismo hecho puede involucrar, como sucede en lo relativo a los accidentes de tránsito, distintas y variadas esferas de responsabilidad, toda vez que son también diversos los intereses que chocan entre sí. Entonces, cada situación, para llegar a una solución eficiente y, en la medida de lo posible, justa, debe tomar en cuenta esas diferencias a la hora de evaluar, calificar y resolver un conflicto.

Donación y colación

Augusto Ferrero Costa

1. Introducción

NO TUVIMOS OPORTUNIDAD de conocer a Jorge Avendaño en nuestra época de estudiante dado que, mientras él era Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nosotros habíamos trasladado nuestra matrícula a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En este centro estudiamos todos los años de Derecho excepto uno. Al graduarnos, pasamos a integrar el plantel docente hasta 1994, año en el que fuimos nombrados Profesor Emérito del mismo. En San Marcos, brillaban en las cátedras de «Derecho Civil» Carlos Fernández Sessarego, profesor del curso de «Personas»; Jorge Eugenio Castañeda, profesor de «Reales» y de «Obligaciones»; Max Arias-Schreiber, profesor de «Contratos»; y, finalmente, Rómulo Lanatta, encargado de dictar el curso de «Sucesiones». Ocurría lo propio en la Universidad Católica con Jorge Avendaño Valdez, docente de «Reales»; Felipe Osterling Parodi, profesor de «Obligaciones»; y Héctor Cornejo Chávez, profesor de los cursos de «Familia» y «Sucesiones». La fama de estos tres profesores llegó a los claustros de San Marcos. Eran conocidos por su claridad y por la manera exhaustiva con la que trataban cada institución del curso que dictaban.

A Héctor Cornejo Chávez lo tratamos con motivo de especializarnos en la rama de su competencia, cuando el maestro Lanatta, gran profesor y señor, nos invitó a compartir su cátedra, primero, y a sucederlo en ella, después. A Jorge Avendaño lo frecuentamos muchos

años después, cuando ambos ejercíamos el cargo de Decano de la Facultad de Derecho: él en la Católica y el que escribe en la Universidad de Lima. Fuimos expositores en más de un congreso internacional organizado por esta última institución. Nuestra amistad se extendió a sus hijos Leonor y Francisco, a quienes invitamos a la cátedra. El éxito de ambos fue resultado del carisma, preparación e inteligencia que demostraron. Más tarde, nos tocó participar en un Tribunal Arbitral y en la comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, que actualmente él preside. Nos adherimos plenamente a su posición de modificar solo aquello que sea imprescindible, sin necesidad de redactar un nuevo Código. Como ponente del libro de sucesiones, cuyo curso dictó él alguna vez, hemos recibido siempre su apoyo y consejo experimentado. Ambos convenimos en que la ausencia de conflictos sucesorios se debe al acertado conjunto de normas que elaboró Lanatta y que, con el alargamiento de la vida humana, los asuntos concernientes a ellos se resuelven mediante el contrato de donación. En el seno de la comisión, hemos apreciado el manejo, la medida, la imaginación, el intelecto y el criterio jurídico del doctor Avendaño. A su persona y a las calidades que encarna va dedicado este ensayo que formará parte del libro en su homenaje.

2. El Fisco como acreedor tributario

El artículo 660 del Código Civil dispone que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Limitando la transmisión de las obligaciones, el artículo 661 establece que el heredero responde por las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta.

En concordancia con esta norma, el artículo 17 del Código Tributario, modificado por la ley 27038, establece que son responsables solidarios en calidad de adquirentes los herederos y legatarios hasta el límite del valor de los bienes que reciban. Tanto la disposición civil como la tributaria se refieren a la sucesión *mortis causa* que se inicia con la apertura de la sucesión, es decir, en el momento de la muerte del causante. A pesar de ello, sobre la base del último precepto, el ente fiscalizador considera la responsabilidad solidaria de los adquirentes cuando tienen la condición de donatarios y el donante es el deudor originario.

Se ha difundido mucho entre los abogados el error de denominar «anticipo de herencia» a la donación hecha a un heredero forzoso. En realidad, el anticipo nace como figura legal recién en el momento del fallecimiento del causante, y solo para efectos de colacionar o no lo recibido por el heredero antes de la sucesión. La donación, por el contrario, es concomitante a la fecha del contrato. En ese instante se transfiere la propiedad. Como podrá apreciarse, entre ambos momentos —la donación y la muerte—, puede haber una diferencia de varios años.

Entiéndase bien, *intervivos*, el anticipo de herencia es una mera denominación dada por las partes al contrato de donación. No tiene más relevancia jurídica para el Derecho Civil. En el Derecho Tributario, existe una norma, el decreto legislativo 776, Ley de Tributación Municipal, que grava con alcabala las donaciones de inmuebles, mas no así los anticipos de legítima (artículo 27, inciso a). ¿Cómo debe interpretarse? Sencillamente, debe entenderse que afecta con dicho impuesto la donación sin dispensa de colación, mas no aquella donación con dispensa de colación que, en el momento de la muerte, será considerada anticipo de herencia. Debido a que la donación hecha a favor de un heredero forzoso puede otorgarse con o sin dispensa de colación —la cual procede dentro de la facultad de libre disposición—, la existencia de la dispensa hace variar, según sea el caso, la naturaleza de la liberalidad. Si hay dispensa, será una simple donación; si no, se considerará un adelanto de herencia en el momento de la muerte del donante. Como indican Planiol y Ripert,¹ la donación con dispensa no es a título de herencia sino una mejora aparte de su porción. Civilmente, la diferenciación solo puede hacerse en el momento de la muerte, de acuerdo con lo explicado. Desde el ángulo tributario, conforme con la norma citada, la aplicación del impuesto se hará de acuerdo con el tenor del contrato de donación; esta será gravada si no contiene la dispensa de colación.

Frente a la donación, los acreedores del donante pueden interponer la acción pauliana o revocatoria para que se declare ineficaz, respecto de ellos, el acto gratuito del deudor por el que disminuye su patrimonio conocido. Esto perjudica el cobro del crédito (artículo 195

¹ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo V: «Donaciones y testamentos». Trad. de Mario Díaz Cruz. Habana: Cultural, 1935, p. 633.

del Código Civil, modificado por el decreto legislativo 768). La acción está franquada como un remedio ante el fraude de los deudores. El plazo de prescripción que la afecta es de dos años computados a partir del contrato de donación (artículo 2001, inciso 4 del Código Civil). Cumplido el término, el demandado podrá invocar la prescripción como defensa.

Quiere decir que el Fisco tendrá acción persecutoria contra los bienes donados siempre que no le opongan, con éxito, la prescripción después de dos años de celebrada la donación. Es más, al producirse el fallecimiento del donante, la donación efectuada a los herederos forzosos que exceda el límite de la facultad de libre disposición —si fue dispensada de colación— o toda la donación —si no fue dispensada— será considerada entonces como anticipo de herencia. En consecuencia, deberá colacionarse para efecto de calcular las porciones hereditarias. Empero, el cálculo es solo entre herederos, pues el artículo 843 del Código Civil establece que la colación es solo a favor de los herederos, y no beneficia a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión. Por lo tanto, no favorece al Fisco.

Adicionalmente, cabe anotar que el acto jurídico —por el cual se ocasiona la disminución patrimonial que podría impedir el cumplimiento de una obligación— que ataca la acción pauliana debe ser posterior a la existencia del crédito.

3. Anticipo de herencia

Además, debe observarse que la donación es un contrato unilateral, pues solo una de las partes se obliga. Sin embargo, ello no significa que no haya acuerdo de dos voluntades; este se da necesariamente. El vínculo jurídico surge de él. De no ser así, no habría donación. De allí proviene su carácter irrevocable. Precisamente por su fuerza obligatoria, no puede reducirse a la nada por voluntad unilateral del deudor (donante) mediante revocación.² Como destaca Pothier,³ la dona-

² MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo V: «Relaciones Obligatorias Singulares». Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 7.

³ POTHIER. *Oeuvres de Traités des Propres, des Donations Testamentaires, des Donations entre vifs, des Personnes et des Choses*. Tome treizième, Paris: Chez L'Editeur, 1823, p. 225.

ción entre vivos es una convención por la cual una persona, por liberalidad, se desiste irrevocablemente de cualquier cosa en beneficio de otra persona que la acepta. Enfatiza que la aceptación por parte del donatario entraña su consentimiento.⁴ Este constituye la esencia misma de la donación, pues se requiere, para esta, el acuerdo de dos partes.

Existe un concepto errado generalizado entre los abogados en el sentido de que el anticipo de herencia —entiéndase donación— puede revocarse en cualquier momento. El error nace en que, comúnmente, este contrato es otorgado por los padres a sus hijos cuando estos son menores de edad. Así, los donatarios están representados por los propios donantes en ejercicio de la patria potestad. Advuértase que el carácter esencial y distintivo de la donación entre vivos, que la distingue de la donación por causa de muerte, es la irrevocabilidad.⁵ Troplong⁶ señala que, entre los jurisconsultos romanos, era un decir que, en la donación entre vivos, el donante prefiere al donatario que a él mismo, mientras que, en la donación por causa de muerte, se prefiere el donante que al donatario, y a este antes que a su heredero. Este concepto es reiterado por Toullier y Duvergier.⁷

4. Colación

Polacco⁸ señala que la materia de la colación figura entre las más difíciles del tratado de las sucesiones. Se ha llegado a decir que constituye la metafísica legal de las sucesiones. La institución es confundida, corrientemente, con otras figuras como la reunión ficticia de las liberalidades al caudal hereditario para la determinación de la porción de libre disposición; con la reducción, que opera para las donaciones aje-

⁴ POTHIER. *Op. cit.*, p. 250.

⁵ POTHIER. *Op. cit.*, p. 252.

⁶ TROP LONG, M. *Droit Civil Expliqué. Des Donations entre-vifs et des testaments*. Tome premier. Paris: Charles Hingray, Librairie Editeur, 1855, p. 71.

⁷ TOULLIER, C.B.M. y J.B. DUVERGIER. *Le Droit Civil Français*. Volume troisième: «Des donations entre vifs et des testaments». Sixième édition. Paris: Jules Renouard et Cie., Librairies-Éditeurs, p. 3.

⁸ POLACCO, Vittorio. *De las Sucesiones*. Tomo II: «Disposiciones comunes a las sucesiones legítimas y testamentarias». Alfredo Ascoli y Evelina Polacco (eds.). Trad. de Santiago Sentís Melendo. 2º edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1950, p. 348.

nas a los herederos forzosos y los legados; así como con la imputación, que es un momento de la colación. Se distingue también de la colación de deudas, pues esta es un pago a un coheredero de un crédito que formaba parte del caudal hereditario dejado por el difunto.

La colación tiene un fundamento doble. Por un lado, se presume que el causante que dispone gratuitamente de bienes a favor de un heredero forzoso lo hace como anticipo de lo que le corresponderá en herencia. Por otro, se presenta la voluntad del legislador que quiere que todos los herederos forzosos tengan las mismas expectativas sobre el patrimonio familiar. No obstante, este fundamento, que resulta inobjetable tratándose de los descendientes y del cónyuge, no nos parece válido aplicado a los ascendientes. Por ello, Borda⁹ sostiene que la colación solo debería regir en relación con los descendientes. Señala que «si lo que funda esta institución es una presunción de que el causante, al hacer la donación, ha querido hacer un adelanto sobre la herencia futura, hay que convenir que esa presunción sólo es normal y aceptable cuando se trata de los descendientes o, cuanto más, el cónyuge».¹⁰ Agrega, con razón, que «cuando se hace la donación al padre o a la madre, es obvio que no puede existir el pensamiento de hacerle un adelanto de herencia, porque lo normal es que el padre muera antes que el hijo».¹¹

La colación tiene dos momentos: el cómputo y la imputación. El primero implica agregar a la masa los bienes transferidos en vida por el causante a sus herederos forzosos, o el valor de los mismos. El segundo significa incluir, en la cuota hereditaria del heredero favorecido, dichos bienes o su valor.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la colación, estamos de acuerdo con Barbero¹² en el sentido de que no es un acto sino, más bien, una situación jurídica.

⁹ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones*. Tomo I. Con la colaboración de Federico J.M. Peltzer. 2ª edición corregida y aumentada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1964, p. 475.

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ *Loc. cit.*

¹² BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo V: «Sucesiones por causa de muerte, índices generales de la obra». Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1967, p. 156.

5. Dispensa

La regla general de la colación es que esta procede siempre que el causante hubiera dispuesto de bienes a título gratuito a favor de sus herederos forzosos. La excepción a esta regla es que la colación no se lleva a cabo si existe dispensa por parte del causante.

La dispensa es la declaración del causante de que los bienes que dona no sean colacionados. Puede otorgarse dentro de la cuota de libre disposición. Esto quiere decir que, conferida dentro de estos términos, es necesario calcular hasta dónde alcanza este beneficio para determinar si el valor de los bienes donados está dentro de él.

6. Donación inoficiosa

Puede darse tanto en donaciones a herederos forzosos con dispensa de colación como a terceros. En la medida en que dichos actos de liberalidad excedan la cuota de libre disposición, es menester reducirlos para hacer entrar, en la masa sucesoria, los bienes donados, totalmente o en parte, por el perjuicio causado a la legítima de los herederos forzosos. «Así, la acción de reducción toma, a veces, el aspecto de una *actio ad supplendam legitimam*, o bien un carácter rescisorio. Esto no es esencial, puesto que siempre se puede ofrecer al legitimario el suplemento en bienes».¹³

En cuanto a la naturaleza de la acción en sí, resulta discutible tipificarla como de nulidad. En efecto, «no se puede decir ciertamente que la acción de reducción sea una acción de nulidad así sea relativa, o sea, perseguible sólo por los legitimarios: y esto, no tanto porque la reducción no depende de vicio intrínseco que afecte a la validez del negocio en sí mismo, cuanto más bien porque si los legitimarios renuncian, o aunque sólo sea no adopten la cautela del beneficio de inventario, las disposiciones quedan firmes con todos los crismas de la validez».¹⁴ Por otro lado, no debe dejarse de lado un factor fundamental: al valorizarse los bienes a la muerte del causante, solo entonces podrá determinarse si la donación es totalmente válida. Por lo

¹³ BRUGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull. México: UTEHA, 1946, p. 601.

¹⁴ BARBERO. *Op. cit.*, p. 229.

tanto, creemos, como Barbero,¹⁵ que se debe pensar más en un dispositivo resolutorio que en un vicio de nulidad. Es, pues, una acción de resolución, voluntaria, total o parcial según está lesionada la legítima por la donación. Debe destacarse que la acción tiene por objeto proteger la legítima de los herederos forzosos, en tanto reduce la donación en lo que exceda la facultad de libre disposición; es decir, resta al donatario lo que recibirá de más para aumentarle al legitimario lo que recibirá de menos. Puig Brutau¹⁶ hace ver que son figuras distintas la compraventa que encubre una donación y los actos de simulación absoluta, casos en los que el Tribunal Supremo en España (sentencia de 28 de febrero de 1953) ha señalado que se trata de un acto nulo por ilicitud de causa y no de un caso de reducción. En efecto, en este caso, el beneficiado con el acto está obligado a restituir el objeto del contrato y, por lo tanto, la legítima aumentará en el valor de lo restituido, independientemente de la relación de este con la porción disponible.

A la luz del Código actual, ha quedado despejada la duda en relación con el momento de interposición de esta acción. Hoy, es indiscutible que «la acción de inoficiosidad de la donación solo puede ser planteada, como es obvio, por los herederos; pues antes del fallecimiento del donante simple y llanamente no existe y solo se trata de personas con derechos expectaticios», tal como apunta el ponente del contrato de donación, Max Arias Schreiber Peste,¹⁷ en su «Exposición de motivos y comentarios». Planiol y Ripert,¹⁸ explicando el Código Civil francés que preconiza el mismo sistema que nuestro actual Código, expresan en el mismo sentido que «ni la reducción ni la colación limitan el derecho de disposición que durante su vida tiene el disponente; sólo después de su fallecimiento podrán los herederos entablar la acción procedente contra el donatario».

Ahora bien, ¿quién es el titular de la acción? El Código Civil español dispone, en su artículo 665, que solo podrán pedir reducción de

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo V, volumen III: «Legítimas-Reservas-Sucesión Intestada-Sucesión Contractual-Partición de Herencia». 2^o edición. Barcelona: Bosch, 1977, p. 205.

¹⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. «Exposición de motivos y comentarios al contrato de donación» (con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós y Angela Arias Schreiber Montero). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Delia Revoredo de Debaquey (comp.). Tomo VI. Lima: Talleres Gráficos de Ocurra Editores, 1985, p.291.

¹⁸ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo V: «Donaciones y testamentos». Trad. de Mario Díaz Cruz. Habana: Cultural, 1935, p. 19.

las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia. A pesar de que la ley claramente no solo concede la acción a los legitimarios, sino también a los legatarios de parte alícuota, Puig Brutau¹⁹ sostiene, como la mayor parte de la doctrina, que solo los legitimarios y sus herederos pueden ejercer la acción fundada en inoficiosidad de disposiciones otorgadas por el causante. En nuestro ordenamiento, la solución está consagrada en el artículo 1629, que permite incoar la acción judicial, por el contrario, a todos aquellos que tengan legítimo interés económico en la masa hereditaria, es decir, herederos, legatarios de cuota, acreedores de la sucesión, así como los acreedores de los herederos, vía la acción subrogatoria. La figura de la colación nos presenta una solución parcialmente distinta pues, textualmente, no aprovecha a los acreedores de la sucesión, pero no perjudica los intereses de los acreedores de los herederos que pueden solicitarla vía la acción oblicua. La acción para plantear la inoficiosidad de la donación prescribe a los diez años por tratarse de una acción personal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2001, inciso 1. El plazo se computa desde el día en que puede ejercitarse (artículo 1993), es decir, desde la muerte del causante. Sin embargo, puede ocurrir que, entre el acto de la donación y este momento, haya transcurrido el tiempo necesario para que el donatario o un tercero adquirente de este haya podido usucapir; así, resulta ilusoria la reducción de la donación. En efecto, transcurridos diez años de posesión continua, pacífica y pública, se adquiere la propiedad inmueble por prescripción extraordinaria de dominio; después de cinco años, cuando median justo título y buena fe, se adquiere por prescripción ordinaria (artículo 950). Tratándose de bienes muebles, los plazos son de cuatro y dos años, respectivamente. Para la prescripción ordinaria, se exige solo la buena fe, no así el justo título (artículo 951). En el caso del donatario, como se trata de inmuebles, solo funciona la usucapción extraordinaria, pues no podrá invocar el justo título. Para el tercer adquirente, sí funciona la ordinaria, siempre que tenga buena fe.

El artículo 1645, que debió estar a continuación del 1629, regula el caso de las donaciones inoficiosas (en plural). Este determina que se suprimen o reducen, en cuanto al exceso, las donaciones de fecha más reciente o a prorrata si fueran de la misma fecha. Esta disposi-

¹⁹ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Op. cit.*, p. 197.

ción, que es análoga a la contenida en el artículo 1488 del Código derogado, adquiere total significado con la norma que dispone que la donación se califica de inoficiosa cuando muere el donante y en relación con el valor del patrimonio del causante en el momento de su muerte. Esto se debe a que en este instante se determinará la cuota de libre disposición y las hijuelas hereditarias. Pueden determinarse los excesos donados que resultan inválidos. A diferencia de las disposiciones testamentarias, que se reducen proporcionalmente, las donaciones se reducen singularmente. Así, deberá agregarse a la masa hereditaria el valor de todas las donaciones y, si este valor excede la porción disponible, deberán reducirse o suprimirse los excesos de acuerdo con el más reciente otorgamiento del acto de liberalidad. En el Código de 1936, esta disposición carecía de objeto. Como bien lo dejó anotado León Barandiarán,²⁰ dicha disposición resultaba de difícil aplicación adecuada, teniendo en cuenta que el artículo 1469 disponía que el exceso se regulaba por el valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de la donación.

La acción para dejar sin efecto un acto simulado prescribe a los diez años, si se trata de simulación absoluta, y a los dos años, si se trata de simulación relativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2001. Estos plazos se considerarán para quien cuestiona una donación simulada con el fin de que su valor sea colacionado. Empero, a diferencia del primer supuesto, en el que corre desde la realización del acto, en el segundo, correrá a partir del momento de la apertura de la sucesión, que es solo a partir de cuando el heredero tiene derecho a accionar como titular de un derecho.

La regla es que la reducción se haga en *natura*, en cuerpos hereditarios, *ex ipsa substantia patris*, al decir de Demolombe.²¹

La donación inoficiosa que resulte del exceso de lo que una persona puede disponer sin afectar a los herederos legitimarios no se colaciona, según lo dispuesto en el artículo del Código Civil.

La doctrina francesa emplea corrientemente el término de «donación indirecta». Surville²² la define como aquella que resulta de la re-

²⁰ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Contratos en el Derecho Civil Peruano*. Tomo I. Lima: Comisión Administradora del Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1965, p.243.

²¹ DEMOLOMBE, C. *Traité des Donations entre-vifs et des testaments*. Tome deuxième Paris: A. Lahure Imprimeur-Editeur, p. 288, 1887.

²² SURVILLE, F. *Elements d'un Cours de Droit Civil Français*. Tome troisième. Paris: Arthur Rousseau Editeur, 1904, p. 37.

nuncia a un derecho. Echecopar²³ expresa que los tratadistas se preguntan «si deben comprenderse en la colación las liberalidades indirectas como la renuncia de una herencia, o el perdón de una deuda o el pago de un crédito extinguido, o la donación por medio de tercera persona interpuesta, etc., hecha para que pueda ser favorecido un descendiente». Y explica que «la doctrina por lo general se ha pronunciado en el sentido de que no hay razón para excluir esta clase de beneficios cuando significan una disminución del patrimonio del causante y un enriquecimiento del favorecido». Consideramos que este concepto de liberalidades indirectas merece un análisis.

En efecto, las figuras planteadas no encuadran dentro de dicha expresión, a excepción de la última. En primer lugar, la renuncia de la herencia no puede considerarse como una liberalidad. Tanto la aceptación como la renuncia son neutras; no son ni onerosas ni gratuitas. El derecho que deja de adquirir el renunciante no lo transfiere a persona alguna. Ya sea por derecho de representación o por derecho de acrecer, que son derechos propios de sus titulares, otros son los llamados a recibir la parte a la que se renuncia. En segundo lugar, el perdón de una deuda constituye una liberalidad directa. Inclusive, el artículo 762 trata a esta liberación como una clase de legado. En tercer lugar, el pago de un crédito extinguido no constituye un acto de liberalidad, sino el reconocimiento de una obligación que subsiste como natural, a pesar de la extinción de la acción. En efecto, prescribe la acción, mas no el derecho.

²³ ECHECOPAR GARCÍA, Luis. *Derecho de Sucesiones*. Lima: Talleres Gráficos de la Editorial Lumen, 1946, p. 292.

Derecho de acrecer

César Fernández Arce

EL LIBRO HOMENAJE al doctor Jorge Avendaño tiene, para nosotros, un valor muy importante, porque quiere expresar nuestro profundo reconocimiento y gratitud para quien, como ilustre catedrático de nuestra Facultad, ha desarrollado una labor variada y prolífica a través de los 46 años ininterrumpidos de servicios que viene prestando. Se ha desempeñado, con notable éxito, como catedrático principal en diferentes áreas del Derecho Civil, como «Derecho Civil 1», «Derechos Reales», «Derecho Registral», «Derecho de Sucesiones», «Garantías» y «Seminario de Propiedad», entre otros cursos.

Ha ejercido el Decanato de la Facultad como titular en dos períodos: 1964-1970 y 1987-1993. En el primer período, se destaca el Programa de Wisconsin, en el que participó, por plazas diversas, un número aproximado de veinte profesores. Se lograron tres objetivos, relacionados con: la preparación de cursos, el contenido multidisciplinario (abogados para distintas funciones) y la metodología activa de carácter inductivo a partir de casos.

En el segundo período, son destacables el comienzo y desarrollo de la construcción del local de Derecho. Por gestión directa y con la importante colaboración de algunos profesores, se recaudaron: US \$ 500.000 de empresas privadas. De esta suma, US \$ 400.000 se destinaron a concluir íntegramente el local de Derecho. El saldo fue destinado a la construcción del casco del nuevo edificio. Además, se implementó una nueva reforma integral del Plan de Estudios que, con ligeros cambios, rige hasta hoy con muy buenos resultados.

Finalmente, desde hace más de tres años, a pedido del Decano, preside una comisión de profesores que está revisando los contenidos y métodos de todos los cursos electivos de la Facultad.

Se trata de un distinguido profesional que ha sabido imprimir, en su importante y dilatada obra, el sello de su personalidad: indudable vocación al servicio de la docencia universitaria y al de la realización de la justicia, como profesional del Derecho.

Por estas razones, con mucha complacencia, me aúno a este justo y merecido homenaje.

1. Antecedentes

El acrecimiento se fundó, originalmente, en dos principios del Derecho romano:

- a) La continuidad de la personalidad del causante; y
- b) La imposibilidad de morir en parte testado y parte intestado.

Estos principios sustentan la necesidad y obligatoriedad del acrecimiento.

Este derecho en la sucesión testamentaria nace del hecho de interpretar la voluntad presunta del testador del modo siguiente: «si alguno de los instituidos no pudiera recibir su cuota y no deja descendientes que le puedan representar, aquel habría querido que esa cuota favoreciera a los demás coherederos que instituyó». El derecho de acrecer es, pues, subsidiario del derecho de representación. En otras palabras, el derecho de representación prevalece sobre el derecho de acrecer.

La aplicación de este derecho no tenía lugar cuando se presentaba algún obstáculo que destruía esta presunción. Este obstáculo podía derivarse de la ley (la representación sucesoria) o de la voluntad del propio testador (la sustitución efectuada por el testamento).

Resulta interesante conocer lo que el artículo 3810 del Código Civil argentino establece: «El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias».

Por el contrario, como se verá más adelante, creemos que, en el ordenamiento legal peruano, el derecho de acrecer funciona también en la sucesión intestada y se fundamenta en la vocación universal que los herederos tienen siempre respecto de toda la herencia (artículo 735 del Código Civil).

2. Código Civil

El Código Civil peruano carece de disposición expresa respecto del ámbito de su aplicación. El derecho de acrecencia, como se ha dicho, está regulado en la sección segunda del libro cuarto del Código Civil, cuya materia se refiere a la sucesión testamentaria:

Artículo 774.- Si varios herederos son instituidos en la totalidad de los bienes sin determinación de parte o en partes iguales y alguno de ellos no quiere o no puede recibir la suya, ésta acrece los de los demás, salvo el derecho de representación.

Artículo 775.- Cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de partes y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir lo que le corresponde, ésta acrecerá las partes de los demás.

Artículo 776.- El legado se reintegra a la masa hereditaria cuando no tiene efecto por cualquier causa, o cuando el legatario no puede o no quiere recibirlo.

Artículo 777.- El derecho de acrecer no tiene lugar cuando el testamento resulta una voluntad diversa del testador.

Corresponde al texto de los artículos 116 al 119 del Anteproyecto. El derecho de acrecer es una consecuencia de la naturaleza propia del título del heredero, que es expansivo, pues se extiende a la universalidad o totalidad de los bienes y derechos que constituyen la herencia. El efecto peculiar de este tipo de vocaciones es que, cuando alguno de los llamados no puede (premorienza, indignidad o desheredación) o no quiere recibir la herencia (renuncia), entonces su cuota acrece la de los demás. Es decir, el acrecimiento tiene una virtualidad expansiva que deriva de la universalidad del título con que es instituido el heredero. No tiene otros límites más que el derecho de los coherederos que suceden por sí o por representación, y la voluntad del testador dentro del ámbito que la ley concede.

En consecuencia, el derecho de acrecer es la capacidad potencial de obtener más allá de lo dispuesto por el testador o la ley, porque este derecho es inherente a todo heredero, independientemente de la fuente de su institución. Procede tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. El derecho de acrecer no es inherente al legatario,

quien solo por excepción puede acrecer (artículo 775), y se da por razón no del título, sino por la naturaleza jurídica del bien legado a varias personas (copropiedad).

El hecho de que el derecho de acrecer se encuentre ubicado en la sección segunda del libro cuarto del Código Civil, sección que regula la materia de sucesión testamentaria, no impide su aplicación extensiva a los casos de sucesión intestada. Por ejemplo, si habiendo sido declarados herederos los cuatro hijos del causante, y posteriormente uno es excluido por indignidad y carece de descendientes que puedan representarlo, entonces la cuota de éste acrecerá la de los tres otros restantes. Esto significa que el acrecimiento tiene una virtualidad expansiva que deriva de la vocación universal a toda la herencia con que es instituido el heredero (artículo 735 del Código Civil).

3. Fundamento

El derecho de acrecer aparece establecido y regulado en el Derecho romano, por esto no se preocuparon de su fundamentación. Fueron los glosadores quienes, sobre la base de la interpretación de los textos romanos, establecieron dos teorías que serán revisadas a continuación.

3.1. Teoría subjetiva o voluntaria

Su fundamentación radicaría en la presunta voluntad del testador, pues se considera que, si bien este asigna toda la herencia a varios herederos, su voluntad implícita es la de beneficiar con toda la herencia a cada uno de los instituidos. Como consecuencia, resulta que, si alguno de los designados no quiere o no puede recibirla, su cuota incrementará la de los restantes herederos. Esto significa que, cuando el testador llama en conjunto a varios herederos, se presume que su deseo es que se sustituyan recíprocamente. Este criterio es afirmado por muchos autores como Roca Sastre, Somarriva y Messineo. Somarravia afirma que el derecho de acrecimiento es la interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador.

Creemos que no es exacto que la voluntad del causante sea la suprema ley de la sucesión. Es verdad que la sucesión testamentaria prevalece sobre la sucesión intestada, pero esa voluntad está restrin-

gida por la ley, como lo señala el artículo 686 del Código Civil, así como también los artículos 723, 729 y 733 del Código acotado.

¿Las cuotas alícuotas deben ser dispuestas entre varios herederos sin determinación de partes o en partes iguales para que funcione el derecho de acrecencia?

Sobre este tema, la mayoría de autores se inclina por la tesis de la existencia de cuotas iguales o de asignaciones del todo sin determinación de partes. Esta regla se encuentra consagrada, por ejemplo, en el Código Civil italiano, artículo 674; en el Código Civil peruano, artículo 774; y en el Código Civil español, artículo 982 inciso I.

En cambio, el profesor español Albadalejo expresa que nada obsta para que, interpretando la voluntad del testador, pueda funcionar el derecho de acrecencia, aun en los casos de asignación de cuotas alícuotas desiguales. Esto se debe a que cuotas alícuotas no significan, necesariamente, cuotas iguales, ya que la ley suprema de la sucesión testamentaria es la voluntad del testador. En consecuencia, este puede extender dicho derecho para tales casos, pero solo con manifestación expresa. Los artículos 774 y 777 de nuestro Código Civil podrían abonar esta aserción, pero únicamente cuando se trata de herederos voluntarios, porque el derecho queda librado a la voluntad del testador. El primero de ellos establece que, si varios herederos son instituidos *en la totalidad de los bienes sin determinación de partes o en partes iguales y alguno de ellos no puede o no quiere recibir la suya*, esta parte acrece las de los demás, salvo el derecho de representación. Acá, la voluntad presuntiva del testador descansa en dos supuestos:

- a) Institución plural de herederos en la totalidad de bienes (es decir, la existencia de una vocación solidaria); y
- b) Asignaciones hechas sin determinación de partes o en partes iguales.

Cabe añadir que, tratándose de la legítima, que corresponde a los herederos forzosos en cuotas iguales por norma legal imperativa, el testador no podría repartirla en cuotas desiguales ni negarles el derecho de acrecer. Por eso, el derecho de acrecer, respecto de estos, no podría ser modificado. Resultan inaplicables, por ello, los alcances del artículo 777.

El artículo 777 del acotado dispone que el derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador. En este caso, la voluntad puede ser expresa o tácita, y este

derecho solo puede incidir en los herederos voluntarios y legatarios. Esto se debe a que sus derechos patrimoniales provienen exclusivamente de la parte de libre disposición de la herencia, es decir, de un acto de liberalidad, pero no sobre la legítima, ya que no es de libre disposición. La legítima es intangible por norma de orden público. Ello implica —como ya se ha apuntado— que la autonomía de la voluntad en el testamento no es absoluta sino relativa, pues está limitada por normas legales que protegen a los llamados herederos forzosos (artículos 723, 724, 725, 726, 727, 735, 736, 737 y 740 del Código Civil).

Estas breves consideraciones llevan a afirmar que, en ordenamiento legal peruano, la voluntad del causante no es ley suprema del testamento, sino que está restringida por determinadas normas imperativas que amparan la legítima. Por tanto, el derecho de acrecer funcionará, necesariamente y sin excepción alguna, a favor de los herederos forzosos respecto de la legítima, siempre que el heredero forzoso no quiera o no pueda recibir su cuota y no pueda ser representado por sus descendientes en los casos establecidos por la ley.

Esto significa que el fundamento último del derecho de acrecer deriva, en parte, de la ley, y se funda en que el heredero es instituido siempre a título universal; mientras que el legatario es instituido a título particular (artículos 735 y 756 del Código Civil). La diferencia entre ambos títulos es que el primero es expansivo y el segundo no. Ese poder expansivo que nace de la universalidad del título se llama «derecho de acrecer». Pero también deriva, en parte, de la voluntad del causante cuando, por testamento y a falta de herederos forzosos, instituye herederos voluntarios (artículo 777 del Código Civil). Por eso, este precepto legal señala: «El derecho de acrecer no tiene lugar cuando del testamento resulta una voluntad diversa del testador».

La voluntad será, pues, diversa cuando se refiere a los herederos voluntarios y, eventualmente diversa, en el caso de los legatarios de un mismo bien, pues ambos son instituidos por su exclusiva voluntad, es decir, por un acto de liberalidad. En cambio, no podría negar el derecho de acreencia respecto de la legítima de los herederos forzosos, cuya naturaleza es de orden público, y el derecho a ella es exclusivo y excluyente.

El ordenamiento legal peruano, en el artículo 775 del Código Civil admite, como excepción, un único caso de acrecimiento en caso de legados. Cuando un mismo bien es legado a varias personas sin determinación de partes, y alguna de ellas no quiere o no puede recibir la

parte que le corresponde, esta acrecerá las partes de los demás. Esta regla está contemplada en el artículo 2158 del Código Civil alemán y, además, en los artículos 3812 y 3813 del Código Civil argentino. El acrecimiento de los herederos favorecidos con este derecho implica una vocación solidaria.

En definitiva, la teoría subjetiva o voluntaria tiene, en nuestra opinión, el inconveniente de limitar el acrecimiento solo a la sucesión testamentaria, porque la única fuente es la voluntad del causante. Pero creemos, como señalan los profesores Domínguez, que, por la fuerza de las cosas, el acrecimiento se presenta también en la sucesión intestada, aunque su reglamentación en el Código Civil peruano esté referida solo a la sucesión testamentaria. El fundamento del derecho de acrecer en la sucesión intestada descansa en el mismo orden a heredar establecido por la ley. Esta tesis también la sustenta el Código Civil uruguayo en su artículo 1044: «En las sucesiones intestadas la parte del que no puede o no quiere aceptar acrece a los coherederos, salvo derecho de representación».

3.2. Teoría objetiva

La voluntad del testador no crea el derecho de acrecer. Este no aparece por el hecho del llamamiento solidario, sino porque aquel llamado acumulativo confiere a los herederos instituidos el derecho inicial sobre toda la herencia. El acrecimiento no integra la voluntad del causante, sino que proviene de la ley. Es decir, el derecho a acrecer lo establece la ley, y las condiciones para que funcione la ley las establece el causante.

Albendalejo sostiene que, en realidad, la voluntad del causante únicamente sirve para configurar la institución como solidaria, porque es la ley la que otorga el derecho de acrecer.

También se afirma que el fundamento puede estar en la voluntad presunta del testador, como cuando constituye herederos voluntarios sin determinación de partes o en cuotas iguales. Se presume, entonces, que la voluntad del testador es que acrezca el derecho de los instituidos si alguno de ellos no quiere o no puede aceptarlo. Se debe a que, si la asignación la hace en partes desiguales, la voluntad expresa denota que está poniendo límites a los derechos de cada cual. Entonces, no tendría acrecencia.

En definitiva, respecto del fundamento del derecho de acrecer, consideramos que es la ley la que establece el derecho de acrecimiento

por regla general. Sin embargo, al tratarse de la sucesión testamentaria, la voluntad del causante participa cuando configura la institución como solidaria.

También es importante destacar, como lo hacen los maestros Domínguez,¹ que el acrecimiento no se produce, propiamente, en la cuota vacante que no llega a existir. Se produce, más acertadamente, en el título que tenía el asignatario, tanto de la sola disposición de la ley como del testamento del difunto, para legitimar más adelante la aceptación. Las cuotas resultan con posterioridad a la aceptación. Recordemos que en los casos de pérdida o de renuncia, la vacancia en el derecho de heredar al causante no se produce en la porción hereditaria sino en la causa que legitima al designado para adquirirla.

Esta afirmación, en nuestra opinión, resulta correcta porque, cuando el heredero instituido no puede o no quiere serlo, es considerado como si nunca lo hubiera sido y, por lo tanto, no tiene cuota. Lo que primero pierde, entonces, es el título de heredero. Por consiguiente, el acrecimiento no tiene lugar en la cuota vacante, sino en el título que tenía el heredero instituido.

La vacancia no se produce en la cuota sino, más bien, en la causa que legitima al designado para adquirirla, es decir, en el título o vocación para suceder.

Finalmente, debemos señalar que, a nuestro criterio, la acrecencia en el ordenamiento legal peruano opera de pleno derecho, como en el caso de la transmisión de la herencia en las sucesiones.

4. Aplicación del derecho de acrecer

Para el funcionamiento del derecho de acrecer es indispensable observar algunas reglas:

4.1. Pluralidad de herederos instituidos en la totalidad de los bienes y derechos que constituyen la herencia. Si solo hubiera un único heredero, la acrecencia carecería de sentido porque adquiriría la integridad de la herencia desde un comienzo.

Cuando el legislador, en el artículo 774 del Código Civil, establece como presupuesto para que opere el derecho de acrecer que los herederos hayan sido instituidos «en la totalidad de los bienes», es necesari-

¹ DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Derecho Sucesorio*. 2.^a edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, p. 863, 1998.

rio analizar a qué se refiere, ya que esta exigencia genera dos interpretaciones:

- a) Que los herederos deben ser instituidos sobre la totalidad de los bienes del patrimonio hereditario; y
- b) Que los herederos deben ser instituidos sobre la totalidad de los bienes que constituye la herencia o una cuota parte de ellos.

Si asumimos la primera interpretación constataremos que, si el testador, hace uso de su cuota de libre disposición, instituye un legado, entonces no funcionaría el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria. Esto se debe a que la totalidad de los bienes de la herencia ha sido trastocada por tal liberalidad.

Esta interpretación atentaría contra la esencia misma de la institución de herederos, debido a que eliminaría el carácter de vocación universal que tiene este sobre toda la herencia. También atentaría contra la voluntad presunta del causante que ha querido beneficiar a todos y a cada uno de los herederos instituidos haciéndolos copropietarios. Así, se elimina la interferencia de todo tercero ajeno a la institución original (salvo derecho de representación).

Nosotros creemos que la exigencia del artículo 774 se refiere a que los herederos sean instituidos sobre la totalidad de los bienes que constituyen la herencia o sobre una cuota parte de ellos.

Cuando el legislador usa los términos «en la totalidad de los bienes» lo hace con sentido didáctico para diferenciar la calidad del heredero —como sucesor a título universal— del legatario —como sucesor a título particular—. La exigencia tiene una connotación cualitativa y no cuantitativa.

Los artículos 726 y 808 del Código Civil de 1936, que regulaban el derecho de acrecer, señalaban lo siguiente:

Artículo 726. - Hay derecho de acrecer entre los coherederos o entre los legatarios respectivamente, en el caso del artículo 802.

Artículo 802. - Si el testamento no determina la fracción de la herencia o del bien que se deja a cada heredero o legatario de los nombrados conjuntamente, estos se distribuirán por igual dicha herencia o dicho bien.

El legislador del Código Civil vigente no quiso repetir el error cometido en la redacción del artículo 802 del Código anterior, ya que

este artículo confunde y asimila las figuras de heredero y de legatario al señalar que el heredero, al igual que el legatario, sucede en bienes determinados, es decir, a título particular. Así, se olvida de la esencia misma del heredero, que es la de sucesor a título universal.

Por este motivo, el legislador en el Código actual señala, en el artículo 735, lo siguiente:

Artículo 735.- La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.

Al concordar este precepto legal con el numeral 774 del mismo cuerpo, se puede notar que el legislador usa los términos «en la totalidad de los bienes» como una alternativa a la totalidad de la herencia o a una cuota parte de ellos (artículo 735). No existe pues, ninguna incongruencia, debido a que el legislador ha querido utilizar esta expresión para referirse al conjunto de bienes o de un solo bien que forma un todo indivisible. Por ejemplo, el causante puede dejar como herencia un restaurante (letreros, sillas, mesas, local, utensilios, etc.), una casa (infraestructura, accesorios, terreno, etc.) o una cuota equivalente al 50% de su patrimonio.

En consecuencia, como la vocación universal a toda la herencia y el derecho de acrecer son características esenciales y distintivas del heredero, no pueden ser suprimidas por una interpretación errónea del artículo 774 que haría ineficaz este derecho en la sucesión testamentaria.

4.2. Que la institución de herederos se haya hecho sin determinación de cuotas hereditarias o en cuotas iguales. Esto ocurre siempre que se trata de herederos forzosos. Nadie, ni el testador, podrá establecer algo diferente, porque los coherederos forzosos que concurren a una misma herencia tienen iguales derechos por mandato de ley imperativa (artículos 723, 729 y 733 del Código Civil). Tratándose de herederos voluntarios, el testador podría otorgarles cuotas diferentes de la herencia. En dicho caso, no tienen lugar el derecho de acrecer porque, a pesar de tener la calidad de herederos con título universal, han sido instituidos por la exclusiva voluntad del testador, sin estar obli-

gado por la ley. El testador ha querido limitarles este derecho, lo que es posible porque la afectación de bienes en favor de estos —repetimos— proviene de un acto de liberalidad. La limitación del derecho adjudicatorio señala la voluntad tácita de no extenderle el derecho de acreencia.

Los legatarios, como son instituidos a título particular, no tienen el derecho de acreencia a menos que los legados otorgados incidan sobre un mismo bien o bienes indivisos sin determinación de partes (artículo 775 del Código Civil).

4.3. Que el coheredero o, eventualmente, el legatario en su caso no pueda o no quiera recibir su cuota.

4.4. Que, tratándose de los herederos forzosos, la imposibilidad proviene de premoriencia, renuncia, declaración de indignidad o por desheredación.

Si se refiere a herederos voluntarios o a legatarios, la imposibilidad de recibir su cuota deriva de cualquiera de las tres primeras causas, porque los únicos que pueden ser desheredados son los herederos forzosos.

4.5. Que, tratándose de los herederos forzosos impedidos, estos no dejen descendientes hábiles para recibir su cuota por representación; y, cuando varios heredan a un hermano, los impedidos de recibir su cuota no dejen hijos que los representen y, asimismo, que el testador no hubiera hecho uso del derecho de sustitución.

Esto quiere decir que el derecho de representación, en beneficio de los descendientes del heredero originario impedido, prevalece sobre el derecho de acreencia a favor de los coherederos de aquel.

Cuando uno de los colegatarios se encuentra impedido o no puede recibir su legado, este caduca y revierte, entonces, a la masa hereditaria (art. 776). La excepción a esta regla se da en el único caso que prevé el artículo 775 del Código Civil.

5. Causa de la inaplicabilidad del artículo 777 del Código Civil a los herederos legitimarios

El artículo 777 del Código Civil no es aplicable a los herederos legitimarios debido a que el derecho a la legítima es inherente a los here-

deros forzosos, como lo establecen los artículos 723 y 733, normas imperativas que restringen la libertad de disposición por parte del testador. De este modo, si los herederos forzosos, por imposición de la ley, son instituidos siempre a título universal y en igualdad de cuotas, entonces el testador no puede negarles el derecho de acrecer respecto de la legítima.

En relación con el artículo 777, debe considerarse que jamás tendrá aplicación cuando se trate de herederos forzosos. Solo resulta viable respecto de los herederos voluntarios y legatarios, porque son instituidos voluntariamente por el testador y proviene de la cuota de libre disposición.

La inspiración de estos preceptos contenidos en el título VII del Código Civil peruano se encuentra en los Códigos Civiles de Italia, Alemania, España y Argentina.

Artículo 674 del Código Civil Italiano.- Acrecimiento entre coherederos. Cuando varios coherederos han sido instituidos en un mismo testamento en la universalidad de los bienes, sin determinación de partes o en partes iguales, aún cuando sean determinadas, cuando uno de ellos no pueda o no quiera aceptar, su parte acrece a los otros. Si varios herederos han sido instituidos en una misma cuota, el acrecimiento tiene lugar a favor de los otros instituidos en dicha cuota.

El acrecimiento no tiene lugar cuando del testamento resulte una voluntad diversa del testador. Queda a salvo, en todo caso, el derecho de representación.

Artículo 675 del Código Civil Italiano.- Acrecimiento entre colegatarios: El acrecimiento tiene lugar también entre varios legatarios a los cuales ha sido legado un mismo objeto, salvo que del testamento resulte una voluntad diversa y salvo siempre el derecho de representación.

Cabe explicar que, en la legislación italiana, existe la representación sucesoria respecto de legatarios como aparece en el artículo 467. En nuestro ordenamiento legal, esto no está permitido.

Respecto de la extensión del derecho de acrecer, el artículo 3810 del Código Civil argentino señala que: «El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias».

Reiteramos que el hecho de que el derecho de acrecer esté contemplado en nuestro Código Civil, en la sección relativa a la sucesión

testamentaria, no significa que se limita a ella, debido a que este derecho es extensivo también a la sucesión legal o intestada. Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando, en una sucesión intestada, son instituidos como herederos del causante sus tres hijos y uno de ellos renuncia a la herencia, o es excluido por indignidad y no tiene descendientes que pudieran representarlo? ¿A quién correspondería recibir su cuota hereditaria? Si uno de ellos fue excluido por renuncia o indignidad, corresponderá entonces a los otros dos hermanos el derecho a recibir la cuota de aquel por acrecimiento. Este criterio concuerda con la naturaleza de la institución de heredero, que es a título universal sobre la totalidad de la herencia (artículo 735), y debe realizarse conforme con el orden prelatorio dispuesto por el artículo 816 del vigente Código Civil.

La reforma al Código Civil alemán

Julio César Rivera

NOS SENTIMOS MUY HONRADOS de participar en este homenaje al profesor Jorge Avendaño Valdez, a quien hemos tenido la oportunidad de frecuentar en muchas actividades académicas.

Sin duda, es un merecido homenaje a quien lleva cuatro décadas dedicado al estudio y enseñanza del Derecho, tarea que se ha cristalizado en decenas de promociones de abogados que pasaron por sus clases, en artículos y libros importantes, y nada menos que en el Código Civil de Perú de 1984.

Suele decirse que la elección del tema debe vincularse con la personalidad del homenajeado. En este caso, hemos tenido en consideración especial que el profesor Avendaño formó parte de la Comisión que redactó el Código Civil vigente, que constituye un modelo para toda Latinoamérica. El Proyecto de Código Civil argentino de 1998, en cuya redacción participamos, encontró inspiración en el Código del Perú en muchas de las soluciones propiciadas.

En función de esa actividad en la Comisión de reformas al Código Civil del Perú, que dio a luz el Código de 1984, he decidido aportar a este homenaje un comentario sobre la reciente reforma del Código Civil alemán. La tarea codificadora no se detiene y, más allá de los que en su momento denunciaron la *era de la descodificación*, lo cierto es que decenas de códigos han sido sancionados desde el Código italiano de 1942, y esa tarea se ha visto acelerada en el último decenio. Una de las reformas más importantes de estos últimos años ha sido la del Código Civil alemán (BGB), equiparada a una verdadera recodi-

ficación. Entendemos que esta reforma y el empeño puesto por el doctor Avendaño Valdez en la tarea codificadora en su país justifican la inserción de un breve comentario sobre ella en esta obra.

1. Introducción

Uno de los procesos de reforma legislativa más importantes de los últimos años se ha concretado con la renovación del Código Civil alemán que, de este modo, se ajusta al Derecho europeo y, sobre todo, incorpora al consumidor como sujeto de las relaciones jurídicas reguladas por el Código.

2. Sanción y puesta en vigencia

La reforma del BGB se ha concretado con una ley aprobada por el Parlamento Federal el 11 de octubre de 2001. Entró a regir el primero de enero de 2002. La ley es conocida como «Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones».

Esta es la reforma más extensa del Código Civil alemán desde el año 1900. Ella pone fin a la discusión política y jurídicamente controvertida sobre la reforma del Derecho de Obligaciones alemán, que ha durado veinte años.¹

Sobre la reforma alemana, se dice que su resultado es equiparable a cualquiera de las reformas más recientes de otros códigos europeos, y que equivale a una verdadera recodificación.²

3. Razones

Merece destacarse que, según los primeros comentaristas, el destinatario del nuevo BGB no es ya un ciudadano en abstracto (el burgués, ya pasado de moda cuando el código se puso en vigencia en 1900,

¹ GROTHE, Helmut. «La réforme du droit allemand des obligations». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 8.

² DOHRMANN, Jochen Albiez. «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado». *Revista de Derecho Privado*, 2002, p. 188.

después de 22 años de trabajos de preparación y elaboración), sino un ciudadano de carne y hueso que lucha diariamente contra las agresiones del mercado. Por ello, se incorporan al BGB las reglas sobre protección del consumidor, y es claro el objetivo: que el derecho del consumidor deje de ser un derecho especial.

Pero, además, el nuevo BGB persigue los objetivos propios de la recodificación: la modernización del Derecho, la información y transparencia interna, la mayor claridad, y la expresión y garantía de un pensamiento que busca la sistematización del Derecho.³

En esta orientación, se destaca que «era necesario modernizar el derecho de la inejecución y de la ejecución defectuosa de la obligación porque el texto del Código no tomaba suficientemente en cuenta la situación jurídica real». Ella concernía, sobre todo, a la ejecución defectuosa de un contrato, reglamentada solamente para ciertos tipos de contratos, pero también a la violación de las obligaciones precontractuales en la fase anterior a la conclusión del contrato. Se agregaban a ello interpretaciones contradictorias y negativas, como la exclusión del derecho a daños y perjuicios en casos de resolución del contrato. Las disposiciones relativas a la venta y al contrato de locación de obra y la prescripción estaban viejas y no correspondían a los casos prácticos actuales. El derecho de la venta no comprendía ninguna disposición sobre el derecho del comprador de hacer reparar los vicios de la cosa. Las modalidades de la resolución del contrato por causa de un vicio de la cosa entregada y el otorgamiento de daños e intereses por el perjuicio sufrido —como consecuencia de la prestación defectuosa— estaban reglamentados de manera muy complicada.

En fin, el Derecho de la Prescripción combinaba numerosos plazos de garantía demasiado cortos con un plazo general demasiado largo. Más de cien disposiciones relativas a la prescripción no formaban un sistema coherente, y conducían a apreciaciones contradictorias y a injusticias. Gracias al desenvolvimiento jurisprudencial y doctrinal de numerosas instituciones de Derecho no escritas —que mitigaba las falencias indicadas—, el Derecho de Obligaciones alemán era practicable. Este adolecía también de falta de claridad y, por ello, aseguraba insuficientemente la seguridad jurídica.

Por otro lado, estaban las exigencias del Derecho europeo. Por ello, dice Grothe, fue de Bruselas de donde vino el impulso decisivo a la

³ DOHRMANN, Jochen Albiez. «Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB». *Revista ADC*. n.º 5, 2002, p. 1132.

reforma. Para incorporar al Derecho interno muchas directivas europeas, el legislador alemán ha debido modificar partes del Derecho de las Obligaciones. Entre ellas, se encuentran las directivas relativas a las compras de bienes de consumo, la del retardo en los pagos de las transacciones comerciales y la del comercio electrónico. Estas debían incorporarse en plazos algunos ya vencidos (la primera debió incorporarse en 2001).

De ello deriva que Dohrmann diga que, de este modo, el Derecho Civil alemán es ahora más europeo y más internacional.⁴

4. El método: una pequeña solución frente a una gran solución

Como se dijo, las exigencias del Derecho europeo estaban presentes: el plazo para incorporar la directiva sobre compraventa de bienes de consumo vencía el 31 de diciembre de 2001. La solución tradicional había sido incorporar las directivas por vía de leyes especiales; pero, en este caso, se consideró por el Gobierno Federal que era una oportunidad política excepcional para remontar la parálisis de la reforma del Derecho Civil alemán. Por ello, frente a lo que se llamó «la pequeña solución» —propiciada por muchos autores que sostuvieron que reformar el Código Civil no era cuestión menor—, se prefirió por el gobierno rojo-verde una gran solución. Se señala que no deja de ser significativo que el conservador Código alemán haya sido reformado por un gobierno socialista, incorporando en él —entre otras reformas— la ordenanza sobre condiciones generales de la contratación, que había sido un aporte de otro gobierno social demócrata.

5. Los tiempos

Pese a que la Reforma ha sido criticada por su rapidez, lo cierto es que los trabajos sobre una posible reforma del Código Civil alemán provienen de 1978, cuando un proyecto fue presentado al Parlamento y a la 52.º Asamblea de Juristas Alemanes. Otra comisión, creada en 1984, elaboró un proyecto —en 1991— que tenía como principal referencia la Convención de Viena de 1980. Ese proyecto contaba con

⁴ DOHRMANN, Jochen Albiez, *ibid.*

reglas sobre la compraventa, la locación de obra, la prescripción y el incumplimiento contractual.

La verdad es, sin embargo, que el debate en serio comenzó con la ya mentada necesidad de traspasar la directiva sobre la venta de bienes de consumo. De este modo, en agosto del año 2000, se presentó una discusión de la Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones, que fue muy criticada. Se elaboró entonces una Redacción Consolidada del Proyecto de Discusión. En el mes de enero de 2001, se constituyeron comisiones sobre la reelaboración del régimen jurídico de la contravención de la prestación, y sobre la compraventa y la locación de obra. El 6 de marzo, se publicó el proyecto; el 9 de mayo, se presentó el proyecto del gobierno. A partir de ese momento, se siguieron otros pasos hasta la sanción el 11 de octubre, y pasó sin problemas por el Consejo Federal el 9 de noviembre de 2001. Entró en vigor el primero de enero de 2002, como quedó dicho antes.

6. Fuentes

En cuanto a sus fuentes, la Reforma ha tenido siempre en cuenta la Convención de Viena de 1980 y los Principios Unidroit.

A la vez, incorpora algunas de las directivas europeas más importantes relativas a la protección de los consumidores, la contratación a distancia, las garantías en la compraventa de bienes para consumo, la morosidad en las operaciones comerciales y el comercio electrónico.

En materia de prescripción, se han tomado en consideración algunas reglas de los *Principles of European Contract Law* (proyecto Lando).

7. Principales reformas

La reforma del BGB moderniza significativamente el Derecho de Obligaciones. La doctrina destaca los puntos que se mencionan a continuación.

- a. La reforma del Régimen de la Prescripción Extintiva se somete a plazos muchos más breves (e, incluso, a plazos absolutos, después de los cuales, ninguna acción es posible).⁵ El plazo general fue fija-

⁵ Como lo previeron el Proyecto de Unificación de 1987 y el Proyecto de Código Civil de 1998.

do en tres años. Este comprende relaciones contractuales y extracontractuales (§ 195). Pero además, para ciertas pretensiones, se fija un plazo máximo absoluto. Así, las pretensiones de resarcimiento de daños prescriben a los diez años sin tener en cuenta su conocimiento o desconocimiento por culpa grave (§ 199.3.1). Para las mismas acciones, hay un segundo plazo absoluto de treinta años sin tener en cuenta su origen, ni el conocimiento o desconocimiento por culpa grave (§ 199.2). Para las pretensiones de resarcimiento de daños que se funden en la vulneración del derecho a la vida, lesiones corporales, quebrantamiento del derecho a la salud o la libertad, prescriben, sin tener en cuenta su origen, ni el conocimiento o desconocimiento por culpa grave, a los treinta años a partir de la comisión del acto, de la lesión del deber o, en cualquier caso, del acontecimiento que produce el daño (§ 199.2).

b. Se simplifica el régimen de la mora en el parágrafo 286. Se establece, como regla general, que ella se produce por el incumplimiento después del requerimiento hecho por el acreedor a posteriori del vencimiento de la obligación. El requerimiento es excepcionado cuando:

- se haya fijado un día del calendario para la presentación;
- se haya previsto un aviso y un tiempo prudencial para la prestación, de forma tal que la misma se pueda computar en virtud del calendario a partir del momento en que se produce el aviso;
- el deudor se niegue, seria y definitivamente, a realizar la prestación; y
- esté justificado el inmediato comienzo de la mora por motivos especiales, teniendo en cuenta los intereses de las partes.

El tercer inciso del parágrafo 286 incorpora la directiva sobre atraso en los pagos que constituye un mecanismo de protección de las pequeñas empresas proveedoras de las grandes empresas.⁶ Es muy

⁶ La directiva europea es la del 29 de junio de 2000 concerniente a la lucha contra el retardo de pago en las transacciones comerciales. En Italia, se ha dictado la ley denominada «ley de subfornitura», (ley 192 del 18 de junio de 1998), que prohíbe todas las formas de abuso de la dependencia económica. V. GALGANO, Francesco. «La subfornitura», *Suplemento La Ley del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, p. 8, 3 de abril de 2001.

- semejante a la solución del proyecto de 1998 con una regla general que es la del requerimiento, salvo que hubiese plazo cierto o plazo esencial.
- c. La modernización del contrato de compraventa, que ahora se ajusta a los lineamientos de la Convención de Viena.
 - d. El acercamiento del contrato de obra a las reglas de la compraventa.
 - e. La modernización de todo el régimen del incumplimiento que, en la terminología germana, se identifica como «contravención de la prestación». Esta materia es sumamente compleja como para abordarla ahora, por lo que nos limitamos a señalar que el cuadro general está compuesto por: (i) normas sobre la imposibilidad de la prestación; (ii) responsabilidad y mora del deudor; (iii) indemnización por lesión del deber de prestación.⁷
 - f. La reorganización del régimen de la resolución del contrato por incumplimiento.
 - g. La incorporación *in totum* de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (AGB-G). Conviene recordar que, a diferencia de otras leyes de los países comunitarios, la Ley de Condiciones Generales alemana no estaba dirigida a los consumidores sino, en general, a los contratantes débiles. Hay pues, entre los contratos al consumidor y los contratos entre sujetos con similar poder de negociación, un universo de situaciones en que alguna de las partes tiene un poder de negociación decididamente predominante.

Y no necesariamente es el predominante quien tiene mayor poder económico. Dice un comentarista alemán que:

[...] cláusulas contractuales preformuladas con frecuencia son aceptadas sin oposición aun por partes comercialmente expertas, por ejemplo, empresas, aun cuando económicamente son más poderosas [...]. Desde el punto de vista económico no les queda otra alternativa. Si no, antes de la concertación de un contrato siempre tendrían que controlar las condiciones generales [...] pero esto ocasiona costos que generalmente no están en relación con el monto del negocio concertado. Para quien compra material para la oficina de su empresa sencillamente no le conviene tal proce-

⁷ La expresión «lesión al deber de prestación» permite incluir los supuestos de incumplimiento, cumplimiento defectuoso, cumplimiento tardío, cumplimiento parcial e infracción positiva de la prestación. DOHRMANN. *Op. cit.* p. 1164.

der. Precisamente dicha circunstancia es aprovechada por los usuarios de las condiciones generales de contratación para trasladar riesgos contractuales al cliente. Ya la realidad de la unilateral preformulación conduce a una superioridad del usuario de las condiciones generales y ocasiona una desigualdad contractual. Por ello, un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas no puede servir solamente al objetivo de la protección de los más débiles partícipes del mercado, por ejemplo el consumidor, sino, de manera totalmente general, al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de autonomía privada.⁸

Dohrmann comenta que, aunque el BGB, como cualquier otro código decimonónico, parte de la autonomía privada, la libertad y la igualdad contractual, ello no debe ser un obstáculo para que pueda acoger las condiciones generales de la contratación, puesto que estas tienen por objeto fijar, aunque sin negociación, el contenido de las relaciones obligatorias.

- h. Derecho del consumidor. Como quedó dicho, hay una incorporación del consumidor al Código Civil, de donde aparecen ahora en él reglas provenientes de las leyes de revocación de negocios a domicilio y de negocios análogos; de crédito a consumidores; de aprovechamiento de viviendas a tiempo parcial; y, por último, de reglas provenientes de las directivas comunitarias, algunas de las cuales ya han sido mencionadas.

Finalmente, puede destacarse, sin por ello pretender siquiera terminar una enunciación de las materias reformadas, que el nuevo BGB codifica materias elaboradas por la jurisprudencia —como lo hiciera la reforma al Código civil argentino de 1968—, entre las cuales merece destacarse la culpa *in contrahendo* (artículo 311) y la revisión del contrato por la alteración de las bases de la negociación (artículo 313). En fin, se trata de una verdadera recodificación del derecho de las obligaciones y de los contratos.

⁸ LEIBLE, Stefan. «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 1, p. 114.

8. Apreciación general de la reforma

Dice Grothe que el legislador alemán ha procedido a una reforma de conjunto del Derecho de las Obligaciones conforme a las exigencias del Derecho europeo. El carácter indiscutible de la necesidad de tal reforma no impide cuestionar lo acelerado de las reformas y de su puesta en vigencia.

En otros ámbitos se dice que «se asiste actualmente a una globalización del pensamiento jurídico en todos los temas; esta reforma es una manifestación tangible». Es notable constatar que la exposición de motivos del Proyecto de Ley se refiere, en varias oportunidades, al derecho uniforme de la venta internacional de mercaderías, a los principios Unidroit y a los Principios Europeos de Derecho de los Contratos.

Por otro lado, ya no se discute más si la uniformización del Derecho de los Contratos se hará o no en Europa, sino cómo se hará. Esta perspectiva, magnífica para algunos, nefasta para otros, no debería impedir a los legisladores nacionales mejorar sus propios cuerpos de reglas en el dominio de las Obligaciones.

9. Bibliografía

CANARIS, Claus. «La mancata attuazione del rapporto obbligatorio; profili generali. Il nuovo diritto delle leistungsstörungen». *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2003, pp. 19-38.

CIAN, Giorgio. «La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito». *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2003, pp. 125-141.

CIAN, Giorgio. «Significato e lineamenti della riforma dello schuldrecht tedesco». *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2003, pp. 1-18.

DELLE MONACHE, Stefano. «Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema de prescrizione». *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2003, pp. 179-199.

DOHRMANN, Jochen Albiez. «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado». *Revista de Derecho Privado*, 2002, pp. 187-206. Madrid.

DOHRMANN, Jochen Albiez. «Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB». *ADC*, n.º 5, 2002.

FERRANTE, Edoardo. «Il nuovo Schuldrecht; ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti». *Contratto e Impresa*, vol. 6, fascículo 2, 2001, pp. 761-774.

GROTHER, Helmut. «La réforme du droit allemand des obligations». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 8. Buenos Aires.

LEIBLE, Stefan. «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales en las condiciones generales de contratación». *Revista de Derecho Comparado*, n.º 1, pp. 101-137. Buenos Aires.

MAGNUS, Ulrich. «Le recenti riforme della responsabilità civile tedesca». *Danno e responsabilità*, n.º 12, 2002, pp. 1269-1272.

SCHLEY, Michael. «La grande réforme du droit des obligations en Allemagne». *Le Dalloz, Cahier Droit des affaires*, n.º 21, 2002, pp. 1738-1740.

VIVES MONTERO, María Luisa. «Traducción de la reforma 2002 del BGB». *ADC*, 2002.

WITZ, Claude. «Contrats et obligations: La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations». *Le Dalloz, Chroniques*, n.º 42, 2002, pp. 3156-3161.

VARIOS. «Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France?». *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 4, 2002, pp. 935-940.



En el Congreso de la República 1996 al 2000.

CAPÍTULO SÉPTIMO
DERECHO EN GENERAL

El argumento *a contrario* y las normas de doble negación: laboratorio de argumentación jurídica

Marcial Rubio Correa

1. Lo que un abogado debe saber

ALGÚN DÍA ENTRE ABRIL Y DICIEMBRE de 1968, porque entonces llevé el curso de «Derechos Reales» con él, Jorge Avendaño nos dijo: «Lo que un abogado debe saber es: cuál es el problema y cómo solucionarlo».

En esa época, yo no sabía mucho del Derecho ni de cómo estudiarlo. Algo me decía que no se trataba solamente de leer manuales y códigos, pero esta era solo una idea en negativo: no tenía orientaciones constructivas. Por eso, me apropié de aquella frase de Jorge, aún sin saber si era correcta. Por lo menos, mostraba un camino para avanzar.

A lo largo de estos años, la analicé, y llegué a varias conclusiones para mi condición de profesor de Derecho y de abogado. La primera fue que el problema jurídico no existe, sino que siempre lo creamos (o aceptamos pasivamente la forma en que otro lo creó). Desgraciadamente, hay gente de poca moral que lo crea inmoralmemente; hay gente que sabe poco y lo crea incorrectamente; pero, también, hay quienes crean el problema jurídico en una forma ética y cada vez más correcta. Este es el rumbo que debemos seguir.

También reflexioné sobre «cómo solucionarlo», y eso me llevó por caminos difíciles y constantemente bifurcados, en los que el conocimiento del Derecho mismo y el ejercicio de la argumentación (que siempre debe ser ético, desde luego) se dan la mano.

Así, buscando, un día que debía preparar unas clases de metodología del Derecho para un curso de Maestría, llegué a la retórica clásica y, dentro de ella, al *argumento a contrario*: como en toda la teoría argumental, se trataba de pensar de manera jurídicamente correcta para dar buena solución a los problemas.

Ensayando respuestas *a contrario* a partir de la legislación positiva, me encontré con las normas de doble negación, ante las cuales el *a contrario* parecía un rompecabezas. También la emprendí contra ellas, y todo esto se ha plasmado como material de trabajo para los cursos que dicto en la Universidad.

Alguna vez, pensé escribir sobre el tema —incluso acopié el material—, pero no lo hice. El día que nos convocaron a presentar trabajos a este libro de homenaje, caí en cuenta que había llegado hasta las dobles negaciones y al *argumento a contrario* buscando solucionar bien los problemas, gracias a una frase que oí decir a Jorge hacía ya treinta y cuatro años. Era el momento de escribir: la coartada era perfecta.

De aquel curso de Derechos Reales solo me acuerdo vívidamente de esta frase que hemos comentado y de que «la propiedad es absoluta, exclusiva y perpetua» (cosa que, por lo demás, era y es pura doctrina, porque no aparece en los códigos). Ambas resultaron útiles pero, en el largo plazo, la primera me fue más valiosa aun cuando su contenido no pertenece a los Derechos Reales. Así les ocurre a los maestros: dicen cosas un poco al paso, como sin importancia, y resulta que con ellas dan guía a sus discípulos durante toda una vida. A veces, inclusive, los llevan a temas un poco exóticos, como el que anuncia el título de este artículo.

2. Presentación

Cuando utilizamos el *argumento a contrario* o normas de doble negación, se presenta el problema de afirmar si un mandato determinado está en el texto del dispositivo legal o si, por el contrario, no está allí pero podemos extraerlo por técnicas de integración jurídica.

La diferencia entre ambas situaciones es fundamental: si el dispositivo legal *dice*¹ algo, estamos ante el texto de la norma legislativa, y

¹ Sabemos que, en rigor, nada en el lenguaje *dice*. Todo, inclusive lo que es puramente literal, siempre tiene una dosis de interpretación. Pero ese es un problema epistemológico que, aún cuando tiene inmensa importancia y no debe ser dejado de

es el tipo de contenido normativo de mayor firmeza que existe. Si, por el contrario, el dispositivo legal no *dice*, pero nosotros podemos hacerlo decir por procedimientos de integración jurídica (analogías que aquí no analizamos y el argumento *a contrario*), entonces la fuerza de esta proposición normativa solo descansará en la rigurosidad de nuestro razonamiento jurídico y, además, en la no menos importante *razonabilidad*.

El método literal de interpretación suele ser el argumento de mayor contundencia en el Derecho (aunque muchas veces debe ser complementado o, incluso, sustituido por los otros métodos). La creación de una norma por el procedimiento *a contrario* es más débil que él.

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir cuándo la norma *dice* y cuándo hemos utilizado el argumento *a contrario*. Esto es especialmente relevante cuando tratamos el tema de las normas con doble negación. Por ello, consideramos de importancia el tema de este trabajo que, por lo demás, es algo difícil no solo de leer sino también de elaborar y, en consecuencia, de escribir.

Todo lo que aquí se dice se funda en sus propios argumentos, y no tiene vocación de generalización. Estudios posteriores dirán cuántas excepciones existen a lo aquí postulado. De cualquier forma, el estudio empírico de las normas, siguiendo una metodología más o menos rigurosa para determinar sus contenidos, es útil como entrenamiento para la aplicación del Derecho.

3. Nuestra metodología de trabajo

Desde el punto de vista de contenido proposicional, tenemos dos tipos de normas que deben ser tratadas de manera metodológicamente distinta.

Por un lado, tenemos las normas que, de acuerdo a la teoría predominante, llamaremos *declarativas* y, por otro, las normas que adoptan la forma de una proposición *implicativa*.

La norma declarativa es un mandato que está constituido por una afirmación pura y simple que constituye un mandato sin requisitos ni supuestos previos. Por ejemplo:

lado en nuestras preocupaciones teóricas sobre la norma jurídica, no será tema que abordemos en este trabajo.

Código Civil, artículo 4. El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

En esta norma, no tiene que suceder nada para que se genere a raíz de dicho suceso una consecuencia. Simplemente, se declara que varón y mujer están en igualdad de condiciones frente a los derechos civiles.

La norma que adopta la forma de una proposición implicativa tiene un supuesto al cual sigue, lógico-jurídicamente,² una consecuencia. El supuesto es la causa eficiente de que se deba producir la consecuencia. Por ejemplo:

Código Civil, artículo 20. Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.

En este caso, podemos decir que la redacción del artículo es prácticamente igual a su forma de supuesto – consecuencia (a la que en adelante llamaremos la forma o la versión lógico-jurídica de la norma), que podría ser expresada de la siguiente manera: «Si se trata de un hijo matrimonial, entonces le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre». Otras veces, sin embargo, hay una distancia más o menos significativa entre la versión lingüística de la norma y su versión lógico-jurídica:

Código Civil, artículo 14. La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Aquí hay varias normas, porque existen varios supuestos a los que siguen distintas consecuencias. Veamos un par de ellas:

- a. «Si la persona no asiente, la intimidad de su vida personal no puede ser puesta de manifiesto».
- b. «Si la persona ha muerto y su cónyuge no asiente, la intimidad de la vida personal de quien murió no puede ser puesta de manifiesto».

² Decimos «lógico-jurídicamente» porque debe ocurrir de acuerdo con el Derecho, aunque no ocurra en la realidad. Por ejemplo, si alguien comete un homicidio debe ir preso (lógico-jurídicamente). Sin embargo, puede escaparse y no ser apresado nunca.

En estos dos casos, nos podemos dar cuenta de que la versión lógico-jurídica de la norma puede llegar a tener una forma de expresión muy distinta de la versión lingüística que le corresponde. Pues bien, un elemento central de nuestra metodología de trabajo es utilizar la norma en su versión lógico-jurídica, porque eso facilita enormemente el manejo de sus diversos elementos, sobre todo en el argumento *a contrario* y en la doble negación.

La norma en forma de doble negación es aquella que contiene dos negaciones dentro de sí misma y que, por consiguiente, contiene también dos mandatos dentro de su texto: el de doble negación y aquel al que se le ha quitado la doble negación. De esto ya se habían dado cuenta los romanos.³

Por ejemplo, tenemos el artículo 591 del Código Civil, del cual tomaremos solo una de las normas en él contenidas:

Código Civil, artículo 591. El pródigo [...] no puede [...] practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador.

Esta norma de doble negación contiene dentro de sí una versión positiva que podemos enunciar de la siguiente manera: «El pródigo [...] puede [...] practicar actos que sean distintos de los de mera administración de su patrimonio con asentimiento especial del curador». La versión lógico jurídica de esta versión positiva será: «Si el pródigo cuenta con el asentimiento especial del curador, entonces puede practicar actos que sean distintos de los de mera administración de su patrimonio».

Es muy importante notar que estas dos normas, tanto la versión de doble negación como la versión que llamaremos positiva, están dentro del texto y, por consiguiente, pertenecen a la letra de la ley.

También es fácil darse cuenta de que, cuando hay doble negación, la versión positiva de la norma no es un *a contrario* sino la aplicación del método de interpretación literal.

En realidad, el *a contrario* solo podrá ser obtenido con facilidad de la versión positiva de la doble negación. Trabajaremos sobre ello en este ensayo.

³ «Dos negaciones, en una ley, permiten más que prohíben, como lo advierte también Servio». Sulpicio Rufo (D.50.16.237).

En especial cuando se trabaja con normas de doble negación, y además con *a contrario*, es conveniente prestar atención al tema de las normas extensivas, intensivas y recíprocas (que cuando sean implicaciones serán llamadas implicaciones extensivas, intensivas y recíprocas, según el caso).

La norma extensiva es aquella a la que le cabe aplicar la expresión *siempre*.

Por ejemplo, en el artículo 5 del Código Civil tenemos la norma declarativa extensiva que dice: «El derecho a la vida es irrenunciable». En efecto, el derecho a la vida será *siempre* irrenunciable pero no lo será *solo* él, pues en el mismo artículo se dice que todos los inherentes a la persona gozan de tal condición.

La norma intensiva es aquella a la que le cabe la expresión *solo*. Por ejemplo, es intensiva la norma del artículo 304 del Código Civil que dice «El cónyuge puede renunciar a una herencia con el consentimiento del otro». Su versión lógico-jurídica dirá:

«Solo si tiene el consentimiento del otro, el cónyuge puede renunciar a una herencia». No será siempre porque, por ejemplo, puede que haya concluido el plazo de renuncia y, en tal caso, ni con el consentimiento de su cónyuge podrá efectivizar la renuncia.

Cuando en una norma cabe aplicar ambos adverbios, es decir, *siempre* y *solo* simultáneamente, se está ante la norma que llamamos recíproca. Por ejemplo, en el artículo 1 del Código Civil tenemos la siguiente norma declarativa recíproca: «La vida humana comienza con la concepción».

Según esta disposición, la vida humana siempre comienza con la concepción, y solo comienza con ella. Es una norma recíproca, porque le caben tanto la palabra *siempre* como la palabra *solo*.

Tener en cuenta esto en las normas de doble negación es importante, porque estos elementos de juicio son indispensables para hacer una correcta enunciación tanto de la versión negativa como de la positiva. El artículo 120 de la Constitución dice: «Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial». Se trata, pues, de una implicación extensiva: «Siempre que los actos del Presidente de la República carezcan de refrendación ministerial, entonces son nulos». También es fácil notar que no es una implicación intensiva: «Solo si los actos del Presidente de la República carecen de refrendación ministerial, entonces son nulos» porque, si-

guiendo ese supuesto, también podrían estos actos ser nulos, por ejemplo, por contener alguna ilegalidad o inconstitucionalidad.

Ahora bien, si convertimos la norma a su versión positiva (que no es una creación, sino que está dentro del texto de la norma escrita), dirá: «Son válidos los actos del Presidente de la República que tengan refrendación ministerial».

Esta es una norma intensiva pero no extensiva: «Solo los actos del Presidente de la República que tengan refrendación ministerial son válidos», pero no «Siempre que los actos del Presidente de la República tengan refrendación ministerial son válidos», porque podrían contener una ilegalidad o inconstitucionalidad y, aunque haya firma ministerial, ese acto será nulo por su contenido.

Este ejemplo hace notar que, aunque los términos *siempre*, *solo* y *siempre y solo* no figuren en los textos, para utilizar bien el Derecho tenemos que fijarnos en cuál de ellos se aplica en cada caso y, sobre todo, tomando como ejemplo el artículo 120 de la Constitución que acabamos de analizar, darnos cuenta de que, mientras una versión negativa de la doble negación puede ser extensiva, la versión positiva puede ser intensiva. Hay otras combinaciones posibles, como iremos viendo en el desarrollo de este trabajo.

Al trabajar sobre la aplicación de los adverbios *siempre* y *solo* en las normas jurídicas, es preciso no confundir las palabras usadas por el legislador en el texto de las normas con el significado de dichas palabras como categorías lógico-jurídicas, dándoles el sentido que hemos utilizado en los párrafos anteriores. Por ejemplo, en el siguiente artículo dice *solo* pero debe entenderse *siempre y solo*:

Código Civil, artículo 150. La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.

Solo si todos la realizan vale. Pero también vale siempre que la realicen todos. Aquí tenemos una implicación recíproca. Lo mismo ocurre en el siguiente artículo:

Código Civil, artículo 205. El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

En la versión lingüística que acabamos de ver, no se puede apreciar claramente la naturaleza extensiva, intensiva o recíproca de este

dispositivo, pero en su versión lógico-jurídica sí aparece con claridad:

«Solo si el error en el motivo es expresamente manifestado como razón determinante del acto, y es aceptado por la otra parte, dicho error en el motivo vicia el acto».

Es claro que el error en el motivo solo viciará el acto cuando es expresamente manifestado y aceptado, según dice la norma. Pero, desde luego, lo viciará también siempre que ello ocurra. Una revisión general de los artículos del Código indica que, cada vez que el legislador usa el adverbio *solo*, se produce una implicación recíproca que quiere decir *siempre y solo*.

Por otro lado, cada vez que el Código utiliza la palabra *siempre*, no lo hace en su significado adverbial de *en todo o en cualquier tiempo* que le da el Diccionario de la Lengua Española, sino en el significado de locución conjuntiva condicional que quiere decir *con tal que* o, también, de *siempre que*, que le es equivalente. Por ejemplo:

Código Civil, artículo 224. La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

Lo propio ocurre en el siguiente artículo:

Código Civil, artículo 645. El tutor o el curador tienen la obligación de asistir a las reuniones del consejo cuando sean citados. También podrán asistir siempre que el consejo se reúna a su solicitud. En ambos casos carecerán de voto.

No hemos encontrado ningún caso en el que el Código Civil utilice la palabra *siempre* en el sentido de *en todo o en cualquier tiempo*.

Finalmente, consideramos importante, dentro de nuestra metodología, utilizar la voz activa de los verbos, aunque en la redacción lingüística de la norma se utilice la voz pasiva. La razón es que el Derecho es una disciplina esencialmente atributiva y, por consiguiente, el sujeto al que se atribuyen los derechos, los deberes o las obligaciones, debe ser siempre identificable. Con el verbo en forma pasiva, inclusive, podemos confundirnos y considerar que la persona que sufre la acción es el sujeto al que hay que atribuírsela. Por ejemplo:

Constitución, artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 12. El principio de no ser condenado en ausencia.

El sujeto no es el condenado, sino el juez que condena porque, como es sabido, podemos identificar a dicho sujeto preguntando quién realiza la acción del verbo principal, lo que en este caso equivale a preguntarse: ¿Quién condena?

La forma lógico-jurídica de la norma sería la siguiente:

«Es principio y derecho de la función jurisdiccional el que, si una persona está en condición de ausente, entonces el juez no puede condenarla».

Para nuestro trabajo, todo verbo en pasivo será convertido a su voz activa en las versiones lógico-jurídicas de las normas.

4. El argumento *a contrario*

El argumento *a contrario* es un razonamiento jurídico mediante el cual creamos una norma al aplicar el Derecho, interponiendo dos negaciones a la norma existente. Esta norma, para tal efecto, no debe ser una doble negación en versión negativa (según la descripción que hemos hecho en el punto anterior de este trabajo).

El argumento *a contrario* siempre crea una norma que no existe en el texto normativo y, por ello, tiene una validez que está limitada a la razonabilidad de su elaboración y que depende de la inexistencia de una norma que impida elaborarlo. De todo esto hablaremos a continuación.

4.1. La forma esencial del argumento *a contrario*

El argumento *a contrario* puede ser elaborado a partir de normas declarativas. Por ejemplo, del artículo 49 de la Constitución podemos extraer la siguiente norma: «Es símbolo de la patria la bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo».

El argumento *a contrario*, por demás correcto, dirá: «No es símbolo de la patria la bandera que no sea de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo». Como vemos, hemos introducido una doble negación con la forma «No [...] no sea [...]».

Cuando se trata de normas implicativas, tenemos dos posibles formas de argumento *a contrario*, que deben ser obtenidas a partir de la

versión lógico-jurídica de la norma. No siempre se pueden extraer las dos formas de argumento *a contrario* de la norma existente. Veremos varios ejemplos de ello. Sin embargo, por ahora, trabajemos con un artículo del Código Civil al que son susceptibles de aplicar ambas formas antedichas. El artículo es el siguiente, y de él vamos a tomar solamente la norma que está en la parte resaltada:

Código Civil, artículo 12. *No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.*

La forma lógico-jurídica de esta disposición será la siguiente: «Si un contrato tiene por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida (o la integridad física)⁴ de una persona y no corresponde a su actividad habitual, entonces el acreedor de la prestación no puede exigir su cumplimiento».

La primera forma de *a contrario* establece dos negaciones, una en el supuesto y otra en la consecuencia. La fórmula es: « $\sim S \rightarrow \sim C$ »

Su aplicación al artículo 12 del Código Civil que acabamos de citar, en la parte pertinente y utilizando la versión lógico-jurídica, será la siguiente: «Si un contrato no tiene por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, entonces el acreedor de la prestación puede exigir su cumplimiento». Como vemos, la obtención de este *a contrario* a partir del artículo 12 del Código Civil es totalmente pertinente.

La segunda forma de *a contrario* no niega la primera parte de la implicación, sino que introduce dos negaciones en la segunda parte. La fórmula es la siguiente: « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ »

Su aplicación al artículo 12 en la parte que estamos utilizando de él, dará el siguiente resultado:

«Si un contrato tiene por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona y no corresponde a su actividad habitual, entonces el acreedor de la prestación pue-

⁴ Ponemos esta parte entre paréntesis porque, en realidad, produce una segunda norma: en efecto, hay una norma para los casos en los que peligre la vida y otra para los casos en que peligre la integridad física de la persona. Sin embargo, luego, el *a contrario* tendrá que negar ambas para ser válido. Desarrollamos este tema a lo largo del análisis del artículo.

de exigir todo lo que esté a su alcance jurídicamente y que no sea su cumplimiento».

Es, nuevamente, un *a contrario* correcto. Por ejemplo, se podrá exigir una indemnización.

4.2. Casos especiales de argumento *a contrario*

Como viene dicho, no a todos los dispositivos legales se pueden aplicar las dos formas de *a contrario* que acabamos de mostrar.

4.2.1. Tenemos el caso del dispositivo legal que puede obtener un *a contrario* con la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ », pero que no puede obtenerlo con la fórmula « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ ». Todo ello ocurrirá sobre la base de una norma recíproca. El resultado de la aplicación del *a contrario* también será una norma recíproca.

El ejemplo es el caso del artículo 195 inciso 1 de la Constitución, que dice lo siguiente:

Constitución, artículo 195. Los gobiernos locales [...] Son competentes para: 1. Aprobar su [...] presupuesto.

Aquí hay una norma recíproca, porque siempre los gobiernos locales son competentes para aprobar su presupuesto, y solo ellos lo son.

Cuando aplicamos la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ », esta norma nos lleva a la forma *a contrario* genérica, que es la siguiente:

«Quien no sea el gobierno local, no puede aprobar el presupuesto del dicho gobierno local».

Este *a contrario* es también una norma recíproca, porque siempre y solo quien no sea el gobierno local no puede aprobarle el presupuesto.

Sin embargo, esta norma genérica puede ser transformada en multitud de normas específicas que están contenidas en ella. Por ejemplo: «El Congreso es incompetente para aprobar el presupuesto de las Municipalidades».

En la expresión «quien no sea el gobierno local» está el Congreso, desde luego. Pero si preferimos una proposición específica como la de «El Congreso es incompetente [...]», entonces obtenemos una norma extensiva (siempre el Congreso es incompetente para aprobar el Pre-

supuesto de los Municipalidades); y no es una norma intensiva, porque tampoco podrá aprobarlo el Consejo de la Magistratura o el Gabinete Ministerial. Por lo tanto, no se le puede aplicar el adverbio *solo*. Esta especificación del *a contrario*, entonces, no será tampoco una norma recíproca.

4.2.2. Se puede obtener un *a contrario* con la fórmula « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » pero no con la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ », de manera que las dos normas, la existente y la resultante del *a contrario*, sean recíprocas. Es el caso siguiente:

Constitución, artículo 2 inciso 1. – [...] El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Es correcto decir que «el concebido no es sujeto de derecho en todo cuando no le favorece» (forma « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » del *a contrario*), pero no es correcto que «el que no sea concebido no es sujeto de Derecho en todo cuanto le favorece», ni tampoco «el que no sea concebido es sujeto de derecho en todo cuando no le favorece» (que son las dos manifestaciones que tendría la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ »).

4.2.3. Podemos tener un *a contrario* con la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ » y sin la fórmula « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », de manera que la norma jurídica existente sea extensiva y el *a contrario* intensivo; es decir, que ninguna de las dos sea recíproca. Por ejemplo:

Código Civil, Artículo V del título preliminar. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

La versión lógico-jurídica de este artículo tiene dos normas (una referente a las leyes que interesan al orden público y otra referente a las buenas costumbres). Dice lo siguiente:

«Si un acto jurídico es contrario, en primer lugar, a las leyes que interesan al orden público o, en segundo lugar, a las buenas costumbres, entonces dicho acto jurídico es nulo».

Esta es una norma extensiva porque, siempre que un acto jurídico sea *a contrario* a lo establecido en el dispositivo, será nulo; pero no será nulo solo en esos casos, pues hay muchas otras causales de nulidad.

Por eso, no es una norma intensiva y, en consecuencia, tampoco será recíproca.

Ahora bien, el *a contrario* con la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ » dirá lo siguiente:

«Si un acto jurídico no es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, entonces dicho acto jurídico es válido».

Este *a contrario* es intensivo pero no extensivo. En efecto: solo si un acto jurídico no es contrario a lo indicado será válido, pero no lo será siempre, pues caber la posibilidad de que tenga otra causal de nulidad.

Lo indudable es que no se puede plantear la forma « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » del *a contrario* porque, en ese caso, estaríamos hablando de un acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, pero que tiene un efecto jurídico distinto de la nulidad, y eso es imposible.

4.2.4. Es posible tener un caso con la fórmula « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » y sin la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ », de manera que las dos normas sean extensivas. Esto es, sin que ninguno de los dos casos sea una norma recíproca. Por ejemplo:

Código Civil, artículo 9. Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6.

La forma lógico jurídica de esta norma es la siguiente:

«Si una persona dispone en vida de parte de su cuerpo de conformidad con el artículo 6, entonces puede revocar el acto respectivo antes de su consumación».

Es una norma extensiva, porque siempre podrá revocar el acto de disposición, pero no es una norma intensiva, porque no son los únicos actos que puede revocar.

El *a contrario* en versión « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » dirá lo siguiente:

«Si una persona dispone en vida de parte de su cuerpo de conformidad con el artículo 6, entonces dicho acto es irrevocable luego de su consumación».

El acto será siempre irrevocable luego de la consumación, pero no será el único acto revocable, por lo que la norma es también extensiva y no intensiva.

4.2.5. También puede ocurrir un caso de norma que constituye una implicación recíproca, de la que se obtenga bien un *a contrario* también recíproco, o uno exclusivamente extensivo. Es el caso del artículo 102 inciso 9 de la Constitución que dice:

Artículo 102. Son atribuciones del Congreso:

(...) 9. - Autorizar al Presidente de la República para salir del país.

Esta es una implicación recíproca porque siempre el Congreso puede autorizar al Presidente de la República a salir del país y porque sólo él puede hacerlo.

Un posible *a contrario* de esta norma, en la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ » es el siguiente:

«Quien no sea el Congreso, no puede autorizar al Presidente de la República para salir del país».

Esta es también una norma recíproca, porque siempre el que no sea el Congreso no⁵ puede autorizar la salida del Presidente, y solo el que no es Congreso está en tal imposibilidad (porque, en verdad, son todas las demás personas e instituciones).

Sin embargo, puedo obtener también un *a contrario* particularizado que se convertirá en una norma extensiva y no recíproca. Por ejemplo, si digo: «El Consejo de Ministros no puede autorizar al Presidente de la República para salir del país». Esta es una norma extensiva, porque siempre el Consejo de Ministros no puede dar la autorización, pero no solo porque hay infinidad de otros órganos que tampoco pueden. Por consiguiente, no será intensiva y, por tanto, tampoco recíproca.

4.2.6. No hemos encontrado (hasta ahora, por lo menos) un argumento *a contrario* que sea una norma intensiva y haya sido elaborado a partir de una norma también intensiva.

⁵ Desde luego, «[...] siempre [...] no [...]» significa 'nunca' y construye una proposición universal negativa. Sin embargo, aquí utilizamos la forma lingüísticamente impropia de «[...] siempre [...] no [...]» para evitar confusiones.

El cuadro resumen de todas estas variaciones es la siguiente:

Cuadro 1. Casos especiales de *a contrario*

Caso	Norma	A contrario	
		$\sim S \rightarrow \sim C$	$S \rightarrow \sim[\sim C]$
3.2.1.	Recíproca	recíproca	No
3.2.2.	Recíproca	no	Recíproca
3.2.3.	Extensiva	intensiva	no
3.2.4.	Extensiva	no	Extensiva
3.2.5.	Recíproca	recíproca y extensiva	No

4.3. El *a contrario* en el caso de «salvo» y expresiones adverbiales equivalentes

La presentación lingüística de las normas jurídicas es muy importante para el uso que se puede hacer de ellas. A veces, una palabra específica permite o impide la aplicación de un método interpretativo o de un argumento de integración. Tal es el caso del adverbio *salvo*: cuando existe dentro del texto del dispositivo, genera la existencia de dos normas y, con ello, excluye la posibilidad de formar el *a contrario*. Buen ejemplo es la parte que subrayamos del artículo III del título preliminar del Código Civil:

Código Civil, artículo III del título preliminar. *La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.*

La versión lógico-jurídica de esta parte del dispositivo da dos textos, ambos contenidos en la redacción y, por lo tanto, susceptibles de obtención mediante el método literal de interpretación, que son las siguientes:

- «Si se trata de las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, entonces la ley tiene fuerza y efectos retroactivos».
- «Si no se trata de las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú, entonces la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos».

Esta segunda posibilidad del texto normativo es, precisamente, la que constituiría el *a contrario* de la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ ». Por ello, cuando «salvo» o una expresión adverbial equivalente se halla en la norma,⁶ cuando menos una de las dos formas del *a contrario* no funciona, porque lo que sería su aplicación ya está en el texto, y se obtiene por el método de interpretación literal. Un breve ejercicio adicional nos hace ver que en la primera de las dos normas no tiene sentido normativo aplicar la forma « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » del *a contrario*, mientras que en la segunda sí:

- En la primera de las dos normas, la forma « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », se mandaría que no tenga otras consecuencias que la fuerza y efectos retroactivos, lo cual es normativamente incorrecto, porque los efectos de aplicación en el tiempo son de carácter formal y, además, cada norma de aplicación retroactiva tendrá, por lo menos, un efecto de contenido adicional que sería negado por esta forma de *a contrario*.
- En la segunda norma, la forma de *a contrario* « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », se aplica así: «Si no se trata de las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú para la aplicación retroactiva, entonces la ley tendrá otra fuerza y otros efectos pero no los de carácter retroactivo». Este *a contrario* resulta alambicado pero correcto.

4.4. *A contrario* y proposiciones absurdas

El argumento *a contrario* no siempre lleva a consecuencias de aplicación razonables. Veamos, por ejemplo, el siguiente dispositivo, del que tomaremos solamente las partes subrayadas:

⁶ Voz equivalente a «salvo» puede ser «siempre que» como en este dispositivo: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza» (Código Civil, artículo IX del Título Preliminar). También «a menos» tiene esta particularidad como en: «Los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia» (Código Civil, artículo 308). Es, a su vez, similar a salvo la voz 'solamente' o 'solo' como en esta norma: «La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.» (Código Civil, artículo 150). También hay que tener cuidado con el *a contrario* en los casos de normas expresadas bajo forma de doble negación, tema al cual dedicamos un acápite especial en este trabajo.

Código Civil, artículo 7. *La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante.* Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

La versión lógico-jurídica de esta norma dirá: «Si el donante dona partes del cuerpo que no se regeneran, entonces la donación no se debe perjudicar gravemente la salud del donante».

El *a contrario* con la fórmula « $\sim S \rightarrow \sim C$ » de esta disposición sería:

«Si se dona partes del cuerpo que se regeneran, entonces se debe (¿se puede?) perjudicar gravemente la salud del donante».

Tan absurda como esto es la aplicación del *a contrario* con la versión « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », pues en ese caso el enunciado sería este:

«Si se dona partes del cuerpo que no se regeneran, entonces se debe (¿se puede?) perjudicar gravemente todo lo que no sea la salud del donante».

No siempre el *a contrario* produce resultados aceptables en el Derecho. Algunas veces, como en estos casos, son aberrantes. Es preciso tener en cuenta cada situación para ver cuándo sí y cuándo no aplicarlo.

4.5. El argumento *a contrario* en normas con problemas técnicos de elaboración

La aplicación del *a contrario* puede ser estorbada por deficiencias técnicas en la elaboración de la norma. Inclusive, en algunos casos puede conducir a conclusiones aberrantes. Veamos el artículo 1 del Código Civil:

Código Civil, artículo 1. *La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción.* El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

El primer párrafo es una norma declarativa. Su *a contrario* sería: «La persona humana no es sujeto de derecho antes de su nacimiento». Pero esta aplicación de Derecho es equivocada por dos razones:

- a. Porque antes del nacimiento no se es persona humana.
- b. Porque el concebido aún no ha nacido pero sí es sujeto de derecho (en todo cuanto le favorece).

Es claro que este problema ocurre porque la elaboración de la redacción del artículo 1 del Código Civil es deficiente. Lo que todos entendemos en él (no lo que *dice*), es lo siguiente:

- La vida humana comienza con la concepción y termina con la muerte.
- Entre la concepción y el nacimiento la vida humana es un concebido.
- Entre el nacimiento y la muerte la vida humana es una persona.
- El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.
- La persona es sujeto pleno de derecho, sea con capacidad de goce, sea con capacidad de ejercicio.

En este caso, el argumento *a contrario* de la primera norma del artículo nos lleva a una aplicación del Derecho completamente equivocada. Esto hace ver que, para trabajar correctamente con el argumento *a contrario*, antes de proceder a aplicarlo, es bueno hacer un breve análisis de la estructura conceptual del dispositivo legal, para saber si las palabras usadas por el legislador corresponden a los conceptos contenidos. En este caso no es así y, por ello, el *a contrario* tendrá que ser evitado o, en todo caso, deberá ser hecho con mucha cautela y técnica.

4.6. La importancia de asegurarse de que no exista norma que impida formular el *a contrario*

El *a contrario* siempre es creación de la persona que aplica el Derecho. Se funda en sus conocimientos de la praxis jurídica y en su razonabilidad intrínseca. Pero es muy importante darse cuenta de que, para que el *a contrario* pueda aplicarse jurídicamente, es preciso que no haya norma que lo impida. Veamos un ejemplo:

Código Civil, artículo 20. Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre.

La aplicación de la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ » del *a contrario* nos llevaría a la siguiente aplicación: «Al hijo extramatrimonial (no matrimonial) no le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre». Sin embargo, esto no es correcto, porque como dice el artículo 21:

Código Civil, artículo 21. Al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. Si es reconocido por ambos lleva el primer apellido de los dos.

En otras palabras, la norma del artículo 21 impide el *a contrario* de la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ » para el artículo 20 porque, en ciertas circunstancias, al menos, manda que también el hijo extramatrimonial tenga el primer apellido del padre y el primero de la madre.

En el caso que tratamos, la norma que impide aplicar el *a contrario* está a continuación de la norma de la que queremos obtenerlo. Otras veces no es así y, entonces, el abogado que no es diligente buscando excepciones que hagan imposible el utilizar el *a contrario*, podrá no percatarse de que tal norma existe. Por ejemplo, tomemos el artículo 2 inciso 12 de la Constitución:

Constitución, artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 12. A reunirse pacíficamente sin armas.

El *a contrario* más evidente en relación con la primera norma aquí contenida es que «[...] las personas que portan armas no tienen derecho a reunirse entre sí [...]», lo que sería un craso error, porque ello ocurre todos los días en los cuarteles, las comisarías y aun en las calles por donde pasan policías y miembros de las Fuerzas Armadas. Es claro que aquí estaríamos olvidándonos de que es preciso aplicar integralmente todo el grupo de normas referentes a las armas, y nos daríamos cuenta de que hay grupos sociales, como los miembros de los cuerpos castrenses, que sí pueden reunirse con armas.⁷

⁷ Tal vez, el problema resida en la redacción del artículo 2 inciso 12 de la Constitución que debiera hacer la excepción en su texto y decir que sí pueden reunirse con armas los que están autorizados para ello. Sin embargo, en el Derecho Constitucional, siempre se ha entendido que esa excepción existe para militares y policías, aunque es significativo que no esté en su texto (porque el artículo 169 autoriza el uso de armas para ellos, pero no *dice* que pueden reunirse usándolas).

Otro caso puede ser el siguiente:

Código Civil, artículo 26. Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.

Si a esta norma aplicáramos la forma « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ » del argumento *a contrario*, nos daríamos con lo siguiente: «La persona no tiene derecho a que se la designe por su pseudónimo», lo que no es cierto porque, como dice un poco después el artículo 32:

Código Civil, artículo 32. El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste.

En consecuencia, una persona con un pseudónimo reconocido de esta manera tiene el derecho a que se la designe por él.

Estos ejemplos nos muestran que el *a contrario* es un argumento excepcional que hay que utilizar con mucha prudencia, solo cuando estemos seguros de que hemos obtenido su verdadero sentido aplicando una metodología más o menos rigurosa.

5. Las normas con doble negación y el argumento *a contrario*

Como dijimos en la presentación metodológica de este trabajo, la norma que contiene una doble negación tiene dos normas en su texto: la de las dos negaciones y la que no tiene ninguna de ellas. Ambas se obtienen aplicando el método literal de interpretación. Por consiguiente, cuando la norma con doble negación es convertida a su versión positiva, no se está haciendo aplicación del argumento *a contrario* en ninguna de sus dos formas.

A partir de la versión positiva de la doble negación, en cambio, sí podremos plantearnos el *a contrario* (el que, sin embargo, ante estas normas, pocas veces será provechoso).

Hemos seleccionado casos de normas con doble negación que estimamos relevantes para trabajar su inversión y los posibles argumentos *a contrario*.

5.1. Doble negación con norma recíproca en las versiones negativa y positiva, y con *a contrario* relevante

El artículo 14 del Código Civil dice:

Código Civil, artículo 14. *La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.*

Tomemos solamente la norma correspondiente a la parte resaltada: «La intimidad de la vida personal no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona».

Si la convertimos a su expresión lógico-jurídica, debemos convertir a voz activa la expresión verbal «ser puesta», para destacar al sujeto actuante y, por tanto, tendremos la siguiente proposición:

«Si la persona no da su asentimiento, entonces nadie puede poner de manifiesto la intimidad de su vida personal».

Esta es una norma de doble negación, pues el texto de la norma, tal como fue expresado, contiene la forma «[...] no puede [...] sin [...]», y la forma lógica que hemos transcrito dice que «Si [...] no da [...] no puede [...]».

La doble negación es una implicación recíproca pues, siempre que no dé el asentimiento, no se podrá poner de manifiesto la intimidad y, además, ello ocurre solo si la persona no da dicho asentimiento.

Si invertimos la doble negación obtenemos la norma positiva que dice: «La intimidad de la vida personal sí puede ser puesta de manifiesto con el asentimiento de la persona» o, en su versión de supuesto y consecuencia: «Si la persona da su asentimiento, entonces la persona autorizada puede poner de manifiesto la intimidad de su vida personal».

Como se afirmó anteriormente, todo lo que hemos obtenido normativamente, hasta ahora, de esta parte del artículo 14 del Código Civil, es aplicación del método literal de interpretación, para lo que se recurre, desde luego, al sentido lógico de las palabras.

También podemos decir: «Siempre y solo si la persona da su asentimiento, entonces la intimidad de su vida personal sí puede ser puesta de manifiesto».

En efecto, siempre que dé su asentimiento se puede, y solo se puede jurídicamente de esa manera. Esta afirmación es correcta, porque no se necesita otro requisito para ello.

Desde luego, la persona tiene que estar viva pues, si ya murió, podría ocurrir que su intimidad sea puesta de manifiesto sin su asentimiento, con la autorización de los familiares que están indicados a continuación de la norma que hemos venido manejando hasta este punto. Por ello, encadenando significados de las disposiciones existentes en el artículo, tal vez la formulación lógico-jurídica más correcta de esta norma en su versión de doble negación sea la siguiente:

«Si la persona está viva y no da su asentimiento, entonces la intimidad de su vida personal no puede ser puesta de manifiesto» (en la forma positiva, no se necesita cambio alguno porque, como es obvio, la persona solo puede dar su asentimiento mientras vive).

Ahora, con la versión en positivo de la norma, podremos encontrar su *a contrario*: «Si el asentimiento lo da otra persona, entonces la intimidad de la vida personal de una persona viva no puede ser puesta de manifiesto». Este es un *a contrario* ($\sim S \rightarrow \sim C$) correcto porque, para poner de manifiesto la intimidad de una persona viva, se requiere, de todas maneras, su asentimiento.

Pero como en el *a contrario* hay dos formas, también podemos obtener este otro de la versión positiva de la norma existente en el artículo 14 del Código Civil, que corresponde a la fórmula « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ »: «Si la persona está viva y no da su asentimiento, entonces lo que no pertenece a la intimidad de su vida personal puede ser puesto de manifiesto». Esto equivale a decir que puede ponerse de manifiesto lo que no pertenece a la intimidad de la vida personal, aunque dicha persona niegue el permiso para hacerlo. También es una norma recíproca, porque siempre podremos poner de manifiesto estos otros aspectos y solo ellos.

Una anotación recordatoria de carácter metodológico que resulta importante es que, para obtener todas estas aplicaciones a partir de la doble negación del artículo 14 que hemos trabajado, es indispensable que, al lado del tratamiento cuidadoso de la doble negación, se de un tratamiento igualmente cuidadoso a la formulación lógico-jurídica de la norma, en vez de utilizar su expresión puramente lingüística (es decir, la forma en que fue redactada por el legislador). Empleando su expresión lingüística, será muy difícil llegar correctamente a los argu-

mentos *a contrario* y, normalmente, los confundiremos con la versión positiva de la norma existente.

5.2. Doble negación con versión negativa extensiva y versión positiva intensiva con *a contrario* relevante

Seguimos con el artículo 14 del Código Civil, pero ahora con la norma siguiente:

Código Civil, artículo 14. *La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.*

La norma es la siguiente: «*La intimidad de la vida familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona*». Su versión, con el verbo en voz activa, será la siguiente: «Nadie puede poner de manifiesto la intimidad de la vida familiar sin el asentimiento de la persona».

El análisis es bastante similar a la norma inmediatamente anterior, pero hay una diferencia que estimamos fundamental: para que la intimidad de la vida familiar sea puesta de manifiesto no solo basta la aceptación de una de las personas involucradas, porque a la familia pertenecen todos sus miembros y, por consiguiente, no basta el asentimiento de solo uno de ellos.

Por consiguiente, esta norma no es una implicación recíproca, y las consecuencias de ello son significativas a pesar de que, desde el punto de vista lingüístico, sea muy similar a la norma anterior. Veamos.

Podemos decir que siempre que la persona no manifieste su asentimiento, la intimidad de la vida familiar no puede ser puesta de manifiesto. Sin embargo, no podemos decir que, solo si no manifiesta su asentimiento, tal intimidad no puede ser manifestada porque, como viene dicho, también habrá que tomar en consideración el eventual no asentimiento de los demás miembros de la familia.

Si ahora asumimos la expresión positiva de la norma que dice: «Si la persona da su asentimiento entonces la intimidad de la vida familiar sí puede ser puesta de manifiesto», veremos que el asentimiento de cada persona es requisito indispensable, pero en sí mismo es insuficiente, pues no basta con un asentimiento: se necesita el de todos los

involucrados. Por lo tanto, será correcto decir que «solo si la persona da su asentimiento entonces la intimidad de la vida familiar sí puede ser puesta de manifiesto», pero no será correcto decir que «siempre que la persona da su asentimiento, entonces la intimidad de la vida familiar sí puede ser puesta de manifiesto» porque, en este último caso, será necesario el asentimiento de otros miembros de la familia.

En otras palabras: en este caso, estamos ante una versión negativa de la doble negación que es una implicación extensiva («siempre que no [...]») y, asimismo, ante una versión positiva de la norma que es una implicación intensiva («solo si [...]»). En ninguno de los dos casos, tendremos una implicación recíproca.

Ahora bien, veamos los *a contrario* « $\sim S \rightarrow \sim C$ » de la forma positiva de la doble negación. El primer *a contrario* con la forma será: «Si el asentimiento lo da otra persona, entonces la intimidad de la vida familiar de una persona viva no puede ser puesta de manifiesto». En este caso, el *a contrario* resulta correcto, pues el asentimiento de otra persona no permite en absoluto poner de manifiesto la intimidad de terceros. Puede verse que, en este caso, se produce un *a contrario* correcto a partir de una implicación intensiva, no recíproca.

La otra forma del *a contrario*, « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », da el resultado siguiente:

«Si la persona está viva y no da su asentimiento, entonces lo que no pertenezca a la intimidad de su vida familiar, puede ser puesto de manifiesto».

También este *a contrario* resulta correcto y, a su vez, de una implicación intensiva.

5.3. Doble negación con versión negativa extensiva y versión positiva intensiva con *a contrario* no relevante

El artículo 384 del Código Civil dice:

Código Civil, artículo 384. Inventario de los bienes del adoptado.
Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez.

La forma negativa de la norma dice:

«Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez».

La versión lógico-jurídica es la siguiente:

«Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, estos bienes no son inventariados y tasados judicialmente, y el adoptante no constituye garantía suficiente a juicio del juez, entonces la adopción no puede ser realizada».

Es una implicación extensiva, porque siempre que no se cumplan todos estos requisitos, no se podrá adoptar. Sin embargo, no es intensiva porque, como es obvio, no son los únicos requisitos para que la adopción proceda.

Su versión positiva es la siguiente:

«Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción puede realizarse si dichos bienes son inventariados y tasados judicialmente, y si el adoptante constituye garantía suficiente a juicio del juez».

Su versión lógico-jurídica será la siguiente:

«Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, estos bienes son inventariados y tasados judicialmente, y el adoptante constituye garantía suficiente a juicio del juez, entonces la adopción puede ser realizada».

Esta norma es intensiva porque, solo si se cumplen estos requisitos, se podrá proceder a la adopción, pero no siempre cumpliendo estos requisitos la adopción podrá ser verificada, pues hay otros adicionales que cumplir.

Los argumentos *a contrario* carecen de relevancia jurídica, porque tendrán que ver con un adoptado que no tiene bienes ($\sim S \rightarrow \sim C$) o con la realización de un acto distinto de la adopción ($\sim S \rightarrow \sim C$). Ninguno de los dos casos sirve como norma en la presente situación.

5.4. Doble negación con versiones negativa y positiva extensivas, y con *a contrario* de forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ »

El artículo 748 del Código Civil dice:

Código Civil, artículo 748. *No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad.*

La disposición individual que aquí nos interesa es la resaltada: «No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad». Es una doble negación, porque prohíbe desheredar; es decir, prohíbe quitar la condición de heredero.

La forma lógico-jurídica de la norma será la siguiente:

«Si un incapaz es menor de edad, entonces no puede ser desheredado».

La norma se refiere a los incapaces y protege, entre ellos, a los que son menores de edad. Es una implicación extensiva porque, siempre que el incapaz sea menor de edad, está impedido desheredarlo. No es intensiva, porque no solo está impedido desheredar al incapaz menor: tampoco se podrá desheredar a los mayores que, por cualquier causa, se encuentren privados de discernimiento, como dice el mismo artículo a continuación. Por consiguiente, no estamos ante una implicación recíproca.

La versión positiva de la norma dirá:

«Deben mantener su condición de herederos los incapaces menores de edad».

Su versión lógico-jurídica será la siguiente:

«Si un incapaz es menor de edad, entonces debe mantener su condición de heredero».

Esta versión en positivo es una proposición también extensiva porque, siempre que un incapaz sea menor de edad, debe mantener su condición de heredero; y no es intensiva, porque no es correcto decir que solo si un incapaz es menor de edad, entonces debe mantener su

condición de heredero: también la debe mantener el mayor de edad privado de discernimiento. Así, tenemos un caso de extensiva en forma negativa que da extensiva en forma positiva.

Como el supuesto de la norma positiva tiene dos elementos, entonces podrán haber, correspondientemente, dos *a contrario* de la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ ».

El primero se referirá a un incapaz que es mayor de edad. En ese caso, tenemos que establecer si se trata de un incapaz que está privado de discernimiento o de uno que no lo está. En el primer caso, si está privado de discernimiento, el *a contrario* no funcionará, porque la segunda parte del artículo 748 del Código Civil tiene norma expresa sobre ello, y prohíbe desheredarlo. Por ello, mantendrá su condición de heredero. Sin embargo, si el incapaz mayor de edad no está privado de discernimiento (no todos los incapaces relativos y absolutos lo están, según los artículos 43 y 44 del Código Civil), entonces sí podrán ser desheredados.

Por lo tanto, el *a contrario* correcto para este caso de la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ » será: «Si un incapaz es mayor de edad y no está privado de discernimiento, entonces podrá ser desheredado».

Aquí, puede verse nuevamente la importancia del término intermedio que analiza si hay excepción al *a contrario*, como elemento para tomar en cuenta en la aplicación del Derecho (ya habíamos remarcado esto al tratar el argumento *a contrario* en el punto 3.6). En el caso que aquí tratamos, la excepción al *a contrario* es la segunda parte del artículo 748 del Código Civil, que impide desheredar a los mayores privados de discernimiento.

La otra forma del *a contrario* (« $S \rightarrow \sim[\sim C]$ ») se referirá a condiciones distintas de las de heredero del incapaz menor de edad y, por consiguiente, no tendrá relevancia normativa en el Derecho como extraído a partir de esta norma.

5.5. Doble negación sin posibilidad de *a contrario* relevante

Muchas normas de doble negación carecen de la posibilidad de generar *a contrarios*. De todas ellas, este ejemplo:

Código Civil, artículo 959. El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados.

La forma lógico-jurídica de la versión positiva es la siguiente: «Si en un predio alguien debe ejecutar actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas que eviten o conjuren un peligro actual, el propietario del predio debe permitirlos».

Frente a ella, las siguientes versiones de *a contrario* carecen de importancia jurídica:

- la versión « $\sim S \rightarrow \sim C$ », porque se refiere a actos que no tienen que ver con los servicios provisorios de la necesidad de la que habla la norma; y
- la versión « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ », porque se refiere a acciones del propietario distintas del hecho de permitir la ejecución de dichos actos.

En general pero, particularmente, en el caso de las normas con doble negación, es muy importante analizar la relevancia normativa que puedan tener los *a contrario* que aparecen a partir de las normas. Muchas veces, como en este caso, son abiertamente irrelevantes.

5.6. Falsas dobles negaciones debidas a giros lingüísticos

El lenguaje traiciona muchas veces al abogado cuando se trata de trabajar detalladamente con las normas jurídicas. Para el caso de la doble negación, veamos este texto normativo:

Código Civil, artículo 1029. Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

Al mirar el texto podemos pensar que es una doble negación, porque contiene la expresión «[...] no [...] ningún [...]». Sin embargo, desde el punto de vista del significado, no hay una doble negación, porque en el castellano esa expresión es equivalente a decir: «Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de acto jurídico alguno, salvo la consolidación», y esta es una afirmación prohibitiva, no una doble negación, dentro de una norma declarativa.

6. A manera de conclusión: estudio de casos y resultados

Hemos analizado diversas normas del Código Civil y de la Constitución sin que sean una muestra significativa y sin agotar todos los tex-

tos que hay en ambos cuerpos legislativos. Sobre la base de ellos y de los casos antes mencionados, desde luego, proponemos algunas consideraciones que, en algunos casos, estimamos son preliminares y, en otros, firmes y demostradas en relación con el tema del *a contrario* y con el de la doble negación. En cada caso, diremos si la conclusión se trata de lo uno o de lo otro. Trabajos posteriores confirmarán o desvirtuarán las afirmaciones preliminares que hacemos.

6.1. El *a contrario* puede producirse a partir de una norma recíproca, de una norma extensiva o de una norma intensiva

Se ha sostenido en la doctrina (y nosotros lo hemos tomado hasta ahora como cierto) que el argumento *a contrario* solo puede ser utilizado a partir de normas recíprocas.

Nuestro trabajo de análisis de casos nos permite decir que esa afirmación no es cierta, pues hemos encontrado *a contrarios* de los tres tipos de normas con la forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ »:

- Recíprocas: artículos 14, 15 y 16 del Código Civil,⁸ y artículos 102 incisos 6, 9 y 195 de la Constitución.⁹

⁸ En el artículo 14, el *a contrario* lo obtuvimos de la norma cuya versión lógico-jurídica dice: «Si la persona da su asentimiento, entonces la persona autorizada puede poner de manifiesto la intimidad de su vida personal». El *a contrario* obtenido es el siguiente: «Si el asentimiento lo da otra persona, entonces la intimidad de la vida personal de una persona viva no puede ser puesta de manifiesto».

En el artículo 15, trabajamos con la siguiente norma: «Si la persona da autorización expresa, entonces su imagen puede ser aprovechada». El *a contrario* obtenido es «Si otra persona da autorización expresa, entonces la imagen de una persona no puede ser aprovechada».

En el artículo 16 de esta versión lógico-jurídica de la norma: «Si las grabaciones de la voz tienen carácter confidencial o se refieren a la intimidad de la vida personal y hay asentimiento del autor, entonces el interesado las puede divulgar». El *a contrario* en este caso es «Si las grabaciones de la voz tienen carácter confidencial o se refieren a la intimidad de la vida personal y hay asentimiento de tercera persona, entonces el interesado no las puede divulgar».

Es verdad que las tres normas son muy similares entre sí.

⁹ En el artículo 102 inciso 6 de la Constitución, a partir de su contenido que dice: «Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso: [...] 6. Ejercer el derecho de amnistía [...]». El *a contrario* es «El Poder Ejecutivo no puede ejercer el derecho de amnistía».

En el inciso 9 del mismo artículo, trabajamos a partir de su contenido que da como atribución del Congreso «Autorizar al Presidente de la República para salir del país». El *a contrario* es «El Consejo de Ministros no puede autorizar al Presidente de la República para salir del país».

- Extensivas: artículos V del Título Preliminar y 748 del Código Civil.¹⁰ También el artículo 55 de la Constitución.¹¹
- Intensivas: artículos 14 y 1933 del Código Civil.¹²

También hemos encontrado resultados correctos de aplicación del argumento *a contrario* con la forma «S → ~[~C]» en los siguientes casos:

En el caso del artículo 195 a partir de la norma: «Artículo 195.- Los gobiernos locales [...] Son competentes para: 1.- Aprobar [...] su presupuesto [...]». El *a contrario* será «El Congreso es incompetente para aprobar el Presupuesto de las Municipalidades».

¹⁰ En el artículo V del Título Preliminar, a partir de la norma que dice en su versión lógico-jurídica: «Si un acto jurídico es contrario a las leyes que interesan [1.- al orden público] o [2.- a las buenas costumbres], entonces dicho acto jurídico es nulo» (son dos normas con los dos elementos de supuestos numerados). El *a contrario* es el siguiente: «(Solo) si un acto jurídico no es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, entonces dicho acto jurídico es válido». No es siempre, porque puede haber otras causales de nulidad para ese mismo acto.

En el caso del artículo 748, trabajamos a partir de la norma que en su versión lógico-jurídica positiva dice: «Si un incapaz es menor de edad, entonces debe mantener su condición de heredero». El *a contrario* es «Si un incapaz es mayor de edad y no está privado de discernimiento, entonces podrá ser desheredado».

¹¹ En su versión lógico-jurídica, la norma de la que hemos obtenido el *a contrario* dice: «Si un tratado es celebrado por el Estado y entra en vigor, entonces forma parte del Derecho nacional». El *a contrario* es el siguiente: «(Solo) si hay un tratado no celebrado por el Estado y en vigor no forma parte del Derecho nacional» (pero no siempre, porque a pesar de estar en esa condición, podría ser incorporado al Derecho nacional por mandato del artículo 3 de la Constitución).

¹² En el caso del artículo 14, a partir de la norma de dicho artículo que en su versión positiva y lógico-jurídica dice: «La intimidad de la vida familiar puede ser puesta de manifiesto con el asentimiento de la persona». Estimamos que esta norma es intensiva, porque, como se trata de la intimidad de la vida familiar, no basta la aceptación de uno solo, sino de todos los miembros de la familia. Cuando solo acepta uno, basta la aceptación de los demás; por eso, no puede ser extensiva. El *a contrario* determinado es «Si el asentimiento lo da otra persona, entonces la intimidad de la vida familiar de una persona viva no puede ser puesta de manifiesto».

En el artículo 1933, a partir de la versión lógico-jurídica de la norma positiva que dice: «Si la vida del acreedor no fue la señalada para la duración del contrato y si el acreedor justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó, entonces puede pedir el pago de la renta (vitalicia)». El *a contrario* es «Si no es el acreedor quien justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó la renta, si la vida del acreedor no fue la señalada para la duración del contrato, entonces este sujeto (el no acreedor) no puede pedir el pago de la renta».

- Extensivas: artículos 4, 16, 138 inciso 8 y 169 de la Constitución,¹³ así como en el caso del artículo 9 del Código Civil.¹⁴

Esta constatación es firme, pues basta que haya un caso para que quede demostrado que, de cualquiera de las formas de norma, se pueden obtener aplicaciones válidas del argumento *a contrario*.

6.2. Causas principales de la inaplicabilidad del argumento *a contrario*

De la revisión de diversos casos que hemos hecho para este trabajo, las principales causas de inaplicabilidad del argumento *a contrario* son las siguientes:

¹³ En el caso del artículo 4, el trabajo se hace a partir de las dos normas que en su versión lógico-jurídica dicen: «Si el anciano está en situación de abandono, entonces [1.- La comunidad] [2.- El Estado] lo protegen». El *a contrario* ubicado es «(Solo) si el anciano no está en situación de abandono, no puede recibir la protección de la comunidad y el Estado» (pero no siempre, pues puede ser que, aunque no esté abandonado, el Estado o la Comunidad puedan darle protección en casos determinados).

En el artículo 16, a partir de la norma que dice: «Artículo 16.- Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados [...]». El *a contrario* dirá «(Siempre) el sistema educativo no es centralizado». No es un *a contrario* intensivo, porque hay otros aspectos de la vida pública que también son descentralizados.

En el caso del inciso 8 del artículo 138, a partir de la norma que dice: «Si existe vacío o deficiencia de la ley es principio y derecho de la función jurisdiccional aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». El *a contrario* será «Si existe vacío o deficiencia de la ley es principio y derecho de la función jurisdiccional no aplicar normas distintas a los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

En el artículo 169 de la Constitución, a partir de la norma que dice: «Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional». El *a contrario* será «las Fuerzas Armadas no pueden obedecer a otras autoridades que las constitucionales de su país».

¹⁴ A partir de la norma de este artículo que dice en su versión lógico-jurídica: «Si una persona dispone en vida de parte de su cuerpo de conformidad con el artículo 6 entonces dicho acto es revocable antes de su consumación, sin que haya lugar al ejercicio de acción alguna». El *a contrario* identificado es «Si una persona dispone en vida de parte de su cuerpo de conformidad con el artículo 6 entonces dicho acto es irrevocable luego de su consumación, y procederán las acciones a que haya lugar».

- El requisito para poder actuar, que establece la norma sobre la que se pretende obtener el argumento *a contrario*, no es el único que existe para el caso¹⁵ o, en todo caso, puede no ser el único.¹⁶
- Porque las características que la norma asigna a una determinada institución son exclusivas de ella y, por tanto, no puede haber inversión de significado normativo para hacer el *a contrario*.¹⁷
- Porque la ley prevé varias hipótesis distintas para la misma consecuencia, y estamos tratando de hacer el *a contrario* solo sobre la base de una de ellas.¹⁸
- Porque la aplicación del *a contrario* origina consecuencias jurídicas absurdas, como la que ya vimos a propósito del artículo 7 del Código Civil.
- Porque las normas prohíben determinadas conductas a ciertas personas, pero se las permiten a otras sin que en el texto de una norma se indique que existe la otra. Así, cada norma excluye lo inverso de la otra, y eso impide formar el *a contrario* que se elabora, precisamente, con la inversión de los contenidos.¹⁹

¹⁵ Es el caso del artículo 546 del Código Civil en la versión lógico-jurídica positiva de la norma que dice: «Las disposiciones testamentarias del menor en favor del tutor que no se refieran a la legítima, tendrán efecto si fue aprobada judicialmente la cuenta final». Siempre existen otros requisitos formales y de contenido para que valgan los testamentos y sus disposiciones.

¹⁶ Puede ser el caso del artículo 1669 del Código Civil cuya norma positiva en versión lógico-jurídica dice: «Si un copropietario tiene el consentimiento de los demás partícipes, entonces puede arrendar el bien indiviso». Es posible que haya otros requisitos adicionales para arrendar dicho bien.

¹⁷ Es el caso del artículo 1257 del Código Civil que, en la versión lógico-jurídica de su norma positiva dice: «Quien deba capital y gastos [...] puede, con el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos». El *a contrario* de la forma $\sim S \rightarrow \sim C$ dirá: «Quien no deba capital y gastos [...]», pero, en ese caso, estamos ante un supuesto normativo completamente distinto y no se puede manejar por el *a contrario*, porque produce un resultado absurdo.

También es ilustrativo aquí el caso del artículo 1992 del Código Civil que manda: «Si la parte interesada invoca la prescripción entonces el juez debe fundar sus fallos en ella». Si aplicáramos un *a contrario* de forma $S \rightarrow \sim[\sim C]$ el resultado sería «Si la parte interesada invoca la prescripción entonces quien no es juez [...]» y eso produce un resultado equivocado porque quien no es juez no puede emitir fallos.

¹⁸ Por ejemplo, el artículo 1047 del Código Civil, cuya norma positiva en versión lógico-jurídica dice: «El propietario del predio sirviente debe permitir el ejercicio [...] de la servidumbre». Una forma de *a contrario* sería «El no propietario del predio sirviente no debe permitir el ejercicio de la servidumbre». Esto es absurdo, porque todos deben permitir su ejercicio y, de entre ellos, el propietario.

¹⁹ Es el caso del artículo 2 inciso 12 de la Constitución ya visto antes, pero que también sirve aquí en la parte que dice: «Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...]

- Porque la norma contiene un error conceptual que hace que su contenido desnaturalice el recto entender de las cosas cuando se aplica el *a contrario*. Ya dimos antes el ejemplo del artículo 1 del Código Civil. Hay otros más.²⁰
- Porque estamos ante una doble negación, y el *a contrario* es equivalente a una de las dos normas que existen dentro de aquellas.²¹ Ya hemos dicho antes que hay que tratar con mucha técnica a las normas de doble negación para extraer de ellas la versión positiva de su mandato textual y, luego, recién a partir de esta versión positiva (expresada en forma lógico-jurídica de ser el caso), se debe trabajar los *a contrario*. En caso diverso, se pueden cometer muchos errores de manejo y confundir literales con *a contrarios*, cosa que debe tratar de evitarse a toda costa.
- Porque en la norma misma encontramos el adverbio «salvo» o alguna expresión funcionalmente equivalente, que hace que el posible *a contrario* se halle ya en el texto y, en consecuencia, sea parte de la literalidad de la norma y no de la integración jurídica. Ya tratamos el tema en el punto 3.3.

12. A reunirse pacíficamente sin armas [...]». Aquí no se ha establecido que los militares y policías sí pueden hacerlo. Por consiguiente, un *a contrario* que dijera «Toda persona está prohibida de reunirse con armas» es equivocado aunque, sin tomar en cuenta la autorización a los miembros castrenses de la sociedad, podría parecer correcto.

²⁰ Por ejemplo, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil en la parte que dice: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia [1.- por defecto] o [2.- deficiencia] de la ley». El error, en este caso, consiste en que los jueces no pueden dejar de administrar justicia nunca. En realidad, la expresión correcta de este mandato debiera ser «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia nunca, ni siquiera cuando existe defecto o deficiencia de la ley». Siguiendo nuestra metodología, transformaremos la norma a su sentido lógico-jurídico positivo para decir: «Si hay [1.- defecto] o [2.- deficiencia] de la ley, entonces el juez debe administrar justicia». Es fácil darse cuenta que el *a contrario* produciría este resultado absurdo: «Si no hay defecto o deficiencia de la ley, entonces el juez no debe administrar justicia». Este problema se debe, como decimos, a la deficiente elaboración de la norma existente.

²¹ Por ejemplo, el artículo 1439 del Código Civil que dice: «Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas». Siguiendo nuestra metodología convertimos la norma a su sentido positivo lógico-jurídico: «Si hay autorización expresa de las terceras personas que constituyeron las garantías, entonces éstas pasan al cesionario». Si ahora pretendemos hacer la versión *a contrario* bajo la forma $\sim S \rightarrow \sim C$ dirá: «Si no hay autorización expresa de las terceras personas que constituyeron las garantías, entonces éstas no pasan al cesionario». Pero resulta que ese es precisamente el mandato de la versión en doble negación del artículo, convertida a su forma lógico-jurídica. En este caso, la norma está en el texto y no es una creación por *a contrario*. Eso es muy importante de tener en cuenta por el mayor valor que tiene así la norma.

Por consiguiente, hay que fijarse en todos estos elementos cuando uno trata de hacer un *a contrario* bien hecho. Desde luego, que cada una de estas causas estorba la elaboración del argumento *a contrario* es una conclusión firme de nuestro trabajo. Sin embargo, puede haber otras causas y, en ese sentido, esta lista es provisoria y no cerrada. Tampoco sabemos cuál de estos elementos es el que impide formar el *a contrario* con más frecuencia.

6.3. Recordar que puede haber una norma que impida elaborar el argumento *a contrario*

Aquí solo cabe recordar lo dicho en el punto 3.6 de este trabajo: hay que tener siempre presente que, ya sea al lado de la norma que estamos utilizando o en un lugar y tiempo completamente distinto, se puede haber dictado una norma que bloquea la posibilidad de hacer el *a contrario* con su mandato. Allí, en el punto 3.6 dimos un ejemplo que estimamos claro. Creemos que esta debe ser una de las precauciones siempre presentes para trabajar con el *a contrario*.

6.4. Más casos de imposibilidad que de posibilidad de elaborar el argumento *a contrario*

Aunque nuestro trabajo no tiene validez estadística y, por consiguiente, lo que vamos a decir no tiene forma de probarse en general para el Derecho, sí es importante señalar que, entre las aproximadamente sesenta normas que hemos utilizado para este trabajo, que fueron escogidas de manera completamente aleatoria, sin orden pero tampoco sin consideraciones muestrales, solo en doce casos pudimos conformar el *a contrario* « $\sim S \rightarrow \sim C$ », y solo en otras doce el *a contrario* « $S \rightarrow \sim[\sim C]$ ». Esto quiere decir que, por cada una en que pudimos elaborar una de las formas del *a contrario*, hubo aproximadamente cinco en las que no pudimos hacerlo. Desde luego, no siempre se puede elaborar de la misma norma cada uno de los dos *a contrarios*. De los doce que logramos para cada tipo, solo en cuatro fue posible hacer las dos formas de *a contrario* a partir de la misma norma. De acuerdo con ello, siempre sin validez de generalización, y utilizando solo las normas que hemos trabajado, aparece que únicamente en el 6% de los casos se puede elaborar a partir de una norma las dos formas de *a contrario*.

6.5. Necesidad de prolijidad y precaución cuando se trabaja con el *a contrario*

Lo visto en este trabajo, que aún necesita inconmensurable profundización y mayor análisis, muestra que el trabajo con el argumento *a contrario* requiere de prolijidad y precauciones para no caer en errores. Ello es tanto más importante si tenemos entre manos a las normas de doble negación.

No olvidemos lo dicho al inicio: todo esto es importante para saber diferenciar lo que se encuentra en el texto de las normas y lo que obtenemos por el procedimiento o argumento *a contrario* como forma de integración, es decir, de creación de normas en la aplicación del Derecho. Como regla general, tienen mayor fuerza normativa las disposiciones literales que las normas integradas. Por eso, es importante poder trabajar con rigurosidad en este campo complejo y, creemos, poco estudiado de la tónica jurídica.

Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores

Ricardo Beaumont Callirgos

TUVE EL PRIVILEGIO DE CONOCER al doctor Jorge Avendaño cuando fui convocado por él, a mediados de 1992, para colaborar en su campaña hacia el Decanato del Colegio de Abogados de Lima. Accedió a este cargo en circunstancias políticas muy difíciles: vivíamos gobierno de facto, entre el 5 de abril de 1992 y el 31 de diciembre del mismo año, y la recuperación constitucional y democrática se tornaba lenta y complicada. Lo acompañé como Segundo Vicedecano del CAL en los dos años de su excelente y esforzada gestión.

Mi hermana Raquel, que había sido su alumna, me habló mucho de él y de sus excelentes clases de Derecho Civil. Yo estudié Letras en la plaza Francia, pero no tuve la suerte de tenerlo como mi maestro, porque mis cinco años de Derecho los hice en San Marcos. Rápidamente, descubrí su talento, la claridad de su comunicación y la lucidez de su pensamiento, que ordenaban, con prontitud, los debates y asuntos en discusión, tanto durante la campaña para el Decanato del CAL, como en la gestión del cargo mismo. Se veía a una persona con gran lógica, vitalidad y simpatía que, con celeridad, lo subía a uno en el vehículo de su proyecto para conducir en equipo por la ruta y hacia las metas deseadas, con impulso y motivación.

En las reuniones de carácter social, que siempre deben acompañar a hombres y mujeres después de las jornadas de trabajo y que, gracias a Dios, entre nosotros, no fueron pocas, se nos ocurrían tal diversidad de asuntos a conversar —fundamentalmente jurídicos y políticos— que, en ellas, realmente disfrutábamos.

Una de las numerosas virtudes de Jorge Avendaño es su asombrosa intuición en la selección de personas para determinados proyectos. Sin contar a mi persona, por razones obvias, considero que Jorge acertó en la directiva del CAL, al elegir a Alfredo Quispe Correa, constitucionalista de primer nivel, que destaca por su importante y sustentada opinión al redactarse la Constitución de 1993; a Luis Delgado Aparicio, antiguo amigo del barrio de Miraflores, de Jorge y de su hermano Juan Luis; a Arsenio Oré Guardia, muy distinguido amigo y penalista; a Francisco Javier Romero Montes, reconocido profesor universitario en materia de seguridad social; a Rosario Fernández y Beatriz Mejía, destacadas abogadas; a Hugo Forno, muy estimado y joven profesor de materia civil en la PUC; y a Jaime Mayorga Honores, profesor de asuntos laborales y mercantiles en la USMP. Si se me quedó algún nombre en el tintero, por favor discúlpeme. Todos hicimos un grupo excelente de servicio al colega y, en particular, de apoyo al abogado joven o al colega necesitado, todo ello gracias a la dirección del Decano del CAL de aquel entonces.

Jorge Avendaño tiene una obra sin par, que demuestra en cada una de sus facetas: como maestro universitario; como Decano en una Facultad de Derecho; como investigador de la enseñanza legal en el Perú y de su perfeccionamiento; como autor de varios artículos y de obra jurídica; como congresista; como Decano del Colegio de Abogados de Lima; como abogado litigante en tribunales de justicia; como árbitro en tribunales arbitrales; como asesor y consultor; como padre, sin duda; y, finalmente, como amigo leal, justo e incansable en la ayuda. Merecida obra la que le dedicamos y, con ella, reconocemos quienes nos consideramos sus amigos.

1. Antecedentes Generales

El Perú cuenta aún con un Código de Comercio vigente desde 1902 que, como se sabe, fue copia del Código español de 1885, con excepción de lo concerniente a la letra de cambio, que remedió de la legislación italiana de entonces y, además, de lo que respecta a los temas de

martilleros y rematadores y contrato de cuenta corriente mercantil, que los tomó de la legislación argentina. Entre sus artículos 124 y 181, regulaba a las entonces denominadas «Compañías Mercantiles». Así, por ejemplo, sus artículos 124 y 1, respectivamente, precisaban:

Artículo 124. El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

Artículo 1. Son comerciantes, para los efectos de este Código:

- 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; y
- 2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

Del vetusto Código de 1902, que cuenta con cuatro libros, apenas si quedan en vigencia tres o cuatro artículos del primero, llamado «De los Comerciantes y del Comercio en General», artículos que versan, respectivamente, sobre comerciantes, fuentes para actos de comercio y libros contables.

Del libro segundo, «De los Contratos Especiales de Comercio», un altísimo porcentaje del mismo ha ido derogándose a lo largo del siglo. Entre otros importantes instrumentos, se encuentran los concernientes a las sociedades mercantiles y civiles, con la ley 16123 (mayo de 1966), el decreto legislativo 311 (1985) y la ley 26887 (1997); y, a títulos valores, con las leyes 16587 (1967) y 27287 (2000). De los numerosos contratos especiales regulados por el Código de Comercio de 1902, apenas si quedan en vigor los de Prenda Mercantil,¹ Comisión Mercantil,²

¹ El 14 de Mayo del 2003, se publicó, en el diario oficial *El Peruano*, un proyecto de ley de Garantías Mobiliarias que, de aprobarse por el pleno del Congreso de la República, iría a derogar el contrato de Prenda Mercantil.

² Su similitud con el contrato de Mandato, artículo 1790 del Código Civil, es evidente. Apenas si lo distancia lo siguiente, ahora, sin relevancia alguna: uno, que en el contrato de Comisión Mercantil, cuando menos el comisionista tiene que ser comerciante; y dos, que este contrato se realiza para el cumplimiento de un acto u operación de comercio.

Cuenta Corriente Mercantil³ y, por último, Transporte y Seguros.⁴

En cuanto al libro tercero, «Del Comercio Marítimo»,⁵ basta con transcribir, a continuación, sus artículos 635, 636, 674 y 701 inciso 4, para advertir su total desfase con la realidad de este año 2004:

Artículo 635. Si estando en viaje llegare a noticia del capitán que habían aparecido corsarios o buques de guerra contra su pabellón, estará obligado a arribar al puerto neutral más inmediato, dar cuenta a su naviero o cargadores y esperar la ocasión de navegar en conserva, o a que pase el peligro, o a recibir órdenes terminantes del naviero o de los cargadores.

Artículo 636. Si se viere atacado por algún corsario, y después de haber procurado evitar el encuentro y de haber resistido la entrega de los efectos del buque o su cargamento, le fueren tomados violentamente, o se viere en la necesidad de entregarlos, formalizará de ello asiento en su libro de cargamento, y justificará el hecho ante la autoridad competente en el primer puerto donde arribe. Justificada la fuerza mayor, quedará exento de responsabilidad.

Artículo 674. Tampoco devengarán flete las mercaderías que se hubieren perdido por naufragio o varada, ni las que fueren presa de piratas o ene-

³ Los contratos de Prenda Mercantil (bajo el epígrafe de Garantías Mobiliarias), Comisión Mercantil y Cuenta Corriente Mercantil, con los ajustes que la doctrina, la legislación comparada y los usos y costumbres nacionales recomienden, pueden incluirse, sin afectación de tipo alguno, en el Código Civil. La unificación de los contratos y las obligaciones civiles y comerciales es una realidad y una evidencia incontrastable. Abundan los casos sobre la materia y, solo como ejemplo, citamos los del Código Suizo de 1900, los del Código Italiano de 1942 y los del Código Holandés de 1998. En el Perú, el artículo 2112 del Código Civil de 1984 expresa: «Los contratos de compra – venta, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio». Si contratos tan centrales o fundamentales de la vida mercantil se rigen por el Código Civil, por qué no agregarle los no poco frecuentes en la vida civil, de Prenda Mercantil, Comisión Mercantil y Cuenta Corriente Mercantil.

⁴ Cuando la Comisión de Reforma del Código de Comercio, que el autor de este artículo integró, designado por la Asamblea General de Rectores, ANR, en representación de las Facultades de Derecho del país, presentó sus recomendaciones, alcanzó al Supremo Gobierno sendos proyectos de Leyes de contrato de Transporte y contrato de Seguros. Se sugirió que estos proyectos se dicten con el carácter de leyes especiales.

⁵ También se elevó al Supremo Gobierno un proyecto de Ley de Navegación Marítima, que sustituiría al libro III del Código de Comercio.

migos. Si se hubiere recibido el flete por adelantado, se devolverá, a no mediar pacto en contrario.

Artículo 701. A petición del fletador podrá rescindirse el contrato de fletamento:

4.º Si salido el buque a la mar, arribare al puerto de salida, por riesgo de piratas, enemigos o tiempo contrario, y los cargadores convinieren en su descarga.

Finalmente, quede constancia de que, en relación con el libro cuarto, «De la Cesación de Pagos y de las Quiebras», este fue derogado, primero, por la ya antigua ley 7566, Ley Procesal de Quiebras, promulgada en 1932 y, luego, por la ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial (de 1992) y el decreto legislativo 845 de Reestructuración Patrimonial (de 1996), para finalmente ser superado por la reciente ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, dictada en octubre del 2002.

El presente artículo se inscribe en el ámbito del Derecho Societario que, antaño, fue tratado como contrato especial de Comercio, en el libro II. Explica que, tanto la Ley de Sociedades Mercantiles 16123, de 1966,⁶ como la Ley General de Sociedades, decreto legislativo 311, de 1985,⁷ regularon la responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas, bajo el esquema de que ella *prescribía* a los dos años a contar desde la comisión del acto o la adopción del acuerdo que causa daño a la sociedad, a sus accionistas o a terceros. Este instituto, el de la «prescripción», ha sido sustituido, en la Nueva Ley General de Sociedades 26887, vigente desde el primero de enero de 1998, por el de «caducidad», que tiene otro concepto porque, mientras el primero «mata la acción mas no el derecho» y contiene causales de suspensión del término, si es que, por ejemplo, se interpone la pretensión antes del vencimiento de su plazo; el segundo, también denominado «prescripción extintiva», es absolutamente fatal. Transcurrido el plazo, se acabó no solo la acción sino también el derecho. No hay forma de paralizar el decurso del tiempo y, así, perder la pretensión y el derecho a demandar la responsabilidad por daños.

⁶ Artículo 175 de la ley 16123: «La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto».

⁷ Artículo 175 del decreto legislativo 311 (TUO, DS 003-85-JUS): «La responsabilidad civil de los directores prescribe a los dos años de la comisión del acto».

En puridad de derecho, el legislador, para el propósito referido, debió utilizar la denominada *prescripción extintiva* que tiene un núcleo procesal y, en tal calidad, fija un plazo para el precimiento de la pretensión procesal, antes que la *caducidad* que está ligada al derecho material. Además, fija un plazo de extinción mientras no sea ejercido por el titular; es necesario, solamente, que se manifieste y pueda ser probado.

La ley establece, asimismo, que los directores deben desempeñar el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.⁸ La legislación y la doctrina española aluden a la diligencia de «un ordenado empresario». En la Comisión Redactora del citado proyecto, se debatió si era preferible mantener el término «ordenado comerciante» o si se debía traer una nueva expresión, la del «ordenado empresario». Nos mantuvimos por lo tradicional. La jurisprudencia y la doctrina de nuestro país había tenido pronunciamientos numerosos y uniformes sobre el particular. Por otro lado, el artículo 177 de la ley 26887 expresa que:

Ley 26887, artículo 177. Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

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

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

Finalmente, los artículos 49 y 184 de la ley 26887 refieren:

Artículo 49. Caducidad: Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con

⁸ Artículo 171 de la NLGS 26887: «Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aún después de cesar en sus funciones».

derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión».

Artículo 184. Caducidad de la responsabilidad: La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal».

Este es el tema. Demostrar que el cambio de la prescripción por la caducidad ha resultado inconveniente, pues en no pocas ocasiones deja impunes actos corruptos, dolosos, desleales, o desarrollados o llevados a cabo, en evidente abuso de sus facultades o negligencia grave. Ahora bien, importa saber si el cambio del instituto de la caducidad por el de prescripción que se propone debe aplicarse a la responsabilidad de los directores de todas las sociedades anónimas (S.A.A.), a las medianas (S.A.), y/o solamente a las pequeñas (S.A.C.) y, en todo caso, a las sociedades anónimas del Estado o a las privadas.

1.1. **Ámbito general**

En cuanto a la responsabilidad civil de los directores de las Sociedades Anónimas, la anterior ley indicaba que ella *prescribía* a los dos años de la comisión del acto; la Nueva Ley dispone que ella *caduca* a los dos años. Entonces, si en ocasión anterior se conocía de un acto desleal, corrupto o gravemente negligente de directores de una Sociedad Anónima, se les cesaba en el cargo y se les demandaba por responsabilidad y, siempre que la demanda se les hubiera notificado con el *admisorio* dentro de los dos años de la comisión del acto, ella continuaba su trámite; y si el proceso tenía una duración de cuatro o cinco años, hasta llegar a la Corte Suprema, no había problema, porque la interposición de la demanda interrumpía aquel término *prescriptorio*.

La comunidad empresarial tomaba noticia de la existencia de la demanda de responsabilidad por daños, que era como una voz de alerta y que, además, constituía el primer acto de equidad para la sociedad anónima, los accionistas y los acreedores agraviados: «si nos has ocasionado un daño, por lo menos y en primer lugar, les hago saber a los demás de la existencia de esta demanda de daños y perjuicios por haber sido desleal, corrupto o gravemente negligente con nuestra empresa y con nosotros». Si el director removido del cargo se

sentía exento de toda responsabilidad, era él mismo el primer interesado en apurar el proceso, para mantener intachable su integridad, su honor y buen nombre; y en informar, a los profesionales del gremio al que pertenece y a los ejecutivos de su entorno, de la sentencia exculpatoria y, eventualmente, hasta de la demanda o reconvencción planteada por él, por el daño moral y el daño emergente a él irrogados. En ocasiones, se producían *transacciones* entre las partes, o el proceso se archivaba por abandono o, por último, por falta de interés. En otras, por supuesto, había pronunciamientos judiciales de responsabilidad.

Pero ahora, lo primero que hace el director que se desempeña con dolo, abuso de facultades o negligencia grave es hacer correr el calendario desde la fecha de la adopción del acuerdo, comisión u omisión del acto, para no ser demandado dentro de los dos años. De este modo, se ve favorecido con la caducidad al salir formalmente intocado. En todo caso, si la interposición de la demanda se realiza dentro del término de la referida caducidad, puede buscar a un abogado para que demore el trámite judicial, de modo tal que, transcurridos los dos años desde las precitadas situaciones, alerte al juez del tiempo transcurrido e invoque dicha caducidad, para que el magistrado disponga, de inmediato y sin más trámite, el archivo de los actuados. Como se sabe, además, la caducidad no requiere ser invocada por la parte; una vez advertida por el juez, este debe disponer lo que corresponde de oficio.

1.2. **Ámbito especial: las sociedades anónimas en el Perú**

1.2.1. *Sociedades anónimas abiertas, S.A.A.*

Cotizan sus acciones en la Bolsa de Valores. Ellas están estrechamente controladas por la CONASEV y cuentan, por mandato de la ley, con auditoría externa permanente, la que es asignada a importantes instituciones del ramo que, además, son escogidas entre las que se hallan inscritas en el Registro Único de Sociedades de Auditoría, RUNSA. Los principios de transparencia, información de hechos de importancia, uso de información privilegiada, presunción de consentimiento del cónyuge e irreivindicabilidad en la compraventa de acciones, bonos y otros valores negociables, entre otros, que informan al Derecho del Mercado de Valores, tornan muy improbable hallar pruebas de corrupción o deslealtad, dolo, abuso de facultades o negligencia grave en la conducta de los directores de estas sociedades y, por ende, no hay nada que modificar, corregir o enmendar acá. Por su-

puesto, en Estados Unidos se dieron los conocidos casos de Enron y World Com y sus auditores coludidos. Entre ellos, Arthur Anderson, que se dice y se conoce, produjo una catástrofe, porque las acciones de esta sociedad, que estaban en 80 dólares cada una, bajaron, de un día para otro, a US \$ 0.67 cada una. En todo caso, conscientes de ellos, insistimos, no tenemos nada que hacer por acá, por ahora.

1.2.2. Sociedades anónimas medianas y pequeñas, S.A. y S.A.C.

Los mismos propietarios (accionistas) son miembros del directorio (además de presidentes de directorio y gerentes generales); ellos mismos, por ende, no se autodenunciarían o autodemandarían por delitos o daños y perjuicios, respectivamente, por su propio dolo, abuso de facultades, falta de diligencia (negligencia grave) y representación desleal ante su propia empresa, en beneficio del particularísimo interés de su bolsillo. Acá también, entonces, es improbable hallar pruebas de corrupción, deslealtad, dolo, negligencia grave o abuso de facultades en la conducta de los directores de estas sociedades. Por lo tanto, no hay nada que modificar, cambiar o sugerir.

1.2.3. Empresas del Estado: entidades del FONAFE

Caso Sedapal, Sima Perú, Corpac, Enapu, Petroperú, y otras en proceso de privatización o no, a cuyos directores sí les alcanza las disposiciones de la Ley General de Sociedades y la caducidad de su responsabilidad en el lapso de dos años. Estas serían las únicas entidades a las que se dirigiría nuestro estudio. Respecto de ellas, sí resultaría conveniente cambiar la caducidad de la responsabilidad de los directores por la prescripción, para evitar la impunidad de los actos realizados con negligencia grave, los dolosos y los desleales y, con mayor razón, tratándose de empresas del Estado en las cuales está de por medio el patrimonio público.

La ley que se sugiere debe abarcar entonces, solamente, a las sociedades anónimas cuyo patrimonio total o parcial es del Estado. Pueden ser sociedades anónimas cuyo capital social sea íntegramente del Estado como sociedades anónimas con capital social mixto, del Estado y de particulares, como fue el caso, hasta hace poco, de Electroperú. La norma de carácter excepcional debiera precisar que «La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas de propiedad total o parcial del Estado prescribe, a los dos años de la comisión del

acto o de la fecha del acuerdo que produce daño a la sociedad, entendiéndose, la empresa, al accionista único, el Estado, o en su caso, también al sector privado concurrente y, finalmente, a los terceros».

Constituyen instrumentos de especial importancia la Ley del Sistema Nacional de Control 26162 y las Normas de Auditoría Gubernamental, NAGU, en particular y, por su orden, la resolución 162-95 CG del 22 de septiembre de 1995, con la cual se procuró uniformizar el trabajo de la auditoría gubernamental y obtener resultados de calidad, siendo dichas normas de cumplimiento obligatorio para el personal de la Contraloría General de la República, para los Órganos de Auditoría Interna de las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control, así como para el personal de las Sociedades de Auditoría Independientes, cuando son designadas o contratadas para efectuar auditorías gubernamentales; y, por otro lado, sus modificatorias, las resoluciones de contraloría, la resolución 112-97CG del 20 de junio de 1997 —que sustituye la NAGU 3.60— y la resolución 141-99 CG del 25 de noviembre de 1999, que sustituye las NAGU 1.60, 2.20, 2.30, 2.40, 3.10, 3.20, 3.40, 3.50, 3.60, 4.40. y 4.40, incorpora la NAGU 4.60, y aprueba las directivas 012-99 CG (que contiene el «Instructivo para la comunicación de *hallazgos de auditoría*») y 013-99 (que contiene los «Procedimientos para la evaluación de indicios de responsabilidad penal y civil resultante de la Ejecución de la Auditoría Gubernamental»).

A continuación, se transcriben los aspectos saltantes de la Resolución de Contraloría 259-2000 CG del 07 de diciembre de 2000, que modifica Normas de Auditoría Gubernamental, NAGU, y deja sin efecto directivas sobre comunicación de hallazgos y evaluación de indicios de responsabilidad penal y civil (Anexo 2):

3.10. EVALUACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL CONTROL INTERNO

Se debe efectuar una apropiada evaluación de la estructura del control interno de la entidad a examinar, a efectos de formarse una opinión sobre la efectividad de los controles internos implementados y determinar el riesgo de control, así como identificar las áreas críticas; e informar al titular de la entidad de las debilidades detectadas recomendando las medidas que correspondan para el mejoramiento de las actividades institucionales.

El Control Interno es un proceso continuo establecido por los funcionarios de la entidad y demás personal en razón a sus atribuciones y competencias funcionales, que permite administrar las operaciones y promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas para el logro de los resultados deseados en función de objetivos como: promover la efectividad, eficiencia, economía en las operaciones; proteger y conservar los recursos públicos; cumplir las leyes, reglamentos y otras normas aplicables; y elaborar información confiable y oportuna que propicie una adecuada toma de decisiones. Un apropiado sistema de control interno, también permite detectar posibles deficiencias y aquellos aspectos relacionados con la existencia de actos ilícitos, a fin de adoptar las acciones pertinentes en forma oportuna.

La Estructura de Control Interno está conformada por cinco componentes interrelacionados:

- i. Ambiente de Control
- ii. Evaluación del Riesgo
- iii. Actividades de Control Gerencial
- iv. Sistema de Información y Comunicación
- v. Actividades de Monitoreo

La evaluación de la estructura de control interno debe realizarse de acuerdo al tipo de auditoría que se ejecuta, sea financiera, de gestión o se trate de exámenes especiales.

La evaluación de la estructura de control interno comprende dos etapas:

1. Obtención de información relacionada con el diseño e implementación de los controles sujetos a evaluación.
2. Comprobación de que los controles identificados funcionan efectivamente y logran sus objetivos.

Al término de esta evaluación la Comisión Auditora emitirá el documento denominado Memorándum de Control Interno, en el cual se consignarán las debilidades detectadas, así como las correspondientes recomendaciones tendentes a su superación. Dicho documento será remitido al titular de la entidad para su implementación, con copia al Órgano de Auditoría Interna, si fuere el caso.

Volviendo al tema y concluyendo, ¿por qué debería cambiarse la institución de la caducidad por la institución de la prescripción

extintiva, en lo que se refiere al plazo de la responsabilidad de los directores en el marco de la Ley General de Sociedades y para las sociedades anónimas del Estado? La respuesta es obvia, no resulta conveniente ni razonable coludirse y apoyar la inmoralidad, la deslealtad, la corrupción, la *coima*, el dolo, la grave negligencia, el abuso de facultades o el incumplimiento de las obligaciones de ley. Todo ello se logra, y se viene logrando, con normas jurídicas como «caducidad 2 años».

Es imposible, en este lapso tan breve, no solamente identificar los hechos, encuadrarlos en las causales de responsabilidad y tener las evidencias del caso —que, en ocasiones, precisa de auditorías e investigaciones especiales— sino, además, plantear la demanda, tramitarla y obtener resultados satisfactorios, es decir, sentencia ejecutoriada, antes del vencimiento del término de la caducidad, que es de apenas de dos años.

2. Las normas específicas y los procesos

Son 19 los artículos que aluden en forma directa a la caducidad en la Nueva Ley General de Sociedades 26887 y que habría que revisar a conciencia para establecer si es conveniente volver a la prescripción en algunos de esos casos. Ellos son:

- a. Artículo 10. Reserva de Preferencia Registral: caducidad (Conocimiento)

Cualquiera que participe en la constitución de una sociedad, o la sociedad cuando modifique su pacto social o estatuto para cambiar su denominación, completa o abreviada, o su razón social, tiene derecho a protegerlos con reserva de preferencia registral por un plazo de treinta días, vencido el cual ésta caduca de pleno derecho.

No se puede adoptar una razón social o una denominación, completa o abreviada, igual o semejante a aquella que esté gozando del derecho de reserva de preferencia registral.

- b. Artículo 35. Pretensión de Nulidad del Pacto Social: caducidad (Abreviado)

La demanda de nulidad del pacto social, se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro.

- c. **Artículo 38. Nulidad de Acuerdos Societarios: caducidad (Abreviado)**
Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.
Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.
La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.
- d. **Artículo 49. Caducidad (Conocimiento)**
Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión.
- e. **Artículo 73. Caducidad de la Responsabilidad de los Fundadores (Conocimiento)**
La responsabilidad de los fundadores caduca a los dos años contados a partir de la fecha de inscripción de la sociedad en el Registro, de la denegatoria definitiva de ella o del aviso en que comunican a los suscriptores la extinción del proceso de constitución de la sociedad.
- f. **Artículo 81. Responsabilidad por Pago de Dividendos Pasivos: caducidad (Conocimiento)**
El cesionario de la acción no pagada íntegramente responde solidariamente frente a la sociedad con todos los cedentes que lo preceden por el pago de la parte no pagada. La responsabilidad de cada cedente caduca a los tres años, contados desde la fecha de la respectiva transferencia.
- g. **Artículo 142°. Caducidad de la Impugnación (Abreviado/Sumarísimo)**
La impugnación a que se refiere el artículo 139 caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

- h. Artículo 150. Acción de Nulidad, Legitimación, Proceso y Caducidad (Conocimiento)
Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.
Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.
La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.
- i. Artículo 184. Caducidad de la Responsabilidad Civil de Directores de una S.A. (Conocimiento)
La responsabilidad civil de los directores caduca a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la de realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal.
- j. Artículo 197. Caducidad de la Responsabilidad Civil de Gerentes de una S.A. (Conocimiento)
La responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad penal.
- k. Artículo 219. Derecho de Oposición por Reducción de Capital: caducidad (Sumarísimo)
El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.
El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el artículo 217. Es válida la oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición.
La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la reducción del capital podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de su crédito, intereses, comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.

- l. Artículo 232. Caducidad del Cobro de Dividendos (Conocimiento)
El derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo. Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal.
- m. Artículo 289. Caducidad de la Responsabilidad de Gerentes de una SRL (Conocimiento)
La responsabilidad civil del gerente caduca a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad y reparación penal que se ordenara, si fuera el caso.
- n. Artículo 329. Reembolso de obligaciones e intereses. Incumplimiento, Caducidad (Conocimiento)
La sociedad emisora debe satisfacer el importe de las obligaciones en los plazos convenidos, con las primas y ventajas que se hubiesen estipulado en la escritura pública de emisión.
Asimismo, está obligada a celebrar los sorteos periódicos, dentro de los plazos y en la forma prevista en la escritura pública de emisión, con intervención del Representante de los Obligacionistas y en presencia de notario, quien extenderá el acta correspondiente.
El incumplimiento de estas obligaciones determina la caducidad del plazo de la emisión y autoriza a los obligacionistas a reclamar el reembolso de las obligaciones y de los intereses correspondientes.
- o. Artículo 343. Pretensión de Nulidad de la Transformación (Abreviado)
La pretensión judicial de nulidad contra una transformación inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de la sociedad que se transforma. La pretensión debe dirigirse contra la sociedad transformada.
La pretensión se deberá tramitar en el proceso abreviado.
El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de transformación.
- p. Artículo 365. Pretensión de Nulidad de la Fusión (Abreviado)
La pretensión judicial de nulidad contra una fusión inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de las juntas generales o asambleas de socios de las sociedades que participaron en la fusión. La pretensión debe dirigirse contra la sociedad absorbente o contra la sociedad incorporante, según sea el caso. La pretensión se deberá tramitar en el proceso abreviado.
El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una fusión

caduca a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de fusión.

- q. Artículo 390. Pretensión de Nulidad de la Escisión (Abreviado)
La pretensión judicial de nulidad contra una escisión inscrita en el Registro se rige por lo dispuesto para la fusión en los artículos 366 y 365.
- r. Artículo 415. Término de las funciones de los Liquidadores. Caducidad de su Responsabilidad (Conocimiento)
La función de los liquidadores termina:
- Por haberse realizado la liquidación;
- Por remoción acordada por la junta general o por renuncia.
- Para que la remoción o la renuncia surta efectos, conjuntamente con ella debe designarse nuevos liquidadores; y,
- Por resolución judicial emitida a solicitud de socios que, mediando justa causa, representen por lo menos la quinta parte del capital social. La solicitud se sustanciará conforme al trámite del proceso sumarísimo.
La responsabilidad de los liquidadores caduca a los dos años desde la terminación del cargo o desde el día en que se inscribe la extinción de la sociedad en el Registro.
- s. Artículo 422. Responsabilidad frente a Acreedores impagos de Sociedad Extinguida: Caducidad (Conocimiento)
Después de la extinción de la sociedad colectiva, los acreedores de ésta que no hayan sido pagados pueden hacer valer sus créditos frente a los socios.
Sin perjuicio del derecho frente a los socios colectivos previsto en el párrafo anterior, los acreedores de la sociedad anónima y los de la sociedad en comandita simple y en comandita por acciones, que no hayan sido pagados no obstante la liquidación de dichas sociedades, podrán hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas, hasta por el monto de la suma recibida por éstos como consecuencia de la liquidación.
Los acreedores pueden hacer valer sus créditos frente a los liquidadores después de la extinción de la sociedad si la falta de pago se ha debido a culpa de éstos. Las acciones se tramitarán por el proceso de conocimiento.
Las pretensiones de los acreedores a que se refiere el presente artículo caducan a los dos años de la inscripción de la extinción.

En resumen: 2 son procesos sumarísimos; 6 son abreviados; y 12 son de conocimiento. 20 procesos en 19 artículos, porque el artículo 142 posibilita, en paralelo, el abreviado y el sumarísimo, pues regula dos situaciones distintas.

Los *sumarísimos* son solo para el caso de impugnación de un acuerdo de junta de accionistas, por falta de quórum o defecto de convocatoria; y para la oposición ante un acuerdo de reducción de capital y, aun así, en Lima, pueden demorar, definitivamente, más de un año. Los abreviados que son para cosas más importantes sí demoran, en Lima, más de dos años. Los de conocimiento, que son para asuntos verdaderamente muy delicados y difíciles, como los de responsabilidad civil de los directores, fácilmente, en Lima, tardan o demoran de cuatro a seis años, en promedio.

La relación de los 19 artículos sobre la caducidad que preceden es meramente referencial y podrían posibilitar, mas bien, otros estudios y análisis acerca de la conveniencia de su modificación. La propuesta del presente trabajo, como se ha expuesto antes, se limita a incluir un segundo párrafo en el artículo 184 de la Ley General de Sociedades, que diga: «La responsabilidad civil de los directores de las sociedades anónimas de propiedad exclusiva del Estado o mixta concurriendo con capital privado prescribe a los dos años de la fecha de adopción del acuerdo o de la realización del acto que originó el daño, sin perjuicio de la responsabilidad penal».

El doctor Enrique Elías Laroza,⁹ citando al doctor Enrique Normand Sparks afirma que este dijo, en el Congreso Nacional:

Todos los plazos de la ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción. El derecho societario es un derecho rápido, dinámico, es un derecho que debe ser claro y muy bien delimitado. En consecuencia, no se condice con la prescripción, que tiene elementos como la suspensión, la interrupción y la necesidad de ser invocada. Contrapuesta a ella, la caducidad mata el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva.

No cabe la menor duda. En la Comisión Redactora, se debatió el tema y se aprobó por unanimidad la conveniencia del cambio del ins-

⁹ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Editorial Normas Legales, 1998, p. 104.

tituto de la prescripción por el de la caducidad. Todos estábamos de acuerdo. En la práctica, sin embargo, ocurre que, por lo menos en las sociedades anónimas del Estado que, obviamente, cuenta con patrimonio de un modo u otro aportado por todos los peruanos, es conveniente protegerlo en forma especial, de manera tal que la inmoralidad y la corrupción no tengan luz verde e impunidad. Las normas de la Ley General de Sociedades se aplican supletoriamente a las dictadas en la ley específica, de creación, organización y funciones del ente en referencia. El aparato estatal de la Contraloría General de la República, por más esfuerzos que realice, no tiene la capacidad para detectar, investigar, contrastar y cruzar información, tomar testimoniales, efectuar careos y otras pesquisas, con total respeto al debido proceso y resguardo del derecho de defensa ciudadana y, finalmente, arribar a conclusiones, en menos de dos años, incluyendo la labor judicial. Digámoslo claramente: es materialmente imposible.

Ricardo Beaumont Callirgos¹⁰ refiere que «El artículo 2949 del Código Civil italiano, en cuanto a la prescripción, expresa que: «Prescriben a los cinco años los derechos derivados de las relaciones societarias, si la sociedad está inscrita en el registro de las empresas. En el mismo término prescribe la acción de responsabilidad que corresponde a los acreedores sociales frente a los administradores en los casos establecidos en la ley»». Se trata, pues, de una situación distinta.

3. La Ley General de Sociedades (Ley 26887): aciertos

El proyecto de Ley General de Sociedades, que elaboró una comisión¹¹ presidida por el distinguido jurista doctor Enrique Normand Sparks y que, con pequeños ajustes, se convertiría en la ley 26887, tuvo numerosos aciertos, entre los cuales cabe destacar, en primer término, la redacción, a partir de la realidad jurídico empresarial del Perú y nutriéndose de la experiencia nacional, de su doctrina y jurisprudencia

¹⁰ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 3.ª edición. Gaceta Jurídica, 2002, p. 155.

¹¹ La Comisión creada por R.M. 424-94-JUS estuvo presidida por el doctor Enrique Normand Sparks (+) e integrada por los doctores Ricardo Beaumont Callirgos, Enrique Elías Laroza (+), Álvaro Llona Bernal, Alfredo Ferrero Diez Canseco, Oswaldo Hundskopf Exebio, Hernando Montoya Alberti, Francisco Moreira García Sayán, Alfonso Rubio Feijoo (+), Emil Ruppert Yáñez y Julio Salas Sánchez.

y, sin desdeñar, naturalmente, la muy importante doctrina y legislación extranjera, tanto europea como norteamericana. De nuestra región, tomó en cuenta la de Argentina, la chilena, la colombiana y la mexicana. No podíamos estar ajenos, sin duda, a la economía globalizada y al impacto de la tecnología del internet en el mundo empresarial de nuestros días, mundo con alto grado de competitividad y urgido de elevados niveles de eficiencia.

En segundo lugar, entre los aspectos de detalle, podríamos enumerar los siguientes aciertos, que han sido corroborados por la experiencia de poco más de un lustro:

1. No haber suscrito, en la ley, una posición absolutamente definida que establezca si la sociedad tiene la naturaleza jurídica de un contrato o no y, en dicho caso, de qué tipo (tal vez sea de prestaciones plurilaterales autónomas u otras); asimismo, no haber definido si es un acto jurídico complejo o una institución; así como haber dejado el tema, como corresponde, a la doctrina y, además, no haber conceptualizado en referencia a un fin inexorablemente lucrativo.
2. Haber precisado que las forma de fundación de la sociedad anónima son dos: simultánea (en un solo acto) y sucesiva (por oferta a terceros, la que puede ser pública y privada), advirtiendo que las otras formas societarias (la colectiva, las en comanditas, la comercial de responsabilidad limitada y las civiles) solo pueden constituirse simultáneamente, en un solo acto.
3. Haber regulado los convenios entre socios, así como entre socios y terceros.
4. Haber regulado la responsabilidad por daños a la sociedad de los socios o administradores, según el caso, por acuerdos y celebración de actos *ultra vires*.¹²
5. Haber concedido el derecho, a toda persona cuyo nombramiento ha sido inscrito, a que el Registro inscriba su renuncia, mediante solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la sociedad.
6. Haber dispuesto que, cuando se aporten bienes o derechos de crédito, se inserte en la escritura un informe de valorización que incluya el criterio empleado para la valuación.

¹² Aquellos que extralimitan el objeto social, toda vez que la sociedad debe circunscribir sus actividades a aquellos negocios u operaciones cuya descripción detallada aparezca en su estatuto.

7. Haber previsto que, una vez inscrita la escritura pública de constitución en el Registro, pueda declararse la nulidad del pacto social por advertirse y comprobarse determinadas deficiencias que resulten jurídicamente insalvables.
8. Haber dado libertad, en cuanto al plazo, a los contratos preparatorios que celebren las sociedades, trátase del compromiso de contratar o del contrato de opción, los que encontraban plazos reducidos en los artículos 1416 y 1423 del Código Civil.¹³
9. Haber dispuesto que las copias certificadas a que se refiere esta ley puedan expedirse mediante fotocopias autenticadas por el Gerente de la sociedad o por el Notario, con la sola excepción de las que se cursen al Registro, las que necesariamente deben ser legalizadas por Notario.
10. Haber establecido que, para los títulos valores y otros documentos que emiten las sociedades, en lugar de firma autógrafa, puedan utilizarse medios mecánicos o electrónicos de seguridad.
11. Haber previsto que no procede acudir a la jurisdicción judicial cuando existe convenio arbitral obligatorio inserto en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten.
12. Haber precisado que no se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima y que, para que se constituya esta, es necesario que tenga su capital suscrito totalmente y, cada acción suscrita, pagada por lo menos en una cuarta parte.
13. Haber resumido los efectos de la mora por parte de un accionista: (i) no puede ejercer el derecho a voto; (ii) sus acciones no son computables para formar el *quórum* de la junta general; (iii) los dividendos que le corresponden por la parte pagada de sus acciones, así como los de sus acciones íntegramente pagadas, se aplican obligatoriamente por la sociedad a amortizar los dividendos pasivos, previo pago de los gastos e intereses moratorios; y (iv) cuando el dividendo se pague en especie o en acciones de propia emisión, la sociedad debe vender estas por el proceso de remate en ejecución forzada y a aplicar el producto de la venta al pago de los dividendos pasivos referidos.

¹³ La ley 27420 del 7 de febrero de 2001 lo modificó y estableció que el plazo del Compromiso de Contratar y el de Opción debía ser determinado o determinable. Solamente, si no se fijaba plazo, se reputaba que era por un año.

14. Haber prescrito que todas las acciones deban tener el mismo valor nominal, que su valor de colocación puede ser inferior a este, y haber regulado las denominadas «acciones en cartera».
15. Haber dispuesto que, en la matrícula de acciones, deben anotarse: (i) la creación de acciones; (ii) la emisión de acciones; (iii) las transferencias; (iv) los canjes; (v) los desdoblamientos; (vi) la constitución de derechos; (vii) la constitución de gravámenes; (viii) las limitaciones a la transferencia de acciones; y (ix) los convenios entre accionistas, así como entre accionistas con terceros.
16. Haber protegido el derecho de los accionistas en las juntas generales convocadas para tratar asuntos que requieren *quórum*s distintos, en tanto les permite dejar constancia de que sus acciones no deben ser computadas para tratar alguno o algunos de los asuntos que sean materia de convocatoria.
17. Haber regulado, para el Directorio, las denominadas *sesiones no presenciales*, a través de medios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo.
18. Destacando la importancia de las actas, en donde constan las decisiones y los acuerdos societarios, haber puntualizado las formalidades de su texto, quiénes están obligados a suscribirlas, la expedición de copias certificadas y otras, según aparece de sus artículos 135 y 170 de la Ley.
19. Haber permitido que la modificación del estatuto, por delegación de la junta general, pueda realizarse por el directorio y aun por la gerencia, en términos y circunstancias expresamente señaladas.
20. Haber posibilitado que el derecho de separación del accionista se otorgue también por cualquier otra causal prevista en el estatuto, con lo cual se afirma la autonomía privada o autonomía de la voluntad.
21. Haber dispuesto que todas las acciones de la sociedad, aun cuando no se encuentren totalmente pagadas, tienen el mismo derecho al dividendo, independientemente de la oportunidad en que hayan sido emitidas o pagadas, salvo disposición contraria del estatuto o acuerdo de la junta general.
22. Haber ordenado que es obligatoria la distribución de dividendos en dinero, hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuable de cada ejercicio, si así lo solicitan accionistas que representen, por lo menos, el 20% del total de las acciones suscritas con derecho a voto.

23. Haber concebido y estructurado a la *sociedad anónima cerrada*, como tipo o modalidad especial de la forma societaria denominada sociedad anónima, con derecho de adquisición preferente; consentimiento por la sociedad; adquisición preferente en caso de enajenación forzosa; caso de transmisión de acciones por sucesión hereditaria; convocatoria a junta general por esquelas, facsímil, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción; juntas de accionistas no presenciales; directorio facultativo; y, por último, estatuto con posibilidad de incluir causales de exclusión de accionistas.
24. Haber regulado en forma simple y sencilla las formas societarias denominadas: sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad en comandita por acciones, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad civil ordinaria y sociedad civil de responsabilidad limitada.
25. Haber regulado en forma amplia y satisfactoria los temas de reorganización societaria, tales como transformación, fusión, escisión y reorganización simple. Esta última es también materia del presente artículo, y a nuestro juicio precisa de pequeños y urgentes ajustes.
26. Haber dictado una normativa completa en lo tocante a sucursales, que incluye la sucursal en el Perú de una sociedad extranjera, su disolución y liquidación y, además, el efecto en la sucursal de la fusión y escisión de la sociedad principal, sea esta nacional o extranjera.
27. Haber legislado en forma cabal los temas de disolución, liquidación, extinción y sociedades irregulares.

4. La reorganización simple: aciertos y propuesta de ajuste

4.1. Antecedentes: fusión y escisión

Antes de abordar el tema propuesto, hagamos una pequeña síntesis de la fusión y la escisión. La fusión es aquella operación mediante la cual dos o más sociedades se reúnen a efectos de formar una sola; por lo tanto, confunden sus respectivos patrimonios e integran a sus socios. Implica la extinción de las sociedades participantes (incorporación) o la de todas menos una, la preexistente (absorción).

Se dice que es la unificación de dos o más sociedades que se extinguen sin previa disolución ni liquidación. Su patrimonio está formado por los patrimonios íntegros y por los socios de todas las sociedades participantes, de manera que la resultante se convierte en sucesora a título universal de las que se extinguen. Los socios o accionistas de las que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, «en su caso». La norma resalta que el beneficio derivado de la fusión se otorga a los socios de las sociedades que se extinguen, como consecuencia del acuerdo respectivo.

Las siguientes, constituyen sus principales características: (i) la unión de Sociedades; (ii) la transmisión de los patrimonios en bloque y a título universal de las personas jurídicas que se extinguen; (iii) la extinción de las sociedades incorporadas o absorbidas, con ausencia de liquidación; y (iv) la agrupación de los socios de las sociedades participantes en una única sociedad resultante de la fusión.

Nos preguntamos si la fusión supone acaso la creación de un ente social nuevo y distinto de las sociedades participantes. Veamos. Si se trata de fusión por incorporación, la respuesta es afirmativa. Se trata de una sociedad nueva, totalmente distinta de las que se extinguieron. En cambio, en el caso de la fusión por absorción, no nos encontramos frente a un organismo social nuevo. Se trata de un ente que ha modificado su estructura para dar lugar a una serie de relaciones nuevas surgidas de la transferencia patrimonial. Conste que la fusión, en tanto unión de sociedades, afecta a socios y a terceros acreedores. Se produce una transmisión de los patrimonios en bloque y a título universal de las personas jurídicas que se extinguen. El íntegro de los activos y pasivos pasa a formar parte del patrimonio de la sociedad incorporante o absorbente. La sociedad resultante se convierte en sucesora universal de las anteriores en todos sus derechos y obligaciones, situación similar a la ocurrida con la sucesión *mortis causa*, cuando se trata de personas naturales.

Conviene recordar que la liquidación de la sociedad, previa disolución, es el camino regular a la extinción. Sin embargo, en la fusión, se produce una simplificación del proceso de transferencia de bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio de las sociedades que se extinguen. Sobre el particular, se transcribe el artículo 123 del Reglamento del Registro de Sociedades:

Inscripciones de transferencia de los bienes y derechos que integran el patrimonio transferido. En mérito a la inscripción de la fusión, puede solicitarse la inscripción de la transferencia de los bienes y derechos que integran los patrimonios transferidos, a nombre de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, aunque aquellos no aparezcan en la escritura pública de fusión. Cuando los bienes y derechos se encuentren inscritos en oficinas registrales distintas a las oficinas en donde se inscribieron los actos relativos a la fusión, las inscripciones se harán en mérito a la copia literal de la partida registral o al instrumento público notarial que contiene la fusión, con la constancia de su inscripción.

Conste que no estamos en presencia de una verdadera fusión cuando la trasmisión se limita a la aportación de parte de su activo y la sociedad transferente recibe acciones en contraprestación. La fusión comprende la transmisión de la totalidad del patrimonio social. La agrupación de los accionistas o socios de las sociedades intervinientes en la sociedad resultante, característica vital y de suma importancia en la fusión. La finalidad de fusión no solo es la concentración de patrimonios, sino también la de relaciones sociales a través de otro ente, la sociedad resultante.

Los supuestos en los cuales los socios o accionistas de las sociedades extinguidas no reciben acciones o participaciones de la sociedad resultante son los siguientes:

- a. Cuando la sociedad absorbente es titular de todas las acciones o participaciones de la absorbida (artículo 363 LGS).
- b. Cuando la sociedad absorbente es titular de parte de las acciones o participaciones de la sociedad absorbida.
- c. Cuando el patrimonio neto de las sociedades que se extinguen es cero o negativo:
 - conveniencia: localización estratégica;
 - prestigio o *goodwill* ganado en el mercado;
 - posicionamiento de sus marcas; y
 - evitar que un competidor adquiriera dicha empresa.

Accionistas o socios de absorbente deberán transferir parte de las acciones o participaciones que poseen en ella a favor de accionistas o socios de sociedad extinguida, como en la fusión por incorporación, pero las sociedades escindidas deberán aportar para conformar el capital social.

- d. Cuando los accionistas o socios de la sociedad extinguida ejercen su derecho de separación.

En cuando al aumento o la formación de la cifra del capital social en la sociedad resultante, la LGS no ha contemplado ninguno de estos supuestos como excepciones al aumento de capital en la sociedad resultante, pero hay que reconocer que el artículo 347 inciso 4 lo deja entrever.

Es pertinente precisar, en este punto, que el artículo 119 del Reglamento del Registro de Sociedades precisa en sus incisos c y d lo siguiente:

Para la inscripción de la fusión, la escritura pública deberá contener, además de lo prescrito en el artículo 358 de la ley:

- c. En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, el monto en el que se aumenta el capital de la absorbente. Tratándose de fusión por constitución de una nueva sociedad, el porcentaje de participación y el número de acciones y participaciones sociales que se entregarán a los socios de la sociedad que se extingue;
- d. En caso que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la absorbente no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de fusión por constitución, se dejará constancia de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por fusión.

Adviértase el error: en ambos incisos se alude a *bloque patrimonial*. Debió decir *patrimonio neto*. Recordemos que, en la fusión, se trasmite el íntegro del patrimonio y, por tanto, o hay patrimonio neto positivo, o hay patrimonio neto negativo; en la escisión, en cambio, sí se transfieren bloques patrimoniales.

Cuando el patrimonio neto es positivo, no necesariamente debe aumentarse la cifra del capital social; puede acordarse el aumento del valor nominal de las acciones existentes.

Respecto de la escisión, podemos afirmar que ella constituye una alternativa jurídica para conseguir desconcentración y especialización de la empresa. Los fines que persigue la escisión podrían ser:

- La solución de conflictos internos entre diferente grupos de socios.
- La solución de crecimiento exagerado de unidades.
- La especialización de actividades.
- La descentralización de actividades en varias áreas geográficas.
- El saneamiento de la empresa que ejerce dos o más actividades, una de las cuales carece de viabilidad.

Por definición, la escisión es la división del patrimonio en dos o más partes, que tiene como fin traspasar en bloque una, varias o la totalidad de las partes, a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación. Los socios reciben acciones o participaciones de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s). Reconocemos distintas forma de escisión, a saber:

Escisión total o propia

- a. Por constitución
- b. Por absorción
- c. Mixta

Escisión parcial o impropia

- a. Por constitución
- b. Por absorción
- c. Mixta

Bloques patrimoniales que se segregan

- a. Un activo
- b. Un conjunto de activos
- c. Uno o más activos acompañados de uno o más pasivos.- Su valor determina el valor neto final del bloque.
- d. Un fondo empresarial.- España: «la parte del patrimonio que se divide o segregue debe formar una unidad económica; en nuestro país, no».

Agrupación de socios con motivo de la escisión

- a. Continuidad de relaciones sociales
- b. Ajuste del capital

c. Cifra del capital social en sociedades beneficiarias

Proyecto de Escisión

- a. Características del proyecto
- b. Contenido del proyecto

Acuerdo de escisión

- a. Órgano competente
- b. Convocatoria
- c. Requisitos para la adopción del acuerdo
- d. Contenido del acuerdo
- e. Publicación del acuerdo
- f. Escritura pública
- g. Balances

4.2. La reorganización simple propiamente dicha

La reorganización simple, también denominada «segregación patrimonial», es el acto mediante el cual una sociedad identifica una o más porciones de su patrimonio (bloques patrimoniales) y los transfiere a una o más sociedades, sean sociedades que ya existen o que se constituyen al efecto. La sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe, a cambio, acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del bloque, por lo que la primera sociedad se convierte en accionista o socia de la segunda o, en el caso de que ya lo fuera, incrementa su participación en el capital de la receptora.

Las semejanzas que tiene la reorganización simple con la escisión parcial son:

- Identifica uno o más bloques patrimoniales.
- Segrega uno o más bloques transfiriéndolos a una o más sociedades, sean sociedad existentes o constituidas para el efecto.
- La sociedad transferente del bloque no se extingue, y mantiene aun cierto patrimonio.

La diferencia fundamental es que, en la reorganización simple, el beneficiario de la transferencia del bloque, es decir, el receptor de las

acciones o participaciones representativas del capital es la propia sociedad transferente. En la escisión parcial, en cambio, los beneficiarios son los accionistas o socios de la sociedad transferente. En la reorganización simple se confirma o crea una relación directa de vinculación accionaria o de participación entre dos o más sociedades: una es accionista o socia de la otra; mientras que, en la escisión parcial, se confirma o crea una relación indirecta: dos o más sociedades tendrán en común algunos accionistas o socios.

4.3. Valores netos que puede adoptar el bloque patrimonial: positivo, negativo y neutro o cero

El aporte de empresa es perfectamente posible en España y, también, en nuestro país. Se transcribe a continuación el artículo 35 inciso f del Reglamento del Registro de Sociedades:

En los casos de constitución de sociedades, aumentos de capital o pagos de capital suscrito, la efectividad de la entrega de los aportes, se comprobará ante el Registro en las siguientes formas:

f. Tratándose del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios, de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, se adjuntará la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido. El bien materia del aporte deberá ser identificado con precisión que permita su individualización; además, si incluye bienes o derechos registrados, deben indicarse los datos referidos a su inscripción registral. Adicionalmente, se indicará el valor neto del conjunto o unidad económica objeto de la aportación. Son aplicables, según corresponda, las disposiciones de los incisos que preceden.

El Congreso de la República estuvo circulando el proyecto de ley 6746/2002-CR, con el que agrega los artículos 391-A y 392-A en la Ley General de Sociedades 26887 y que, en realidad, lo único que hace es conceder el derecho de separación a los socios y el de oposición a los acreedores en cualesquiera de los casos de reorganización simple y de otras formas de reorganización previstas en los artículos 391 y 392. El proyecto de ley que se hizo llegar a la Facultad de Derecho de la UNMSM tenía el siguiente texto:

Artículo 391-A. Derecho de Separación y Oposición

El acuerdo de reorganización simple, otorga a los socios o accionistas de las sociedades que se reorganizan el derecho de separación previsto en el artículo 200°.

El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la reorganización.

El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el cual se regula por lo dispuesto en el artículo 219.

Artículo 392-A. Derecho de Separación y Oposición

El acuerdo de reorganización, otorga a los socios o accionistas de las sociedades que se reorganizan el derecho de separación previsto en el artículo 200.

El ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la reorganización.

El acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el cual se regula por lo dispuesto en el artículo 219.

Dicho proyecto mereció el informe del autor del presente artículo en los términos siguientes:

La sección segunda del libro cuarto de la Ley General de Sociedades (en adelante «la Ley») hace referencia a la reorganización de sociedades, que incluye a la transformación (título primero), fusión (título segundo), escisión (título tercero) y a otras formas de reorganización (título cuarto). La actual Ley plantea innovaciones con referencia a la legislación anterior, ya que ahora permite el mecanismo de la reorganización no solo entre ellas, sino también con los otros tipos de personas jurídicas que regula el derecho común.

Sin embargo, a pesar de haber mejorado y modernizado toda la sección que se ocupa de la reorganización de sociedades, en lo referente al título cuarto de la Ley, su normatividad plantea algunas insuficiencias que se deben remediar y perfeccionar, con el fin de llevar adelante una correcta reorganización societaria.

Como se sabe, la reorganización simple de sociedades se encuentra definida en el artículo 391 de la Ley: es el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más

sociedades nuevas o existentes; y recibe a cambio y conserva en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

El artículo 392, en cambio, va más allá, pues regula a las otras formas de reorganización que la Ley reconoce como tales. Entre ellas menciona a las siguientes:

- a. Las escisiones múltiples, en las que intervienen dos o más sociedades escindidas.
- b. Las escisiones múltiples combinadas, en las cuales los bloques patrimoniales de las distintas sociedades escindidas son recibidos, en forma combinada, por diferentes sociedades beneficiarias y por las propias escindidas.
- c. Las escisiones combinadas con fusiones, entre las mismas sociedades participantes.
- d. Las escisiones y fusiones combinadas entre múltiples sociedades.
- e. Cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones o escisiones.

Luego de detallar claramente en qué consiste la reorganización simple, así como las otras formas de reorganización, la Ley no hace mayor hincapié en la necesidad del acuerdo de reorganización simple o de las otras formas de reorganización, ni en los requisitos que deba cumplir el proyecto de este tipo de actos, ni en los derechos que les corresponde a los socios y a los acreedores de estas sociedades que pretendan realizar dichos actos, como sí lo tiene claramente contemplado para los casos de transformación, fusión y escisión. La Ley solo se limita a señalar —además de los supuestos de reorganización de sociedades constituidas en el extranjero que deseen radicar en el Perú y de la reorganización de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero— en su artículo 393, que estos actos deben realizarse en una misma operación, sin perjuicio de los requisitos legales prescritos por la presente Ley para cada uno de los diferentes actos que las conforman y, por otro lado que, de cada uno de ellos, se deriven las consecuencias que les son pertinentes. Nos parece una expresión gruesa y, por lo mismo, imprecisa, que no guarda coherencia con la forma, ni con el modo, fino y cuidadoso, que se ha utilizado en todo el texto de la Ley.

Las tres consecuencias¹⁴ vendrían a ser:

¹⁴ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano: la ley general de sociedades del Perú*. Trujillo: Normas legales, 2000, p. 1048.

- a. Las operaciones múltiples o combinadas pueden efectuarse en una sola operación, es decir, sin necesidad de realizar actos diferentes ni interpretar que se trata de actos sucesivos.
- b. Cada una de las sociedades participantes debe cumplir con los requisitos legales prescritos para cada uno de los diferentes actos en los que participan.
- c. Cada sociedad participante asume las consecuencias que derivan para ella de la operación u operaciones en las que intervenga.

Entonces, debemos entender que, cuando la norma hace referencia a que las sociedades participantes deben cumplir con los requisitos legales prescritos por la presente ley, para cada uno de los diferentes actos que las conforman, significa que debe cumplirse con cada uno de los eventos que la Ley señala para los casos de otras formas de reorganización, léase, en los casos en que intervienen escisiones, fusiones y transformaciones múltiples. Esto quiere decir, en síntesis, lo siguiente:

- a. Realizar el acuerdo de fusión, escisión o transformación con los mismos requisitos que para la modificación del pacto social y estatuto.
- b. Redactar antes un proyecto de fusión, escisión o transformación, tal como lo manda la ley.
- c. Abstenerse de realizar actos significativos.
- d. Disponer las convocatorias a juntas generales de accionistas o asambleas con los requisitos que la ley y los estatutos de las sociedades o personas jurídicas intervinientes establezcan.
- e. Redactar, con arreglo a ley y estatutos, el acuerdo necesario y, previamente, haber puesto a disposición de los socios y asociados, el balance respectivo de fusión, escisión o transformación.
- f. Efectuar la publicación del aviso y formalizar tal determinación por escritura pública luego de vencido el plazo a contar desde la última publicación, y tramitar el parte para la inscripción de ley.

No obstante, el título IV, en ningún momento, cumple con señalar los derechos que les corresponde a quienes se encuentran directamente vinculados con el acuerdo que se tome respecto de estos actos; es decir, los accionistas o socios de la sociedad y los acreedores de ella, mediante el derecho de separación y el de oposición respectivamente. Y teniendo estas formas societarias el mismo objeto que la transfor-

mación, fusión o escisión, es necesario que ellos cuenten con las garantías mínimas indispensables para los participantes del acto de reorganización societaria. Es decir, que el socio sea capaz de separarse de la sociedad con el consiguiente reembolso del capital aportado frente al cambio en la estructura de la sociedad, por considerarlo no apropiado o conveniente, según su apreciación particular. Asimismo, para el acreedor, el derecho de oposición, «dado que en las fusiones, al igual que en las escisiones y por supuesto en las reorganizaciones simples y otras formas de reorganización, se presentan operaciones en las que los patrimonios sociales que intervienen se transmiten en bloque y a título universal, sin necesidad de notificación o acuerdo con los acreedores de las sociedades que se extinguen, ni tampoco de la sociedad absorbente, según sea el caso. El derecho de oposición juega un papel esencial».¹⁵

Finalmente, y con el propósito de no entorpecer la correlación numérica de toda la ley, consideramos propicia la fórmula de agregado sobre un Artículo 391-A y 392-B para incluir los derechos que correspondan a los socios y acreedores de la sociedad. Asimismo, debemos recalcar que, para el caso de transformación de sociedades, el derecho de oposición no ha sido recogido «máxime si se ha cambiado el esquema: ahora la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, subsiste, es decir, nos referimos al caso de Transformación que importe, suponga, signifique, un cambio de la responsabilidad ilimitada por responsabilidad limitada».¹⁶ Por eso, el inciso 5 del artículo 392, al señalar que se considera otra forma de reorganización a cualquier otra operación en que se combinen transformación, fusiones o escisiones, tendría que precisar que no procede la oposición para el primer supuesto.

5. Otras propuestas de ajuste normativo

5.1. Responsabilidad de los fundadores

Lo propuesto en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 71 debe retirarse de allí e incluirse como segunda parte del párrafo único

¹⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. «Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades». *Gaceta Jurídica*, 2002. Lima, p. 692.

¹⁶ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. «Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades». *Gaceta Jurídica*, 2002. Lima, 2002, p. 695.

del artículo 7. En efecto, no tiene por qué haber diferencia ni privilegio alguno para los fundadores de una sociedad anónima respecto de los de otras formas societarias. El texto «A falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del citado plazo, se presume que los actos y contratos celebrados por los fundadores han sido ratificados» debe sustituir, en las Reglas Generales Aplicables a Todas las Sociedades, artículo 7, al que dice: «Si se omite o retarda el cumplimiento de esos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros».

5.2. Condición del impugnante

La norma imperativa del artículo 144 debe convertirse en dispositiva; es decir, ella puede tener vigor solamente si así se hubiese previsto en el Estatuto; de otro modo, no le encuentro, ahora, razón suficiente. Es, prácticamente, negar y desconocer la institución del sucesor procesal. Del mismo modo, propondría retirar la expresión *voluntaria* porque, entonces, también la forzada o exigida por orden judicial o arbitral debería tener los mismos efectos. Mi propuesta es la siguiente: «El estatuto puede prever que el accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deba mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. En esta hipótesis, la transferencia parcial o total de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación».

5.3. Impedimento para ser director

Cuando se redactó el artículo 161, que trata acerca de quiénes no pueden ser directores de una sociedad anónima, se pretendió mejorar el texto de la ley anterior, que decía que no podían serlo quienes tenían algún pleito pendiente con la sociedad y, conociendo algunas ingratas experiencias de sociedades que habían demandado a personas, accionistas o no, que querían postular a ese cargo, por cualquier motivo y con el solo propósito de que al momento de la elección estuvieren incurso en el impedimento, se propuso: «Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes [...]», con lo cual y, en efecto, se cortaba lo expuesto, sin darnos cuenta de que, con este texto, se estaba impidiendo acceder a este cargo a quie-

nes, legítimamente, y con todo derecho, impugnan un acuerdo de junta general de accionistas por considerarlo que contraviene la ley o el estatuto. Es fundamental, entonces, hacer la corrección pertinente. El nuevo texto del inciso 5 del artículo 161 debería empezar así: «Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes por causas distintas a las expresamente autorizadas por esta ley, o estén sujetos a acción social de responsabilidad [...]».

Las sociedades irregulares y su regulación jurídica

Oswaldo Hundskopf Exebio

DURANTE LOS AÑOS 1966 y 1967, cuando estudiábamos en la Facultad de Letras de la Universidad Católica, un grupo importante de alumnos se sentía fuertemente influenciado por las corrientes y tendencias del pensamiento de esos años. Por lo tanto, la mayoría se preparaba para estudiar Sociología, que era, a la sazón, la carrera de moda. No fui ajeno a dicha tentación, pero, al final, opté por la carrera de Derecho.

Debemos reconocer que, en el primer año de Estudios de la Facultad de Derecho, no nos sentimos muy entusiasmados y dudábamos de si la decisión había sido o no la correcta, salvo, claro está, por las extraordinarias cátedras de Raúl Ferrero Rebagliati y Carlos Fernández Sessarego.

Sin duda alguna, en el segundo año, sí se consolidó verdaderamente nuestra vocación y la firme convicción de no habernos equivocado en la decisión. Con seguridad, una de las personas que contribuyó a ello fue Jorge Avendaño Valdez, quien no solamente era nuestro Decano de la Facultad de Derecho en el año 1969, sino que, además, fue un brillante catedrático de «Derechos Reales». En este curso, demostró un impresionante dominio en el tema y, sobre todo, una excepcional capacidad para transmitir conocimientos, despertar el interés y el entusiasmo por el Derecho Privado. Más adelante, ya en el goce pleno de los estudios de Derecho, tuvimos ocasión de ser alumnos, entre otros brillantes profesores, de Felipe Osterling Parodi,

Guillermo Gulman Checa, Enrique Elías Larosa, Héctor Cornejo Chávez, Humberto Medrano Cornejo y Jorge Ramírez Díaz.

Ya en el ejercicio profesional, en diversas oportunidades, hemos tenido la ocasión de participar en asuntos afines con Jorge Avendaño Valdez y de apreciar su labor como Decano del Colegio de Abogados y, últimamente, como congresista de la República y experto en Derecho Constitucional. Todo ello demuestra su versatilidad y lucidez de pensamiento.

Con el correr de los años, se acortan las generaciones, y profesores y alumnos se convierten en amigos. Eso es precisamente lo que sentimos en el caso de Jorge Avendaño. Por ello, es un inmenso honor que se nos haya considerado en la nómina de autores en su homenaje. A su persona y a todo lo que representa va dedicado este sencillo ensayo sobre sociedades irregulares y su regulación jurídica, un tema que se enmarca dentro de nuestra especialidad.

1. Introducción al tema

El Estado impone ciertos requisitos legales para el desarrollo de actividades económicas a través de sociedades. Estos se sustentan, básicamente, en la protección y seguridad jurídica de la inversión privada, mediante el reconocimiento de determinados efectos y consecuencias jurídicas enmarcadas en la gestión y conducción colectiva de sociedades formalmente constituidas.

Sin embargo, bajo el sistema empresarial peruano, se desarrollan, simultáneamente, diversas actividades económicas. Estas, en la práctica, son realizadas por «sociedades» que no han llevado a cabo ningún proceso de fundación, que no han finalizado dentro del plazo legal las formalidades para su constitución simultánea o por oferta a terceros, o que, habiéndose constituido según las reglas del Derecho Societario, han devenido en irregulares como consecuencia de vicios originados por su transformación o por encontrarse incursas en causales de ley que imponen su disolución. En la práctica, esto no es obstáculo para su funcionamiento.

Sea cual fuere el caso, en aquellas situaciones, se generan negocios jurídicos que, si bien parten de sociedades irregulares o nulas, según la postura adoptada, generan consecuencias económicas que involucran a un gran número de terceros. Por lo tanto, no deben desconocerse ni dejar de regularse en nuestro sistema legal con la finalidad de supervisar dicha realidad económica.

Del mismo modo, no puede aceptarse, desde un punto de vista práctico, que la inexistencia de la sociedad por la inobservancia de la forma determine la nulidad de todos los contratos celebrados por ella. Ello originaría perjuicios a terceros que no tienen responsabilidad por las omisiones formales en las que hubieren incurrido sus fundadores, gestores o administradores sociales.

Por ello, consideramos que la actual legislación societaria procura, por diversos medios, la regularización de las sociedades irregulares. En muchos casos, las priva de las garantías que se conceden a las sociedades regularmente constituidas con la finalidad de incentivar su formalización.

La constitución, realización de actividades y disolución de la sociedad producen un conjunto de relaciones jurídicas que el Derecho regula en forma sistemática para dar eficacia y asegurar tanto a dicha institución como a quienes se vinculan jurídicamente con ella. Por estas razones, se ha considerado conveniente la imposición de reglas, condiciones y requisitos específicos, por ser cumplidos para la constitución de sociedades, con el propósito de que esta adquiera todos los atributos que la ley le otorga para el normal desarrollo de sus actividades.

Ahora bien, se debe hacer una precisión para diferenciar a las sociedades irregulares de aquellas sociedades en formación. Así pues, en las sociedades en formación, como su propio nombre lo indica, los administradores y socios vienen cumpliendo las diversas etapas fundacionales para su formalización e inscripción dentro de los términos legales correspondientes. Inclusive, el Derecho Societario es permisivo y admite la realización de ciertos contratos y actos que, posteriormente, serán reputados a la futura persona jurídica. En cambio, en las sociedades irregulares, se advierte que, por disposiciones legales expresas o por la voluntad de sus socios, estas no pueden actuar como personas jurídicas individuales. Por lo tanto, a pesar de que sus integrantes desarrollan actividades de forma colectiva, no llegan a conformar sujetos de derechos y obligaciones.

Si bien la anterior Ley General de Sociedades (LGS), aprobada por decreto ley 311, ya derogado, regulaba a las sociedades irregulares — es de notar que existe gran similitud en la mayor parte de sus normas —, debe advertirse que en la nueva Ley General de Sociedades 26887, vigente desde el 1 de enero de 1998, se han introducido importantes innovaciones con la finalidad de brindar la máxima protección a los acreedores o terceros de una sociedad irregular, además de soluciones a los empresarios para que subsanen los distintos vicios.

A continuación, se analizarán las disposiciones establecidas por el Régimen Societario peruano para las sociedades irregulares, algunos pronunciamientos judiciales y del Tribunal Registral aplicables al tema objeto de estudio, y las previsiones normativas establecidas en el Derecho Comparado. Finalmente, se esbozarán algunas consideraciones específicas, a manera de conclusiones.

2. Las sociedades irregulares en el régimen societario peruano

2.1. Aspectos preliminares

La anterior Ley General de Sociedades —aprobada por decreto supremo 003-85-JUS— se ocupaba de este tema en el Título Único de la Sección Quinta del Libro Tercero entre los artículos 385 y 397. Si bien a la fecha existe similitud en muchas de sus normas, se han introducido, en la nueva ley, importantes innovaciones que se detallan a continuación.

El artículo 423 hace una importante distinción cuando señala las causales de irregularidad. Podría decirse que introduce por, primera vez, dos diferentes sociedades irregulares. Las primeras, a las que podríamos llamar sociedades irregulares de hecho, serían aquellas que no se han constituido e inscrito conforme con la ley, o a la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta de sociedad sin haberla constituido e inscrito. Las segundas, las sociedades irregulares de derecho, han celebrado, al menos, el pacto social, como se verá más adelante. La ley, en su artículo 423, considera como sociedades irregulares a las siguientes sociedades.

- a. Son irregulares las sociedades que no se han constituido e inscrito conforme con los procedimientos establecidos por ley.
- b. Son irregulares aquellas que resulten de situaciones de hecho derivadas del simple acuerdo de voluntades, por lo cual dos o más personas actúan de manera manifiesta como si fueran miembros de una sociedad sin que esta haya pasado por un proceso de constitución e inscripción.
- c. Son irregulares las que no hayan concluido su proceso de constitución, legalmente iniciado, pero que, por estar incursas en los supuestos de los incisos 1, 2, 3 y 4, han adquirido la condición de sociedades irregulares. Estos supuestos son los siguientes:

- Cuando transcurren 60 días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución.
 - Si han transcurrido 30 días desde que la Asamblea designó al o a los firmantes para otorgar la escritura pública, sin que estos hayan solicitado su otorgamiento (este supuesto se puede presentar únicamente en el proceso de constitución por oferta a terceros regulado en el artículo 56 y siguientes de la ley, ya que el artículo 66 dispone que, dentro de este plazo, la persona o personas designadas para otorgar la escritura pública deben hacerlo con sujeción a los acuerdos adoptados por la Asamblea).
 - Cuando transcurren más de 30 días desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro, plazo que coincide con el artículo 16 de la ley.
 - Cuando transcurren 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro.
- d. Son consideradas irregulares las sociedades que, una vez adquirida la personalidad jurídica, han atravesado por un proceso de transformación defectuoso sin observar las disposiciones de ley.
- e. Son irregulares las sociedades que continúen en actividad a pesar de haber incurrido en causal de disolución. Entre estas causales se pueden mencionar el vencimiento del plazo de duración; la conclusión de su objeto o la no realización de este por un periodo prolongado de tiempo, así como la imposibilidad manifiesta de realizarlo; la continua inactividad de la junta general; pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad a menos de la tercera parte del capital pagado; o por cualquier otra causa establecida en la ley o prevista en el pacto social, estatuto o en convenio entre socios registrado ante la sociedad como causal de disolución.

Por otro lado, cabe señalar que la actual legislación ha regulado de forma sistemática el régimen legal de las sociedades irregulares. Para ello, se ha cambiado el orden de los temas referidos a las sociedades irregulares. En ese sentido, antes de normar la forma en la que se regularizan o disuelven las sociedades irregulares, en el artículo 424, se puntualizan los efectos que se derivan de la irregularidad y, en el artículo 425, la obligación de los socios de aportar.

En efecto, a través del artículo 424, que se analizará posteriormente, se precisa que los administradores, representantes y, en general, quie-

nes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos, y por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.

Ahora bien, para las sociedades irregulares de origen, la responsabilidad recae en los socios. En el artículo 424, que regula dicha situación, se precisa que las responsabilidades establecidas, comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Inclusive, los afectados pueden plantear simultáneamente sus pretensiones por la vía del proceso abreviado.

En cuanto a las obligaciones de aportar a las que se refiere el artículo 425, se precisa que los socios están obligados a efectuar los aportes y las prestaciones a las que se hubieren comprometido en el pacto social o en acto posterior. También están obligados a responder por todo lo que sea necesario para cumplir el objeto social o, en caso de liquidación de sociedad irregular, a cumplir obligaciones contraídas con terceros. La ley anterior, en su artículo 388, no se refería a estas últimas obligaciones y consideraba como fuente de las obligaciones únicamente al «contrato».

Las demás normas referidas a las sociedades irregulares contenidas entre los artículos 426 y 432 tienen relación con la regularización o disolución de la sociedad irregular, con el ejercicio del derecho de separación, que también estaba contemplado en el artículo 386 de la ley anterior, y con su administración y representación, que se revisará a continuación.

2.2. Análisis normativo

2.2.1. Régimen legal de las aportaciones

En cuanto a los aportes, la ley sostiene, en su artículo 425, que los socios, en este tipo irregular de sociedad, están obligados a efectuar los aportes y prestaciones a las que se hubieran comprometido. Señala, además, que, si no existieran estipulación al respecto, todos deberán aportar en partes iguales.

Esta obligación se fundamenta en la eficacia de las sociedades irregulares para producir relaciones jurídicas con terceros. Esto explica el

deber de los «socios» de realizar sus aportaciones y, así, poder explotar su objeto social para el cumplimiento de sus compromisos.

Cabe resaltar que este deber no solo se desprende de las obligaciones comprendidas en el contrato social, como lo señalaba la anterior Ley General de Sociedades,¹ sino que también se justifica por la necesidad de cumplir con todas las obligaciones contraídas con terceros.

Finalmente, se debe advertir que, bajo este artículo, también se comprende como obligación el cumplimiento de las prestaciones accesorias y obligaciones adicionales señaladas en los artículos 75 y 86 de la actual Ley General de Sociedades.

2.2.2. Regularización de sociedades irregulares

El Sistema Legal peruano busca, por sobre todas las cosas, mantener el tráfico económico en la sociedad para brindar seguridad a los terceros, pero ello también involucra un deseo de incentivar la regularización de la sociedad viciada ya sea de origen o sobreviniente al nacimiento de la persona jurídica. Así, se facilita la culminación del proceso de fundación por parte de la sociedad irregular dentro de los plazos establecidos en el artículo 423 (si se entiende como sociedades en formación) comentado líneas arriba.

Por otro lado, se espera que las sociedades informales o irregulares de hecho cumplan con el procedimiento de constitución respectivo para la continuación de sus actividades. Así pues, es claro que, de no optarse por las soluciones anteriormente propuestas y de conformidad con los artículos 426 y 427 de la ley, se pueden solicitar, según lo consideren conveniente, las siguientes alternativas:

- Si bien es cierto, la regularización de sociedades irregulares constituye un derecho que solo asiste a los socios, los administradores o acreedores de la sociedad podrán convocar judicialmente a la Junta General a efectos de que se acuerde su formalización de conformidad con lo establecido por el artículo 119 de la ley.
- En caso de que la Junta General no optare por la regularización o disolución, los socios podrán separarse de la sociedad.

¹ Esta ley se halla compilada en un texto único concordado aprobado mediante decreto supremo 003-85-JUS del 13 de mayo de 1985.

2.2.3. *Disolución de la sociedad irregular*

Conforme con lo establecido por el artículo 409 de la ley, los socios, los acreedores de estos o de la sociedad, e, incluso, los administradores pueden solicitar la apertura del proceso de disolución cuando no se haya llevado a cabo la mencionada regulación de la sociedad. Este proceso debe adoptarse mediante decisión de la Junta o Asamblea, o, de ser el caso, por dictamen judicial.

Considerando la naturaleza particular de las sociedades irregulares (dado que pueden o no tener personalidad jurídica), la Ley General de Sociedades establece el procedimiento por seguir para la disolución y liquidación de la sociedad irregular. En tal sentido, en cuanto a la liquidación, se debe resaltar que está sujeta a lo establecido en la ley y el pacto social. Debe primar la ley por sobre la voluntad de las partes, ya que se aplica un simple orden de jerarquía.

Según los artículos 431 y 432 de la ley, la disolución puede tener lugar sin la observancia de formalidades, y se acredita entre los socios y frente a terceros por cualquier medio de prueba.

Para la aplicación de este punto, se debe, previamente, hacer una diferencia entre las sociedades irregulares inscritas en el Registro y las no inscritas. Desde luego, si se trata de una sociedad irregular no inscrita, no será necesaria la inscripción de la disolución en Registros Públicos. Es suficiente la acreditación mediante cualquier medio de prueba, tanto entre los socios como frente a terceros.

Sin embargo, para la disolución de una sociedad irregular inscrita, si bien no se exige la realización de formalidades para el acuerdo de disolución, se debe llevar a cabo la correspondiente inscripción en Registros por tratarse de empresas que poseyeron, en algún momento, personalidad jurídica.

Por otro lado, según el artículo 432 de la ley, la declaración de insolvencia o quiebra de una sociedad irregular debe realizarse con sujeción al procedimiento y a las leyes de la materia. Así, se regirán por la actual Ley del Sistema Concursal sin dejar de prever las normas de prelación especiales que existan para este caso.

2.2.4. *Derecho de separación*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 427 de la LGS, procede el derecho de separación como derecho individual de cada socio si la Junta General no accediera a la solicitud de regularización o de

disolución. Sin embargo, esto no libera al socio de la responsabilidad que pueda corresponderle como partícipe, en su momento, de una sociedad irregular.

2.3. Clases de sociedades irregulares

Según lo señalado anteriormente, existen dos clases de sociedades irregulares, que se verán a continuación.

2.3.1. *Sociedades irregulares de hecho*

Son conocidas también como sociedades informales o sociedades irregulares de origen, ya que actúan bajo la apariencia de una sociedad, pero, en realidad, no lo son. Su situación se genera de pactos expresos, verbales o escritos, que producen actuaciones de las personas como si fueran miembros de una sociedad; sin embargo, ni siquiera han iniciado el proceso de constitución bajo ningún tipo societario regulado por la ley.

Se está, por lo tanto, frente a sociedades informales que realizan actividades económicas sin haber iniciado aún el proceso de constitución social, inclusive con la clara intención de no hacerlo nunca. Sin embargo, los partícipes de esa sociedad informal contratan con terceros con la apariencia de una sociedad. De este modo, los partícipes de esta sociedad informal asumen plena y total responsabilidad, personal, solidaria e ilimitada.

2.3.2. *Sociedades irregulares de derecho*

Son aquellas que han celebrado, cuando menos, el pacto social de constitución, acorde con alguna forma societaria válida. Se pueden distinguir dos tipos de sociedades irregulares de derecho.

- **Originarias:** aquellas que no concluyeron con el procedimiento de constitución de la sociedad o que lo han realizado con alguna irregularidad formal. Como consecuencia, se produce la falta de personalidad jurídica. Un ejemplo claro de ello es cuando todos los socios fundadores no logran firmar la minuta o cuando, luego de suscribir la minuta, no se logró elevar la escritura pública respectiva.
- **Sobrevinientes:** aquellas que se inscribieron en Registros y adquirieron personalidad jurídica, pero que, al realizar su transforma-

ción a otro tipo societario, adquirieron algún vicio formal o, simplemente, incurrieron en una causal de disolución señalada por ley, y, aun así, continúan operando.

3. Administración de sociedades irregulares (régimen de responsabilidad)

En principio, la administración de la sociedad irregular corresponde a sus administradores y representantes, designados en el pacto social y estatuto, o en los convenios entre socios, si fuera el caso.

Sin embargo, el artículo 429 de la ley, en su segundo párrafo, establece una presunción. Según esta, a falta de administradores y representantes nombrados a través de los mecanismos anteriormente mencionados, los socios y administradores de la sociedad irregular estarán facultados para actuar en forma individual siempre que se trate de actos de carácter urgente, así como para solicitar medidas judiciales cautelares como las previstas en el artículo 426.

Cabe resaltar que la regla general es la que rige en lo previsto en el pacto social, en el estatuto o en los convenios entre socios. Por ello, se podrá aplicar la representación para actuaciones individuales de carácter urgente así como la petición de medidas cautelares solo excepcionalmente para actos considerados relevantes.

Ahora bien, en cuanto a los efectos legales de la irregularidad y a la responsabilidad derivada de la actuación de sus administradores, se debe precisar que estos son de aplicación general; es decir, se producirán tanto para las sociedades irregulares de hecho como de derecho. La causa es que su naturaleza deriva del desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares.

En ese sentido, aunque el sistema legal peruano admita la teoría de la existencia de este tipo de sociedades para proteger a los terceros que negocian con estas empresas, no se les puede reconocer como personas jurídicas ni otorgarles los derechos que estas tendrían como sociedades regulares. Esto se debe a que lo que se busca es brindar seguridad al tráfico económico, mas no premiarlas por su falta de diligencia.

Así pues, el artículo 424 de la ley establece los efectos que se derivan de su irregularidad. De ello, se deduce lo siguiente.

- Los administradores, representantes y, en general, quienes se presentan ante terceros para la actuación en nombre de la sociedad

son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.

- Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios, en virtud de los contratos celebrados, tienen igual responsabilidad frente a terceros para que exijan a la sociedad y a los gestores el cumplimiento de lo prometido.
- Esta responsabilidad, que compete no solo a la sociedad, sino también a los administradores y socios, alcanzará, además de las obligaciones, los daños y perjuicios producto de los actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros.

Adicionalmente, existe responsabilidad penal por parte de los administradores, socios, representantes y personas que realizaron operaciones en nombre de la sociedad irregular.

4. Jurisprudencia ilustrativa y antecedentes registrales

A continuación, se harán breves referencias a los fallos judiciales y registrales relativos a las sociedades irregulares y de hecho, expedidos entre junio de 1969 y enero de 2002.

- Ejecutoria del 19 de junio de 1969. La Corte Suprema estableció que la existencia de una sociedad de hecho no justifica que el socio denunciado cometa apropiación ilícita. Esta consistía en tomar para sí una suma de dinero que le fue entregada para invertirla en el negocio pactado y no haberla devuelto.
- Ejecutoria del 1 de junio de 1972. La Corte Suprema resolvió que los accionistas y acreedores, según el artículo 339 de la anterior Ley de Sociedades Mercantiles, podían solicitar la disolución de la sociedad irregular sujetándose al procedimiento establecido por los artículos 126 y 316 de la referida ley. Asimismo, resolvió que, habiéndose alegado la inactividad social, resultaba de aplicación el citado artículo 316. Por lo tanto, debió efectuarse previamente la convocatoria a Junta General de Accionistas o, en su caso, recurrirse a la intervención judicial para tramitar la solicitud en la forma prevista por ley.
- Ejecutoria del 04 de septiembre de 1973. A través de dicho pronunciamiento, la Corte Suprema resolvió que el socio nombrado

gerente durante la vigencia regular de la sociedad ejercía su representación legal a pesar de haber devenido en irregular.

- Ejecutoria del 04 de septiembre de 1973. La Corte Suprema resolvió que la inobservancia de las formas prescritas para la constitución de una sociedad o para su modificación se sanciona con su conversión a sociedad irregular. Vencido el término de duración de una sociedad sin haber sido prorrogado, la sociedad queda convertida en irregular. Además, los actos y contratos celebrados por los personeros de una sociedad irregular son válidos, pues solo así se aplica la responsabilidad solidaria e ilimitada que les corresponde.
- Ejecutoria de la Corte Suprema del 11 de enero de 1978. Se dispuso que, para solicitar la devolución de las sumas aportadas a una sociedad irregular de responsabilidad limitada, debía, previamente, declararse su disolución e inscribirse el respectivo acuerdo en el Registro Mercantil.
- Ejecutoria del 17 de noviembre de 1981. A través de dicho fallo, la Corte Suprema estableció que las relaciones internas en las sociedades irregulares se rigen por lo dispuesto en el contrato del que hubiesen derivado y, en su defecto, por las disposiciones suplementarias de la Ley de Sociedades Mercantiles, según la clase de sociedad de que se trate.
- Ejecutoria del 20 de junio de 1983. Mediante esta, se señala que la rendición de cuentas en su caso no debe hacerse de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Civiles, sino de acuerdo con los artículos pertinentes de la Ley de Sociedades Mercantiles.
- Ejecutoria del 9 de abril de 1984. La Corte Suprema resolvió que son válidos los contratos que la sociedad irregular celebre con terceros y que responden frente a estos solidaria e ilimitadamente quienes los hubiesen celebrado como representantes de dicha sociedad en caso de incumplimiento.
- Resolución del Tribunal Registral 016-2003-SUNARP-TR-L del 17 de enero de 2003. Mediante esta, se establece que los acuerdos de directorio de una sociedad irregular podrán inscribirse en registros siempre que actúen conforme con su estatuto y guarden la composición que arrojan los asientos vigentes del registro.

5. Las sociedades irregulares en el Derecho Comparado

Esta parte del presente trabajo tiene por objeto apreciar el tratamien-

to de las sociedades irregulares en la Legislación Comparada. Para tal fin, se ha estudiado brevemente las Legislaciones de Colombia, España, Argentina, Chile, México y Venezuela, a las que nos referimos a continuación.

5.1. Las sociedades irregulares en la legislación colombiana

En primer lugar, se debe destacar que el Código de Comercio colombiano² no contiene una definición expresa de la sociedad irregular; sin embargo, establece, a lo largo de sus disposiciones, las consecuencias jurídicas derivadas de dicha situación. Estas consecuencias se generan por la falta de cumplimiento de determinados requisitos de su formación o por hechos posteriores relativos a su conducción.

Por ejemplo, a través de los artículos 108 y 109 del referido Código, se establece que, ante determinadas causales de nulidad del acto de constitución, procede el saneamiento. Por lo tanto, se establece que, desde el momento en que se generó la causal y se saneó la misma, se trata de una sociedad irregular. Asimismo, al analizar los efectos de la declaración de nulidad parcial del acto constitutivo, sustentada en la incapacidad de un interviniente, se establece que procede la exclusión del mismo y la regularización de la sociedad.³

Las reglas específicas para la constitución y prueba de la sociedad comercial se encuentran reguladas en los artículos 110 y siguientes del Código de Comercio. En esencia, debe advertirse que las sociedades comerciales en el Régimen colombiano, además de quedar formalizadas a través de escritura pública, deben ser inscritas en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Mientras no se proceda a realizar dicha gestión, será inoponible el contrato de sociedad a terceros; por lo tanto, resultan irregulares aquellas actividades realizadas en este lapso.

Por otro lado, en la reforma del Código de Comercio, dispuesta por la ley 222 del año 1995, el tratamiento de las sociedades irregulares no ha merecido un capítulo especial. Dicho texto legal contiene artículos dispersos que tocan el tema del presente análisis. En tal sentido, el artículo 54 de la ley 222 señala que, si no se ha previsto en el

² Este Código fue aprobado mediante el decreto 410 del 27 de marzo de 1971.

³ Para mayor referencia sobre dichas consecuencias, véase REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

programa de fundación la posibilidad de constituir la sociedad con un monto de capital inferior al anunciado y la suscripción no se cubre en su totalidad dentro del plazo previsto, los contratos de suscripción se resolverán de pleno derecho y la entidad respectiva reintegrará la totalidad depositada a cada suscriptor, junto con los rendimientos que le correspondieren, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo.

Lo dispuesto en dicho artículo se aplica cuando, por cualquier motivo, no se constituya la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar. En tal caso, el plazo para reintegrar lo depositado se contará desde el momento en el que los promotores o el representante legal designado informen a la entidad respectiva sobre el fracaso de la suscripción. Este aviso deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes a este.

Luego, el artículo 56 establece que, una vez cumplido el proceso de suscripción, los promotores, dentro de los 15 días siguientes, convocarán a la asamblea general constituyente en la forma y plazo previstos en el programa de fundación. Asimismo, si se convocara a la asamblea y esta no se llevara a cabo por falta de quórum, se citará a una nueva reunión, que deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta contados desde la fecha fijada para la primera reunión. Si la segunda reunión tampoco se celebra por falta de quórum, se dará por terminado el proceso de constitución y se aplicará lo dispuesto para el caso del fracaso de la suscripción, es decir, lo previsto en el artículo 54 anteriormente mencionado.

Ahora bien, con el fin de formalizar la constitución y deslindar la responsabilidad de los promotores, el artículo 59 dispone que, si dentro de los seis meses siguientes a la celebración de la asamblea no se ha otorgado la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de los aportes junto con los frutos que hubieren producido, sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el representante legal.

En este caso, los promotores responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad hasta la celebración de la asamblea general constituyente.

Una vez constituida la sociedad, esta asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y restituirá los gastos realizados por estos, siempre y cuando, su gestión haya sido aprobada por la asamblea general constituyente. Igualmente, asumirá las obligaciones contraídas por el representante legal en cumplimien-

to de sus deberes, pero, en ningún caso, los suscriptores serán responsables de las obligaciones anteriormente mencionadas (artículo 60 de la ley).

Por otro lado, el artículo 77 establece que, cuando la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas por cesión o por cualquier otro acto jurídico, deberá convertirse en sociedad comercial. Para ello, se elaborarán los estatutos sociales de acuerdo con la forma de sociedad adoptada dentro de los seis meses siguientes a la inscripción de aquella en el Registro Mercantil. Estos estatutos deberán elevarse a escritura pública que se otorgará por todos los socios e inscribirse en el Registro Mercantil. La nueva sociedad asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la empresa unipersonal. Transcurrido dicho término sin que se cumplan las formalidades aludidas, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho y deberá liquidarse.

Como se ve, este artículo se refiere a una sociedad que deviene en irregular y que tiene por sanción su disolución de pleno derecho.

Finalmente, dentro de las causales de disolución de las empresas unipersonales previstas en el artículo 79, encontramos dos casos que merecen ser desarrollados:

Numeral 2.- cuando venza el término previsto, si lo hubiere, a menos que fuera prorrogado.

Numeral 6.- cuando la empresa sufra pérdidas que reduzcan su patrimonio en más del cincuenta por ciento [...].

En el primer caso, la sociedad deviene en irregular hasta que la disolución se haga constar en documento privado que se inscriba en el Registro Mercantil. En el segundo caso, la disolución se producirá de pleno derecho a partir de la fecha de expiración del término de duración sin necesidad de formalidades especiales.

En nuestra opinión, este último es un claro ejemplo de una sociedad que deviene en irregular, pero que, en la legislación colombiana, amerita una disolución de pleno derecho que no permite a priori la existencia de una sociedad irregular.

5.2. Las sociedades irregulares en la legislación española

En la legislación española, los negocios jurídicos, entre ellos el contrato de sociedad, deben reunir determinados requisitos de carácter ge-

neral (CC, artículos 1665 a 1708 y Código de Comercio,⁴ artículos 116 a 238)⁵ y otros de carácter especial, en este caso, propios de la sociedad mercantil, con el fin de generar plenos efectos entre las partes y terceros. Cuando no concurre alguno de los requisitos exigidos por la ley, el acto constitutivo de una sociedad deviene en incompleto o viciado.

En atención a ello, el concepto de sociedad irregular comprende aquellos supuestos en los que, por ejemplo, concurriendo en los fundadores la voluntad de constituir una sociedad anónima, se constata, asimismo, su propósito de actuar de forma duradera en el tráfico mercantil sin cumplir con el requisito legal de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil o sin haber elevado a escritura pública el contrato de sociedad.

El Código de Comercio español, a través del artículo 118, establece que solo son válidos y eficaces los contratos celebrados con terceros cuando la compañía haya cumplido con su formalización mediante escritura pública e Inscripción. Esto se debe a que, con ello, se consagran diferentes efectos jurídicos para los actos celebrados por sociedades irregulares.

En dichos supuestos, el contrato de sociedad que deviene en irregular, por no haber sido otorgada la escritura pública correspondiente o no haberse inscrito, genera obligaciones respecto de las relaciones internas. Estas obligan a los socios a realizar las aportaciones prometidas y a asumir otros deberes incorporados en dicho contrato social.

A su vez, en cuanto a los encargados de la gestión social que contravengan tales formalidades, el derecho español ha previsto, en el artículo 120 del Código de Comercio, que estos serán solidariamente responsables frente a los terceros con los que se hubiese contratado en nombre de la sociedad. Por consiguiente, la consecuencia principal de la falta de inscripción de la sociedad resulta ser la imposibilidad jurídica de adquirir personalidad jurídica y de que sus socios puedan disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada.

Por su parte, la Ley de Sociedades Anónimas Española⁶ recoge, dentro del Capítulo II. De la Fundación de la Sociedad. Sección Pri-

⁴ Real decreto del 22 de agosto de 1885.

⁵ Relativos a la capacidad, fin lícito y otros, similares a los contemplados por la legislación civil y comercial del Perú.

⁶ Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado mediante real decreto legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre de 1989.

mera. «De la Constitución de la Sociedad», normas referentes a las sociedades irregulares.

En tal sentido, el artículo 15 establece en su primer numeral que, en la sociedad en formación, quienes hubieren celebrado actos y contratos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente, a menos que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad.⁷

Asimismo, el segundo numeral señala que la sociedad en formación responderá, con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios, por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y por lo estipulado en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios. Los socios, en tales casos, responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubiesen obligado a aportar.

Como se ve, se trata de un argumento a favor de la tesis de nacimiento de la persona jurídica a partir de la inscripción de la escritura pública de constitución.

A su vez, el tercer numeral dispone que, una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refieren los párrafos precedentes. También queda obligada por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos, cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes a que se refieren los párrafos anteriores.

Por otro lado, las sociedades irregulares se encuentran expresamente recogidas en el artículo 16 de la ley. Este señala que, una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se hubiere solicitado su inscripción, cualquier socio podrá solicitar la disolución de la so-

⁷ Sobre las sociedades en formación y su distinción con las sociedades irregulares, según lo antes manifestado, debe tomarse en cuenta que, para la legislación española, en las primeras, sus administradores o socios pueden concluir las distintas etapas de fundación y cumplir los requisitos formales correspondientes (mediante la elevación del contrato de sociedad a escritura pública o por su inscripción registral en un término no mayor a un año desde el otorgamiento de dicha escritura pública) al no haberse vencido los términos legales correspondientes. En las sociedades irregulares, se habría incurrido en alguno de estos vicios o generado una causal de disolución, y, pese a ello, se habría continuado con las actividades de la sociedad.

ciudad en formación y exigir la restitución de sus aportaciones previa liquidación del patrimonio social.

En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa realizando sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. De inscribirse posteriormente la sociedad, no será aplicable lo señalado en el tercer numeral, artículo 15, antes mencionado.

Finalmente, cabe resaltar que el artículo 17 de la referida ley señala, expresamente, que constituye un deber de los fundadores y administradores presentar a inscripción en el Registro Mercantil del domicilio social la escritura de constitución en el plazo de dos meses, contados desde la fecha de su otorgamiento. Además, señala que responderán por los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de dicha obligación. Con ello, no queda claro si la irregularidad se genera luego de transcurrido este último plazo o si debe precluir el término de un año establecido por el artículo 16, antes comentado.

5.3. Las sociedades irregulares en la legislación argentina

La Ley de Sociedades Comerciales argentina, ley 19550, modificada por la ley 22.903, contiene en la Sección IV del Capítulo I el tema de las sociedades no constituidas regularmente. La mencionada ley considera que son irregulares las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente pueden regularizarse adoptando uno de los tipos previstos en la ley. En tal caso, la sociedad irregular o de hecho no se disuelve, sino que, una vez regularizada, continúa en los derechos y obligaciones de aquella. Tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios.

Según lo comentado por Verón,⁸ se entiende por «sociedades de los tipos autorizados, que no se constituyen regularmente» a aquellas sociedades instrumentadas conforme con alguno de los tipos regulados por la ley 19550 que no se encuentran inscritas en el Registro Público de Comercio. Por otro lado, se entiende por «sociedad en formación» a aquellas que no se han inscrito en el Registro Público de Comercio según lo dispuesto por el artículo 21 de la mencionada ley.

⁸ VERÓN, Víctor Alberto. *Sociedades Comerciales. Ley 19.50 -Comentada, Anotada y Concordada*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, pp. 142 y ss.

No obstante, en atención a las sociedades en formación, el referido autor sostiene que no puede interpretarse de manera tan literal la citada disposición legal. Esto se debe a que se entiende que la irregularidad de una sociedad en formación debe imputarse cuando no se cumplan, en los términos fijados por la ley, las obligaciones que demanda el proceso de constitución. Estas son las que se detallan a continuación.

- El pedido de aprobación del contrato constitutivo y del estatuto debe solicitarse en la jurisdicción de la Capital Federal dentro de los 60 días del otorgamiento del acto.
- El contrato constitutivo debe inscribirse en el Registro Público de Comercio en el término y condiciones que establece la ley.
- La publicación e inscripción debe acreditarse en jurisdicción nacional dentro de los 60 días de notificada la resolución.⁹

Por otro lado, para los fines de la regularización, cabe señalar que esta puede ser requerida por cualquier socio, previa comunicación a todos los socios en forma fehaciente. En tal sentido, la resolución de regularización deberá ser adoptada por mayoría de socios. Debe otorgarse el pertinente instrumento, cumplirse las formalidades del tipo y solicitarse la inscripción registral dentro de los sesenta días después de recibida la última comunicación. Si no se logra la mayoría o no se solicita la inscripción en el término establecido, cualquier socio puede solicitar la disolución desde la fecha de la resolución social denegatoria o desde el vencimiento del plazo sin que los demás socios puedan requerir nuevamente la regularización.

Asimismo, cualquier socio de una sociedad no constituida regularmente podrá exigir su disolución. Esta se producirá en la fecha en la que el socio notifique fehacientemente tal decisión a los demás socios, salvo que la mayoría de estos resuelva regularizarla dentro del décimo día y, cumpliendo las formalidades correspondientes al tipo, solicite su inscripción dentro de los sesenta días, contándose ambos plazos desde la última notificación.

Los socios que voten en contra de la regularización tienen derecho al reintegro de una suma de dinero equivalente al valor de su parte a la fecha del acuerdo social que la dispone, a menos que opten por continuar en la sociedad regularizada.

⁹ VERÓN, Víctor Alberto. *Op. cit.*, pp. 144 y ss.

En cuanto a la liquidación de las sociedades irregulares, esta se rige por las normas del contrato y por lo dispuesto en la aludida ley.

Por otro lado, respecto de la responsabilidad, los socios y quienes contraten en nombre de la sociedad tienen una obligación solidaria por las operaciones sociales sin que puedan invocar el beneficio del artículo 56¹⁰ ni las limitaciones que se funden en el contrato social.

Ni la sociedad ni los socios pueden invocar, respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social. Sin embargo, la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados.

En las relaciones con los terceros, la Ley de Sociedades Comerciales argentina establece que cualquiera de los socios representa la sociedad. Asimismo, refiere, en cuanto a la existencia de la sociedad, que esta puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

Finalmente, Verón refiere que la celebración de actos propios del objeto durante el periodo constitutivo no convierte a la sociedad en irregular. Pero, si ellos se realizan una vez vencidos los términos indicados por la ley, sí la convierten en irregular.¹¹

5.4. Las sociedades irregulares en la legislación chilena

La Ley de Sociedades Anónimas y Fondos Mutuos, ley 18046, se refiere a las sociedades irregulares en el artículo 6. Este señala que no existe la sociedad en cuya constitución se haya omitido el otorgamiento de la escritura social, o la oportuna inscripción o publicación de su extracto, ni la reforma en la que se haya incurrido en similares omisiones.

En este caso, la omisión en la escritura pública de constitución de los datos contenidos en los numerales 1,2,3,5 y 11 del artículo 4 de la referida ley¹² y la omisión en su extracto de cualquiera de los números señalados en el artículo precedente producirán la nulidad absoluta

¹⁰ Este artículo señala que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación con su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate.

¹¹ VERÓN, Víctor Alberto. *Op. cit.*, p. 145.

¹² Estos datos que debe expresar la escritura de constitución de la sociedad son nombre, profesión y domicilio de los accionistas que concurran a su otorgamiento; nombre y domicilio de la sociedad; objeto social, capital social y designación de los miembros del directorio.

del pacto social. De la misma nulidad adolecerán las reformas de estatutos en cuyo extracto se omitan los datos exigidos en el artículo 5 de la ley.¹³ Finalmente, adolecerá de nulidad cualquier disconformidad que exista entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos.

Según se desprende de la revisión de dichas disposiciones, la consecuencia jurídica de la omisión en las formalidades establecidas por la legislación chilena es la nulidad absoluta del acto constitutivo. En consecuencia, es necesaria su disolución y posterior liquidación.

Una vez declarada la nulidad de la sociedad, esta entrará en liquidación. Para tal efecto, subsiste su personalidad jurídica. En todos los casos de inexistencia y nulidad en la constitución de una sociedad, los otorgantes del pacto respectivo responderán solidariamente frente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de aquella.

Por otro lado, las compañías aseguradoras y reaseguradoras¹⁴ no existen si, en su constitución, se ha omitido la escritura, la resolución aprobatoria, o la oportuna inscripción y publicación del certificado que expida la Superintendencia, ni las reformas en las que se haya incurrido en similares omisiones.

Igualmente, cualquier disconformidad existente entre el certificado que otorgue la superintendencia respectiva, y su inscripción o publicación originará la nulidad absoluta del pacto social o de los acuerdos modificatorios en su caso. En lo no modificado, regirá lo dispuesto en el artículo 6 de la ley anteriormente mencionada.

5.5. Las sociedades irregulares en la legislación mexicana

El Código de Comercio mexicano vigente, al igual que algunos de los ordenamientos legales anteriormente examinados, no contiene normas expresas referentes a las sociedades irregulares.

Sin embargo, en el artículo 98, señala, para las sociedades constituidas por oferta a terceros, que los suscriptores quedarán desligados y podrán retirar las cantidades que hubieran depositado en el caso de que haya vencido el plazo convencional o el legal que menciona el artículo 97 y el capital social no haya sido íntegramente suscrito, es

¹³ Es decir, la fecha de la escritura, y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorga.

¹⁴ Regulado en el artículo 128 y siguientes de la ley.

decir, si no se hubiese llegado a constituir la sociedad por algún motivo.¹⁵

En este artículo, se deja traslucir el objetivo del legislador de proteger a los suscriptores de acciones en la constitución sucesiva o por oferta a terceros, que, en la situación descrita, deviene en irregular. Así, otorga a estos el derecho expedito para separarse y recibir el valor de sus aportaciones, y no responder a título personal por los actos o contratos que esta celebre.

5.6. Las sociedades irregulares en la legislación venezolana

El actual Código de Comercio venezolano no recoge la figura de las sociedades irregulares en forma expresa. No obstante, el artículo 219 de la ley señala que, si no se cumplieran oportunamente las formalidades que ordenan los artículos del 211 al 215 del referido Código de Comercio¹⁶ en la formación de la compañía,¹⁷ esta no se tendrá por legalmente constituida. En estos últimos supuestos nos encontramos frente a una sociedad irregular.

Asimismo, dispone que los socios fundadores, los administradores o cualquier otra persona que haya obrado en nombre de ellas quedarán personal y solidariamente responsables por sus operaciones. Esto se debe a que aún no nace una persona jurídica independiente de los socios.

Por otro lado, el artículo 220 establece que, mientras no esté legalmente constituida la compañía en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, cualquiera de los socios tiene el derecho de demandar la disolución de la compañía, en vista de que, si continúa operando la misma, los socios serán responsables solidarios por los actos realizados en su nombre.

Los efectos de la disolución se retrotraerán a la fecha de la demanda. Asimismo, la omisión de las formalidades no podrá alegarse contra terceros.

¹⁵ Señala que todas las acciones deberán quedar suscritas dentro del término de un año, contado desde la fecha del programa de fundación, a no ser que este se fije un plazo menor.

¹⁶ Se refieren a los requisitos que debe contener el documento constitutivo de los diversos tipos societarios.

¹⁷ Entiéndase sociedades.

En el caso de la sociedad en comandita por acciones y en las anónimas, los suscriptores de acciones podrán pedir que se les dé por libres de la obligación que contrajeron al suscribirla cuando hayan transcurrido tres meses contados desde la suscripción y no se haya cumplido con inscribir dicho documento en el Registro Mercantil. Esto se debe a que la sociedad devino en irregular y los suscriptores no desean responsabilizarse a título personal por las obligaciones que contraiga «la sociedad».

En el caso de las modificaciones en la escritura constitutiva y en los estatutos de las compañías, cualquiera que sea su especie, el artículo 221 señala que estas no producirán efectos mientras no se hayan registrado y publicado conforme a lo establecido por la mencionada ley.

6. Conclusiones

Habiendo estudiado el régimen legal de las sociedades irregulares, se pueden anotar algunas conclusiones.

6.1.

No puede aceptarse, desde un punto de vista práctico, que la inexistencia de la sociedad por la inobservancia de la forma determine la nulidad de todos los contratos celebrados por ella. Esto origina perjuicios a terceros quienes no tienen responsabilidad por las omisiones formales en que hubieren incurrido sus fundadores, gestores o administradores sociales.¹⁸

Por ello, la actual legislación societaria peruana procura, por diversos medios, la regularización de las sociedades irregulares y las priva, en muchos casos, de las garantías que se conceden a las sociedades regularmente constituidas con el propósito de incentivar su formalización.

6.2.

No deben confundirse las sociedades irregulares con aquellas sociedades en formación. Así pues, en las sociedades en formación, como su propio nombre lo indica, los administradores y los socios se encuentran cumpliendo con las diversas etapas fundacionales para su

¹⁸ Según se regula, por ejemplo, en la legislación chilena.

formalización e inscripción dentro de los términos legales correspondientes. Inclusive, el Derecho Societario es permisivo y admite la realización de ciertos contratos y actos que posteriormente serán reputados a la futura persona jurídica. En cambio, en las sociedades irregulares, se advierte que, por disposiciones legales expresas o por la voluntad de sus socios, estas no pueden actuar como personas jurídicas individuales. Por lo tanto, a pesar de que sus integrantes desarrollan actividades de forma colectiva, no llegan a conformar sujetos de derechos y obligaciones.

6.3.

El sistema legal peruano busca, sobre todas las cosas, mantener el tráfico económico en nuestra sociedad para brindar seguridad a los terceros, pero esto también involucra un deseo de incentivar la regularización de la sociedad viciada ya sea de origen o sobreviniente al nacimiento de la persona jurídica. Así, se facilita la culminación del proceso de fundación por parte de la sociedad irregular. Por otro lado, se espera que las sociedades informales o irregulares de hecho cumplan con el procedimiento de constitución respectivo para la continuación de sus actividades.

6.4.

Las sociedades informales o sociedades irregulares de origen son las que actúan bajo la apariencia de una sociedad, pero, en realidad, no lo son. Su situación se genera de pactos expresos, verbales o escritos, que producen actuaciones de las personas como si fueran miembros de una sociedad. Sin embargo, aún no han iniciado el proceso de constitución bajo ningún tipo societario regulado por la ley.

6.5.

Las sociedades irregulares de derecho han celebrado, cuando menos, el pacto social de constitución acorde con alguna forma societaria válida. A partir de entonces, se pueden distinguir dos tipos de sociedades irregulares de derecho: las originarias y las sobrevinientes. En este último caso, la causal de irregularidad surge con posterioridad a la inscripción.

6.6.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos sudamericanos, se establecen preceptos aplicables a las sociedades irregulares a través

de sus respectivos códigos de comercio o legislaciones societarias con soluciones distintas según se trate de sociedades irregulares o nulas. El tratamiento jurídico de estas figuras que más se asemeja al nuestro es el de la legislación española.

6.7.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los efectos generados por la irregularidad de una sociedad, sea cual fuere su causa originaria, son los que se enumeran a continuación.

- Los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros para la actuación en nombre de la sociedad son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.
- Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios, en virtud de los contratos celebrados, tienen igual responsabilidad frente a terceros para que exijan a la sociedad y a los gestores el cumplimiento de lo prometido.
- Esta responsabilidad, que compete no solo a la sociedad, sino también a los administradores y socios, alcanzará, además de las obligaciones, a los daños y perjuicios producidos por los actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros.

Contrato de esponsorización

Ulises Montoya Alberti

LA CALIDAD COMO PROFESOR UNIVERSITARIO del doctor Jorge Avendaño Valdez hace que sea considerado patrimonio de la Universidad. En el caso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se guarda especialmente el recuerdo de sus enseñanzas en la Facultad de Derecho y Ciencia Política durante la década de los años noventa del siglo pasado.

La virtud del maestro es saber transmitir sus conocimientos y formar a aquellos que los transmitirán a las generaciones futuras. En este aspecto, el doctor Avendaño ha cumplido con estos objetivos. Testimonio de ello son sus publicaciones, sus años de enseñanza y la formación de sus discípulos, quienes difunden sus enseñanzas como destacados profesionales y catedráticos en diversas universidades.

La labor pedagógica del doctor Avendaño no se ha limitado a las aulas; su labor trasciende hacia la sociedad. Sus declaraciones en materia jurídica sintetizan conocimientos para hacerlos inteligibles a la opinión pública. Esta labor pedagógica se proyectó también hacia la política. Su paso por ella estuvo marcado por su estilo de vida. En su condición de congresista, enseñó, con su comportamiento, cuáles son las actitudes que deben desarrollarse en este campo. Su actitud ponderada, digna, de respeto mutuo, de discusión civilizada, de escuchar la opinión ajena constituye una verdadera lección de comportamiento cívico.

Con esta contribución al libro homenaje al doctor Jorge Avendaño Valdez, rendimos tributo al ilustre jurista por su aporte a la Ciencia

del Derecho en sus diversos campos, a su trayectoria de vida, al profesor, al humanista y al amigo.

1. Antecedentes

Según sostiene la mayor parte de la doctrina, el contrato de «esponsorización» es el heredero directo del tradicional mecenazgo, que responde a una evolución y a un cambio de intención de la persona que entrega la ayuda. Dicha evolución se manifiesta en que la causa de la atribución patrimonial no es la mera liberalidad, sino la entrega a cambio de retorno de la publicidad.¹

Otro sector estima que se está ante un fenómeno totalmente nuevo, cuyo origen se encuentra en la industrialización y en el afán de las empresas por encontrar formas, diferentes de las tradicionales, para hacerse conocer, que las distinga de la competencia.

El mecenazgo tiene su origen alrededor del año 70 a. de C. Debe su nombre a Cayo Cilnio Mecenas (69 a. de C. al 8 d. de C.), ciudadano romano de fortuna, ministro y amigo del Emperador Octavio César Augusto, quien se distinguió por la ayuda y protección que brindó a escritores como Horacio, Virgilio y Propertio. Por este motivo, en diccionarios, enciclopedias, libros y en el mismo lenguaje coloquial, se denomina Mecenas a la entidad o persona que protege, ayuda o financia a personas o actividades del mundo de la cultura.²

En la Edad Media, entre los mecenas conocidos, destacan los Médicis, de la ciudad de Florencia; y los Reyes Católicos, por el apoyo brindado al viaje de Cristóbal Colón que da lugar al descubrimiento de América. Este acontecimiento suele ser considerado un evento de mecenazgo, no exento de dosis de esponsorización, ya que fue una forma de lograr prestigio y reconocimiento para la Corona de España.

Si bien, en un principio, la protección se brindaba a las actividades intelectuales y artísticas, este concepto, en la actualidad, se amplía e incluye, dentro de sus alcances, la actividad físico-deportiva.

En cuanto al contrato de esponsorización, encuentra su origen en los Estados Unidos dentro del sistema del *common law* con el nombre

¹ VICENTE DOMINGO, Elena. *El contrato de esponsorización*. ed. Civitas, 1998, p. 41.

² LANDABEREA UNZUETA, José Antonio. *El contrato de esponsorización deportiva*. Pamplona: Aranzandi, 1992, p. 22.

de *sponsorship*; en Italia, se le llamará *sponsorizzazione*; y, dentro de la doctrina española, se le denominará esponsorización.

2. Definición

En cuanto a los términos 'esponsorización' y 'mecenazgo', en muchas oportunidades, se utilizan indistintamente, ya que sus contornos se presentan a primera vista difusos.

En este sentido, es conveniente distinguir entre mecenazgo o patrocinio, y esponsorización o patrocinio publicitario comercial.

Se encuentran incorporados en el DRAE los vocablos «mecenas» y «mecenazgo»,³ así como «patrocinador», «patrocinante», «patrocinar» y «patrocinio».⁴ Al contrario, las palabras «espónsor» y «esponsorización» no encuentran inserción en diccionarios oficiales de la lengua.

Es importante la delimitación conceptual de la esponsorización, no solo por las diversas definiciones, sino porque el concepto tiende a confundirse con otros supuestos. La propia utilización del término, señala Vicente,⁵ es discutida y la doctrina ha manifestado que «contamos con las palabras como patrocinio y mecenazgo que traducen muy fielmente el concepto sajón de *sponsoring* y que hacen totalmente innecesaria la utilización del término inglés».

Para algunos, las palabras 'patrocinio' y 'mecenazgo' tienen un significado idéntico, y pueden presentar dos matices: con un objetivo publicitario, esponsorización, o sin dicho objetivo publicitario. Así, para Sánchez Olea, distinguir patrocinio de mecenazgo es un error.

³ *Diccionario de la lengua española*. Vigésima edición. Madrid: Real Academia Española, p. 890, 1984.

«**Mecenas**. (por alusión a Cayo Cilnio Mecenas, amigo de Augusto y protector de las letras y de los literatos) m. fig. Príncipe o persona rica que patrocina a los literatos o artistas

Mecenazgo. m. Calidad de mecenas || 2. Protección dispensada por una persona a un escritor o artista»

⁴ DRAE. Ob. cit. p.1027. «**Patrocinador, ra**. Adj. Que patrocina. ú t c s.

Patrocinante. p a. de patrocinar. Que patrocina

Patrocinar. (del lat. *patrocinium*) tr. Defender, proteger, amparar, favorecer. || 2. Sufragar una empresa, con fines publicitarios, los gastos de un programa de radio o televisión, de una competencia deportiva o de un concurso **Patrocinio**. (del lat. *patrocinium*). Amparo, protección, auxilio [...]

⁵ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 44.

Expresa que «resulta estéril una separación quirúrgica entre mecenazgo y patrocinio, pues es tarea casi imposible distinguir los grados de desinterés».⁶

Otros distinguen estos conceptos. Para Rigaud, en opinión que se menciona en el libro de Corredoira Y Alfonso: «el *sponsoring* busca asociar a un acontecimiento y a lo que este tiene de gratificante la marca de un producto o el nombre de la empresa. En cambio, el mecenazgo repudia las fórmulas de la publicidad y busca mejorar, a corto o a largo plazo, la imagen de la empresa. El mecenazgo es un modo más elegante, más sutil de informar un mensaje, ya sea publicitario, de relaciones públicas o propagandístico».⁷

El mecenas es definido por el Informe Tummers como quien «provee de medios económicos a un artista y organización cultural, sin buscar ventajas personales».⁸ A su vez, define al patrocinador o espónsor como la persona que promociona o fomenta una determinada actividad cultural y obtiene una ventaja acordada casi siempre en forma de publicidad, considerándose que esta es una forma de mecenazgo moderno y adaptada a las estructuras económicas de hoy.

Por su parte, la Ley Española de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General define el mecenazgo como

toda actuación positiva y altruista en beneficio de la enseñanza, la investigación científica, el arte o la cultura, realizada por personas físicas o jurídicas, ya sea de una manera directa, o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, mediante la aportación de medios económicos para posibilitar labores de creación o para garantizar la realización de producciones científicas, docentes, humanitarias o culturales en sentido amplio, es decir, incluyendo dentro del término cultura, el deporte, el ocio, la conservación del medio ambiente, la naturaleza o el patrimonio histórico-artístico.⁹

Es la nota de liberalidad y de altruismo la que define históricamente el mecenazgo y que se resalta en la norma.

⁶ Citado por LANDABEREA UNZETA, Jose Antonio. *Op. cit.* p. 29.

⁷ CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto. *Naturaleza Jurídica del Contrato de Patrocinio*. Barcelona: Bosh, 1991.

⁸ Informe Tummers del Consejo de Europa sobre la economía de la cultura de 10 de junio de 1987.

⁹ Ley 30/1994, del 24 de noviembre.

El mecenazgo se entiende como una liberalidad sin contraprestaciones de ninguna clase. Sin embargo, la referencia al mecenazgo se presenta, actualmente, como una actividad de financiación bajo dos modalidades: mecenazgo con contraprestación y mecenazgo sin contraprestación, en este último caso, como mera liberalidad.¹⁰

Fusi y Testa consideran como definición de esponsorización a las

diversas relaciones jurídicas de contenido extremadamente heterogéneo, pero prevalementemente atinentes a los sectores del deporte, de la cultura y de alguna forma de espectáculo o, más en general, del entretenimiento en sentido lato, por medio de los cuales una empresa (sponsor) se propone de incrementar la propia notoriedad e imagen a los ojos del público, a través del acoplamiento o conexión, en las más variadas formas y contra correspondiente, de su nombre o de sus marcas a hechos o personas de público interés.¹¹

Para lograr la finalidad del contrato de esponsorización, se requiere de auspicio. Este concepto es definido por el doctor Max Arias-Schreiber Pezet como «el acuerdo en virtud del cual el auspiciador entrega sumas de dinero o determinados bienes útiles al patrocinado para que este desarrolle la actividad pública que le es habitual o que, a través de algún otro mecanismo del más variado tipo, pueda lanzar algún mensaje de promoción de la empresa, producto o marca del patrocinador».¹²

En definitiva, señala Malpartida,¹³ podemos decir que el contrato de esponsorización es aquel celebrado entre el auspiciador o patrocinador, y el auspiciado o patrocinado. Mediante este contrato, el primero se obliga a la entrega de determinada suma de dinero o de bienes para que el segundo despliegue su actividad de carácter habitual y público. El auspiciado, a su vez, se obliga a, entre otros aspectos,

¹⁰ LANDABEREA UNZETA, José Antonio. *Op. cit.* p. 23.

¹¹ FUSI Y TESTA. «I contratti di sponsorizzazione». *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Apuntes en torno al contrato de sponsorship». *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*. Vol. 54, n.º 2 y vol. 55 n.º 1, p. 35. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997-1998.

¹² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos Modernos*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, pp. 372-373, 1999.

¹³ MALPARTIDA CASTILLO, Víctor. «El contrato de sponsorship». *Contratos. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Modelos*. Lima: Editorial Rao, 2000, p. 296.

portar o mostrar ante el público el nombre, marca, logotipo o signo distintivo que caracterice a la empresa patrocinante.

Entre los rasgos comunes entre el mecenazgo y el patrocinio, se señala que ambos surgen de la iniciativa de los particulares. En cuanto al objeto, se indica que las actividades promovidas o financiadas están dentro de la cultura, entendida en un sentido amplio, aunque el espónsor prefiere apoyar actividades deportivas, patrocina también conciertos, exposiciones de arte o, incluso, restauraciones del patrimonio histórico. A esta actividad se le conoce como esponsorización cultural.¹⁴ El mensaje publicitario tendrá una mayor intensidad cuando se trata de una actividad deportiva, a diferencia de la esponsorización cultural en la que, si bien el mensaje no llega en forma masiva, revaloriza la imagen del espónsor.

En lo que se refiere a las diferencias que se pueden encontrar en ambas figuras, se menciona la finalidad que se persigue. Mientras el espónsor persigue una finalidad publicitaria a cambio de la ayuda, en el caso del mecenas, la finalidad concluye con la ayuda que entrega sin exigir nada a cambio. El espónsor, mediante el patrocinio, trata de conseguir una revalorización de su imagen asociándola con un determinado evento. Como consecuencia, la esponsorización constituye uno de los medios publicitarios de los que se vale la empresa.

En cuanto al sujeto, el mecenas es una persona que actúa dentro del ámbito particular, a diferencia del espónsor, que lo hace dentro del ámbito empresarial. Esta diferencia surge de forma casi espontánea si se contempla el fenómeno del patrocinio publicitario como un paso en la evolución del mecenazgo hacia otras formas de fomento de la cultura con las que, en la actualidad, coexiste. La doctrina más especializada no ha dejado de difundir la idea, propuesta inicialmente por Franceschelli, de que el espónsor nace de la lenta evolución de un contrato unilateral a uno bilateral con prestaciones correspectivas con una finalidad directamente comercial más que liberal.¹⁵

Otra diferencia entre ambas figuras reside en el riesgo. La frustración del evento por caso fortuito o fuerza mayor significará, para el espónsor, que no tendrá la publicidad que esperaba. En cambio, en el caso del mecenas, al no esperar publicidad, no se presenta esta frustración.

¹⁴ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 57.

¹⁵ En el Derecho anglosajón, la esponsorización se entiende como un *business deal*. De esta manera, se precisa su carácter empresarial.

La confusión puede presentarse cuando se trata de la esponsorización cultural, como la rehabilitación de un patrimonio artístico. En este caso, si bien no hay una publicidad directa, la referencia o la mención a la empresa patrocinadora contribuye a una mejora y difusión de su imagen.

De estas figuras, Vicente¹⁶ extrae la conclusión de que el punto de partida de ambos es el mismo: la financiación de actividades de naturaleza cultural. Pero esa financiación puede terminar con la realización de dicho evento, como ocurre con el mecenazgo, o hacerse con un objetivo publicitario, como sucede en la esponsorización.

En algunos casos, puede ser que la contraprestación no aparezca en forma evidente. Sin embargo, de una u otra forma, existe contraprestación, incluso tratándose de actividades culturales como exposiciones culturales, publicaciones de interés limitado, etc., en las que el nombre del auspiciador es mencionado. Además, estas acciones están consideradas en el presupuesto como parte de la propaganda y la publicidad.

3. Clases de esponsorización

El contrato de esponsorización, como se ha expuesto, reúne dos notas distintivas: la ayuda y la publicidad de retorno. La clasificación de la esponsorización se puede hacer atendiendo dos factores: el objeto y la contraprestación.

3.1. Objeto de la contraprestación

Esta clasificación dependerá de la actividad que se financie. Así, la esponsorización podrá ser cultural, deportiva, social o radiotelevisiva.

3.1.1. *Esponsorización cultural*

La esponsorización cultural es definida por Franzosi como «el fenómeno en virtud del cual un sujeto al que llama espónsor, promete o entrega dinero u otra utilidad para la realización o la mejora de una

¹⁶ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 52.

obra o un evento con valor cultural siempre que el nombre del espónsor quede unido al de la obra o evento». ¹⁷

En la esponsorización cultural, se produce una unión entre el espónsor, y una obra o evento que es lo que va a ser objeto de la ayuda. Mientras que la esponsorización deportiva dirige sus mensajes a un público de masas, la esponsorización cultural se dirige a un público más elitista.

Dentro de la esponsorización cultural, destaca la rehabilitación del patrimonio artístico. Este tipo de esponsorización es de particular importancia en países como el Perú que cuenta con un incalculable patrimonio artístico e histórico. Así, se puede suplir la falta de apoyo por parte del Estado.

3.1.2. Esponsorización deportiva

Debido al auge del deporte y a que es un espectáculo de masas, se ha identificado a la esponsorización con este campo. Esta puede estar destinada a apoyar a un equipo, identificando a la empresa con el equipo, o bien a un deportista en particular. En ambos casos, la ayuda se presta para que pueda realizar su actividad y transmita el mensaje de quien lo patrocina.

3.1.3. Esponsorización televisiva

Se ha definido a esta clase de esponsorización como la unión entre el nombre de un producto o de una empresa, y un programa de televisión, de manera que el público identifique la emisión con el espónsor. Esta esponsorización corre el riesgo de confundirse con la publicidad tradicional.

El espónsor financia la emisión de los programas sin que esto signifique su participación en el contenido y dirección. Por otro lado, deberá especificarse que se trata de un programa patrocinado sin que tenga derecho a transmitir mensajes publicitarios para promover la compra de sus productos o la utilización de sus servicios.

En España, la esponsorización televisiva se encuentra regulada en la Ley de Actividades de Radiodifusión Televisiva. En ella, se define, en su artículo 3e, al patrocinio publicitario por televisión como «aquel

¹⁷ FRANZONI. «La sponsorizzazione culturale». *Sponsorizzazione e pubblicità*. Costanza, Ipsoa (ed.), 1989, p. 33.

contrato por virtud del cual una persona física o jurídica, denominada patrocinador, no vinculada a la producción, comercialización o difusión, contribuye a la realización de programas de televisión realizados por otra persona, física o jurídica, llamada patrocinado, con la finalidad de promover el nombre, marca, imagen, actividades o realizaciones del patrocinador».¹⁸

Una vez más, resaltan las notas esenciales de esponsorización en este tipo de patrocinio publicitario televisivo: el espónsor entrega ayuda a cambio de publicidad o promoción de los signos distintivos de la actividad del espónsor.

La esponsorización televisiva contará con las mismas prohibiciones publicitarias que la ley puede imponer al tabaco, al alcohol y a los medicamentos.

3.2. Contraprestación

En lo que se refiere a la clasificación de la esponsorización considerando la contraprestación, puede comprender tres clases: la propia o pura, la intermedia, y la impropia o impura. Esta última se deriva de la evolución histórica del mecenazgo a la esponsorización. Este aspecto concuerda con la doctrina de la protección a los escritores y artistas, propia del mecenazgo. Se ha pasado lentamente a proporcionar ayuda y protección con fines comerciales con la correspondiente contraprestación.

La esponsorización propia o pura se dará en el caso de que haya contraprestación, ya que las partes reciben tanto como dan. En el caso de la impropia o impura, el espónsor no recibe nada a cambio, pues entrega la ayuda con ánimo de liberalidad, lo que sería una acción de mecenazgo. La esponsorización puede ser también intermedia. A este tipo le atribuyen una naturaleza de donación modal, debido a que la publicidad que el espónsor recibe a cambio no llega a ser una verdadera contraprestación.

4. Características del contrato

El contrato de esponsorización se encuentra en la categoría de contratos atípicos, ya que no ha sido considerado legislativamente. La

¹⁸ Ley 25/1994 del 12 de julio.

distinción entre contratos típicos y atípicos radica en si existe o no una previa normatividad o una disciplina jurídica objetiva y general. Como expresa Diez Picazo, «son atípicos aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa» y «son típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa».¹⁹

Doctrinariamente, se ha establecido una equivocada identidad entre contratos típicos y nominados, por un lado, y atípicos e innominados, por otro. Asimismo, en el Código Civil vigente, se habla de contratos nominados e innominados, en vez de típicos y atípicos.

Los contratos serán nominados cuando cuenten con un *nomen iuris*, es decir, aquella denominación que recibe un contrato, sea en la ley, la jurisprudencia o la doctrina. Asimismo, se hablará de contratos innominados cuando carezcan de un *nomen iuris*, en los términos referidos anteriormente.

Entre las principales características de este contrato se encuentran las siguientes:

4.1. Contrato consensual

Es un contrato consensual; es decir, se cumple, en este contrato, el principio que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. El carácter mencionado tiene que ver con la libertad de forma predominante en este tipo de contratos. No obstante, la forma importa en la medida en la que sirva como protección complementaria al consentimiento.

4.2. Contrato oneroso

El contrato es a título oneroso, ya que cada uno de los sujetos celebrantes sufre un sacrificio que se compensa con una ventaja. Es parte esencial de esta figura el precio o la contraprestación.

4.3. Contrato bilateral

En este contrato, hay prestaciones recíprocas a las que se obligan las partes: por una, la entrega de la ayuda y, por la otra, la publicidad.

¹⁹ DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, Madrid: Tecnos, 1988, p. 253.

Debe precisarse que las prestaciones no se cumplen de modo simultáneo. En este sentido, Vega²⁰ señala que, dada la forma en que suelen ejecutarse las prestaciones a cargo de ambas partes, la eventual aplicación del artículo 1428 del Código Civil (relativo a la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido) podría requerir de cierta precisión. El esponsor que financia la actividad le entrega al esponsorizado dinero o bienes para que ejecute su cumplimiento. Por otro lado, el esponsorizado ejecuta la labor que le corresponde en un momento posterior a la entrega mencionada. Así, puede exhibir el logo del esponsor en las camisetas que este le proporcionó o permitir el uso de su imagen. Este carácter posterior del cumplimiento hace imposible la aplicación del mencionado artículo.

4.4. Contrato sinalagmático

Se desprende el carácter oneroso y sinalagmático del contrato, pues el patrocinador ayuda a cambio de un comportamiento del patrocinado. En este sentido, Díez Picaso se refiere a la idea de *sinalagma genético*, que subyace en el patrocinio publicitario, pues ambas partes reciben una contraprestación que se conoce y se constituye como la causa de la obligación desde su comienzo.

Puede suceder que una conducta impropia por parte del esponsorizado o una actuación que no esté de acuerdo con las expectativas produzcan un efecto negativo en la imagen del esponsor. Este sería el caso de un equipo de fútbol que baja a la segunda categoría. En esta situación, se asocia al equipo con el esponsor, lo que puede dar lugar a una publicidad negativa. Esta situación ha llevado a la Doctrina a cuestionarse acerca de si el grado de alea es lo normal del contrato o si el contrato de esponsorización es de naturaleza aleatoria.

Algunos consideran que se está ante un contrato de naturaleza aleatoria, pues una de las partes o ambas se obligan a una prestación incierta.

Para la mayoría, en la esponsorización no hay prestaciones inciertas. El espónsor se obliga a una ayuda económica y, a cambio, el esponsorizado se obliga a realizar una actividad haciendo conocer el signo o logotipo del espónsor.

²⁰ VEGA MERE, Yuri. *Consumidor y contratación moderna*, p.256.

4.5. Contrato conmutativo

Es un contrato conmutativo, ya que, desde el instante de su celebración, ambas partes conocen las obligaciones que les corresponden. A pesar de lo dicho, Max Arias-Schreiber establece una precisión importante. Según él, este contrato puede quedar expuesto, muchas veces, a los avatares de la actividad esponsorizada: «En efecto, la previsión, por parte del patrocinador, del beneficio que obtendrá del retorno publicitario habilitado por el auspiciado depende, en gran parte, de diversos elementos de juicio [...]».²¹

5. Elementos del contrato

5.1. Objeto del contrato

Teniendo en cuenta que la esponsorización se vincula con el campo publicitario, el objeto del contrato tendrá relación con la publicidad siempre que esta no sea ilícita. No se admitirá publicidad que atente contra la persona humana y, en general, aquella publicidad considerada como ilícita. Tal es el caso de la publicidad engañosa, desleal y subliminal.²² Del mismo modo, está prohibida la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, como en los casos del alcohol y del tabaco.

En cuanto a la normatividad que sanciona la competencia desleal, esta se encuentra en el decreto ley 26122, que considera en forma

²¹ ARIAS SCHREIBER, Max. *Op. cit.* p. 379.

²² Se entiende por publicidad engañosa aquella que induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Puede afectar su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Así mismo, según el artículo 4 de la ley 34/1988, es engañosa la publicidad que silencie los datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios. Por su parte, la publicidad desleal se refiere a aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca el descrédito, o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. La publicidad desleal se refiere a aquella que, por su contenido, forma de presentación o difusión, provoca el descrédito, o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades. Finalmente, la publicidad subliminal es aquella que, mediante técnicas de promoción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

enunciativa como desleales los actos destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, o aprovechar indebidamente la reputación ajena. Asimismo, se considera desleal en general cualquier acto que, por su naturaleza o finalidad, pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que se han mencionado anteriormente.

En relación con estos actos, la Resolución 245-1999/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa del Consumidor, conforme con lo establecido en el artículo 43 del decreto legislativo 807, declaró que constituye precedente de observancia obligatoria la aplicación del principio que se enuncia a continuación:

Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen un tipo de titularidad intangible que resulta asimilable al prestigio comercial (*goodwill*) y ante la clientela alcanzado por un determinado proveedor a través de la comercialización continuada de sus productos o servicios en el mercado, cuyo aprovechamiento indebido es sancionado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.²³

El aprovechamiento indebido de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro se sanciona, en el artículo 241 del Código Penal, con pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con 180 a 365 días de multa.

Por otro lado, como el objeto de este contrato es el apoyo a actividades culturales, artísticas y deportivas, se plantea la pregunta de si este apoyo es parte del objeto de una empresa comercial. Lo cierto es, señala Alegría,²⁴ que, en muchos sistemas jurídicos, es motivo de preocupación en los siguientes casos:

²³ La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del Artículo 7 del decreto ley 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazada deberá acreditar que cuenta con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate (resolución 245-1999/TDC-INDECOPI, expediente 045-1988-CCD. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia de fecha 16 de julio de 1999. Publicada en el Diario «El Peruano» del 29 de julio de 2000, p.191030).

²⁴ ALEGRÍA, Héctor. «Esponsorización o Mecenazgo». *Separata de las Revistas de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n.º 145/146, 1992.

- si cabe dentro del objeto de una sociedad comercial ocuparse de las ciencias, el arte, los deportes, la ecología, etc. y
- si esta clase de sujetos puede destinar sus fondos a liberalidades o actos a título gratuito.

En cuanto al desvío del objeto, expresa que cabrá razonar que la empresa no habrá abrazado objetos ajenos a los designados en sus instrumentos fundantes (estatutos, contratos sociales, etc.) por haber realizado actos de sponsorización. Se debe tratar de hacer una utilización racional y finalista de los fondos, precisamente destinados al fin para el que la empresa ha sido creada: la generación de utilidades.²⁵ No cabe confundir objeto social con los actos lícitos para su consecución.²⁶ Esta cuestión se resuelve con la utilización de criterios de razonabilidad, desde que, en efecto, la sponsorización está directamente vinculada con los actos societarios, pues se trata de un medio más de comunicación dentro de la estrategia de la empresa. Esta tiende, en definitiva, a mejorar o mantener su imagen social con el fin, precisamente, de que pueda realizar mejor los actos descritos en su objeto social y maximizar sus beneficios. En este sentido, tendría igual consideración que la publicidad tradicional o institucional.

El lo que se refiere a la segunda causa de preocupación, según Alegría, no se trata de liberalidades o actos gratuitos. Concluye en que el acto de sponsorización tiene un interés económico (directo o indirecto) para la empresa. Este hecho es fácilmente deducible, a su juicio, en el derecho argentino. Así, la legitimidad para la empresa (sociedad) es indudable.

Muchos estudiosos del fenómeno han abandonado la interpretación «caritativa», desprendida o de pura generosidad del mecenazgo a tal punto que la discreción de los nombres de los favorecedores fue interpretada sin sentido. En todo caso, se atribuye alguna finalidad al apoyo a manifestaciones culturales, casi siempre vinculadas con el reconocimiento público de la figura del mecenas o patrocinador.

²⁵ ALEGRÍA, Héctor. *Op.cit.* p. 8.

²⁶ Hay que tener presente el que el objeto de la sociedad es la actividad a la que puede dedicarse. El fin pretendido por los socios es la utilidad. ALEGRÍA, Héctor. *Op. cit.* p. 8.

5.2. Causa

En lo que se refiere a la causa esta es aplicable tanto a los contratos típicos como a los atípicos. En los primeros, el legislador hace un reconocimiento directo de su causa.; en los segundos, el reconocimiento es indirecto.

La causa se vincula con la finalidad del acto. Corresponde establecer cuál es el sentido del fin lícito y hacia dónde se orienta como requisito de validez. De ello, se extrae la consecuencia de que, en los contratos onerosos, la obligación de cada parte encuentra su causa en la obligación asumida por la contraparte.

En cuanto a la causa en el contrato de esponsorización, se considera que la obligación del patrocinador de compensar económicamente tiene su causa en la obligación del patrocinador de prestarse a la publicidad de aquel y viceversa.

Para Poletini,²⁷ estos contratos comparten la misma causa o función económica social: la de hacer publicidad de la actividad del espónsor. Esta se conoce, en el argot publicitario, como el retorno publicitario, por ser una publicidad que vuelve al espónsor mediante el éxito de una actividad que no es en sí publicitaria, que significa la unión, con fines comerciales, de la imagen y el nombre de ambas partes contratantes, y que se alza como la clave de la esponsorización.

Para otros autores, la causa de estos contratos es la liberalidad o la pura beneficencia. En este sentido, la causa objetiva es de ayuda aun cuando haya contraprestaciones más o menos equiparadas y cualquiera que sea la naturaleza jurídica del modo de ayuda o pago del patrocinador.

A pesar de que la esponsorización está unida al fin publicitario, reducir la causa exclusivamente a fines publicitarios tampoco resulta satisfactorio. Para López Menudo, considerando el carácter oneroso del contrato, es mejor hablar de causa para cada contratante, no de causa del contrato. Así, para el patrocinador, la causa es la prestación publicitaria del patrocinado y, para este, la causa del contrato es la aportación económica del espónsor.²⁸

²⁷ POLETTINI «Sponsorizzazione e buona fede contrattuale». *Il diritto industriale*, n.º 8, 1994, p. 803. Citado por UNZETA, Vicente. *Op. cit.* p.107.

²⁸ Citado por LANDABEREA UNZETA, José Antonio. *Op. cit.* p. 50.

5.3. Sujetos del Contrato

Entre los sujetos que intervienen en el contrato de esponsorización, se encuentran el patrocinador, que es la persona natural o jurídica por cuyo interés se realiza la publicidad, y el patrocinado, que es quien recibe la ayuda económica para la realización de una determinada actividad.

Puede suceder que el patrocinador comparta con otra firma la esponsorización.; esta modalidad da lugar al copatrocinio. Se trata de casos de concurrencia de varios patrocinadores que apoyan económicamente al patrocinado utilizando el mismo soporte publicitario. Este caso se puede apreciar en la camiseta de los tensitas, en la vestimenta de los automovilistas o en el automóvil de competencia, donde diversas firmas comparten un mismo espacio.

Para estos efectos, puede ocurrir que diversos patrocinios para un mismo sujeto se encuentren en un solo contrato o, por el contrario, que se trate de contratos independientes. En este último caso, puede presentarse una superposición de derechos y obligaciones a causa del desconocimiento de los diversos contratos por parte de los esponsoros.

En las relaciones entre el patrocinado y el patrocinador, pueden presentarse como intermediarios las denominadas agencia de esponsorización. Estas agencias, si bien pueden presentarse como agencias de publicidad, se han especializado en esta forma publicitaria. En este caso, quien abona la contraprestación económica es la agencia de publicidad en lugar de la empresa que se beneficia de la colaboración publicitaria. Dentro de este campo, se encuentran las denominadas agencias de deportes, nacidas en los Estados Unidos y relacionadas con el desarrollo de la publicidad en el deporte y con el asesoramiento a deportistas.

En principio, las agencias de publicidad fueron las primeras en tratar estos aspectos, vinculados con sus actividades. Posteriormente, surgen agencias especializadas en esponsorización. Entre ellas, se puede diferenciar a las que se dedican al asesoramiento y la estrategia, por un lado, y a las que se especializan en la administración del acontecimiento, por otro.

5.4. Consentimiento

El consentimiento de las partes es requisito indispensable para la celebración del contrato. Este requisito está relacionado con la capacidad

para otorgarlo. Dentro de esta capacidad, se encuentra la mayoría de edad. Tratándose de actividades deportivas, cuya práctica la realizan menores de edad que destacan como figuras individuales, se tendrá que tener presente la legislación aplicable en cuanto a la capacidad para contratar.²⁹

6. Obligaciones y derechos de las partes

6.1. Obligaciones de las partes

La obligación principal del espónsor es proporcionar una ayuda económica al esponsorizado. Este apoyo puede ser en dinero o en especie. Así, podría consistir, por ejemplo, en la entrega del material para el desarrollo de la actividad. Esta ayuda es materia de cuantificación y dependerá de diversos factores como la duración del contrato, y la existencia o no de exclusividad. Según la duración del contrato, la ayuda podrá hacerse a través de entregas parciales. De esta forma, disminuye el riesgo del espónsor en relación con circunstancias aleatorias.

Además de la cuantía y la forma de pago, puede pactarse el pago de una prima al patrocinado. Este pago estará en relación con el resultado altamente satisfactorio de la actividad para el espónsor. En este caso, el resultado supera las expectativas cifradas.

La principal obligación del patrocinado es colaborar con la publicidad del patrocinador. Para ello, puede utilizar la vestimenta y los

²⁹ Respecto de la capacidad legal para contratar, se alude a esta en el inciso 1 del artículo 1 del Código de Comercio que hace referencia, en términos generales, a la capacidad establecida por el Código Civil. El artículo 4 del Código de Comercio se refiere a tres situaciones: ser mayor de edad, ser menor legalmente emancipado y tener la libre disposición de los bienes. Conforme con las reglas del Código Civil, la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (artículo 42) y el menor podrá ser legalmente emancipado o emanciparse a partir de los dieciséis (artículo 44). En cuanto a la libre disposición de los bienes, supone la posibilidad de realizar, respecto de ellos, todos los actos permitidos por la ley, puesto que, en el ejercicio de la actividad comercial, puede comprometerse el destino de los bienes.

Por otro lado, cabe distinguir las dos clases de capacidad que se reconocen en Derecho: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Si bien los menores no emancipados y los incapacitados, en general, no tienen capacidad de ejercicio, sí tienen capacidad de goce por intermedio de sus representantes legales, sus padres, en ejercicio de la patria potestad (artículo 418 y 423 del Código Civil).

instrumentos de competición que le proporciona el espónsor, en los que se incluye el nombre comercial del patrocinador. Del mismo modo, puede incluir su nombre en los carteles o anuncios relacionados con el espectáculo.

La forma de la publicidad dependerá del tipo o clase de esponsorización. Así, si se trata de una esponsorización deportiva, el deportista se compromete a realizar la actividad deportiva que desarrolla y a llevar los símbolos o logos del espónsor, para que el público identifique su imagen con este. Cuando se trate de una esponsorización cultural, la obligación principal asumida por el esponsorizado es el resultado satisfactorio. En este caso, al igual que en el caso de la esponsorización deportiva, la finalidad es la publicidad de la imagen del espónsor.

La creación de la idea publicitaria es una labor que, habitualmente y salvo que se convenga lo contrario, atañe única y exclusivamente al patrocinador. Es él quien debe idear la fórmula de transmisión de la publicidad a través del patrocinado. Lo puede hacer por sí mismo o con la ayuda de una agenda de publicidad.

6.2. Derechos de las partes

Entre los derechos de espónsor, se encuentra el de dirigir y controlar la campaña de publicidad. En este sentido, en el caso de surgir responsabilidades derivadas de la publicidad como su rectificación o cesación, se dirigen contra el anunciante.

7. Esponsorización y figuras afines

Como se ha expresado, en el Perú, el contrato de esponsorización es de carácter atípico y no existe norma alguna que lo regule. Sin embargo, por tratarse de un contrato atípico, intervienen elementos que son partes de otros contratos tales como la construcción de obras (construcción de un pabellón o estadio), un contrato de cesión de derechos de la propiedad industrial (explotación de símbolos y emblemas del Club) o un contrato publicitario (explotación de la publicidad).

7.1. Subvención y donación

Debido a que la finalidad de la esponsorización es la ayuda económica, esta puede confundirse con contratos tales como la subvención y

la donación. En el caso de la esponsorización, igualmente, existe con una ayuda económica. Sin embargo, a diferencia de la subvención, el patrocinado se compromete a colaborar con la publicidad del patrocinador.

Además, en el caso de la subvención, hay un aporte para el beneficiario sin la obligación de restitución. Esta es otorgada por una entidad pública, mientras que, en la esponsorización, esta acción le corresponde a la actividad privada.

En cuanto a la donación, al igual que la esponsorización, es una forma de ayuda. Sin embargo, la característica de la donación es la ausencia de onerosidad; por lo tanto, constituye una liberalidad. En cambio, en la esponsorización, el patrocinador ayuda económicamente al patrocinado a cambio de su colaboración en la difusión publicitaria.

7.2. Contrato de *merchandising* deportivo

El *merchandising*, señala Vicente,³⁰ consiste en la concesión de una licencia para la fabricación, comercialización y distribución de productos de un determinado tipo, con el emblema, el logo, la imagen o cualquier otro signo del espónsor. En este caso, se trata de la explotación publicitaria de diferentes derechos como los símbolos y emblemas.

En el campo del deporte, comprender la venta de una serie de derechos que van desde la explotación de las instalaciones deportivas del club, de sus derechos televisivos, de los símbolos y de sus emblemas, hasta la explotación publicitaria de diversos derechos del club.

A este contrato se le denomina «*merchandising*» deportivo. A diferencia del contrato de esponsorización, el contenido de este no es fundamentalmente publicitario. Por otro lado, la contraprestación del club no es la de colaborar a cambio de la financiación económica en la publicidad de la entidad que le proporciona dicha financiación.

7.3. Esponsorización y *product placement*

Al *product placement* se le considera como una forma de publicidad oculta. Esta consideración se debe a que consiste en la muestra de un determinado producto en un espectáculo, en una película o en un

³⁰ VICENTA DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 46.

evento cultural sin que fácilmente sea reconocible, pues no se anuncia, sino que aparece como producto de consumo.

Hay autores que consideran al *product placement* como una forma más de sponsorización. Sin embargo, lo que distingue a ambas figuras es la capacidad para reconocer la publicidad, que, en el *product placement*, aparece como algo fortuito.³¹

7.4. Sponsorización y testimonial

Esta figura es ampliamente difundida en los Estados Unidos. Se trata de una persona conocida quien, a cambio de una retribución, hace declaraciones públicas sobre tal o cual producto, y deja entrever que lo utiliza.

7.5. Sponsorización y patrocinio publicitario

En lo que respecta al patrocinio publicitario, la Ley General de Publicidad de España incorpora el contrato de publicidad al contrato de patrocinio. En su artículo 24, lo define como «aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador».³²

Entre las diferencias que pueden apreciarse entre la sponsorización y el contrato de difusión publicitaria, se puede mencionar que, en el caso de la sponsorización, el sponsorizado se compromete a llevar a cabo su propia actividad con total independencia profesional sin recibir órdenes técnicas, mientras que, en el contrato de difusión publicitaria, el anunciante va a dirigir técnicamente la actividad publicitaria.

Por otro lado, en el contrato de publicidad, parte de este es la tarifa publicitaria. Dicha situación no se presenta en la sponsorización; en ella, el sponsorizado obtiene una remuneración en función de su capacidad personal de difundir el mensaje publicitario.

³¹ Tal podría ser el caso de una película acerca de un viaje en avión en la que aparezca el nombre de una compañía conocida o, al servirse una bebida, aparezca la marca y, en general, de cualquier producto de consumo.

³² Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE 15-11-1988, R.2273).

7.6. El contrato de esponsorización y la locación de servicios

Algunos tratan de calificar el contrato de esponsorización como un contrato de locación de servicios.³³ Así, se señala que, en la locación, la retribución se identifica con la ayuda del espónsor al esponsorizado. En cuanto al servicio, corresponde a una forma especial de mensaje publicitario. Sin embargo, el espónsor no arrienda un servicio en sí, sino que la finalidad del negocio se consigue a través del servicio que presta. Corresponde al esponsorizado asumir el compromiso publicitario de transmitir el nombre y distintivo del espónsor con su actividad.

Para Vicente,³⁴ el principal elemento para rechazar esta opción se encuentra en que el esponsorizado no es el mero prestador de un servicio, sino que se le brinda ayuda o financiamiento para realizar su actividad con la condición de dar a conocer a la sociedad el mensaje del espónsor.

7.7. El contrato de esponsorización cultural y el contrato de obra

Se ha tratado de considerar al contrato de esponsorización cultural como un contrato de obra y especialmente de ayuda con fines publicitarios para la rehabilitación del patrimonio cultural.

En este contrato, una de las partes se obliga a ejecutar una obra por cierto precio. Se identifica al espónsor con el comitente, ya que es quien financia total o parcialmente la obra a través de la entrega de una ayuda al esponsorizado. Él debe realizar dicha actividad por sí mismo o por medio de otro. El contratista asume, además de la realización de la obra, la obligación de dar a conocer, en la forma prevista, el nombre y la imagen de la empresa que proporcionó la ayuda para materializar la obra.

En consecuencia, en el contrato de obra, la ayuda se proporciona a cambio de una obra, mientras que, en la esponsorización, la ayuda se brinda a cambio de publicidad.

³³ El Código Civil define al contrato de locación de servicios de la siguiente manera: «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución».

³⁴ VICENTE DOMINGO, Elena. *Op. cit.* p. 89.

7.8. El contrato de esponsorización y la donación modal

La donación modal consiste en una subvención gratuita por parte del donante a cambio de la cual se recibe algo del donatario. Se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado. Un aspecto para definir la donación modal es el alcance de la contraprestación. Siempre que no se llegue a esa categoría, se estará frente a una donación modal.

El contrato de esponsorización tiene una naturaleza de carácter oneroso, aunque hay casos de patrocinios publicitarios dudosos. Este detalle lleva a que algunos califiquen este contrato como donación modal.

En ambos casos, hay ayuda y carga, aunque en el caso de la esponsorización se requiere que se divulgue la ayuda. Al donatario, en principio, no le corresponde esta divulgación; esta debe ser hecha por terceros.

La consecuencia del incumplimiento de la divulgación por parte del esponsorizado facultaría al espónsor a la resolución del contrato, y el resarcimiento de daños y perjuicios. A diferencia de este incumplimiento, en la donación, la consecuencia sería la revocación de la donación.

8. Cláusulas principales

Tratándose de un contrato atípico por no estar contemplado en la legislación, es necesario que las cláusulas detallen las obligaciones de las partes. Además de las cláusulas que corresponden a los contratos en general, hay ciertas cláusulas propias de estos contratos como las de no concurrencia, supremacía, prioridad, exclusividad, reducción de la contraprestación e incumplimiento.

8.1. Cláusula de no concurrencia

Este caso se presenta si no se suscribe ningún otro contrato de esponsorización. Esta prohibición puede ser total o parcial. Se dice que es total cuando el patrocinador prohíbe que el club o federación pueda asociar cualquier derecho suyo (carteles, eventos, indumentaria, etc.) a la imagen de otra empresa. El espónsor excluye así toda otra posibilidad de explotación publicitaria.

La admisión de la concurrencia de más patrocinadores da lugar al copatrocinio. Es habitual que el patrocinador, con el fin de preservar la eficacia de la publicidad programada, estipule una supremacía de su patrocinio sobre cualquier otro. La técnica más sencilla para verificar dicha supremacía es la determinación de espacios.

8.2. Cláusula de exclusividad

Esta cláusula tiene relación con la cláusula de no concurrencia. En este caso, se prohíbe al esponsorizado que celebre otros acuerdos de patrocinio publicitario con otras empresas mientras el contrato celebrado se encuentre vigente.

De la misma forma que la anterior, esta exclusividad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta si se tiene el compromiso de no celebrar ninguna clase de contrato; será relativa si se establece la limitación de no contratar con empresas que compiten contra el espónsor.

8.3. Cláusula de prioridad o preferencia

Mediante esta cláusula, al concluir el contrato, el espónsor tendrá preferencia en su renovación, siempre que las condiciones sean similares a aquellas ofrecidas por un tercero.

8.4. Cláusula de participación en ventas o beneficios

A través de esta cláusula, el esponsorizado asume la obligación de entregar al espónsor un porcentaje de los beneficios que se obtengan a través de la actividad patrocinada con la finalidad de que el espónsor recupere parte de su inversión. Esta cláusula suele ser habitual en un tipo específico de esponsorización como la cultural, ya que, una vez conseguida la rehabilitación de la obra o la celebración exitosa del concierto, se generan unos beneficios en los que el espónsor participa, como puede ser la venta de catálogos y de entradas.

Asimismo, el espónsor puede obtener lo que los ingleses denominan *credits and benefits*, tales como la entrega de las mejores entradas para la primera representación o el «paquete de hospitalidad» que el COOB'92 reservó a las empresas patrocinadoras.

8.5. Cláusula de resolución de controversias

En lo que concierne a la solución de controversias provenientes de la ejecución del contrato de esponsorización, lo usual es pactar el sometimiento al arbitraje. Para ello, es necesaria una cláusula arbitral que podrá aparecer en el contrato principal o en cualquier otro documento donde las partes expresen su voluntad de resolver las controversias en la vía arbitral.

8.6. Cláusula de distribución contractual de los riesgos

En este contrato, el riesgo natural es que el retorno publicitario no se produzca sin que sea culpa o negligencia del esponsorizado. Si bien el retorno de la publicidad es el fin primordial del contrato, la ayuda no queda condicionada a su logro.

En algunas oportunidades, el esponsorizado asume, contractualmente, el riesgo de la frustración del contrato por causas imprevisibles. En estos casos, está obligado a suscribir un seguro a su cargo que, en algunas compañías, se le conoce con el nombre de seguro de *sponsoring*.

8.7. Cláusula de extinción de las obligaciones

En esta cláusula, se pueden incluir como causas de la extinción de las obligaciones contraídas por las partes el incumplimiento de obligaciones como la falta del aporte comprometido por parte del espónsor, la ausencia de la difusión de la publicidad por parte del esponsorizado, la celebración de un contrato de esta naturaleza con un tercero a pesar de la existencia de la cláusula de exclusividad. También, pueden ser motivo de extinción de obligaciones, en el caso de los contratos de esponsorización deportiva, la suspensión de una competencia, la lesión de la figura publicitaria, una huelga de los deportistas, etc.

Las conductas indebidas imputables a cualquiera de las partes dará lugar a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El incumplimiento puede deberse, en el caso del espónsor, a la falta de entrega de los bienes o del dinero que se ha comprometido a entregar. En el caso del esponsorizado, lo constituye la no realización de su actividad, lo que impide que se lleve a cabo el fin publicitario.

Pueden presentarse situaciones de incumplimiento, en el caso de deportes colectivos, debido a que uno o varios de sus integrantes se

nieguen a exhibir el logo o marca del esponsorizador durante las prestaciones del equipo. Este aspecto adquiere especiales características si se trata de un equipo u organización en los que las personas, en forma individual, no tienen ningún vínculo con el esponsorizador. Se plantean, en consecuencia, los alcances de la responsabilidad del esponsorizado si uno de los miembros del equipo no utiliza la vestimenta con la publicidad que atañe al espónsor. Este también sería el caso del animador de un programa televisivo que no menciona el nombre del patrocinador o no exhibe su producto. Hay que tener presente que el esponsorizador ha pactado el retorno publicitario. Su interés es el resultado, al margen de si la publicidad es realizada por el organizador o las personas a quienes les dio el encargo.

8.8. Cláusula resolutoria expresa

Se trata de una cláusula en el caso de incumplimiento, por alguna de las partes, de sus obligaciones. Este incumplimiento da lugar a que la parte afectada pueda solicitar la resolución del contrato. A causa de la autonomía de voluntad de las partes, estas pueden acordar la resolución del contrato sin acudir a los tribunales.

En los contratos de esponsorización, este tipo de cláusulas son habituales, ya que facilitan la resolución del contrato y permiten al espónsor desligarse del mismo cuando el esponsorizado mantiene cierta clase de comportamientos que no solo son en sí mismos causa de frustración del contrato por incumplimiento, sino que también suelen ser la causa del perjuicio o del daño sufrido por el espónsor, quien soporta una publicidad negativa

Entre las causas de incumplimiento en el caso de esponsorizado, se puede deber a la inexistencia del retorno publicitario o a que no se alcancen las metas de publicidad previstas. Como ejemplo, se puede citar el caso de un equipo de fútbol que desciende a segunda división o que no se ubica entre los primeros puestos. Similar situación puede presentarse en la publicidad televisiva, cuando el *rating* del programa alcanza niveles muy bajos.

El incumplimiento puede presentarse, además, debido a una sanción de suspensión de la actividad deportiva o, en el caso de deportes individuales, por lesiones o enfermedades del deportista.

8.9. Cláusula de reparación de daño

El incumplimiento de las obligaciones de una de las partes trae como consecuencia la reparación de los daños causados. La determinación de la cuantía del daño, en particular del lucro cesante, responde a factores de difícil evaluación. En este sentido, se plantea hasta qué punto se ha afectado la actividad usual del esponsorizado por la falta de este apoyo. Igualmente, en lo que respecta al esponsorizador, se intenta precisar qué consecuencias tendría en la venta de sus productos la falta de la actividad del esponsorizado, la misma que impide la promoción de sus productos o imagen. En todo caso, sería de aplicación el artículo 1332 del Código Civil, según el cual «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

8.10. Cláusula penal

Considerando las dificultades de aplicación de criterios para la determinación de daños y perjuicios, la cláusula penal puede servir para remediar esta situación. En ella, se pacta el pago de una suma de dinero previamente determinada a cuenta de la determinación de los daños y perjuicios ocasionados.

9. Esponsorización deportiva

La Comisión Howell define la esponsorización deportiva como «el apoyo a un deporte, acontecimiento deportivo, organización deportiva o deportista, por parte de un organismo o persona externa al deporte para beneficio mutuo de ambas partes».

Debido a que la actividad deportiva en el mundo actual cuenta con patrocinios empresariales —entre ellos, el patrocinio de transmisión de espectáculos por televisión, la imagen de los deportistas destacados— da lugar a que pueda utilizarse como explotación comercial.

En el caso del deporte, determinadas actividades alcanzan una gran aceptación y se constituyen en un espectáculo de masas. Los clubes y sus integrantes individuales de destacada actuación gozan de una importante popularidad. Esta situación se presenta, igualmente, con aquellos que practican deportes individuales como el boxeo, el tenis el automovilismo, etc. De esta manera, se convierten en verdaderos per-

sonajes, circunstancia que determina que los aspectos relacionados con la esponsorización alcance una mayor resonancia en estos casos que en otras actividades.

En la esponsorización deportiva, se presentan casos en los que se involucra a varias partes como puede ser un grupo de auspiciantes y clubes, además de la federación o asociación deportiva. Así mismo, el espónsor puede obtener un doble beneficio publicitario. Así, en el caso de que el equipamiento proporcionado sea de fabricación de la empresa del espónsor, se promocionará el producto y la empresa.

La naturaleza de la esponsorización deportiva da lugar a aspectos particulares. Entre ellos, se encuentran la capacidad para contratar en relación con la edad, los riesgos del contrato, la utilización de la imagen, la objeción de conciencia publicitaria y el derecho a la personalidad.

En el contrato de esponsorización deportiva, el seguro adquiere una importancia particular si se tiene presente que este contrato se celebra considerando la figura del deportista. Por parte del espónsor, se requiere un aporte importante de dinero, bienes o ambos. Pueden presentarse problemas que no dependan de las partes tales como la lesión del deportista, la anulación de la competencia, la pérdida de la embarcación, etc. Estos imprevistos frustran el contrato sin que se haya podido cumplir con el objetivo publicitario.

Por otro lado, cuando se trata de deportistas y, en particular, de deportistas que practican deportes individuales, se requiere de profesionales que conozcan los aspectos financieros, comerciales y jurídicos de los negocios publicitarios. Esto ha dado lugar a la aparición de las agencias de esponsorización.

Se considera, en este caso, que la entidad patrocinada no está obligada a colaborar con la publicidad de la agencia, sino con la cesión de espacios o unidades de tiempo para la explotación publicitaria.

En lo concerniente a la capacidad para contratar, los deportistas, en muchos casos, son figuras destacadas sin haber alcanzado la mayoría de edad. Por ello, a menos que alcancen la edad para emanciparse y poder celebrar ellos mismo el contrato, requerirán de la intervención de representantes legales, aspecto que se menciona en el acápite 5c.

9.1. Esponsorización y derecho a la propia imagen

En lo que se refiere a la utilización de la imagen de los deportistas, se entiende que esta corresponde con su imagen comercial, es decir, a la relacionada con su actividad profesional.

Dentro de la legislación comparada, el artículo 18.1 de la Constitución española garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

Por su parte, la ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, en su artículo 7.6, considera introducción ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de materia análoga».

La sentencia del Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, del 3 de octubre de 1996, recuerda que el desarrollo del concepto de imagen es una construcción jurisprudencial. Se define a la imagen como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella, a efectos de protección civil por la ley orgánica del 05 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto y en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.

La utilización de la imagen del deportista requiere del consentimiento expreso de este. Un aspecto diferente es la reproducción de su imagen con fines informativos. Para ello, se no requiere de su consentimiento expreso y no da lugar a compensación económica.

Definida la necesidad de consentimiento expreso, el siguiente paso es la celebración de un convenio en el que se establezcan los beneficios económicos que le representará al deportista la explotación de su imagen.

Por otro lado, se plantea hasta qué punto los terceros pueden lucrarse con la imagen de un deportista sin su consentimiento y conformidad si se tiene presente que, jurídicamente, la imagen de la persona se integra dentro de sus bienes o derechos.

Para algunos, debido a que los clubes profesionales son propietarios del espectáculo, tienen el derecho a utilizar la imagen del deportista con la finalidad de obtener ingresos a través de la publicidad. Por su parte, los jugadores tienen el derecho de explotar su imagen

personal, excepto en los encuentros, entrenamientos o actos públicos del club, a menos se haya pactado de forma diferente.

En principio, señala Landaberea,³⁵ en la medida en que los contratos de sponsorización requieren de la utilización de la imagen de los deportistas, se necesita su consentimiento. Precisamente, el derecho a la imagen se contempla como aquel que no permite, sin el consentimiento de su titular, la fijación, reproducción, distribución o apropiación comercial de la imagen de la persona. En este sentido, es conveniente considerar las implicancias que puede tener para un club celebrar un contrato de sponsorización con publicidad en la camiseta del club sin consentimiento ni autorización del deportista. Esta situación se agrava si dicha publicidad atenta contra las creencias religiosas o de otra índole del deportista.

En consecuencia, para evitar problemas durante la ejecución del contrato, estos aspectos deberán estar debidamente establecidos en los contratos por celebrarse entre el club y el deportista. Por ejemplo, debe estipular la utilización de la vestimenta para fines comerciales, apariciones, utilización de logotipos, etc.

Se presenta una situación especial en la apropiación comercial de la imagen de los deportistas por parte de terceros como aquellas empresas que comercializan en cromos los nombres e imágenes de los deportistas. Si bien hoy día no existe ninguna duda en integrar la imagen de la persona dentro de los bienes o derechos de la personalidad, este asunto fue materia de fallos de tribunales de diversos países de Europa durante la década de los años setenta del siglo pasado. En España, se planteó la legitimidad de que terceros pudieran lucrar con la explotación publicitaria de la imagen de unos deportistas sin su consentimiento y conformidad. Este hecho sucedió cuando los Tribunales de Barcelona fallaron a favor de la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) y en contra de una empresa que comercializaba, en cromos, los nombres e imágenes de los futbolistas. Posteriormente, la Constitución española, en su artículo 18, reconoce que la imagen es un derecho de la personalidad. La ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo, de protección del honor, la intimidad personal y familiar, y de la propia imagen, va a considerar intromisión ilegítima «la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

³⁵ LANDABEREA UNZETA, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 72.

La obra de Fernando Igartua Arregui, *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*,³⁶ da múltiples ejemplos de apropiación comercial de la imagen de deportistas. Por ejemplo, se cita la sentencia (1979 GRUR 425) de un Tribunal alemán en la que se niega una indemnización al futbolista Frank Beckenbauer por el uso de su fotografía en la portada de un calendario de contenido futbolístico, por entenderse que prevalecía el propósito de diseminar información. Dicha sentencia tiene otro antecedente en la resolución de un Tribunal (Tull-Hardcr-1929) en el que se decidió que era lícita, en contra del criterio jurisprudencial español, la utilización de la imagen de un conocido futbolista en una colección de cromos.

En Francia, la jurisprudencia entiende que la publicación de fotografías de un futbolista, sin ningún artículo de fondo en una revista mensual como desplegable, tiene el objetivo de explotar financieramente al deportista (Tribunal de Gran Instancia de París, 30 de abril de 1986, asunto Platini). Sucedió lo mismo en el asunto Fignon, fallado por el Tribunal de Gran instancia de París el 4 de abril de 1970.

Cuando hay referencia a la explotación comercial de la imagen, esta comprende el nombre y apelativo, la voz, y la figura.

El deportista, señala Ricardo Frega,³⁷ puede explotar comercialmente su derecho de imagen bajo distintas formas:

- La explotación la efectúa en su propio nombre (por no haberla cedido a terceros).
- La explotación la realiza a través de una sociedad interpuesta. En esta forma, el deportista cede el derecho de explotación de su imagen a una tercera empresa. Esta, a su vez, cede esta explotación al propio club o entidad deportiva contratante del deportista profesional.

Landaberea Unzueta,³⁸ expresa que no deben confundirse los contratos de esponsorización deportiva sujetos al artículo 24 de la ley 34/1988 (Ley General de Publicidad de España), suscrito entre las

³⁶ IGARTUA ARREGUI, Fernando. *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*. Madrid: Tecnos, 1991. Citado por Landaberea U. Juan A. *Op. cit.*, p. 72.

³⁷ FREGA NAVIA, Ricardo. *Contrato de Trabajo Deportivo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad de Buenos Aires, p. 128, 1999.

³⁸ LANDABEREA UNZETA, Juan Antonio. *Op. cit.*, p. 155.

empresas comerciales y los clubes, con los contratos celebrados, no siempre laborales, entre estas entidades deportivas y sus deportistas. De esta manera, acuerdan la compensación económica por la utilización de la imagen de los deportistas para posibilitar la suscripción de los pertinentes contratos de esponsorización por parte de los clubes.

9.2. Objeción de conciencia

La objeción de conciencia es el rechazo a una ley o disposición que atenta contra lo que se considera como principios fundamentales de las personas.

En este sentido, existe la posibilidad de que el deportista, basándose en una objeción de conciencia, se niegue a prestar su imagen para la difusión publicitaria de entidades carentes de buena fama, o de ciertos productos como el tabaco o las bebidas alcohólicas.

En consecuencia, se plantea si es posible una objeción de conciencia por parte del deportista y si este puede negarse a anunciar publicitariamente una determinada firma comercial por razones de conciencia.

Desde un punto de vista de protección a los derechos de la personalidad, se puede concordar con el deportista en su rechazo a participar en el anuncio. Aquí habrá que distinguir entre dos circunstancias: si se trata de obligársele sin haber prestado su consentimiento, o si ha cedido los derechos de imagen contractualmente y se niegue a lucir una determinada publicidad.

El primer caso es claro: no podrá haber imposición. En el segundo, si ha prestado su consentimiento, habrá que determinar los alcances de dicho consentimiento, aunque quien ha convenido contractualmente a que se utilice su imagen es poco lo que tiene que argüir.

10. Protección al derecho de la utilización de la imagen del deportista en la legislación peruana

La actual Constitución Política de 1993, así como el Código Civil, reconocen el derecho a la imagen de la persona.

El artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a la voz y a la imagen propias. Por su parte, el Código Civil, en su artículo 15, expresa que la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella.

Esto significa que no puede existir presunción de autorización de utilización de la imagen. Este aspecto está determinado en el artículo 141 del Código Civil,³⁹ que dispone, en su segundo párrafo, que no puede considerarse la existencia de manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa, como sería el presente caso.⁴⁰

Con la finalidad de que lo dispuesto sea respetado, el Código Procesal Civil considera como una medida cautelar específica la medida innovativa. Esta medida puede ser dictada para la preservación y debido aprovechamiento de imagen o voz de una persona.⁴¹

En lo que se refiere a la legislación en materia de deporte, la ley 26566 regula el régimen laboral para los jugadores de fútbol, estableciendo las normas que rigen el contrato por celebrarse entre las partes, tales como el pacto sobre remuneraciones, premios por partido, seguro y demás conceptos retributivos, así como las causas de resolución del contrato acordes con la naturaleza del servicio.

Como se observa, se menciona «demás conceptos retributivos», acepción bastante amplia que no limita lo que vendría a ser el objeto principal del contrato: las remuneraciones y premios por partido.

Por otro lado, el artículo 7 inciso b, concordante con lo expuesto, considera que el deportista tiene derecho a los beneficios pactados en

³⁹ El mencionado artículo fue modificado por la ley 27291 de 24 de junio de 2000. Texto según modificatoria.

⁴⁰ Se puede mencionar la siguiente jurisprudencia en lo que respecta a la manifestación expresa: [El artículo 141° del Código Civil] señala, en forma inequívoca, que no puede considerarse que existe manifestación tácita [de autorización para utilizar la imagen y voz de una persona,] cuando la ley exige la declaración expresa, [no siendo [...] de aplicación tampoco las excepciones contenidas en el segundo párrafo del [...] artículo 15° [del Código Civil], en razón a que las publicaciones en referencia no constituyen hechos de importancia pública o general puesto que se han realizado con fines publicitarios y lucrativos.

Casación. N.° 2162.97.Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Lima, 18 de junio de 1998. (Diario «El Peruano», 19 de septiembre de 1998, págs. 1607-1608).

⁴¹ Código Procesal Civil:

Artículo 682.- Medida innovativa.- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

Artículo 686.- Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

el contrato y especialmente a «explotación comercial de su imagen y/o participar en la que el club haga de la misma».

En este sentido, se reconoce el derecho a que el deportista explote su imagen. Esto supone la posibilidad de que lo haga en forma personal o que sea el club quien la explote. El deportista tiene derecho a participar en los beneficios que, por este concepto, el club pueda obtener.

En lo que se refiere a la explotación en forma personal de la imagen, hay ciertos límites. Por ejemplo, la publicidad que promueva no podrá ir en contra de los intereses del club que lo ha contratado o en deterioro de su imagen. En principio, no se requiere ninguna autorización del club para que el deportista explote su imagen.

Tratándose de que el club sea quien explote su imagen, deberán ser materia de precisión los beneficios que le corresponderían al deportista. De otra manera, el club se expondría a los reclamos que el deportista le pueda formular.

Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje

Fernando Vidal Ramírez

TRABÉ AMISTAD CON JORGE AVENDAÑO, en 1966, cuando él era Decano de la Facultad de Derecho y yo, profesor en la de San Marcos, fui invitado para incorporarme como Profesor de «Derecho Civil» en el claustro de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Desde entonces, nos ha vinculado el ejercicio de la docencia, el de nuestra profesión y el desempeño de algunas tareas comunes, habiendo, ambos, asumido el Decanato del Colegio de Abogados de Lima y, en la actualidad, compartimos la tarea de la supervisión deontológica de los miembros de la Orden.

Sin embargo, conocí a Jorge Avendaño varios años antes, si mal no recuerdo en 1947, cuando, como fotógrafo aficionado, Jorge asistía a los partidos de fútbol en el viejo Estadio Nacional. Eran los tiempos en los que circulaban como revistas deportivas *Sport* y *Equipo* y alguna de ellas, presumo, publicaba las fotografías de Jorge. Una tarde, en uno de los partidos jugados en el antiguo Estadio se produjo una gran pelea entre los jugadores y Jorge, en su afán de plasmarla fotográficamente, se acercó tanto que fue alcanzado por un golpe en la cara que le produjo una efusión sanguínea con la que hizo noticia.

Pasados los años, mi reencuentro con Jorge fue en los viejos corredores de la Casa de Riva-Agüero, iniciándose la amistad que motiva mi colaboración en este *liber amicorum*.

1. Premisa

El arbitraje es un hecho cultural y, por eso, es imprescindible atender a su evolución histórica, pues, a la luz de su origen y evolución, así como de los antecedentes con los que quedó insertado en nuestro ordenamiento jurídico, se le puede comprender mejor en su función y en su proyección.

2. Origen y evolución

El arbitraje, del que puede decirse que ha existido desde la más remota antigüedad, se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizar su vida y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos. Es, entonces, que en aquellas organizaciones sociales anteriores a la formación del Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales, se confía en el anciano, en el sacerdote o en el poderoso la función de arbitrar el conflicto de intereses para solucionarlo, comprometiéndose los interesados a aceptar su decisión. Por ello, puede afirmarse, sin duda alguna, que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que, en su origen, no constituyó una alternativa sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal.

El carácter rudimentario del arbitraje se mantuvo por largos siglos hasta asomarse en el Derecho Romano e iniciar su perfilamiento como institución jurídica.

Los romanistas le atribuyen al arbitraje una aparición remota en Roma y consideran que las antiguas legis *actiones* tuvieron sus lejanas raíces en una praxis arbitral privada entre romanos y extranjeros y también entre cives, que, incluso, modeló el procedimiento formulario¹. Así, pues, se da noticia del arbitraje desde la época que los romanistas denominan clásica, que va desde la fundación de Roma hasta los inicios del Imperio. Iglesias² exponiendo el régimen procesal de la época clásica hace referencia al arbitraje como una función juzgadora, un *iudicium*, ajena a un *imperium* magistratual y basada

¹MATTEO MARRONE. Sobre el Arbitraje Privado en la Experiencia Jurídica Romana, en Roma e América. *Diritto Romano Comune*. Rivista de Diritto Dell'Integrazione e Unificazione in Europa e America Latina, p. 57 y ss.

² Derecho Romano. *Instituciones de Derecho Privado*, p. 200 y 201.

únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, un compromisium, en virtud del cual acordaban someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o arbiter.

La función del arbiter llegó a incorporarse en la organización judicial de Roma, la cual planteó una diferenciación entre los magistrados y los jueces. Las funciones de ambos fueron distintas según los periodos que caracterizan a la historia de Roma. Los magistrados estaban dotados de imperium y ejercían la iurisdictio en representación del poder soberano del Estado romano y eran quienes daban acogida o denegaban las alegaciones de las partes, permitiendo o no el entablamiento del proceso, pues su misión estribaba en instruirlo y en formalizarlo. A los jueces les competía dictar la correspondiente sentencia y sus funciones las ejercían de manera permanente o bien de manera particular en cada caso, en el que al dictar la sentencia, su función quedaba concluida. Estos últimos, que eran los arbiter, asumían la iurisdictio por delegación,³ y eran nombrados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por el magistrado para cada litigio.

El arbiter estaba considerado, pues, entre los jueces no permanentes. Esto es, entre los nombrados para cada caso y era un juez con amplia discrecionalidad, tanto para la apreciación de los hechos como para declarar el derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, ya que resolvía sobre la base de la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieran estipulado en el compromissum, según apunta Petit.⁴

Al producirse la penetración del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos de la Europa Medieval, su recepción se orientó a la regulación de las relaciones jurídicas entre particulares, pues en lo relativo a la organización del Estado y de las instituciones públicas, no tuvo similar acogimiento, pues no se recepcionó la organización judicial de Roma.

El arbitraje fue desvaneciendo su importancia en la medida en que los pueblos fueron convirtiéndose en naciones y se organizaba el Estado que asumió la función de administrar justicia. De este modo, se confirió a los árbitros, a lo sumo, el rol de simples conciliadores.

Sin embargo, en los pueblos de la Península Ibérica, particularmente en Castilla, el Derecho Romano, yuxtapuesto a su *Ius Propium*,

³ *Tratado Elemental de Derecho Romano*, p. 614.

⁴ *Ibid*, p. 615.

dio lugar a la recepción de la figura del *arbitrator*. En el *Fuero Juzgo*, se reconocieron como jueces a los que nombraran las partes de común acuerdo, lo que fue continuado en *El Espéculo* y en *Las Partidas*, en las que se hizo referencia a los árbitros con el advocativo de jueces *avenidores*, los que eran escogidos por las partes para resolver sus contiendas, distinguiéndolos en árbitros *arbitradores* y en *amigables componedores*.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI trajo como resultado la organización de la administración de justicia y una función jurisdiccional garantizada por el mismo Estado, aun cuando para algunos historiadores la Revolución Francesa favoreció y alentó el arbitraje pese a la concepción tricotómica que proyectaron sus ideólogos desde fines del siglo XVIII.

En los albores del siglo XIX, tanto la codificación civil como la comercial, de gran influencia desde la Francia napoleónica, soslayaron el arbitraje, como también lo haría la codificación posterior. Solo en España, con los antecedentes anteriormente señalados, la Constitución Política de la Monarquía, aprobada en las Cortes de Cádiz de 1812, proclamó el derecho a determinar las diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes y, posteriormente, acogió el arbitraje en su codificación para el procesamiento civil, la misma que sirvió de fuente a la codificación de la materia procesal en el Perú.

En realidad, históricamente, el arbitraje nunca perdió su vigencia como medio de solución de controversias, sino que pasó a un plano estrictamente privado, en el que el Estado delegaba la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran. De este modo, el arbitraje fue llevado, fundamentalmente, a la solución de controversias de naturaleza comercial.

El arbitraje ha mantenido siempre su función y fue provocando el interés de los Estados por la ejecutabilidad de los laudos, no solo expresada en su legislación interna sino también en tratados internacionales. Así, en lo que a nuestro Continente se refiere, pueden citarse el Tratado de Derecho Procesal Internacional celebrado en Montevideo en 1899, que estableció los requisitos y formalidades para la ejecución de los laudos arbitrales en territorio distinto al del Estado en el que habían sido dictados.

El arbitraje llegó al siglo XX como respuesta a los requerimientos de la actividad comercial que, por sus características, hacía indispensable la más pronta solución a sus controversias y que se aceptara la

validez de los laudos y su ejecutabilidad con un tratamiento similar al de la sentencia judicial.

El arbitraje atrajo, además, la atención de los Estados como medio idóneo para la solución de sus conflictos. La Convención de La Haya de 1899 sentó las bases del arbitraje internacional y su complemento de 1907 precisó que tenía por objeto resolver los litigios entre los Estados mediante jueces por ellos elegidos.

Ya avanzado el siglo XX, en lo que a nuestro Continente se refiere, el arbitraje continuó recibiendo la atención de los Estados. La Convención de La Habana de 1928, también conocida como Código Bustamante, puso nuevamente de actualidad la necesidad de preservar la ejecución de los laudos arbitrales, lo que se puso de manifiesto nuevamente con el Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito el 19 de marzo de 1940.

El arbitraje, por lo demás, concitó el interés de la Organización de las Naciones Unidas que, para el reconocimiento y ejecución de los laudos, aprobó la denominada Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 y, en 1966, creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, también conocida como UNCITRAL (*United Nations Commission International Trade Law*), lo que dio un decidido apoyo a la solución arbitral al promover y alentar el arbitraje como medio idóneo y eficiente para la solución de los conflictos de intereses privados mediante la Ley Modelo aprobada el 21 de junio de 1985, inspiradora de la legislación sobre arbitraje dictada en nuestro país.

Adicionalmente, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) vienen prestando atención a la promoción del arbitraje, sobre todo, en la Convención de Panamá del 30 de enero de 1975 y en la de Montevideo del 8 de mayo de 1979.

El arbitraje ha sido también concebido como un medio coadyuvante a la integración regional o subregional, como viene ocurriendo en el MERCOSUR y como es de esperar que ocurra en la Comunidad Andina.

En la actualidad, el arbitraje ha tomado auge y se ha difundido universalmente, no solo a través de las instituciones que lo organizan sino, además, por quienes recurren a él como instrumento para la pronta solución de sus litigios.

3. Su incorporación en la legislación peruana

La Legislación Peruana entroncada a la española, salvo la influencia del Código Napoleón en nuestra codificación civil del siglo XIX, toma el modelo del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de España e introduce el arbitraje mediante el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil promulgado en 1851, con el que distingue a los jueces árbitros o de jure de los árbitros arbitradores o amigables componedores y regula el procedimiento ante unos y otros.

El sistema procesal entonces adoptado mantuvo el sistema escrito imperante desde la época colonial y que la metrópoli española había receptado del Derecho Romano, basándose en la máxima *quod non est in actis non est in mundo*, que ha continuado hasta nuestros días y caracteriza tanto al proceso judicial como al arbitral.

El arbitraje, continuando la tradición española remontada a Las Partidas, desde los albores republicanos tuvo ya asiento en nuestro ordenamiento jurídico, pues la Constitución Política de 1839, que tuvo vigencia hasta la de 1856, preceptuó en su artículo 164, como garantía individual, que «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».⁵

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, continuando la tradición española de legislar sobre el arbitraje como institución procesal, lo legisló como Juicio Arbitral (artículo 548 a 582). Este último se originaba en la denominada cláusula compromisoria y se concretaba en el compromiso (Infra 16). El juicio arbitral, que era único para los árbitros fueran de derecho o amigables componedores, podía ser entablado solo si las partes estaban vinculadas por el compromiso. Como puede inferirse, el juicio arbitral estaba marcadamente judicializado y la actuación de los árbitros sumamente regulada. Solo si el compromiso no había previsto las normas de procedimiento, les podían fijar los árbitros y, contra lo que resolvieran, se podían interponer los mismos recursos que ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, salvo que las partes los hubiesen renunciado en el compromiso, renuncia que no obstaba para interponer recurso de apelación y recurso de nulidad por las causales taxativamente establecidas. Estas últimas podían invocarse también ante los árbitros que actuaban como amigables componedores.

⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Walter GUTIÉRREZ CAMACHO. *Las Constituciones del Perú*, p. 261.

La función arbitral, bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles, no tuvo mayor difusión ni significó una alternativa viable frente a la jurisdicción ordinaria.

La Constitución Política de 1979, cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1980, le dio el gran espaldarazo al arbitraje al reconocerlo como función jurisdiccional. Su artículo 233, inciso 1, al proclamar las garantías de la administración de justicia y al declarar la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, le dio este carácter a la función arbitral. Es a partir de entonces que el arbitraje comienza a difundirse en nuestro medio hasta tomar el auge que ha alcanzado en nuestros días.

El Código Civil vigente, promulgado el 24 de julio de 1984 y en vigor desde el 14 de noviembre de ese mismo año, mantuvo el juicio arbitral regulado por el Código de Procedimientos Civiles, pero lo modificó en los aspectos atinentes a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, que consideró como contratos nominados y dándoles la conceptualización de fuentes de obligaciones (artículos 1906 a 1922). De este modo, el Código Civil sustrajo del Código de Procedimientos Civiles los aspectos sustantivos o materiales del arbitraje, hasta entonces legislados como materia procesal, aunque, con la finalidad de coadyuvar al desarrollo de la función arbitral y facilitar la ejecutabilidad de los laudos emitidos en el extranjero, introdujo disposiciones para su reconocimiento y ejecución en el articulado que da cabida a las normas de conexión en materia de Derecho Internacional Privado (artículos 2102 a 2111).

El articulado del Código Civil fue un primer intento por darle a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral un tratamiento sistemático y, por eso, no legisló sobre los aspectos procesales del arbitraje y mantuvo las normas de procedimiento del Código de Procedimientos Civiles de 1912. Por ello, la reforma de este último, introducida para modernizar el proceso civil, trajo como consecuencia que el proyecto de Código Procesal Civil aprobado mediante decreto legislativo 968, promulgado el 29 de febrero de 1992 y con una *vacatio legis* hasta el 1 de enero de 1993, introdujera una reforma del juicio arbitral y al derogarlo, desarrollara con amplitud una nueva normativa bajo la denominación de Justicia Arbitral.

Pero, además, el proyecto de Código Procesal Civil planteó modificaciones al articulado del Código Civil, por lo que eliminó la cláusula compromisoria y varió el *nomen iuris* del compromiso, al que pasó a

denominar simplemente como convenio arbitral (Infra 16), así como sobre otros aspectos que no son del caso tratar ahora.

El proyecto de Código Procesal Civil, adicionalmente, planteó una innovación al diferenciar el arbitraje nacional del arbitraje internacional (Infra 10), por lo que dedicó a cada uno su propia normativa.

En lo que respecta a los aspectos procesales del arbitraje, el proyecto de Código Procesal Civil derogaba el Código de Procedimientos Civiles, con lo cual, obviamente, derogaba también las normas del juicio arbitral. Si a estas las hemos calificado de judicializadas, las que planteaba introducir el proyecto de Código Procesal Civil merecía esa misma calificación, inclusive, en mayor grado.

Mediante decreto ley 25935, promulgado el 9 de diciembre de 1992 como Ley General de Arbitraje, se derogaron tanto las disposiciones del Código Civil como las del proyecto de Código Procesal Civil, cuya vigencia estaba diferida hasta el 1 de enero de 1993 y fue posteriormente prorrogada hasta el 28 de julio de 1993, en que inició su vigor. De este modo, las modificaciones introducidas al Código Civil y la derogación del juicio arbitral prevista en el Código de Procedimientos Civiles y que vendrían a sustituirlas, nunca alcanzaron vigencia y el arbitraje quedó sometido exclusivamente a las normas del decreto ley 25935, que derogaron a las del Código Civil e impidieron el vigor de las del proyecto de Código Procesal Civil. El decreto ley 25935 mantuvo la diferenciación de arbitraje nacional y arbitraje internacional, por lo que los normó separadamente.

La coyuntura política generada por la disolución del Congreso de la República en abril de 1992 trajo como consecuencia que el Poder Ejecutivo asumiera la labor legislativa mediante decretos leyes, como el ya acotado decreto ley 25935, y que, además, con la finalidad de legitimarse, dotara al país de una nueva Constitución Política que, como la de 1979, reconociera el carácter jurisdiccional del arbitraje en el inciso 1 de su artículo 139.

El arbitraje, en la actualidad, está legislado por la ley 26572 que se inspira en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNEDMI), aprobada por la Resolución 40/72 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1985.

La vigente ley 26572 vino a derogar al decreto ley 25935 y está en vigor desde el 6 de enero de 1996 como Ley General de Arbitraje, por lo que se constituye en el único instrumento normativo del arbitraje, pues con tal finalidad introdujo modificaciones en el Código Civil y también en el Código Procesal Civil en relación con la ejecución de los

laudos dictados en procesos arbitrales tramitados en el país y en el extranjero. Salvo en sus disposiciones imperativas, su rol es supletorio respecto de la voluntad de las partes.

Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos

Víctor Ferro Delgado

JORGE AVENDAÑO se ha caracterizado no solo por ser un jurista de relevante significación en nuestro medio, sino, también, por haber demostrado una preocupación constante por los temas que atañen al devenir nacional. Así, su opinión es requerida y respetada en asuntos que tienen relación con nuestras preocupaciones fundamentales como país. Uno de esos temas está referido a las próximas negociaciones que el Perú debe iniciar para la firma de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos. Guardo plena convicción de que, en esta materia, como en tantas otras, Jorge nos orientará con su ilustrada opinión, la cual contribuirá, una vez más, positivamente, con el debate nacional.

1. Introducción

Entre el 9 y el 11 de diciembre de 1994, se llevó a cabo, en Miami, la denominada Cumbre de las Américas, en la que 34 países acordaron unir esfuerzos para crear un área de libre comercio de las Américas. El año era propicio, pues, el primero de enero de 1994, se habían cumplido 10 años de vigencia del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (North America Free Trade Agreement, NAFTA) celebrado entre México, Estados Unidos y Canadá. Este Tratado constituyó un

paso significativo en el ideal de materializar la unificación del mercado americano.

Las negociaciones previas habían mostrado la voluntad política de las partes involucradas de cerrar el siglo XX con un modelo de acuerdo que pudiese ser adoptado por los países participantes y que hiciera factible que las negociaciones relativas a dicho acuerdo se completaran antes del año 2005. La Declaración de las Américas de 1994, además de hacer un llamado para lograr la integración regional, económica y comercial del continente, destacó un tema central en la negociación de este acuerdo: la marcada diferencia económica y social entre los países participantes.

A diferencia del esfuerzo de integración europeo, en América, la sustancial brecha tecnológica y económica existente entre los países que la componen presagiaba grandes dificultades en la negociación de los respectivos acuerdos.

No obstante, el proceso ha tenido consecuencias de gran relevancia. Chile, demostrando una vez más claridad en sus objetivos nacionales, arribó a un Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos. De este modo, se convirtió en el primer país de América Central y del Sur que se incorporaba al nuevo esquema comercial. El acuerdo fue celebrado el 7 de junio de 2003 y contó con el apoyo explícito de los sectores empresariales y laborales de dicho país.

De la misma forma, en el área centroamericana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua celebraron, el pasado 17 de diciembre de 2003, un TLC semejante con los Estados Unidos, llamado CAFTA (Central America Free Trade Agreement), mientras que Costa Rica se incorporó a este Tratado el 25 de enero de 2004.

Paralelamente, con ese mismo objetivo, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Panamá se aprestan a iniciar negociaciones bilaterales con los Estados Unidos. Estos preparativos han generado naturales expectativas sobre los beneficios que dichos países pueden esperar del tratado.

2. Antecedentes

Conviene ubicar, en sus reales dimensiones, el impacto que estos tratados pueden tener en las economías de los países involucrados, como una forma de sopesar, en su justo alcance, los compromisos que pueden surgir de ellos. Por un lado, es previsible que se genere un incre-

mento paulatino, pero significativo, en el comercio entre los respectivos Estados. Por otro, no puede esperarse que, en el corto o mediano plazo, ello tenga un efecto ostensible en los niveles de bienestar general de la población.

En los Estados Unidos, las preocupaciones generadas por el NAFTA se centraron en una probable pérdida masiva de empleos a causa de que algunas industrias podrían optar por trasladarse a México. Por su parte, los mexicanos temían tanto a la competencia a la que quedarían expuestas pequeñas empresas, que no estarían en capacidad de competir con los productos importados, como al efecto que tendrían los inminentes procesos de privatización de empresas públicas y su consiguiente cadena de procesos de racionalización de los puestos de trabajo.

Al respecto, si bien algunas empresas pueden sufrir las consecuencias de la competencia con productos importados, no puede ignorarse que estos procesos desarrollan nuevas actividades de las que, por ejemplo, da cuenta el notable incremento de las exportaciones mexicanas a los Estados Unidos al amparo de las ventajas comerciales previstas por el Tratado.

Sin embargo, es claro que el efecto que un TLC tiene sobre las grandes cifras del desempleo y el subempleo en un país subdesarrollado es muy modesto, tanto como su repercusión sobre los sectores más vulnerables de la población. En rigor, los tratados de libre comercio son una oportunidad, no una garantía, para que determinados indicadores de la economía nacional puedan mejorar. Esta posibilidad, de por sí, ya constituye mérito suficiente para persistir en el empeño. Sin embargo, ciertamente, se requiere mucho más que un tratado de libre comercio con los Estados Unidos para vencer al subdesarrollo. Las facilidades y garantías para la inversión privada, la dirección de las políticas de gobierno en el largo plazo, la estabilidad jurídica, la institucionalidad del país, el nivel de educación y formación tecnológica de su población, el control de la corrupción, y una administración de justicia predecible y eficiente son factores cuya relevancia tiende a ser significativamente superior que la del ingreso al mercado norteamericano de productos desgravados en los que contemos con ciertas ventajas comparativas.¹

¹BANCO MUNDIAL. «Lessons from Nafta for Latin America and the Caribbean Countries: a Summary of Research Findings» (comunicado de prensa). En <www.sice.oas.org> (consulta hecha el 17/12/03).

Tampoco puede obviarse la incidencia que tienen el comportamiento general de la economía nacional e internacional, y sus cíclicos procesos de expansión y recesión sobre los indicadores económicos. Así, el impacto que estos fenómenos tienen sobre el bienestar de la población tiende a ser mayor que los efectos de determinadas ventajas comerciales y arancelarias. Por ello, podría no ser justa la crítica de algunos sectores en México que le imputan al Tratado no haber revertido las cifras que evidencian que México continúa siendo un país en el que vastos sectores de sus ciudadanos se mantienen percibiendo ingresos que los ubican dentro de los linderos de la pobreza. Por ello, conviene fijar los términos de la discusión en dimensiones en las que las expectativas sean coherentes con nuestras reales posibilidades como país.

3. El marco laboral

Un factor que ha generado controversia en los procesos de integración, al margen de la desigualdad entre las respectivas economías (lo que generaría una marcada dependencia económica),² son los condicionamientos derivados de las cláusulas laborales de estos tratados. Estas cláusulas establecen determinadas condiciones aplicables al régimen laboral vigente en el respectivo país. Al margen de consideraciones vinculadas con la soberanía, se plantea que dichas cláusulas imponen, básicamente, una forma de proteccionismo encubierto por parte de los países desarrollados. Mediante estas, se pretende evitar que los bajos niveles de ingresos de los países subdesarrollados se conviertan en un factor que haga más competitivos sus productos.³ Así, al exigírseles estándares laborales más altos bajo el argumento de estar promoviendo los derechos humanos, lo que se busca es brindar una coartada al proteccionismo comercial y desvirtuar los alcances de un tratado de libre comercio.

Tradicionalmente, los países latinoamericanos se han opuesto a vincular comercio internacional con derechos laborales. Esta postura

² SALCEDO, Danilo. «El TLC con los Estados Unidos: ¿Chile, Socio Pleno o Dependiente?». En <www.ecoport.net>. (consulta hecha el 04/01/03).

³ HUMAN RIGHTS WATCH BRIEFING PAPER. «Labor Rights and Trade: Guidance for the United States in Trade Accord Negotiations». En <www.globalpolicy.org> (consulta hecha en 30/10/20).

parte del concepto de que contamos con una ventaja comparativa derivada de los bajos salarios que imperan en nuestros países. No obstante, esa tesis lleva implícita la idea de que, en la afortunada expresión acuñada por Adrian Goldin, nuestras sociedades corren el riesgo de participar en un campeonato mundial de la desregulación. De esta manera, el país que introduzca menores niveles de protección a sus trabajadores se encontrará en mejores condiciones para competir en el comercio internacional. A los países latinoamericanos esa tesis los coloca en posiciones difícilmente sostenibles. Nuestra tradición jurídica en materia laboral ha sido heredada de Europa y, por ende, es proclive a un profuso reconocimiento de derechos laborales. Ello nos coloca en una notable desventaja en comparación con los países asiáticos, particularmente con China, donde los derechos laborales elementales no tienen mayor vigencia. Ahí, la libre sindicación o la negociación colectiva son instituciones con escasa presencia. Por lo tanto, pretender competir en materia laboral con las condiciones laborales vigentes en China es una batalla perdida, a pesar de ser nuestro competidor comercial en diferentes productos, especialmente textiles. A este respecto, y con efectividad al 1 de enero de 2005, las confecciones provenientes de China, Singapur, Korea, Taiwán y otros países asiáticos ingresarán sin límite de cuotas al mercado estadounidense. Debe tenerse presente que las preferencias arancelarias concedidas al Perú como resultado del acuerdo denominado ATPDEA (Acuerdo de Preferencias Arancelarias) permitieron un incremento de las exportaciones textiles del 21.54% durante el año 2003. Este dato permite apreciar el impacto que dichas preferencias generan en nuestra producción textil y el efecto que, en su competitividad, pueden tener las exportaciones asiáticas de menores precios.

Por ello, en lugar de pretender ubicarnos en los estándares laborales vigentes en el Asia (previsiblemente inviables en nuestro contexto), tiene más sentido, para nuestros intereses, propiciar que, en los países asiáticos, resulten plenamente exigibles los derechos previstos en la Declaración de la OIT, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

Como se sabe, la Declaración OIT alude a un elenco de derechos contenidos en determinados convenios de dicha organización, que por su relevancia y por el solo hecho de ser miembro de la OIT resultan de ineludible cumplimiento por el respectivo Estado, con prescindencia de que los convenios aplicables hayan sido ratificados, a saber: (i) el derecho de asociación y a la negociación colectiva, (ii) la elimina-

ción del trabajo forzoso, (iii) la abolición del trabajo infantil; y, (iv) la eliminación de la discriminación en el lugar de trabajo.

Ahora bien, cuestionar la consagración efectiva de estos derechos en nuestro ordenamiento porque pueden restar competitividad a determinados productos, equivale a pretender competir gracias a mano de obra barata infantil o a plantear que la discriminación es aceptable en las relaciones de trabajo. Por este motivo, la inclusión de los referidos derechos fundamentales en los tratados de libre comercio no solo resulta una exigencia razonable, sino que pasa a ser un imperativo ético en las relaciones entre los países. El intercambio comercial no puede ignorar si los respectivos productos han sido elaborados ignorando los derechos humanos de los respectivos trabajadores.

Por ello, la creciente presencia que los derechos laborales muestran en el marco de las relaciones comerciales no debe verse como una forma de nuevo proteccionismo. Por el contrario, deben valorarse como el fruto de la evolución de un consenso internacional respecto de la primacía de ciertos derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de trabajo, que no pueden ser soslayados por ningún Estado que pretenda beneficiarse de un comercio internacional más fluido y ventajoso.

Debido a que dicho objetivo no se limita a una mera declaración de buenos deseos, un tema adicional en esta materia está referido a la elaboración de medidas coercitivas en caso de incumplimiento a las obligaciones contraídas. La opción preferente consiste en la imposición de penalidades luego de que, agotadas las vías de entendimiento, un órgano independiente corrobore la infracción.⁴

4. Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA)

El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, en vigencia desde el primero de enero de 1994, prescribe, como parte de sus acuerdos centrales, la eliminación gradual de las restricciones al comercio y a la inversión. Además, regula temas específicos en materia laboral y de protección del medio ambiente a través de normas tales como las siguientes:

⁴ BANCO MUNDIAL. «Lessons from Nafta for Latin America and the Caribbean Countries: a Summary of Research Findings» (comunicado de prensa). En <www.sice.oas.org> (consulta hecha el 17/12/03).

- eliminar las barreras arancelarias para bienes provenientes de Norteamérica, incluidas las barreras técnicas para el comercio;
- brindar las facilidades para que los Gobiernos de los países participantes negocien con las empresas de cualquiera de los tres países;
- eliminar restricciones a la inversión extranjera;
- eliminar restricciones comerciales impuestas a las empresas de servicios, incluyendo empresas de servicios financieros;
- establecer normas que impidan la formación de monopolios utilizados por gobiernos o empresas estatales;
- facilitar el cruce de fronteras a personas de negocios; y
- crear mecanismos para la resolución de conflictos.

En materia laboral, se celebró un convenio paralelo al NAFTA, el denominado Acuerdo de Cooperación Laboral entre los Gobiernos de Canadá, México y los Estados Unidos. En este, se plantea mejorar las condiciones de trabajo y los niveles de vida en los territorios de los respectivos Estados y promover determinados principios laborales. Entre estos, no se encuentran solo los contenidos en la Declaración de la OIT, sino incluso otros, tales como el establecimiento de condiciones mínimas de trabajo (es decir, salario mínimo y sobretiempos), salario igual para hombres y mujeres, protección a los trabajadores migrantes, prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales, e indemnizaciones en caso de que se produzcan estos infortunios.

El acuerdo prevé que cada Estado carece del derecho de que sus autoridades puedan aplicar su propia legislación laboral en el territorio de la otra parte.

A su vez, el acuerdo establece una Comisión para la Cooperación Nacional, integrado por un Consejo Ministerial y un Secretariado. A esta última instancia se puede recurrir para solicitar, por escrito, que un Comité Evaluador de Expertos determine la aplicación de las normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de menores, o salarios mínimos. La condición es que dichas normas estén relacionadas con el comercio entre los Estados y que el asunto se encuentre amparado por leyes laborales mutuamente reconocidas. Sin embargo, no todas las normas que regulan los derechos consagrados en la Declaración OIT se definen como normas técnicas laborales, ya que las relativas al ejercicio de derechos colectivos (sindicación, negociación colectiva y huelga) no son materia de fiscalización en la forma descrita. El Comité, integrado normalmente por tres miembros, cuyo presidente es seleccionado de una lista de expertos

elaborada en consulta con la OIT, emite un informe al Consejo Ministerial sobre los casos que son sometidos a su conocimiento. De subsistir el desacuerdo, podrá convocarse a un panel arbitral. Si este panel considera que ha habido una pauta persistente de incumplimiento — cumplidos los requerimientos del caso y vencidos los plazos conferidos—, podrá imponer sanciones consistentes en contribuciones monetarias. En caso de no ser canceladas, podrán suspenderse beneficios derivados del Tratado por un monto igual al necesario para hacerlas efectivas.

El NAFTA fue objeto de encendidas polémicas por parte de sus defensores y detractores. Los primeros argumentaban que el Tratado permitiría la generación de miles de puestos de trabajo en ambos lados de la frontera. A sus detractores en los Estados Unidos, Ross Perot entre ellos, les preocupaba que, en ese balance, la pérdida de empleos fuese mayor para su país, debido a que, por sus menores costos laborales, México lograría atraer la inversión estadounidense. No obstante, pronto fue claro que, en razón de las colosales dimensiones de la economía norteamericana, esta difícilmente resultaba afectada por algunas relocalizaciones de industrias. A la vez, observaron que la inevitable pérdida de empleos ocasionada en algunos sectores se veía compensada con los nuevos puestos de trabajo generados gracias a las exportaciones americanas derivadas de la desgravación arancelaria.⁵

En México, uno de los temas en debate en el ámbito laboral no se vinculó con la previsible creación de nuevos puestos de trabajo, sino con la calidad del empleo que se generaría en este país. Se estimaba que provocaría una suerte de *dumping* social, sobre la base de un mercado negro de trabajo. Entonces, se atraería la inversión americana a través del incumplimiento de los derechos laborales reconocidos por la legislación mexicana. Al mismo tiempo, se incrementaría la brecha entre los ingresos de trabajadores calificados y no calificados; esto ahondaría factores de desequilibrio social. También se alzaron voces, en ese país, que anticipaban que una serie de industrias mexicanas no podría enfrentar la competencia de productos estadounidenses a causa de la eliminación de la protección. En particular, se destacó que las empresas e industrias menores serían desplazadas por la producción altamente tecnificada y con volúmenes a escala que provendría de la

⁵ INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMICS. «North American Labor Under Nafta». En <www.iie.com/publications/papers/nafta-labor.htm>, p. 2.

industria de Estados Unidos. A ello se agregó la preocupación de los trabajadores de las empresas del Estado que previeron un intenso proceso de privatizaciones que daría lugar a ceses colectivos de considerables proporciones.⁶

Las críticas de ambos lados de la frontera eran respondidas argumentándose que un mayor comercio regional generaría oportunidades de negocios y, por lo tanto, miles de nuevos puestos de trabajo. Estos contribuirían al mejoramiento de las condiciones laborales y de los niveles de vida en los territorios de cada una de las partes, y compensaría los eventuales perjuicios que el proceso conlleva.

Ahora bien, analizar los verdaderos efectos del NAFTA en la economía mexicana y sopesar así las lecciones que puede dejar al resto de países interesados en procesos semejantes hacen necesario evaluar la forma en la que han fluctuado sus indicadores económicos. Ello exige referirse a la crisis del peso mexicano de los años 1994 y 1995, que impactó el mercado laboral de ese país y afectó tanto el número de empleos como la capacidad adquisitiva de los salarios. Si bien la economía se contrajo casi 6% en 1995, ya para fines de 1996, las estadísticas reportaban importantes indicadores de recuperación en la economía mexicana.⁷ Algunos analistas afirman que el NAFTA fue el gran responsable de que las cifras volvieran a su cauce y de que el mercado se recupere. Así, entre 1996 y 2000, un promedio anual de un millón de personas pasó a formar parte de la población económicamente activa. Paralelamente, entre 1993 y 2000, cerca de seis millones de personas pasaron a formar parte de la población efectivamente empleada. Muchas de estas personas debieron sus empleos al incremento de las inversiones y del comercio, incremento vinculado con el Tratado de Libre Comercio. Estas cifras, ciertamente, respaldan a los defensores del NAFTA.⁸

Sin embargo, economistas del Banco Mundial sostienen que, si bien el NAFTA ha contribuido al aumento del empleo en México, este no ha sido el principal factor. Indican que, en el análisis, debe entenderse el verdadero rol que jugó la crisis del peso de los años 1994-1995. Si bien inicialmente la crisis golpeó al mercado laboral, la consiguiente devaluación produjo un aumento del comercio exterior de México por el abaratamiento de las exportaciones. Este aumento originó un

⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁸ *Ibid.*, *loc. cit.*

rebote natural de la economía y el consiguiente efecto positivo en los indicadores de empleo en dicho país. Corroboraría esa tesis el hecho de que, a pesar de que el Acuerdo de Libre Comercio se encontraba en plena vigencia durante el año 2001, ese año, se produjo una reducción general del empleo como resultado de la recesión que afectó a México. Ello demostraría que la flexibilidad de la oferta de trabajo en ese país es más sensible a las variaciones del mercado mundial que afectan la economía mexicana y no necesariamente es consecuencia directa del Tratado de Libre Comercio.⁹

Uno de los méritos que se le atribuyen al NAFTA —la generación de puestos de trabajo e inversiones en la industria de la maquila— ha merecido, igualmente, críticas por haber representado un factor de reducción de los niveles salariales. Se señala que esta industria, por razones geográficas y tecnológicas, se ha situado en el norte de México. Esta ubicación ha generado no solo una notoria disparidad entre el crecimiento económico de las regiones norte y sur del país, sino también ha dado lugar a remuneraciones significativamente menores que las que prevalecen en otras industrias en México. A esta crítica los defensores del NAFTA responden que ello es resultado del menor nivel de capacitación que caracteriza al trabajador de las maquilas y que no debería minimizarse el hecho de que los niveles de empleo han aumentado considerablemente en este sector.¹⁰

Sus críticos refieren, igualmente, que no puede obviarse que vastos sectores de la población mexicana no han percibido efectos tangibles en su situación personal como resultado de la vigencia del Tratado y que el bienestar general se ha mantenido vulnerable a las fluctuaciones de la economía mexicana. El trasfondo de ese planteamiento implica sostener que las inequidades sociales no varían dramáticamente por efectos de la liberalización y apertura de los mercados. Sobre esta materia, es claro que el Tratado ha sido un factor relevante en el incremento de las exportaciones, pero, ciertamente, no se le puede exigir que sea una panacea para los problemas del subdesarrollo.

Canadá, por otro lado, enfrentó dos problemas fundamentales. Por un lado, la migración de algunas industrias hacia México, por razones similares a las que provocaron el traslado de empresas de Estados Unidos a ese país, preocupó a los sindicatos, que, en bloque y sin mucho éxito, buscaron el establecimiento, por parte del Gobierno, de previ-

⁹ BANCO MUNDIAL. *Op. cit.*, p. 3.

¹⁰ INSTITUTE FOR INTERNACIONAL ECONOMICS. *Op. cit.*

siones para evitar una pérdida masiva de puestos de trabajo. Otro aspecto importante que preocupó al Gobierno canadiense fue el debilitamiento del Sistema de Seguridad Social vigente en ese país.

Al competir contra los Estados Unidos en el mercado laboral, se temió que fuese necesaria una reducción de los derechos laborales y beneficios sociales consagrados por la legislación canadiense o por la negociación colectiva. De este modo, se hubieran afectado derechos tales como el acceso gratuito a prestaciones de salud. En los Estados Unidos, la seguridad social gratuita en materia de salud proporciona cobertura al 33% de la población y, junto con los seguros particulares, cubre al 85%.¹¹ El Sistema de Salud canadiense proporciona atención gratuita a la totalidad de la población. Se pensó que el NAFTA, lejos de mejorar las condiciones laborales, llevaría a los países participantes al denominador común más bajo, con la creencia de que, si el mercado de Estados Unidos no proporciona cobertura gratuita a la totalidad de la población, gradualmente, el Gobierno canadiense adoptaría una posición similar, como parte de un esfuerzo por aumentar la competitividad de su mercado de trabajo.

Estas preocupaciones se disiparon, pero como consecuencia de otros factores y no por virtud del NAFTA. La crisis de 1990 contribuyó al aumento del déficit fiscal de Canadá. Ello llevó al Gobierno a implementar medidas de austeridad y recortes del gasto público que, a pesar de lo que se podría pensar, no afectaron el Sistema de Seguridad Social de ese país. La razón principal de ese efecto obedeció a que la apertura al mercado integrado de Norteamérica demostró lo que algunos analistas ya venían señalando: los costos del Sistema de Salud en Canadá representan el 9.1% del PBI y le evitan al empleador tener que financiar costosos seguros médicos privados, mientras que, en los Estados Unidos, alcanzan el 13.0%. Ello hizo posible preservar la gratuidad del acceso al servicio médico propio del Sistema canadiense.¹²

El NAFTA permite a los ejecutivos y trabajadores calificados migrar con visa temporal de trabajo como una manera de incentivar los negocios entre los países del acuerdo. Sin embargo, esta medida ha tenido un efecto distinto en los países miembros. En efecto, como resultado de las facilidades introducidas por el NAFTA, pero fundamentalmente por políticas migratorias estadounidenses flexibles ha-

¹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹² *Ibid.*, loc. cit.

cia ciudadanos canadienses, Canadá está sufriendo la migración de trabajadores calificados o altamente instruidos hacia los Estados Unidos. Con México, en cambio, la situación es distinta. Con este país, la migración temporal de mexicanos ha demostrado ser mucho menor que la canadiense respecto del personal altamente calificado.

Así, luego de 10 años de vigencia del acuerdo, este fenómeno viene originando que, en promedio, diez mil egresados universitarios canadienses migren a los Estados Unidos en busca de mejores condiciones atraídos por mejores salarios, oportunidades laborales y menores tasas impositivas. Se señala, sin embargo, que este factor ha estado vinculado con la falta de personal técnico calificado en los Estados Unidos durante la década de los años 90. Si bien esta carencia ha tenido alguna incidencia, es posible que no se trate, fundamentalmente, de un tema de demanda del mercado laboral, ya que, de ser así, la migración se habría distribuido más equitativamente entre Canadá y México. Sin embargo, los datos muestran lo contrario: en el año 2000, de 91 mil migrantes con visa de trabajo, solo 2 mil provenían de México.¹³

5. Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Chile (TCL - CHILE)

En la Cumbre de las Américas de 1994, los Estados Unidos invitaron a Chile a negociar un acuerdo comercial como parte de su intento por dar impulso al libre comercio de las Américas. Sin embargo, Chile suspendió las negociaciones debido a dificultades que tuvo el Gobierno norteamericano para obtener el *fast track*, es decir, la autorización que el Congreso de Estados Unidos confiere al ejecutivo para negociar tratados de libre comercio y que limita las facultades del legislativo a aprobar o desaprobar el tratado, mas no a introducirle enmiendas. Previsiblemente, fueron dificultades políticas antes que económicas las que ocasionaron el problema.

El anuncio hecho el 10 de agosto de 1999 por el ministro de Relaciones Exteriores de Chile descongeló el proceso de negociaciones, ya que este país cambió su posición al indicar que se encontraba dispuesto a discutir un acuerdo de libre comercio sin incluir el *fast track* en la agenda.

¹³ *Ibid.*, p. 8.

Las principales observaciones que surgieron durante el proceso de negociación estuvieron relacionadas con la protección de los Estados Unidos a su producción agrícola y con el *dumping*. A ello se sumaron las observaciones formuladas por el Gobierno de Estados Unidos respecto de la flexibilización introducida en determinadas normas laborales chilenas.

Después de un largo proceso de negociaciones, el 7 de junio de 2003, se firmó el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos (TLC-Chile), el cual, ciertamente, serviría como modelo para futuras negociaciones por llevarse a cabo en la región.

Entre los principales beneficios que el Tratado concede a Chile, se encuentra la eliminación de aranceles para el 87% de los productos exportados al mercado de Estados Unidos. Además, el Acuerdo promueve la liberalización del comercio de servicios financieros entre los países; es decir, permite el establecimiento de sucursales de compañías de seguros y de bancos extranjeros, así como la presencia de financieras estadounidenses en la gestión de fondos de pensiones en Chile.¹⁴

Algunos aspectos comerciales del Tratado presentan beneficios relativos para Chile, pues no se ha incluido, en el Acuerdo, medidas contra el *dumping*, a pesar de las exigencias de ese país en esta materia. Asimismo, determinadas exportaciones, como los cátodos de cobre y algunos productos agrícolas, han sido liberadas de aranceles, pero solo bajo el régimen de cuotas; de esta manera, el exceso de exportación se encuentra gravado.¹⁵

En materia laboral, el TLC-Chile consagra el compromiso de las partes de promover los principios contenidos en la Declaración OIT, además del cumplimiento del Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición y la acción inmediata para la eliminación de las peores formas de trabajo infantil. A su vez, se estipula que cada parte no dejará de aplicar efectivamente su propia legislación laboral, de manera que afecte el comercio entre las partes. Se define como legislación laboral a aquella que regula los derechos contenidos en la Declaración OIT, además de la relativa a la aplicación efectiva del salario mínimo general establecido por cada parte, condiciones aceptables de trabajo, horas de trabajo, y seguridad y salud ocupacional. El cumplimiento de

¹⁴ SOLERVINCENS, Marcelo. «Impacto del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos». En <www.ceim.uqam.ca> (consulta hecha en julio 2003), p. 4.

¹⁵ SOLERVINCENS, Marcelo. *Op. cit., loc. cit.*

estos compromisos puede ser fiscalizado mediante la realización de consultas que una de las partes formule a la otra. Si no se soluciona el problema, podrá solicitarse que se convoque al denominado Consejo de Asuntos Laborales, compuesto por representantes de ambas partes en el ámbito ministerial, por representantes equivalentes o por quienes se designen. Los diferendos que surjan podrán ser sometidos a arbitraje mediante árbitros seleccionados de una lista de doce individuos, cuatro de los cuales no tendrán la nacionalidad de las partes. Si en el informe final el grupo arbitral concluyese que una parte ha incurrido en incumplimiento —de su legislación laboral o de su legislación ambiental— y las partes no llegasen a un entendimiento, podrá imponerse una contribución monetaria a la parte infractora. Dicha contribución tendrá en cuenta los efectos que el incumplimiento ha tenido sobre el comercio bilateral, su persistencia, duración y razones, la dimensión del cumplimiento que, razonablemente, podría esperarse de la parte en función de la limitación de sus recursos, los esfuerzos realizados por corregir el incumplimiento, así como cualquier otro factor pertinente. En caso de que no pague, la parte reclamante podrá optar por ejecutar acciones apropiadas para cobrar la contribución o para garantizar su cumplimiento, lo que puede incluir la suspensión de los beneficios arancelarios derivados del acuerdo.

6. Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA)

El 16 de enero de 2002, con el anuncio del presidente Bush, se hizo pública la intención de los Estados Unidos de negociar un tratado de libre comercio con los países de Centroamérica. Con la autorización del denominado *fast track* otorgado por el Congreso de los Estados Unidos, los países que forman parte del Sistema de Integración Económico de Centroamérica (El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua) iniciaron, en enero de 2003, las respectivas rondas de negociaciones que concluyeron, exitosamente, el 17 de diciembre de ese año. Costa Rica, que se había distanciado de las conversaciones, se incorporó al Acuerdo el 25 de enero de 2004 y pasó a integrar, de este modo, el bloque centroamericano regido por el TLC.¹⁶

¹⁶ Office of the United States Trade Representative, Executive, Washington D.C., 25 de enero de 2004, <www.ustr.gov>

Según el Gobierno norteamericano, el CAFTA ofrecerá grandes ventajas a la industria de estos países al permitir que más del 80% de sus productos de exportación ingrese a su mercado liberado de aranceles, mientras que las cargas aplicables al 20% restante desaparecerán gradualmente en un plazo de 10 años. Considerando que las exportaciones de estos países a Estados Unidos constituyen, en promedio, más del 45% del total de los productos exportados, los beneficios son, a primera vista, considerables.¹⁷

Uno de los temas que más ha concentrado la atención de los sectores involucrados en la problemática del CAFTA en los Estados Unidos está referido a una supuesta regulación inadecuada de los derechos laborales en los referidos países, en comparación con los estándares exigidos por los Estados Unidos.¹⁸ En ese sentido, se sostiene que la legislación de los países del CAFTA no sería la más conveniente para proteger a los trabajadores de una posible explotación que conduzca a la desaparición de grupos sindicales y lleve a hipotecar condiciones laborales mínimas con la intención de atraer capitales extranjeros.¹⁹

Un caso particular está constituido por El Salvador donde, según reportó el congresista estadounidense Sander M. Levin luego de llevar a cabo una misión en ese país, las leyes vigentes no proporcionan adecuada protección a los trabajadores sindicalizados. Más aún, concluyó que existe una abierta tendencia a rechazar la mano de obra que se muestre favorable a procesos de negociación colectiva y de organización de los trabajadores. Señaló que una legislación ineficiente y una creciente tendencia a la tercerización de operaciones debilitan la posibilidad de negociación de los trabajadores, quienes temen ser despedidos o trasladados si se afilian a un sindicato. Como ejemplo que demuestra la gravedad de esta situación, se refirió al caso de las

¹⁷ ZOELICK, Robert. Office of the United States Trade Representative, Executive , 17 de diciembre de 2003 en <www.ustr.gov>

¹⁸ Como lo expresara el diputado demócrata Sander M. Levin, miembro del subcomité del Comercio, Prácticas y Medios del Congreso de los Estados Unidos, el pasado 19 de mayo de 2003 ante el Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, «la tentación de la expansión del comercio puede llevar a dejar de lado la protección de derechos laborales fundamentales».

LEVIN, Sander M. «Central America Free Trade Agreement and Beyond: Seizing the opportunities and addressing the challenges». En <www.whitehouse.gov> (consulta hecha en 19/05/03).

¹⁹ «El Salvador's Failure to Protect Workers' Human Rights: Implications for CAFTA Preliminary Findings of Human Rights Watch Research». En <www.hrw.org>, p. 7.

maquilas existentes en ese país: si bien estas agrupan a más de medio millón de trabajadores formales, no existe un solo caso de negociación colectiva.²⁰

En ese sentido, uno de los aspectos resaltantes en materia laboral en el CAFTA es que el tema ha merecido un mayor desarrollo en comparación con el TLC-Chile. En un inicio, las conversaciones tomaron como referentes tanto el modelo chileno como el borrador del Tratado entre Estados Unidos y Singapur. Sin embargo, las condiciones laborales imperantes en algunos países centroamericanos llevaron a influyentes miembros del Congreso estadounidense a plantear que los Estados Unidos deberían proponer normas específicas que busquen una mayor protección a los derechos laborales. Para este efecto, se tomó en consideración que limitar las exigencias de naturaleza laboral al debido cumplimiento de la propia legislación laboral vigente en cada uno de los respectivos países no garantizaba el efectivo reconocimiento de los derechos consagrados en la Declaración de la OIT.²¹

Algunos de estos planteamientos fueron recogidos. Así, el modelo del CAFTA, a diferencia del Tratado celebrado con Chile, no sólo destaca su compromiso con el reconocimiento y protección de los derechos contenidos en la Declaración OIT y con el cumplimiento de la Convención 182 de la misma organización, relativa a las prohibición y acción inmediata para la eliminación de las peores formas de trabajo infantil (1999). Además, desarrolla normas vinculadas con el debido proceso, la doble instancia, la difusión de las normas internas y el contacto con el público, junto con medidas punitivas internas por incumplimientos a la legislación laboral. Sin perjuicio de ello, prevé, al igual que el TLC-Chile, mecanismos para que un Estado promueva sanciones económicas al otro en caso de producirse incumplimientos reiterados.²²

En ese sentido, el CAFTA provee un modelo de protección laboral que, desde la perspectiva de los Estados Unidos, ha pretendido enfocar la protección de los derechos de los trabajadores a partir de una evaluación concreta de la problemática laboral vigente en Centroamérica. De esta manera, se pretende asegurar algunos meca-

²⁰ LEVIN, Sandler M. *Op. cit.*, p. 4.

²¹ *Ibid.*, p. 8.

²² Artículo 20.17, numeral 1, Capítulo 20 del Borrador del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica versión actualizada el 28 de enero de 2004.

nismos específicos que contribuyan a una protección más efectiva de los derechos laborales.

7. Acuerdo de Preferencias Arancelarias (ATPDEA)

El Acuerdo de Preferencias Arancelarias (Andean Trade Promotion and Drug Erradication Act, ATPDEA) autoriza al presidente de los Estados Unidos a conceder, de manera unilateral, aranceles preferenciales o desgravaciones a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El propósito de este acuerdo, por lo menos por parte de los Estados Unidos, no es, propiamente, establecer meros canales de comercio. En realidad, intenta incentivar la lucha contra el tráfico ilícito de drogas mediante desgravaciones arancelarias a determinados productos provenientes de dichos países.

El Tratado expiró el 4 de diciembre de 2001, por lo que los países andinos solicitaron la renovación del mismo y la extensión de los beneficios a otras exportaciones tales como los productos textiles. El 16 de noviembre de 2001, la Cámara de Diputados de Estados Unidos aprobó la extensión del programa hasta el 31 de diciembre de 2006 e incrementó la lista de productos beneficiados por el tratamiento arancelario preferente.

A pesar de no ser un tratado de libre comercio, sino de un acuerdo de preferencias arancelarias, el ATPDEA estuvo sujeto a cierto condicionamiento de naturaleza laboral que los países andinos se comprometieron a cumplir con el propósito de garantizar el respeto por determinados derechos. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- derecho de asociación;
- derecho a organizarse y negociar colectivamente;
- prohibición de cualquier forma de trabajo forzado u obligatorio;
- edad mínima para el empleo de niños;
- condiciones de trabajo aceptables respecto de salarios mínimos, horas de trabajo, y seguridad y salubridad ocupacional; y
- eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Debe tenerse presente que el ATPDEA vence a fines del año 2006. Por este motivo, los países beneficiados se encuentran por iniciar negociaciones con Estados Unidos destinadas a conseguir un tratado de

libre comercio que mantenga estos beneficios y que los extienda a otros productos.

8. Las negociaciones por iniciarse

Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Panamá deben iniciar próximamente negociaciones bilaterales con vistas a la celebración de un tratado de libre comercio. Como consecuencia de acordarse los respectivos tratados, el Perú estará compitiendo con los referidos países por la colocación de sus productos en el mercado estadounidense.

En materia laboral, es previsible que el modelo que será utilizado como referente para esta negociación sea el chileno, antes que el utilizado en CAFTA. En efecto, como se ha visto, a los países centroamericanos se les planteó algunas exigencias vinculadas con la consagración de los principios propios del debido proceso, con la existencia de la doble instancia y con la difusión de la normativa laboral, temas que no contiene el TLC-Chile debido a la mayor institucionalidad de nuestro vecino del sur.

Sin embargo, si bien es claro que la legislación laboral peruana continúa siendo de las más protectoras en la subregión a pesar del proceso de flexibilización al que estuvo sometida durante los años 90, no puede obviarse que su regulación alcanza un universo limitado de trabajadores.

A su vez, debe tenerse presente que el Perú se encuentra en la etapa final de la discusión del Proyecto de Ley General de Trabajo, el cual contiene una profusa regulación de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. Quienes participamos en la elaboración de este proyecto confiamos en que permitirá contar con un cuerpo orgánico que regule, sistemáticamente, los derechos individuales y colectivos de naturaleza laboral, al mismo tiempo que introduzca cambios allí donde la experiencia de los últimos años los hace aconsejables.²³

Sin embargo, no puede obviarse que diversas voces provenientes del sector empresarial señalan que el proyecto mantiene lo que ha

²³ El proyecto estuvo a cargo de un Comité designado en enero del año 2002 por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Dicho comité estuvo integrado por los doctores Carlos Blancas, Víctor Ferro, Javier Neves, Mario Pasco y Alfredo Villavicencio, bajo la coordinación del entonces asesor de la referida comisión, doctor Adolfo Ciudad.

sido una constante en el ordenamiento laboral peruano: proteger a una minoría que cuenta con empleo formal y, al mismo tiempo, propiciar la informalidad al encarecer la contratación de mano de obra. Se indica así que, si se desea competir ventajosamente con los países que, al igual que nosotros, aspiran a colocar sus productos en los mercados de los Estados Unidos en el marco del TLC, se debería reducir el nivel de protección existente en la legislación laboral como una forma de evitar el encarecimiento de nuestros productos.

Sobre esta materia, no puede ignorarse que nuestra legislación laboral ha sido proclive al reconocimiento de derechos laborales de carácter económico, aplicable al conjunto de los trabajadores y empleadores, como si estos últimos estuvieran todos en la misma capacidad de absorber los costos laborales.

Esta tendencia a una legislación de talla única no solo ha propiciado la informalidad al encarecer la contratación de trabajadores, sino que ha restado protagonismo a la negociación colectiva, cuyo rol es precisamente adecuar los beneficios laborales a las reales posibilidades de las empresas. Así, cada vez que la legislación pasaba a reconocer o ampliar un derecho laboral típicamente económico, por ejemplo las gratificaciones de julio y diciembre, el sindicato veía reducido su rol en la obtención de beneficios a sus representados. Al mismo tiempo, se creaban costos laborales, en muchos casos insostenibles, para vastos sectores del empresariado.

Empero, si bien es claro que los beneficios económicos contenidos en la legislación laboral se trasladan al precio del producto, su incidencia no debe ser magnificada. Efectivamente, otros factores tales como el desarrollo tecnológico, las facilidades en infraestructura (puertos, carreteras), el costo de la energía, las facilidades crediticias y la productividad tienen un impacto sensiblemente mayor. Aún así, los costos laborales no deberían constituir un elemento que reste competitividad a las exportaciones peruanas.

Ahora bien, debe tenerse presente que, recientemente, se ha promulgado, en el Perú, la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa. Conforme con este nuevo régimen, los trabajadores de la micro empresa —entendida como aquella que no excede de 10 trabajadores y cuyo nivel de ventas anuales no supera las 150 unidades impositivas tributarias (aproximadamente US\$ 480,000)— están sujetos a un régimen laboral especial que limita significativamente sus derechos laborales, en comparación con los que se aplican en el

régimen común. Cifras del Ministerio de Trabajo señalan que el 56.67% del empleo asalariado se ubica en la micro empresa.

Así, el régimen en mención elimina la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones de julio y diciembre; además, reduce las vacaciones anuales a 15 días y la indemnización por despido injustificado a 15 jornales por año de servicios y a un máximo de 180 jornales, en lugar de 45 y un tope de 360. Por último, la contribución al sistema de pensiones, privado o público, pasa a ser optativo. Si bien se ha previsto que el régimen descrito tenga una vigencia temporal de cinco años, es previsible que, en su oportunidad, se opte por su prórroga. Numerosos precedentes en la legislación peruana así lo demuestran. El más reciente es la sucesión de prórrogas del régimen de depósitos mensuales de la compensación por tiempo de servicios.

Hemos formulado observaciones al régimen descrito, ya que estimamos que introduce un régimen dual de derechos laborales de dudosa constitucionalidad.²⁴ En efecto, creemos que resulta afectado el principio constitucional de igualdad ante la ley en su doble acepción: tanto en el derecho a recibir igual protección legal y sometimiento por igual al ordenamiento jurídico, como el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, que supone la aplicación general de las disposiciones legales sin excepciones ni consideraciones ajenas a las expresamente consideradas por ellas. En efecto, trabajadores que realizan labores análogas para dos distintos empleadores, uno con 10 y el otro con 11 empleados, han pasado por mandato de la ley a gozar de derechos laborales diametralmente distintos por la sola consideración del tamaño de la empresa, medido en función al número de trabajadores o al volumen de sus ventas. A ello se agrega que, desde la perspectiva de los empleadores, se han producido costos laborales disímiles que importan un margen de competencia desleal. Así, las nuevas empresas podrían organizarse en pequeñas unidades para poder acogerse al régimen de la micro empresa. De esta manera, se encuentran en mejor condición para competir que las empresas preexistentes. Al mismo tiempo, genera indudables riesgos de subdivisión fraudulenta de empresas ya constituidas.

Paralelamente, en el sector agrario, la ley 27360 también ha previsto un régimen especial que consagra menores beneficios laborales, pues

²⁴ FERRO, Víctor. «Tutela o flexibilización: en busca de una adaptación concertada». En *XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla, México, p. 124, noviembre 2002.

ha eliminado la compensación de tiempo de servicios y la gratificación por Fiestas Patrias y Navidad. Estos beneficios quedan supuestamente incluidos en la remuneración mínima (en la actualidad, S/. 17.95 diarios). A su vez, tanto las vacaciones anuales como la indemnización por despido injustificado se encuentran fijadas en cantidades iguales a las que rigen en la micro empresa; igualmente, el régimen pensionario es optativo. A ello se agrega que la contratación temporal no está sujeta al límite de cinco años, como sucede en el régimen común, y que el empleador se encuentra exonerado del impuesto extraordinario de solidaridad.

Se ha señalado que, en rigor, los regímenes descritos no generaran formalidad, porque, aunque prevean costos laborales mínimos, siempre serán mayores a los que surgen si se actuase en la más completa informalidad. Por ende, reducir beneficios laborales con el objetivo de incentivar al agro o a la microempresa para formalizarse no pasaría de ser un mero espejismo. Sin embargo, este razonamiento deja de lado que la informalidad es también costosa, porque obliga a asumir sobrecostos derivados de la falta de acceso al crédito o a recurrir a procedimientos ilícitos para mantenerse en actividad. Si a ello se agrega una decidida acción promotora, fiscalizadora y represora por parte del Estado, la batalla por la formalidad podría tener visos de éxito, tal como en otros países.

Así, en el Perú, coexiste una suerte de «esquizofrenia jurídica». Por un lado, se cuenta con una amplia regulación que apunta al mundo formal de las empresas de ciertas dimensiones. Estas empresas son un universo claramente minoritario en cuanto al número de trabajadores que congrega, pero de significativa importancia en cuanto a su capacidad exportadora. Por otro lado, opera un régimen de menores beneficios laborales de naturaleza económica que rige a la mayoría de los trabajadores, quienes prestan servicios en el sector agrario y en la microempresa. A su vez, tanto la microempresa, en la que en el sector textil juega un rol preponderante, como las empresas que operan en el sector agrario se enlazan en la cadena de producción exportadora, sea como agentes directos o como proveedores de empresas de mayor volumen.

Debe tenerse presente que las exigencias laborales que serán planteadas en el marco de las negociaciones del TLC incluirán, previsiblemente, un claro compromiso de respeto hacia los derechos consagrados en la Declaración de la OIT, así como su aplicación efectiva. Lo exacto es que la legislación laboral vigente en el Perú recoge

ampliamente esos derechos y ha ratificado los convenios 87, sobre libertad sindical; 98, sobre negociación colectiva; 29 y 85, sobre trabajo forzado u obligatorio; 138 y 182, sobre trabajo de menores; y 100 y 111, sobre discriminación. A su vez, la legislación laboral ha modificado su Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en consonancia con las observaciones formuladas por el comité Libertad Sindical de la OIT. Sobre la base de ello, la legislación laboral peruana no podría ser cuestionada por falta de reconocimiento expreso de los derechos en referencia.

Sin embargo, nuestras debilidades están más bien referidas al ámbito de la informalidad, ámbito en el que no son reconocidos los derechos laborales más elementales previstos en nuestra legislación. Debido a que diversas micro empresas informales y empresas del sector agrario podrían beneficiarse, directa o indirectamente, de la desgravación arancelaria derivada del TLC, cabe la posibilidad de que las objeciones que se formulen al Perú durante las negociaciones estén destinadas a asegurar la efectiva vigencia de la legislación laboral en estos sectores.

Así, el establecimiento de un régimen de derechos laborales reducidos para la micro empresa y las empresas del sector agrario tendría como objetivo incentivar su formalidad. En la medida en que ese objetivo se logre —de lo que deberían dar cuenta los servicios efectivos del Ministerio de Trabajo— podrían superarse eventuales observaciones en esta materia.

9. Superando las dicotomías

La Declaración de la OIT reconoce como derechos fundamentales el derecho de asociación y de negociación colectiva. Por ello, es previsible que se exija su aplicación efectiva como parte de los compromisos que el Perú deba asumir en el marco de las negociaciones del TLC. Sin embargo, no puede desconocerse que, en lo que respecta a la micro empresa, no existe negociación colectiva en el ámbito de empresa por la razón de que el requisito numérico para constituir un sindicato es de 20 trabajadores, es decir, un número mayor del que prevé la legislación para encontrarse comprendido en el ámbito de la micro empresa. A su vez, la negociación a través de delegados —previsión establecida por la ley cuando el número de trabajadores sea menor de 20— es prácticamente desconocida en la micro empresa. Además, la

implementación de la negociación por rama de actividad enfrenta serias dificultades, lo que resulta evidenciado por el hecho de que, de las múltiples que existían en la década de los años 80, hoy solo subsiste, a duras penas y en el medio de dilatados avatares judiciales, la de construcción civil.

En este punto, cabe hacer una reflexión sobre la intervención en el mercado de trabajo. Reputados representantes de la escuela de Chicago postulan que, en materia de regulación de derechos laborales, la mejor opción es no interferir en el mercado laboral. Así, cualquier mecanismo a través del cual se impongan salarios mínimos, vacaciones o leyes contra la discriminación no solo afecta las ganancias de las partes involucradas en la relación laboral, sino que aumenta las desigualdades, pues encarece la contratación. Ello afecta tanto a los desempleados, ya que no podrán obtener empleo, como a quienes ya lo tienen, pues quedan expuestos a que el empleador los reemplace por maquinarias.²⁵

No obstante, estas posiciones han sido objeto de severos cuestionamientos, en particular, cuando pretenden aplicarse irrestrictamente las reglas del mercado en realidades en las que la demanda de trabajo excede abismalmente la oferta. De este modo, se genera una competencia por la obtención de un puesto de trabajo, aun a costa de las condiciones laborales más elementales y vinculadas directamente a la dignidad humana. Por ello, un nivel de intervención mínima por parte del Estado y un rol activo de la negociación colectiva tienden a crear condiciones laborales más equilibradas. En este orden de ideas, una desregulación en determinadas áreas debería ir acompañada de una estricta regulación en otras, por ejemplo, en materia de discriminación en el empleo o en la revitalización de la negociación colectiva.²⁶

Paralelamente, se tiene el régimen laboral dual antes señalado que, más allá de las consideraciones expuestas, crea un régimen de trabajadores de segunda categoría en relación con el reconocimiento de derechos laborales.

Así, creemos que podría evaluarse un régimen alternativo que aproxime a los trabajadores del sector agrario y del sector de la micro

²⁵ EPSTEIN, Richard «La regulación en el mercado laboral mata a una economía». En *Perú Económico*. Lima: Apoyo Publicaciones, 2003, p. 5.

²⁶ YAMAKAWA RYUICHI. «Desregulación y Derecho del Trabajo». *Kluwer Law Internacional*, 2000, p. X.

empresa con el ŕgimen laboral coḿn. En lugar de una dualidad que se presenta pernicioso, resultaŕa preferible apuntar al establecimiento de un único ŕgimen, pero a trav́s del fomento a la negociaci3n colectiva.

Ello partiría, necesariamente, de la existencia de ciertos consensos b́sicos por parte de los actores sociales. En efecto, si se pretende competir ventajosamente en la colocaci3n de los productos peruanos de exportaci3n en el mercado estadounidense, se debe realizar esfuerzos serios y sostenidos para remover los factores que nos resten competitividad. La legislaci3n laboral, aquella que establece derechos de naturaleza netamente econ3mica (compensaci3n por tiempo de servicios, vacaciones, gratificaciones e indemnizaci3n por despido, entre otros), podría limitarse a fijar niveles susceptibles de ser asumidos por cualquier empleador, al margen de sus dimensiones. Ello implicaría, entonces, trasladar, efectiva y realmente, a la negociaci3n colectiva la superaci3n de los ḿnimos que prevea la legislaci3n. Dicho en otros t́rminos, el ordenamiento positivo debería limitarse a establecer los derechos laborales de caŕcter econ3mico en niveles ḿnimos y accesibles para la mayoría de los empleadores, pero al mismo tiempo, debería privilegiar la negociaci3n colectiva como el mecanismo id3neo para incrementarlos.

Este esquema comienza por asignar a los 3rganos de concertaci3n social el rol que les corresponde en el establecimiento de un nuevo ŕgimen laboral. Por cierto, no cabría que una reducci3n de los beneficios laborales vigentes surja de una mera imposici3n legal, fruto de efímeras mayorías parlamentarias. Previsiblemente, ello sería asumido como un simple acto de despojo que abriría camino a futuras reivindicaciones sociales y variaciones pendulares del ŕgimen laboral.

Por el contrario, planteamos que sean los propios actores sociales, empleadores y trabajadores debidamente representados en 3rganos de concertaci3n social —el Consejo Nacional del Trabajo cumple esta funci3n—, quienes determinen la viabilidad y conveniencia de esta propuesta. Así, podría acordarse que, en un plazo prudencial —no menor de cinco ańos—, los derechos laborales de caŕcter econ3mico propios del ŕgimen coḿn sean equiparados con los que rigen en el sector agrario y en la microempresa. En ese plazo, los sindicatos organizados o por organizarse deberían obtener, a trav́s de la negociaci3n colectiva, la subsistencia de los derechos laborales econ3micos para aquellos trabajadores que ya venían gozando de los mismos o fijarlos en la cantidad que las condiciones imperantes en la empresa

lo permitan. Paralelamente, ello conllevaría un relevante estímulo a la negociación colectiva, de conformidad con el mandato reconocido en el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución, que consagra, precisamente, el fomento a la negociación colectiva.

Una propuesta alternativa, evidentemente más sencilla, consistiría en que los trabajadores que, en la actualidad, ya vienen gozando de los derechos laborales de carácter económico en referencia los mantengan a través de su incorporación a la remuneración básica. Así, en el plano legal, se produciría la uniformidad del régimen laboral con el vigente en el agro y la microempresa. Sin embargo, no puede soslayarse que, paralelamente, se generaría la distorsión de contar con trabajadores antiguos, que percibirían importantes remuneraciones, y trabajadores nuevos, que efectuarían la misma labor con remuneraciones sensiblemente menores. Nuevamente, en este supuesto, podrían generarse controversias sobre una presunta afectación al principio de igualdad, además de presión generada por prescindir de los trabajadores antiguos.

Es claro que una propuesta de uniformar los regímenes laborales vigentes en el agro y la microempresa acarrea evidentes riesgos. Puede estimarse una mera ilusión que la reducción de ciertos derechos laborales de carácter económico pueda contribuir a la formalidad del sector agrario o de la micro empresa. No obstante, esa ya es una apuesta por la que el legislador peruano ha optado y resta que, a través de una adecuada fiscalización y promoción de la formalidad, pueda alcanzarse el objetivo. A modo de referencia, en el numeral VIII del Título Preliminar del Proyecto de Ley General de Trabajo, se ha elevado a la categoría de principio el «fomento de la formalidad que permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias». En este orden de ideas, aquella empresa que directa o indirectamente pretenda acogerse a los beneficios del TLC debería acreditar, a través de una inspección efectuada por el Ministerio de Trabajo, que, efectivamente, cumple con el ordenamiento laboral.

Por ello, queda por definir si se justifica mantener el régimen dual en el que hoy se encuentra el país o si deben evaluarse alternativas de aproximación entre ambos regímenes. En el proceso, se enfrenta una coyuntura particular donde el reconocimiento efectivo a los derechos previstos en la Declaración de la OIT exige respuestas imaginativas que permitan un cambio en el statu quo.

10. Conclusiones

El TLC representa un desafío que abre cauces promisorios al incremento de las exportaciones peruanas y a la generación de nuevos puestos de trabajo. Sin embargo, como ya se ha dicho, representa una oportunidad y no una garantía para mejorar los indicadores económicos. Para maximizar sus ventajas, se necesita evaluar soluciones imaginativas para los problemas que pudiesen afectar su aprovechamiento o reducir la competitividad del país. En el ámbito laboral, creemos que urge reevaluar el desarrollo tradicional de los derechos típicamente económicos y el rol de la negociación colectiva en la fijación de estos derechos. Por último, corresponde a los actores sociales determinar autónomamente las alternativas que la actual coyuntura plantea. El presente trabajo pretende, simplemente, ser un elemento de reflexión sobre esta materia.

El obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho

José Ugaz Sánchez-Moreno*

COMO LE OCURRIÓ A LA MAYORÍA de los alumnos de mi generación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, al doctor Jorge Avendaño Valdez lo conocí cuando asistí a mi primera clase del curso de Derechos Reales. En esta materia, había adquirido las dimensiones de una leyenda, no solo por sus vastos conocimientos sobre el tema, sino por sus amenas clases y su particular forma de relacionarse con sus alumnos.

Posteriormente, como representante del Tercio Estudiantil ante el Consejo de Facultad, fui testigo de excepción de su permanente preocupación por el nivel académico de la enseñanza del derecho y el desarrollo profesional de los alumnos. Al retomar la conducción de la Facultad como Decano, por aquellos años en que el ahora prófugo Fujimori aplicó el «paquetazo económico», el doctor Avendaño implementó un conjunto de medidas destinadas a elevar el nivel de la enseñanza, medidas que los alumnos bautizaron, ingeniosamente, como el «paquetazo académico».

Cuando tuve la suerte de ser convocado para dictar el curso de «Derecho Penal II» en nuestra Facultad, pude conocer al doctor

* Con la colaboración de Juan Diego Ugaz Heudebert.

Avendaño en otra dimensión: la del colega experimentado, siempre dispuesto a aconsejar a los novatos. Poco antes de mi ingreso, preparó un curso práctico para los nuevos profesores con la finalidad de introducirnos en los secretos indispensables para una enseñanza activa del Derecho.

Hoy soy profesor de «Seminario de Integración en Derecho Penal y Procesal Penal». Los cursos de «Seminario de Integración», toda una novedad en la enseñanza del Derecho peruano, fueron introducidos hace algunos años a instancias del profesor Avendaño, quien insistió hasta el cansancio en sus bondades y en la necesidad de potenciar el rol participativo de los alumnos. La estructura de los seminarios efectivamente acentúa el protagonismo de los alumnos y el profesor asume el papel de moderador de la discusión y clarificador de las ideas. El tiempo le ha dado largamente la razón: hoy los diversos «Seminarios de Integración» gozan de gran aceptación entre los alumnos y han demostrado ser un instrumento eficaz para el aprendizaje práctico del Derecho.

La vida ha permitido que, a lo largo de estos años, haya conocido al doctor Avendaño en las múltiples facetas asumidas por un hombre de su versatilidad: profesor de Derecho, autoridad universitaria, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Congresista de la República y abogado en ejercicio. Sin embargo, debo contarme entre los privilegiados que no solo han gozado de su aprecio —gracias a una invitación suya para presentarme al concurso para docentes ordinarios, hoy soy profesor principal de la Facultad—, sino también del beneficio de sus consejos.

Guardo especialmente entre mis recuerdos aquel día de verano en que, a los pocos meses de haber asumido la delicada tarea de desempeñarme como Procurador ad hoc para el caso Fujimori-Montesinos, coincidimos en un evento social. El doctor Avendaño me invitó a hacer un aparte para hablarme sobre la importancia de saber identificar el mejor momento para retirarse de una función pública tan compleja y me explicó los costos que podría acarrearle el no hacerlo oportunamente.

Desde ese día, tuve muy presentes sus palabras, que pesaron muy significativamente en mí en el momento de tomar la decisión de dejar el cargo. Este hecho se lo recuerdo frecuentemente cuando nos encontramos, pues cada día que pasa estoy más convencido de la utilidad de su consejo.

Hace dos años, cuando renuncié a la Procuraduría, recibí una afectuosa carta del doctor Avendaño con inmerecidas expresiones de afecto, que culminaba de la siguiente manera: «Estoy seguro de que cuando tengas más años y veas a uno de tus exalumnos cumpliendo tan encomiable y difícil labor, te sentirás plenamente compensado».

Estoy convencido de que los miles de exalumnos del profesor Jorge Avendaño podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que las múltiples compensaciones que le ha dado la vida son fruto de su entrega a la profesión del derecho y a una juventud ávida de conocimientos.

Pese a que, profesionalmente, discuro muy lejos de los caminos del Derecho Civil, cuando fui invitado a participar en este homenaje al profesor Avendaño, pensé que era una buena oportunidad para expresar, públicamente, mi gratitud a una personal por la que guardo gran aprecio. Este modesto artículo en materia penal, escrito al alimón con mi hijo Juan Diego —hoy alumno de nuestra Facultad y, por lo tanto, beneficiario de los esfuerzos del profesor Avendaño— es un pequeño testimonio de esos sentimientos.

Queden estas palabras como el ejercicio legítimo del derecho a la gratitud.

1. Introducción

En principio, toda conducta descrita en un tipo penal, en tanto resulta lesiva de un bien jurídico y es contraria al orden normativo imperante, constituye un delito, siempre que haya sido desarrollada culpablemente. Sin embargo, no toda conducta que se oponga a los mandatos y prohibiciones del orden jurídico es necesariamente antijurídica.

Tal como señala Bustos Ramírez¹, en sentido formal, una conducta es antijurídica cuando está en contradicción con los mandatos y prohibiciones del orden jurídico. Ello se puede afirmar no solo por hallarse definida en un tipo legal (que es, únicamente, un indicio de la antijuricidad), sino, además, por la ausencia de una causa de justificación.²

¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Texto y comentario del Código Penal Chileno*. Tomo I. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz. Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 96.

² Para la teoría de los elementos negativos del tipo, las causas de justificación, en tanto constituyen reglas de permiso, son presupuestos del tipo penal formulados negativamente, de allí que solo existan comportamientos prohibidos y permitidos.

En efecto, existen determinadas conductas que, pese a lesionar típicamente un bien jurídico, están permitidas excepcionalmente. Esto se debe a que el daño social que ocasionan es menor que el que buscan evitar o a que se encuentran expresamente permitidas por un sector del ordenamiento legal distinto del penal.

El Código Penal peruano, en su artículo 20 inciso 8, reconoce como causas de justificación que eximen la responsabilidad penal el obrar *por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo*.

No todos los autores coinciden en la naturaleza jurídica de estas permisiones. Si bien, como lo señala Villavicencio³, la posición mayoritaria en el Perú ha sido considerarlas como causas de justificación, en su opinión, siguiendo a Zaffaroni⁴, tanto el obrar por disposición de la ley, como hacerlo en cumplimiento de un deber, constituyen verdaderas causas de atipicidad. Esto se debe a que se trata de normas no autoritativas, sino preceptivas, de obligatorio cumplimiento. En este caso, no actuar sería tan típico como hacerlo.

2. Fundamento

El Derecho Penal, al ser un instrumento de control social, pretende prevenir y castigar los hechos más lesivos de la vida social. Para ello, funciona como última *ratio*, es decir, la última razón del Estado, cuando han fracasado todas las otras instancias de control previo, ya sean institucionalizadas (Derecho Administrativo, Civil, Laboral, etc.), o no (familia, religión, educación, psicología, etc.).

Como señala Mir Puig,⁵ es contrario a la función del Derecho Penal, dentro del conjunto unitario del ordenamiento jurídico, que aque-

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal Comentado*. 3.ª ed. Editorial Grijley, 2001, p. 126.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.496.

Este autor sostiene que debe considerarse toda norma penal de forma conglobada con los otros tipos penales con el propósito de determinar cuál es el orden normativo y deducir, de allí, la antinormatividad como paso previo a la antijuricidad. En tal sentido, el cumplimiento de un deber es un problema normativo y, por lo tanto, se ubica en el ámbito de la atipicidad.

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 6.ª ed. Barcelona, p. 469.

llo que aparece como un deber impuesto por un ámbito del Derecho, sea castigado por otro que, contradictoriamente, lo considera antijurídico.

Sin embargo, dicho autor afirma que no basta la idea de la unidad del ordenamiento jurídico para que lo que aparece como lícito para un sector del Derecho, lo sea para todo el resto. Por ejemplo, no todo lo que es lícito para el Derecho Penal lo es para las otras disciplinas jurídicas. Desde su perspectiva, el que una conducta, permitida por la ley o impuesta por esta como un deber, no pueda ser castigada penalmente, encuentra su fundamento en la función de última *ratio* del Derecho Penal. Es decir, si otras ramas del derecho consideran lícita una conducta en instancias previas a la penal, esta, en tanto residual, no puede contradecir dicha licitud.

Por su parte, Velásquez⁶ sostiene que existen dos posiciones. La primera es la afirmada por la doctrina italiana. Esta dice que las causas de justificación se fundamentan en el «principio de no contrariedad del ordenamiento jurídico» (un comportamiento no puede ser simultáneamente considerado lícito e ilícito por un mismo ordenamiento jurídico). La segunda es la seguida por la doctrina española, que encuentra su fundamento en el «interés preponderante», en virtud del cual, cuando colisionan dos derechos, debe prevalecer el de mayor valor.

3. Los presupuestos del artículo 20 inciso 8

Una primera lectura de la previsión contenida en el artículo 20 inciso 8 nos podría llevar a sostener que estamos frente a cinco supuestos autónomos, según los cuales, las causas de justificación podrían emanar de los siguientes:

- a) disposición de la ley
- b) cumplimiento de un deber
- c) ejercicio legítimo de un derecho
- d) ejercicio legítimo de un cargo
- e) ejercicio legítimo de un oficio

⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. Bogotá: Temis, p. 483.

Sin embargo, una lectura más atenta de la norma, nos permite afirmar con Mir⁷ que la referencia al oficio o cargo no puede considerarse independientemente del cumplimiento de un deber o un derecho, sino, únicamente, —al igual que la ley— en tanto «fuentes de posibles derechos o deberes». Por ello, la referencia a la actuación por disposición de la ley resultaría ociosa, ya que se supone que quien obra en cumplimiento de un dispositivo legal lo hace ejercitando un derecho previsto en este o cumpliendo con un deber que el mismo impone. De allí, se concluye que se podría clasificar estas causas de justificación de la siguiente manera:

- a. cumplimiento de un deber
 - 1. derivado de la ley
 - 2. derivado de un oficio o cargo
- b. ejercicio de un derecho
 - 1. derivado de la ley
 - 2. derivado de un oficio o cargo

3.1. Obrar por disposición de la ley

Se parte del principio de que toda ley que ordena, o permite la lesión o amenaza de un bien jurídico protegido por el derecho, en salvaguarda de otros, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que regula.

Creemos que el legislador peruano ha podido ahorrarse este precepto, atendiendo a que obrar por disposición de la ley, implica, desde nuestro punto de vista, necesariamente, actuar en cumplimiento de un deber (en la medida que el concepto de disposición entraña un mandato u orden). Al respecto, Villavicencio señala que la *disposición de la ley* se refiere únicamente al cumplimiento de deberes (causa de atipicidad) y diferencia este supuesto del de los derechos reconocidos por la ley (causa de justificación).⁸

3.2. Obrar en cumplimiento de un deber

Mientras que la obediencia debida, prevista en el inciso 9 de este mismo artículo, implica una relación de subordinación a un superior, el

⁷ MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, pp. 471-472.

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 127.

obrar en cumplimiento de un deber está referido a los casos en que se actúa en virtud de un mandato imperativo (que no es de carácter moral), surgido del ordenamiento jurídico. En rigor, son deberes que provienen de un origen legal o contractual. Usualmente, son obligaciones derivadas de la función o trabajo que desempeña una persona.⁹

Existen situaciones en las que se realizan conductas en estricto cumplimiento de deberes jurídicamente impuestos. En este caso, resultaría contradictorio imputar a quien así obra responsabilidad penal por haber vulnerado determinados bienes jurídicos protegidos legalmente.

Habiendo establecido deberes de actuar u omitir respecto de un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando bienes jurídicos penalmente protegidos, en el ordenamiento jurídico debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes.

En principio, la ley solo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos para quienes ejercen determinados cargos públicos. Por ejemplo, muchas veces, están obligados a este tipo de conductas los miembros de las fuerzas del orden o de tribunales, o funcionarios de prisiones. Sin embargo, tal como señala Quintero Olivares, no debe descartarse la posibilidad de que estos deberes puedan concurrir en el caso de particulares sujetos a deberes legales o contractuales que los determinen a actuar lesionando bienes jurídicos ajenos.¹⁰ Este sería el caso del vigilante particular que lesiona al delincuente que intenta robar en la dependencia a su cargo.

El presupuesto básico de esta modalidad de la eximente es que concurra un deber de lesionar el bien jurídico. No basta con la existencia de un actuar genérico, sino que debe consistir en un deber específico de lesionar el bien.

Coincidimos con Zaffaroni y Villavicencio en el sentido de que no se trata, en estos casos, de causas de justificación, ya que, al ser deberes establecidos por la ley, el actuar, aún cuando importe la lesión de bienes jurídicos, adolece de atipicidad.

En el caso de deberes derivados del ejercicio de una profesión, por ejemplo, resulta claro que el médico que interviene quirúrgicamente a un paciente para amputarle un miembro gangrenado y salvarle la vida actúa atípicamente en cuanto al delito de lesiones y sin el ampa-

⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal, Parte General*. 2.ª ed. Marcial Pons, 1989, p. 445.

ro de una causa de justificación. Lo mismo ocurre en el caso del policía que detiene a quien ha cometido un delito y afecta su libertad de tránsito.

Cuando el deber emana de un cargo, particularmente en lo que atañe al uso de la fuerza por parte de la autoridad, el criterio fundamental, como señala Bustos Ramírez¹¹, será el de la menor lesividad posible apreciable en el caso concreto, pues la violencia institucionalizada resulta inadmisibles en un estado de derecho.

En cuanto a la llamada colisión de deberes (cuando no es posible cumplir con uno de ellos sin vulnerar el otro), la mayoría de autores sostiene que se trata de un conflicto aparente, debido a que el cumplimiento de un deber siempre va a ser conforme a derecho y, por lo tanto, atípico

3.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho

Se trata del ejercicio de un derecho subjetivo reconocido por el ordenamiento jurídico, ya sea porque proviene de una ley, la Constitución, actos jurisdiccionales o administrativos, e, inclusive, la costumbre. Obviamente, resultan particularmente relevantes los derechos subjetivos emanados de la Constitución Política del Estado.

Como señala Velásquez citando a Leone¹², «por derecho subjetivo se entiende la prerrogativa otorgada por el derecho objetivo a una persona, en virtud de la cual puede disponer de un bien cuya pertenencia se le reconoce como señor y dueño, enfrente a los demás ciudadanos». Añade que se trata de la «facultad poseída por el sujeto de derechos para hacer, no hacer, o exigir algo».

Además de tratarse de derechos subjetivos, se entiende que la existencia de esta causa de justificación presupone la concurrencia de las siguientes condiciones.

- a) Debe ser un derecho legítimo. Es decir, debe ser ejercido dentro de los parámetros establecidos por la ley, excluyendo el proceder arbitrario y orientado por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ariel Derecho, 1989, p. 227.

¹² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 483.

- b) Dado que se trata de una conducta que implica la lesión de un bien jurídico, el proceder del agente debe estar sujeto a un estricto sentido de necesidad. Por ello, si hay otras vías para hacer valer su derecho, debe agotarlas previamente.
- c) Debe haber ausencia de dolo, pues quien invoque el ejercicio legítimo de un derecho debe haber actuado subjetivamente con la intención de ejercer el derecho y no de utilizarlo como un pretexto para ocultar intereses subalternos.

Como señalamos anteriormente, hay derechos que pueden ser ejercidos legítimamente por la generalidad de las personas, mientras que hay otros derechos que se derivan específicamente de la condición funcional o profesional del autor. Suele citarse entre estos no solo a los profesionales (entre otros, los médicos que deben conducirse de acuerdo con la *lex artis*), sino también a quienes desempeñan cargos no profesionales (el caso de los deportistas, aun cuando no sean profesionales, que causan lesiones a otros en la práctica de una determinada disciplina).

Son frecuentes las referencias en la doctrina a los casos en los que se ejercen los derechos a corregir (padres o tutores que castigan, ofenden, privan de su libertad e incluso golpean a sus hijos o tutelados en un afán de corrección¹³), retener (derecho de retención amparado por el artículo 1067 del Código Civil) y defender (el caso de la defensa posesoria prevista en el artículo 920 del Código Civil). Igualmente, se incluyen, en esta categoría, el derecho a la huelga, a la libertad de expresión, religión y conciencia, y al honor, etc.

Un típico caso de ejercicio legítimo de un derecho, que se presenta con mucha frecuencia en la realidad judicial peruana, es el que tiene que ver con la colisión de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, particularmente en el caso de personas de interés público o vinculadas a hechos que han concitado la atención de la colectividad. Ocurre que, muchas veces, los informadores, en su afán de crítica, utilizan duros calificativos al referirse a las autoridades o funcionarios públicos, quienes se consideran afectados en su honor.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia comparadas son contes-tes en señalar que el informador que cumple con manifestarse en rela-

¹³ Sin embargo, existe una tendencia creciente a no admitir los casos de violencia física contra los menores atendiendo a la indefensión en que estos normalmente se encuentran y a lo antipedagógico del método.

ción con hechos o personas de interés público, que no utiliza calificativos manifiestamente injuriosos o desproporcionados, y que se sujeta al principio de veracidad (sin menosprecio por la verdad) actúa al amparo del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (en su correlato del derecho a la información). Por lo tanto, aun cuando objetivamente pueda haber lesionado el honor de una persona, está amparado por una causa de justificación.

Jorge Avendaño en la aventura de una palabra

Alfonso Salcedo Rubio*

COMO SUELE SUCEDER a quienes hacen de la palabra una profesión, durante largo tiempo anduve en pos de fórmulas de excelencia comunicadora que me permitieran decir mucho con muy pocas palabras.

Sintetizar un gran tema, un discurso complejo, una propuesta política, una acontecida historia o, finalmente, una larga biografía, en un breve párrafo, fue siempre para mí un objetivo y un reto a menudo inalcanzado. Logré, sin embargo, en algunas ocasiones, condensarlo todo en ese ansiado y escueto sembrío de tres o cuatro surcos. En contados casos conseguí que una sola frase fuera el recipiente idóneo. Pero lo que solo he logrado en muy raras oportunidades ha sido conseguir que una simple palabra abarcara todo lo que quisiera decir.

Jorge Avendaño me proporcionó esta oportunidad con su vida, sus maneras, su conducta, sus actos e, incluso, con lo que dejó de hacer. Todo ello fue a parar al ámbito ajustado de una sola palabra, y me proporcionó irrepetible satisfacción.

No éramos amigos, pero ocasionalmente había escuchado hablar de él, sobre todo en predios cercanos a la Universidad Católica. La política, cuando se ejerce con la entrega y el apasionamiento con que los hombres de mi generación solíamos emprenderla, proporciona

* El presente artículo fue entregado cuando el libro se encontraba en la etapa de impresión. Por esta razón se publica al final del mismo.

inexpresables placeres, crea hermandades indestructibles, pero, al mismo tiempo, forja personalidades hurañas y aleja unos de otros a seres humanos que, de distinto modo y trabajando de consuno, habrían potenciado la fuerza de su dedicación al Perú.

¿De la amistad de cuántos Jorges Avendaños a la izquierda y a la derecha la política me ha privado? No sé la respuesta; pero, luego de conocer a Jorge, lo lamento tanto.

Si me fuera dado rebobinar mi vida, seguramente volvería a repetir el camino que he seguido; no obstante, ahora lo emprendería con los brazos abiertos, el gesto sonriente, sin discriminar a nadie confiando en que nadie me discriminaría.

Estoy seguro de que Jorge también piensa de la misma manera. Me lo demostró no hace mucho cuando me presenté ante él con una propuesta insólita: «Armando Villanueva —le dije— es un personaje singular de la historia peruana. Es el ejemplo de una vida entregada a luchar, a pensar y a amar a su pueblo, sin la pausa de un solo día; su larga y sacrificada dedicación al Perú lo convierten en un verdadero héroe civil». Así iba diciéndole, cuando me interrumpió: «Alfonso, Armando es una persona ejemplar a la que el Perú le debe un homenaje y una gran reivindicación» y, adivinando que ese era el motivo de mi visita, se anticipó: «Si se tratara de organizar ese homenaje, ponme a mí entre los promotores de primera fila».

No es motivo de este testimonio; sin embargo, conviene no dejar al lector en suspenso, razón por la que concluyo esta digresión contando que, animado por la respuesta positiva de Jorge, visité a otros peruanos ilustres como Fernando Silva Santisteban y Róger Guerra-García y al empresario Roque Benavides Ganoza, de quienes recibí respuestas similares a la que Avendaño me había expresado con tanta generosidad.

Al llegar a este punto, me encaminé a la casa de Armando y lo puse al corriente de la iniciativa y de la cálida acogida que esta había tenido; pues no quería ponerlo frente a una situación de hecho que, por muy halagadora que fuera, podía no corresponder a un temperamento espartano como el de él, más dispuesto para el sacrificio que para los honores.

Lo que me temía sucedió: mientras le iba contando, advertí que el veterano luchador se emocionaba, pero al cabo de unos segundos, reponiéndose de esa debilidad me dijo: «Lo que me cuentas me conmueve y lo agradezco menos a ti que eres mi compañero, y más a esos ilustres caballeros que me permiten avizorar un futuro en el que los odios y los enfrentamientos entre peruanos queden cancelados; pues

el país es de todos, y porque solo juntos podremos emprender la tarea redentora que se espera de nosotros. Agradéceles en mi nombre, díles que doy su gesto por recibido, pero que encuentro que hay tareas más urgentes que nos comprometen a todos».

Y volviendo a los días en que aún no conocía personalmente a Jorge Avendaño, debo decir que por las versiones escuchadas supe de su carrera fulgurante y, luego, de su conducta enteriza en los patios, aulas y órganos directivos de la Universidad Católica. En ese momento, la imagen que tenía de él era la de un distante y prestigioso maestro universitario. Sabía que ejercía el decanato de la Facultad de Derecho y que vivía muy entregado a la modernización de la pedagogía y de los conceptos de un Derecho que congeniara estrechamente con los valores supremos del ser humano, como corresponde a todo aquel que se empeñe en afanes de consecuencia con el espíritu de su alma máter universitaria; sabía, además, de su ideal de dejar en esa facultad nuevos ladrillos hechos de arcilla y de espíritu, como los del viejo Convictorio de San Carlos, donde, según el decir de su rector, don Toribio Rodríguez de Mendoza, «hasta los ladrillos son insurgentes». Jorge Avendaño, por aquellos días, ponía apasionado tesón en la tarea de dejar la impronta de una gestión integral en la que lo intelectual, lo espiritual y lo material marcharan en indivisible comunión.

Por mi parte, yo había transitado por la vida dando saltos del periodismo juvenil al activismo político franco y directo; de allí a la literatura y otra vez a la política. En función de ella me convertí en comunicador social o, como dicen algunos, publicista o estratega de la comunicación.

Así, no hubo campaña electoral de las realizadas en el Perú desde 1962 en la que no participara activamente apoyando y, luego, conduciendo a los candidatos de mi partido o, como sucedió a menudo, a otros candidatos, siempre y cuando fueran personas que merecieran mi respeto y consideración.

De este modo me relacioné con toda suerte de postulantes, unos más y otros menos preparados. Los políticos cuya formación intelectual y técnica se ve a cada paso interferida por los avatares propios de esta actividad tan envuelta en el riesgo y la aventura, en países como el Perú, están en clara desventaja frente a los académicos cuyas vidas transcurren entre aulas y libros. Yo estaba acostumbrado a tratar más con los primeros y en el fondo sentía un secreto temor al confrontarme con los segundos, que saben mucho pero que, lamentablemente, representan a pocos.

Por esa razón, aquel día de 1993 en que sonó el teléfono de mi oficina, al escuchar la voz pausada y el vocabulario atildado de una persona que dijo llamarse Jorge Avendaño y estar interesada en conversar conmigo a fin de que lo aconsejara en algunos asuntos, no dejé de experimentar una sorpresa inquietante. ¿Qué sabría yo que no supiera, multiplicado por cuatro, aquel renombrado maestro universitario?

Nos juntamos al día siguiente en *La Tiendecita Blanca* de Miraflores. Me trató con simpatía y respeto. Noté en él un no impostado deseo de acortar distancias. Era evidente que para este caballero pulcramente vestido, también constituía una experiencia interesante confrontarse con un espécimen raro de la sociedad, del que se decía con exageración que era poseedor de conocimientos y secretos requeridos para ganar una elección. «Francamente —me dijo, tratándome de tú desde el primer momento y pidiéndome la reciprocidad—, sé que eres uno de los mejores estrategias electorales que existen en el Perú, así lo he leído en algunas partes, y así me lo han confirmado amigos por cuya opinión tengo gran estima, como son Marcial Rubio». «Y cómo no va a ser —lo interrumpí— si es mi primo hermano». «Pero también me lo han dicho Mirko Lauer, Alberto Bustamante y otros». No sin sonrojo se lo agradecí y, a partir de ese momento, sentí que él se dirigía a mí, en mi tema, como un lego se dirige a una autoridad.

Acepté hacerme cargo de la tarea de contribuir con su victoria en los comicios de aquel año, para elegir al Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Desde el primer día, tuve la sensación de que había ganado un amigo que me inspiraba respeto y que me prodigaba el mismo sentimiento.

Luego, él me presentó a jóvenes pero ya notables abogados que habían decidido contribuir al éxito de este candidato cuyas posibilidades electorales se veían seriamente comprometidas por el fuste de su principal oponente, el doctor Vladimir Paz de la Barra, por proceder de la Universidad Católica, de cuyas filas no habían salido muchos decanos del CAL, y porque su gran prestigio como maestro no había trascendido aún de manera suficiente. La empresa así lucía difícil, mas no imposible, dadas las calidades personales de «mi candidato».

Cuando hicimos la primera encuesta midiendo las posibilidades de cada postulante, el doctor Avendaño aparecía rezagado por cerca de treinta puntos respecto de su talentoso y activo oponente. Yo, sin

embargo, tenía fe en su triunfo, a juzgar por su inteligencia, seriedad, rigor, contracción a la tarea, simpatía, talante de hombre confiable y, además, por su espíritu organizado, por no dejar ningún cabo suelto, ningún detalle desatendido. En suma, por ser un hombre eficiente que hacía caminar a su equipo de campaña con la exactitud cronométrica de un Longines.

Reunido por primera vez con su Comando de Campaña, se me pidió que elaborara la estrategia de contenidos, organización y acciones de la contienda. Los documentos serían examinados por el mismo doctor Avendaño y su brillante equipo, en el que destacaba el doctor Javier de Belaunde, que no aceptó formar parte de la lista, pero que fue sin duda el que con mayor talento colaboró. También actuaba, todavía con más entusiasmo que conocimientos, un joven y bisoño estudiante de Derecho, al que el candidato había escogido para secretario personal, hecho que evidenció su intuición y perspicacia. La importancia de ese joven fue creciendo en la campaña por su inagotable capacidad de trabajo, su lealtad y, no cabe duda, su talento. Era Guillermo González Arica.

Cuando me presenté con mis documentos bajo el brazo, sentí la misma sensación que experimenté el día en que, acabado de salir del colegio, me presenté a los exámenes de admisión de la Universidad Católica. Fui leyendo uno a uno los trabajos, me alentaba el respetuoso silencio con que se me escuchaba y las expresiones de interés que alcanzaba a ver en los rostros. Al terminar, ellos se miraron entre sí sin saber a quién le correspondía iniciar la ronda de comentarios. Fue el doctor Javier de Belaunde el que primero se pronunció diciendo más o menos lo siguiente «era cierto, jamás un abogado hubiera podido plantear los problemas y sus soluciones en términos tan novedosos, tan no convencionales e impactantes como lo ha hecho Alfonso. Yo no les cambiaría ni un punto ni una coma». Luego de que Jorge escuchara las opiniones coincidentes de sus otros colegas, dirigiéndose a mí con conmovedoras palabras que trasuntaban el gran respeto que dispensaba al trabajo intelectual ajeno, me dijo al terminar: «Alfonso, es un gran trabajo, vamos a ganar» y no me cambió un punto ni una coma.

Salvo excepciones notables, yo había estado acostumbrado a soportar que en estos asuntos de estrategia y publicidad —que siempre son opinables y donde aparentemente funciona solo el sentido común, que en realidad es el menos común de los sentidos y que, sin embargo, todo el mundo cree poseer— los candidatos me presiona-

ran, generalmente sin éxito, para que yo cambiara los planteamientos a su gusto. Advertí en estos candidatos tanta obstinación como ignorancia y petulancia. Vale la pena que aquí diga que el peor enemigo que casi siempre tiene el éxito de una campaña es el propio candidato y su entorno más íntimo. Pero también es justo que remarque que este no fue el caso en la campaña del doctor Avendaño, pues él y su equipo, haciendo gala de un gran respeto por la especialidad profesional de cada uno, nos dejaron trabajar mientras ellos cumplían con sus tareas directrices y protagónicas de una manera admirable, manera que, a la postre, estableció la diferencia que hizo el éxito.

La meritoria victoria de Jorge Avendaño y su posterior reelección por un periodo más deben ser juzgadas en su real valor, teniendo en cuenta que frente a él tenía un competidor ciertamente talentoso, carismático y bien dotado, que después logró ser electo y reelecto en sucesivas contiendas en el gremio de los abogados de Lima.

No tengo a mano los materiales de comunicación con que el doctor Avendaño se relacionó con el electorado pidiéndole el respaldo de su voto. Sí recuerdo que, viéndolo ir y venir durante la campaña sin ahorrar un esfuerzo ni dar tregua a la fatiga, prodigando respeto para todos: respeto para nosotros, respeto para su equipo, respeto para los electores, respeto para sus opositores, respeto para el Colegio y respeto implícito en cada uno de los puntos de su programa de gobierno, no tuve ninguna duda en elegir la palabra *respeto* como recipiente idóneo en el cual trasegar su personalidad, su vida y todos los planteamientos de su campaña, ayudado, claro está, por la pulcra identificación entre el continente y el contenido.

El nombre de Jorge Avendaño se transformó, así, en sinónimo de respeto y, a la inversa, el término Avendaño llegó a significar, y sigue significando, respeto.

Las frases que se utilizaron en la campaña tradujeron, pues, con exactitud, el espíritu de un hombre que prodiga y recibe respeto por donde va:

- «Jorge Avendaño, un hombre que respeta y se hace respetar»
- «Respetos guardan respetos»
- «Solo merece respeto quien se hace respetar»
- «Solo es respetable el que respeta»
- «Jorge Avendaño te respeta y te hará respetar»

Como colofón diremos que, tiempo después, cuando nos ocupamos de su campaña al Congreso de la República, nos fue fácil ganar, porque tras una brillante gestión al frente del CAL en años que quemaban, se impuso la imagen de un abogado altivo que, haciendo del respeto oriflama, se constituyó en el principal dique de contención frente a las marejadas autoritarias de la dictadura que empezaba a perfilarse con caracteres inequívocos.

La de un hombre sabio, cabellera gris, libros bajo el brazo, caminando pausadamente en los momentos en que las luces del amanecer apagaban el brillo de los faroles que sobrevivían a la noche mientras meditaba en los destinos del Perú fue la imagen que el pueblo recibió de él como expresión natural de quien la poseía por derecho propio.

De los autores

Javier de Belaunde López de Romaña

Abogado de la PUCP, donde actualmente es profesor principal. Participó en el Programa de Reforma de la Enseñanza del Derecho y realizó estudios de postgrado en la Universidad de Wisconsin (Estados Unidos). Ha integrado varias comisiones sobre el mejoramiento del sistema de justicia y dirigió el primer programa de capacitación para magistrados y los Seminarios-Taller sobre Derecho y cambio social entre 1977 y 1980. Posteriormente, integró el primer Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura. También formó parte de la comisión que nombró el gobierno de transición para formular las bases para la reforma constitucional. Ha sido, asimismo, juez ad hoc en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Integra la Comisión de Reforma del Código Civil y la Comisión Especial de Reforma Integral de Administración de Justicia (CERIAJUS). Ha integrado e integra diversos tribunales arbitrales y ejerce la profesión como abogado. Presidió la Comisión para Análisis y Crítica de la Jurisprudencia del Colegio de Abogados de Lima (CAL) que durante dos años publicó comentarios y crítica de la jurisprudencia en el diario *El Comercio*. Es autor de diversos artículos y ensayos sobre Derecho Civil, Derecho Constitucional y organización judicial

Domingo García Belaunde

Realizó estudios universitarios de Letras y Filosofía en la PUCP (1961-1963) y UNMSM (1963-65). Estudió Derecho en la PUCP (1963-1967), la doctoral de Derecho en UNMSM (1968) y en el Programa de Investigaciones de la Universidad de Wisconsin (Estados Unidos, 1969). Entre sus publicaciones, se cuentan *El hábeas corpus interpretado* (1971);

El hábeas corpus en el Perú (1979); *Constitución y política* (1981); *Conocimiento y Derecho* (1982); *Mar y Constitución* (1987); *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (1989-1993); *Esquema de la Constitución peruana* (1992); *Las constituciones del Perú* (1993); *La Constitución traicionada*, con Pedro Planas (1993); *La Constitución peruana de 1993*, con Francisco Fernández Segado (1994); *La Constitución en el péndulo* (1996); *Derecho Procesal Constitucional* (2001); *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (2001); *Constitución y dominio marítimo* (2002); y *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba: 1940-1952* (2002). Ha sido auxiliar instructor de la Facultad de Letras de la PUCP (1964-1967), profesor ordinario de la Universidad de Lima (1984-2000) y es profesor ordinario de la PUCP desde 1968. Ha sido profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia (1992) y de la Universidad Nacional Autónoma de México (1987). Miembro de diversas asociaciones jurídico-constitucionales de América Latina, es fundador y secretario general del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (con sede en México), y fundador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Ha sido distinguido como profesor honorario de las universidades Nacional San Agustín de Arequipa, de Trujillo, San Luis Gonzága de Ica, Los Andes y de Huánuco, entre otras. Ha sido miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores (1985-1992), de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1996-1999) y de diversas comisiones consultivas del CAL. Integra la Academia Peruana de Derecho, el CAL, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), entre otras. Es abogado en ejercicio y conferencista internacional.

Mario Pasco Cosmópolis

Bachiller en Derecho y abogado de la PUCP. Es catedrático principal de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios, así como miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ha sido viceministro de Justicia (1980-81) y jefe del Instituto de Estudios del Trabajo (1983-1985). También ha sido presidente del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana (2001-2004). Es autor de *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo* (Lima: Aele, 1991) y socio del Estudio Delfino, Pasco, Ísola y Avendaño, Abogados

Martín Belaunde Moreyra

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas (1963), abogado graduado de la PUCP (1965) y maestro en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres (1998). Se ha desempeñado como abogado, consultor, gerente y director de empresas mineras, petroleras y de servicios petroleros, así como de servicios financieros internacionales. Ha sido profesor universitario en las facultades de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, de Lima e Inca Garcilaso de la Vega. Ha sido vicedecano (1999) y Decano del CAL, así como presidente de la Junta de Decanos de los colegios de abogados del Perú (2000-2002). Presidió la Comisión Nacional Anticorrupción y fue Consejero Presidencial Anticorrupción (12 de octubre de 2001 - 14 febrero de 2003). En la actualidad, es Embajador del Perú en Argentina. Es autor del libro *Derecho Minero y Concesión*, así como de múltiples trabajos jurídicos publicados en diversas revistas especializadas, y ha sido columnista en temas de política interna y política internacional en la revista *Oiga* (1986 -1995), así como en diarios y otras publicaciones peruanas.

Alfredo Bullard González

Abogado, graduado de la PUCP (1989) con maestría en Derecho en la Universidad de Yale (EEUU, 1991). *Past president* del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual de INDECOPI, exvocal de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del mencionado organismo, y ex integrante del directorio de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Es profesor en el área de Derecho Civil y Análisis Económico del Derecho en la PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, así como de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil en la PUCP y de la Maestría de Derecho de la Empresa en la Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires, Argentina). Es autor y coautor de *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales*; *Estudio del análisis económico del Derecho*; y *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*, entre otros. Es socio del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra & Rivarola, Abogados.

Graciela Fernández Baca de Valdez

Economista y contadora pública, tiene un doctorado en Ciencias Económicas y Comerciales de la Universidad San Antonio Abad del Cusco. Fue Congresista de la República (1995-2000). Se ha desempe-

ñado profesionalmente como jefa del gabinete de asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros, presidenta del Sistema Estadístico Nacional y directora de la Superintendencia de Contribuciones. Ha sido directora de la Cámara de Comercio de Lima, del Instituto Peruano de Administración de Empresas (IPAE), de la Sociedad Geográfica de Lima y de la ONG Transparencia. Ha sido profesora, investigadora y miembro del Comité de Ética de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Actualmente es directora del Consejo de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC) y de Málaga, Web Asociados SRL. Forma parte del Consejo Consultivo del diario *El Comercio*. Es también miembro de la junta de auditores externos de la OEA y presidenta del Consejo Intergubernamental Información para Todos de la UNESCO.

Róger Guerra-García Cueva

Estudió en el colegio San Ramón de Cajamarca. Es médico de la Facultad de Medicina de San Fernando de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctor en Medicina por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (UPCH). Estudió en Boston University y en el Mount Sinai Hospital de Nueva York. Fue el primer presidente del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC). Ha sido también ministro de Educación, rector de la Universidad Peruana Cayetano Heredia y Congresista de la República. Es autor de varios títulos en temas de medicina de altura, población y universidad. En la actualidad, es titular de la Cátedra Alberto Hurtado de la UPCH.

Armando Zolezzi Möller

Abogado graduado de la PUCP, realizó el postgrado en Política y Administración Tributaria en la Fundación Getulio Vargas del Brasil (1967). Fue director general de la actual SUNAT (enero de 1980-febrero 1982) y vocal del Tribunal Fiscal (febrero de 1982 - abril de 1988). Es profesor principal a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Presidió la comisión peruana para negociar el convenio para evitar la doble tributación con Chile y Canadá (2001). Es autor de numerosos trabajos y artículos en revistas especializadas en Derecho Tributario y Derecho Constitucional, así como del prólogo de *Sobre temas de Interpretación Tributaria*, de Marcial Rubio Correa. Desde 1999 es decano de la Facultad de Derecho de la PUCP.

Raúl Vargas Vega

Periodista y profesor, se ha desempeñado en numerosos cargos tanto en el Perú como en el exterior en ambos campos de actividad. Ha residido y laborado en España, Italia, Chile y México, y ha participado en seminarios y misiones propias de su actividad periodística y educativa. Actualmente es director de noticias de Radio Programas del Perú. Ha laborado y colaborado en los diarios *El Comercio*, *Expreso*, *La República* y el semanario *Caretas*, así como en distintos diarios y revistas latinoamericanos.

Verónica Ferrero Díaz

Abogada de la PUCP (1999), tiene una maestría en Derecho (LLM) de la Universidad de Virginia, Charlottesville (2003). Profesora de Derechos Reales en la PUCP (2000-2002), ha publicado *Los riesgos de una nueva ley de garantías mobiliarias* en la revista *Advocatus*, n.º 9 (2004). Es abogada asociada del Estudio Luis Echeopar García, en las áreas de Derecho Civil y Derecho Corporativo, Fusiones y Adquisiciones.

Francisco Avendaño Arana

Abogado de la PUCP (1885), es también magíster en Derecho (LLM) de Boston University (1992). Es profesor de Derecho Civil en la PUCP y en la Academia de la Magistratura. Socio del Estudio Jorge Avendaño Valdez, Abogados, es además miembro de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

Gonzalo Figueroa Yáñez

Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile y diplomado en Metodología de la Enseñanza y de la Investigación Jurídicas de las universidades de Stanford (California) y UCLA (Los Ángeles). Es profesor titular de Derecho Civil en las universidades de Chile, Diego Portales y de Tarapacá (Arica). Es, asimismo, director de investigaciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri y del bachillerato en Ciencias Sociales de la Universidad La República. Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, es también consejero nacional de Televisión. Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, ha publicado, entre otros, *El Patrimonio* (Chile, 1991 y 1997), *Persona, Pareja y Familia* (Chile, 1995) y *Derecho Civil de la Persona - del genoma al nacimiento* (Chile, 2001).

Andrés Cuneo Macchiavello

Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (1964), ha realizado estudios de postgrado en las universidades de Standford (1967) y Harvard (1967 y 1972). Académico visitante de las mismas universidades y de la Universidad de Maryland, ha sido también profesor de Derecho Civil y de Introducción al Derecho en las universidades Católica de Valparaíso, Católica de Chile y de Chile en diversos períodos entre 1965 y 1975. Desde 1982, es profesor de las mismas asignaturas en la Universidad Diego Portales. Ha sido miembro del Comité on Legal Education del International Legal Center de Nueva York (1972-1974), y fundador y primer presidente del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas de Chile (1968-1974). Es profesor de diversos talleres sobre enseñanza del Derecho en Chile, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Ecuador y México desde 1970 a la fecha. Desde 1990, es fiscal (jefe jurídico) de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones de Chile. Miembro del estudio jurídico Cruz y Cía., de Santiago, ha publicado *Materiales para un Estudio del Fenómeno Jurídico* (1974 y 1990); «La Corte Suprema de Chile, sus percepciones acerca del Derecho, su rol en el sistema legal y la relación de este con el sistema político», en *La Administración de Justicia en América Latina*, en colaboración con varios autores (Costa Rica, 1980); así como *Cuarenta años de Experiencia Jurídica* (2000).

Rogelio Pérez Perdomo

Abogado de la Universidad Central de Venezuela (1964), máster en Derecho de la Universidad de Harvard (1972) y doctor en Ciencias con mención en Derecho de la Universidad Central de Venezuela (1975). Es decano de la Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana de Caracas. Ha dirigido el International Institute for the Sociology of Law y el Stanford Program for International Legal Studies. Entre sus obras principales se cuentan *Los abogados en Venezuela. Estudio de una elite intelectual y política 1780-1980* (Caracas, 1981) y *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*.

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

Abogado y doctor en Derecho de la PUCP. Ha enseñado Sociología del Derecho, Metodología del Aprendizaje Jurídico, Derecho y Planificación, Derecho y Desarrollo, y Derecho Procesal Civil. En la actualidad, dicta el curso de Teoría General del Proceso. Ha publicado li-

bros y artículos en las materias correspondientes a los cursos que dicta. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, y ha sido profesor visitante en la Universidad Central de Venezuela y académico visitante en la Universidad de Stanford (Estados Unidos). Ha sido Jefe del Departamento Académico y Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Actualmente es profesor a tiempo completo y coordinador de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia.

César Luna-Victoria León

Abogado con estudios de magíster en la Facultad de Derecho de la PUCP, es profesor asociado de esa misma facultad. Especialista en Derecho Corporativo y Derecho Tributario, ha sido director de sociedades e instituciones, e integrante de comisiones consultivas en asuntos corporativos y tributarios del CAL y del Congreso de la República. Ha integrado, además, instituciones especializadas en temas tributarios como el Instituto Peruano de Derecho Tributario (IPDT) y la Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, e integrante de sus consejos directivos. Entre 1992 y 1997, fue autor de la columna editorial de la revista *Análisis Tributario* y consultor principal de esta. También es consultor de las revistas especializadas *Semana Económica* y *Perú Económico*, de Apoyo Comunicaciones, y del Sistema de Asesoramiento Empresarial (SAE) de Apoyo Consultoría S.A. Ex ministro de Comercio Exterior (enero-octubre, 1999) y de Pesquería (octubre de 1999 – julio de 2000), es socio del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria

Shoschana Zusman Tinman

Abogada graduada de la PUCP, es profesora asociada en la Facultad de Derecho de esa casa de estudios. Ha sido decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (1998). Fue asesora de la Comisión Reformadora del Código Civil (1936) y ponente del anteproyecto de Libro de Acto Jurídico, junto con Manuel de la Puente y Lavalle. También ha sido profesora de Derecho Civil en el programa de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico y en la Universidad de Lima, y se ha desempeñado como vocal del Tribunal Administrativo de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) entre el año 2001 y el 2004. Entre sus diversas publicaciones en revistas especializadas en temas de Derecho Civil, se cuentan «El error en el acto jurídico» (en *Para leer el*

Código Civil, 1984), *Teoría de la invalidez e ineficacia*, *Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho*, *Labor jurisprudencial del Tribunal Agrario*, *La actividad empresarial del Estado y el Derecho Privado*, «Proyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico» (con Manuel de la Puente y Lavalle en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*) y, junto con Jorge Avendaño, *Calidad total en la enseñanza del Derecho*. Actualmente se desempeña como abogada independiente.

Aníbal Quiroga León

Abogado graduado de la PUCP (1983) y doctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (1983-1985). Ha sido secretario académico de la Facultad de Derecho de la PUCP (1985-1989), secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Derechos Humanos y asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Justicia (1986-1988). Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP desde 1985, ha sido también profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y de su Escuela de Postgrado (1989-1997), así como profesor visitante en las universidades de Cádiz, Jerez de la Frontera (España), Nacional de Cuyó de Mendoza (Argentina), del postgrado de la Universidad Panamericana de México y de la Universidad de Coral Reef de Cancún (México). Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima, ha sido además investigador becario del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Roma, 2002). Ha sido editor general de *DERECHO PUC*, revista de la Facultad de Derecho de la PUCP; codirector de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Lima-México); compilador de *Sobre la Jurisdicción Constitucional* (1990), *El Debido Proceso Legal y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2003) y *Derecho Procesal Constitucional. Ensayos* (en prensa). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, actualmente es socio director del Estudio A. Quiroga L., Abogados.

Beatriz Boza Dibos

Abogada de la PUCP y máster en Leyes de la Universidad de Yale, también es graduada del Programa de Alta Dirección (PAD) de la Universidad de Piura. Admitida al ejercicio profesional tanto en el Perú como en Nueva York (Estados Unidos), hasta 1995 se desempeñó como abogada en el estudio Shearman & Sterling de Nueva York.

Anteriormente laboró para el estudio Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle y presidió el Comité de Asuntos Interamericanos del Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York (1993-1996). Ha presidido el directorio de Indecopi y de PromPerú y se ha desempeñado como jefa del gabinete de asesores del ministro de Economía y Finanzas, posición desde la cual impulsó mecanismos de transparencia económica y fiscal. Actualmente se desempeña como directora fundadora del *think tank* Ciudadanos al Día y es profesora de Ética y Responsabilidad Profesional en la PUCP.

José Daniel Amado Vargas

Abogado de la PUCP, tiene una maestría de la Universidad de Harvard (1988) y cursó el Programa de Alta Dirección de la Universidad de Piura (1992). Ha sido abogado asociado en Wilmer, Cutler & Pickering (Washington DC, 1988-1990), abogado socio del Estudio Luis Echeopar García Abogados (1990-1999) y profesor de Transacciones Internacionales en la PUCP (1990-1992). Se ha desempeñado también como jefe del gabinete de asesores del presidente del Consejo de Ministros y secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros (2001-2002). Fundador y socio de Miranda & Amado, ha publicado *Zonas Francas Industriales* (1989), *Free Industrial Zones* (University of Pennsylvania, 1990), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Latinamerica* (University of Virginia, 1991), los capítulos sobre energía y telecomunicaciones de *Doing Business in Peru* (Nueva York, 1993), así como diversos artículos y ensayos sobre temas de contratación con el Estado, comercio internacional e inversión extranjera.

José Hurtado Pozo

Abogado de la UNMSM (1966) y doctor en Derecho por la Université de Neuchâtel (1967-1971). Catedrático de Derecho Penal y de Derecho de Procedimiento Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg desde 1982, y decano de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios (1993-1995), ha sido profesor de Derecho Penal en la PUCP hasta 1982 y actualmente es catedrático de esa materia en la UNMSM. Profesor invitado del Institut Max-Plank für ausländisches und internationales Strafrechts de Freiburg-in-Breisgau (1975-1977), es doctor *honoris causa* de la Universidad Nacional de Trujillo, y profesor honorario de las universidades San Martín de Porras, San Agustín de Arequipa, del Altiplano, privadas de Huancayo y de Moquegua, Católica Santa María de Arequipa y San Cristóbal de

Huamanga. Ha publicado *Nociones básicas de Derecho Penal* (Guatemala, 1999); *Droit pénal, Partie spéciale 1, Infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et le patrimoine*, (Zurich 1997); *Droit pénal, partie spéciale 2, Infractions contre l'honneur, le domaine secret ou privé et la famille* (Zurci, 1998); *Droit pénal, Partie générale 1* (Zurci, 1997); *Droit pénal, Partie générale 2* (Zurci, 2003), *Anuario de Derecho Penal* (editor, 1996), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas* (1997), *Sistema de sanciones del Código Penal* (1998), *Justicia penal militar* (1999-2000), *Discriminación de la mujer y Derecho Penal* (2001) y *Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano*.

Valentín Paniagua Corazao

Abogado de la Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco (1961), es catedrático de Derecho Constitucional, Instituciones Políticas del Perú y Derecho Administrativo en la PUCP. Ha sido profesor en las universidades de Lima, UNMSM y UNIFE, y en la Academia de la Magistratura. Ha ocupado diversos cargos públicos, entre ellos diputado por Cuzco (1963-1968) y Lima (1980-1985), Congresista de la República (2000-2001), presidente de la Cámara de Diputados (1982-1983), presidente del Congreso (2000-2001), ministro de Justicia (1965-1966) y Educación (1984) y Presidente de la República (2000-2001). Integrante de la Mesa de Diálogo auspiciada por la OEA (2000), presidió el grupo de trabajo de reforma constitucional (2001). Ha sido también jefe de la misión de observación electoral de la OEA en Guatemala (Elecciones Generales, 2003). Es doctor *honoris causa* de la UNMSM, San Antonio Abad, San Agustín, Tecnológica de los Andes, Universidad Mayor de San Simón y Andina Simón Bolívar de Ecuador. Es miembro del Club de Madrid, que agrupa a jefes, y ex jefes de Estado y Gobierno de todo el mundo. Ha publicado *Los orígenes del gobierno representativo en el Perú. Las elecciones (1809-1826)* (2003); «Las Relaciones Ejecutivo-Legislativo» (en *Ius et Praxis*, nn.º 19-20, 1992); «La Justiciabilidad de los actos Político-Jurisdiccionales del Congreso» (en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 3, Madrid, 1999), entre otros. Actualmente es profesor investigador en la PUCP y presidente del partido político Acción Popular.

Francisco José Eguiguren Praeli

Abogado graduado de la PUCP, ha sido asesor externo del despacho del Ministerio de Justicia (diciembre de 2000 - julio de 2001). Director general de la Academia de la Magistratura (febrero de 1996 - mayo

de 1998), se ha desempeñado también como director adjunto y director ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas (noviembre de 1989 - diciembre de 1992). Es profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP, en la que ejerce la cátedra en materia constitucional desde 1983. Actual jefe del referido Departamento Académico, ha publicado *Estudios Constitucionales* (mayo 2002), *La reforma judicial en la Región Andina: qué se ha hecho, dónde estamos, adónde vamos*; (coordinador de la investigación, 2000) y *Los tribunales Constitucionales en Latinoamérica: una visión comparativa* (Buenos Aires, 2000).

Baldo Kresalja Rosselló

Realizó sus estudios en el colegio La Inmaculada, y luego en la Facultad de Letras y en la Facultad de Derecho de la PUCP, donde se graduó de abogado. Realizó también estudios de Filosofía en las facultades de Letras de la Universidad Mayor de San Marcos y de la PUCP. Magíster en Administración de Negocios por ESAN, realizó estudios de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin (Estados Unidos). Es profesor principal en la Facultad de Derecho de la PUCP, y también profesor en las maestrías con mención en Derecho Constitucional y Derecho Internacional Económico. Ha publicado, entre otros, *El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos* (1999); *El sistema de patentes después del ADPIC: comentarios y reflexiones sobre su futura eficiencia* (2000); *La registrabilidad de marcas auditivas, olfativas y constituidas por color único en la Decisión 486 de la CAN* (2001); *Ejercicio sobre lo que se debería mantener, suprimir y perfeccionar en el régimen económico constitucional* (2001); y *La política en materia de propiedad industrial en la Comunidad Andina* (2003). Presidió la Conferencia Anual de Ejecutivos 2000-2001 sobre educación, cultura y desarrollo, e integró la comisión para un Acuerdo Nacional por la Educación, la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional y el grupo de trabajo de Iniciativa Nacional Anticorrupción, todas ellas creadas por el gobierno transitorio de Valentín Paniagua (2000-2001). Participó también en la Comisión sobre Régimen Económico que nombró el Congreso de la República en el año 2002 para elaborar el proyecto de modificación de la Constitución de 1993. Miembro del Consejo Nacional de Educación y director de varias empresas privadas, actualmente es ministro de Justicia. Es socio de Duany & Kresalja, Abogados.

Jorge Santistevan de Noriega

Abogado (1970) y doctor en Derecho de la PUCP (1975), con estudios de postgrado en Derecho Comparado en el Inter American Law Institute (Law School, New York University) y en Derecho y Desarrollo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP, ha sido funcionario internacional de la Organización Internacional del Trabajo y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En marzo de 1995, fue elegido por el Congreso de la República como el primer Defensor del Pueblo del Perú, cargo que ocupó hasta noviembre de 2000. Ha publicado *Estado y clase en el Perú: La comunidad industrial* (1976), *La huelga en el Perú* (1978), además de numerosos artículos sobre Derecho Constitucional, derechos humanos y Derecho Administrativo en libros y revistas del Perú y del extranjero. Fundador en 1991 del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados, ejerce como abogado, árbitro y consultor internacional. Dicta por invitación los cursos de Contratación con el Estado en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima y Sistemas Judiciales Comparados en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP.

Luis Pizarro Aranguren

Abogado graduado de la PUCP (1991), es especialista en temas de Derecho Civil, Corporativo y Financiero. Ha sido abogado asociado foráneo de Shearman & Sterling (Nueva York, 1996-1997), es profesor ordinario de la PUCP desde 1992, profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y profesor honorario de las universidades Católica Santa María (Arequipa) y Privada del Norte (Trujillo). Es miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil, del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Lima y del Centro de Conciliación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es también autor de diversos artículos legales en revistas nacionales e internacionales, y miembro del Comité Consultivo de las revistas *Derecho y Sociedad* de la Pontificia Universidad Católica del Perú y *Folio Real de Derecho Registral*. Conferencista del Diplomado de Derecho Bancario del Instituto de Formación Bancaria de la Asociación de Bancos del Perú, es también director de diversas empresas en el mercado empresarial y fue gerente legal del Grupo Empresarial Carsa (1993-1994). Actualmente es socio del Estudio Muñoz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria, Abogados.

Fernando Cantuarias Salaverry

Abogado de la PUCP y máster en Derecho (LLM.) de Yale Law School, ha sido presidente de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, INDECOPI (1995-2000), y es miembro de esta en la actualidad. Expositor y panelista en seminarios nacionales e internacionales, ha escrito diversos libros y artículos sobre temas de propiedad, análisis económico del Derecho y arbitraje, entre los que destacan los libros en coautoría *Arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras* (1994), *Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias* (2000) y *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (2001). Actualmente es decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Martín Mejorada Chauca

Abogado graduado de la PUCP, es egresado de la Maestría en Derecho Civil en la Escuela de Graduados de la misma casa de estudios. Profesor de Derechos Reales, Garantías y Seminario de Propiedad de la Facultad de Derecho de la PUCP desde 1993, es también profesor de Sistemas de Titularidades de la Maestría con mención en Derecho Civil de la PUCP, de Derecho Civil de la Academia Nacional de la Magistratura y ha sido profesor de Derechos Reales de la UNMSM. Es, asimismo, árbitro en la Cámara de Comercio de Lima, del CONSUCODE y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP. Fue miembro titular de la Comisión ad hoc para Procesos Transitorios de Reestructuración Patrimonial del Indecopi - ODIPUC y ha ocupado el cargo de vocal titular del Tribunal de la Propiedad de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal. Ha publicado diversos artículos en periódicos y revistas sobre las materias de su especialidad y es expositor en diversos congresos y seminarios sobre Derecho Civil. Actualmente es abogado y socio del Estudio Jorge Avendaño V., Abogados

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Abogada de la PUCP y egresada de la maestría en Derecho Civil de la misma casa de estudios. Ha sido profesora de Derecho Civil - Obligaciones en la Facultad de Derecho de la PUCP y actualmente lo es en la Universidad de Lima. Juez Titular Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima por concurso público, es también miembro de las comisiones de capacitación y de edición de la revista de la Corte Superior de

Justicia de Lima, y de la Comisión de Diseño y Creación de Juzgados y Salas Comerciales del Poder Judicial. Recientemente ha sido designada como miembro de la Comisión de Carrera Judicial del Poder Judicial. Ha publicado numerosos artículos en revistas y obras colectivas, como «La legítima y las donaciones: una relación conflictiva»; «El concepto de buena fe en el Derecho Civil peruano»; «Intereses, tasas, anatocismo y usura»; «La oferta al público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor»; «Contrato de garaje»; y «Cargas y deudas de la herencia»; entre otros.

Carlos Cárdenas Quirós

Abogado de la PUCP, ha completado estudios en la Maestría con mención en Derecho Civil de la misma casa de estudios. Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP y profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, es también académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y socio extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Italia). Ha ejercido los cargos de Superintendente Nacional de los Registros Públicos (1994-1998), miembro de la comisión que formuló el Código Civil de 1984 y ponente del articulado a contrato por persona a nombrar, mandato, gestión de negocios, cláusula compromisoria y compromiso arbitral; e integrante de la comisión encargada de formular el anteproyecto de reformas al Código Civil de 1984.

Guillermo Lohmann Luca de Tena

Abogado de la PUCP (1975), es miembro de las comisiones reformadoras del Código Procesal Civil y del Código Civil de 1984. Es profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, entre sus principales obras se cuentan *El Negocio Jurídico*, *El arbitraje* y *Derecho de Sucesiones*. Actualmente es socio de Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados.

Delia Revoredo Marsano de Mur

Abogada egresada de la PUCP (1975), es profesora principal de las facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad de Lima, y de la Academia Diplomática del Perú. Integra la comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil de 1936 y la Comisión de Reforma

del Código Civil de 1984. Actual miembro del grupo nacional del Perú ante la Corte Permanente de Arbitraje (ONU), presidió la comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la Ley General de Arbitraje y es miembro de número del International Council of Commercial Arbitration. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, ha sido decana del CAL. Es miembro honorario de los colegios de abogados de Ayacucho, Callao, Huánuco, Pasco, Arequipa, Loreto, La Libertad, Tacna, Moquegua y Junín; presidenta de los colegios de abogados del Perú; y consejera de la Federación Interamericana de Abogados. Actualmente es magistrada del Tribunal Constitucional. Es, además, autora de una docena de publicaciones.

Ricardo Luis Lorenzetti

Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, 1978) y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma casa de estudios (1983). Profesor titular en la Universidad de Buenos Aires y miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Obtuvo el premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires, 1996) y el premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en Derecho Civil (1993). Es profesor emérito de la Universidad de la República y profesor honorario de la Universidad Católica Santa María de Arequipa; profesor en las maestrías de Derecho Privado de la Universidad Católica de Valparaíso (Chile), de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, de la Universidad Austral y doctor *honoris causa* en la Universidad Privada San Pedro de Trujillo. Miembro del directorio de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, es autor de *Contratos-Parte General* (Argentina 2004); *Consumidores* (Argentina, 2003); *Contratos-Parte especial* (Argentina, 2003); *La emergencia económica y los contratos* (Argentina, 2002); *Comercio electrónico* (Argentina, 2001); *Tratado de los contratos* (Argentina, 2000); *Digesto de Derecho de daños* (Argentina, 1999); *La empresa médica* (Argentina, 1998); *Responsabilidad civil del médico* (Argentina, 1997); *Las normas fundamentales de Derecho Privado* (Argentina, 1995); *La responsabilidad profesional* (Argentina, 1994); *Responsabilidad por daños derivados de los accidentes de trabajo* (Argentina, 1993); *Defensa del consumidor*, en colaboración con Jorge Mosset (Argentina, 1993); *Contratos médicos*, en colaboración con J. Mosset Iturraspe (Argentina, 1991); *Responsabilidad civil del médico* (Argentina, 1986); *Responso Iurisperitorum Digesta-Volúmen. IV*, en colaboración con otros

autores (España, 2003); *Comercio electrónico (Brasil, 2001)*; *Direito e internet (Brasil, 2000)*; y *Fundamentos do Direito Privado (Brasil, 1998)*. Ha publicado también diversos artículos en revistas de España, Paraguay, Uruguay, Brasil, Perú y Chile.

Manuel de la Puente y Lavalle

Doctor en Derecho de la PUCP (1976) y doctor *honoris causa* de la Universidad Privada San Pedro de Trujillo (2002). Es profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP, profesor principal honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, profesor honorario de la Universidad Católica de Santa María. Ex presidente del Jurado de Honor de la Magistratura, es también miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, presidente honorario y miembro de la Comisión Especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil de 1984. Presidió el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Conciliación, y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (2001-2003).

Carlos Alberto Soto Coaguila

Abogado graduado de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa y egresado de la maestría en Derecho Civil por la PUCP. Profesor de Derecho Civil (Contratos) en la Universidad de Lima, también es profesor visitante de postgrado en Derecho de Daños y Derecho de la Empresa de las universidades de Buenos Aires, Litoral de Santa Fe y Mendoza (Argentina). Ha sido profesor asociado en el área de Derecho Civil en la Academia de la Magistratura y profesor de Derecho Civil (Contratos) en la UNMSM. Es miembro correspondiente extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, miembro académico honorario de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia y asesor de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984. Abogado asociado del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria, Abogados, es también coordinador de la colección jurídica *Instituciones de Derecho Privado*, coautor de *Comercio Electrónico, Contratación Privada y El contrato en una economía de mercado*.

Fernando de Trazegnies Granda

Abogado y doctor en Derecho de la PUCP. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Len-

gua y de la Academia Nacional de Historia. Ha publicado diversos trabajos jurídicos y obras de ficción, entre los cuales destacan *La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX* (1980); *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor* (1981, traducido al eslovaco en 2002); *La responsabilidad extracontractual* (1988 y Bogotá, 1999); *En el país de las colinas de arena* (Lima, 1994; traducido al chino en 1999) y la obra de ficción *Imágenes Rotas* (Lima: Ediciones del Dragón, 1992).

Juan Luis Avendaño Valdez

Abogado de la PUCP (1967), es profesor ordinario de Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica desde 1971 y profesor principal desde 1988. Miembro de la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles (1981), ha sido también ministro de Justicia (1984), presidente del Consejo del Notariado (1984-1985 y 1992-1994), presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado (1984), miembro de la Comisión Especial al Parlamento para la Ley Orgánica del Poder Judicial (1987, 1988 y 1990) y miembro de la Comisión Revisora de la Ley del Notariado (1992-1993). Expositor en foros nacionales e internacionales sobre el Código Procesal Civil (1993-2003), se ha desempeñado, además, como profesor de la Academia de la Magistratura (1996-1997). Presidió las comisiones de reestructuración patrimonial del CAL, de la Cámara de Comercio de Lima (CCL, 1998-1999) e Indecopi (1998-2002), así como el Consejo Superior de Arbitraje de la CCL (1999-2000). Integró la Comisión Especial del Ministerio de Justicia encargada de evaluar la defensa del Estado (2001), fue presidente de la Sala Concursal del Tribunal de Indecopi (2002) y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (2003). Ha ejercido como Defensor ad hoc del Estado ante el fuero ordinario y ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Ha sido miembro de comisiones consultivas del CAL, del Instituto Peruano de Derechos de Autor, del Instituto de Derecho Procesal Civil y de la Asociación de Derecho Procesal. Socio del Estudio Delfino, Pasco, Ísola, Avendaño, Abogados, es profesor principal en la Facultad de Derecho de la PUCP, presidente de la Sala Concursal del Tribunal de Indecopi y presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Felipe Osterling Parodi

Abogado de la PUCP, realizó estudios de postgrado en New York University y se graduó de doctor en Derecho en la PUCP. Ha sido

decano de la Facultad de Derecho de la PUCP (1970–1972), presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 (1970–1984), ministro de Justicia (1980–1981), Senador de la República y presidente del Senado y del Congreso de la República (1985–1992). Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho desde 1993, ha sido también miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores (1985–1992) y decano del CAL (1995). Es autor de numerosas obras y artículos de su especialidad, entre ellos *En Justicia* (1993), *Exposición de Motivos del Derecho de Obligaciones en el Código de 1984* (1988) y, en coautoría con Mario Castillo Freyre, del *Tratado de las obligaciones* (1994–2003) —obra que consta de 16 tomos— y del *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú* (México, 1995). Es catedrático en la Facultad de Derecho de la PUCP desde 1957 y profesor de Derecho de Obligaciones desde 1964. Ejerce la profesión en el estudio que lleva su nombre.

Mario Castillo Freyre

Abogado y doctor de la PUCP. Profesor en las facultades de Derecho de la PUCP, UNIFE y Universidad de Lima. Es autor de *Tentaciones académicas* (tomos I y II), *Tratado de la venta* (tomos I al VI), *Tratado de la teoría general de los contratos*; *Tratado de los contratos típicos* (tomos I al III) y *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Es coautor con Felipe Osterling Parodi del *Tratado de las obligaciones*, obra que consta de 16 tomos, y de *Estudio sobre las obligaciones dinerarias en el Perú*. Ejerce la profesión en el estudio que lleva su nombre.

Augusto Ferrero Costa

Abogado, doctor en Derecho y profesor emérito por la UNMSM. Es profesor principal, ex decano de la Facultad de Derecho y vicerrector de la Universidad de Lima. Asimismo, es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, y miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil. Profesor honorario de las universidades nacionales San Agustín de Arequipa, San Antonio Abad del Cusco y San Luis Gonzaga de Ica, así como de las universidades Inca Garcilaso de la Vega, Particular de Chiclayo y Los Andes de Huancayo. Ha publicado *Derecho de Sucesiones y Derecho Procesal Civil. Excepciones*, en varias ediciones, así como diversos ensayos y artículos periodísticos. Es socio del Estudio Ferrero Abogados, fundado por su padre, Raúl Ferrero Rebagliati, en 1937.

César Fernández Arce

Abogado de la PUCP (1953), doctor en Derecho Privado de la Universidad Complutense de Madrid y egresado de la sección doctoral de Filosofía de la PUCP. Ha sido magistrado del Poder Judicial durante treinta años y presidente de la Corte Suprema (1980 y 1991). Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y profesor principal del Departamento Académico de Derecho, del Comité Asesor del Departamento Académico de Derecho y de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil de la PUCP. Ha sido catedrático en las universidades de Lima, Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE) y San Martín de Porres. Fue elegido miembro del Congreso Constituyente Democrático, donde se desempeñó como presidente de la Comisión de Justicia (1993, 1994 y 1995) y participó en la elaboración de los capítulos relativos al Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo y Academia de la Magistratura. Ha sido presidente de la Comisión Revisora del Código Civil de 1984. Es autor de *Derecho Civil: Derecho de Sucesiones* (2003), así como de numerosos artículos y trabajos jurídicos sobre Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia y la revisión del Código Civil de 1984. Es representante de la sociedad civil en la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS).

Julio César Rivera

Abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad del Salvador (Buenos Aires, Argentina). Es profesor titular de Derecho Civil, en las universidades Nacional de Buenos Aires y Argentina de la Empresa; y de Concursos y Papeles de Comercio en la Universidad Nacional del Litoral. Ex juez de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de Capital Federal, integró la comisión que redactó las leyes de concursos y quiebras, de fideicomiso y del proyecto de Código Civil de 1998. Es miembro de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Es autor de 15 libros y 200 artículos publicados en Argentina, España, Italia, Francia, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Brasil y Colombia.

Marcial Rubio Correa

Estudió en el colegio La Inmaculada y en la PUCP, donde se graduó de abogado (1972), magíster (1987) y doctor (1997). Es profesor prin-

cial del Departamento de Derecho de la citada casa de estudios, y vicerrector administrativo de esta desde 1994 hasta la fecha. Ha publicado *El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho* (ocho ediciones desde 1984 hasta 2003), *Estudio de la Constitución de 1993* (1999) y *Título Preliminar del Código Civil* (ocho ediciones entre 1986 y 2001).

Ricardo Beaumont Calligos

Magíster en Derecho Civil y Comercial, y doctor en Derecho de la UNMSM. Es profesor de Derecho Comercial en la mencionada casa de estudios, así como en las universidades de Lima y San Martín de Porres. Ha sido presidente de la Comisión Redactora de la Ley de Títulos Valores y miembro de la Comisión de la Ley General de Sociedades. Se ha desempeñado como segundo vicedecano del CAL (1993 y 1994) y ha sido fundador del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Es autor de *Comentarios a La Ley General de Sociedades*, *Comentarios a la Ley de Títulos Valores* y *Comentarios a la Ley General del Sistema Concursal*.

Oswaldo Hundskopf Exebio

Abogado de la PUCP, magíster en Derecho Administrativo y doctor en Derecho. Actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, es catedrático en el área de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho y de la Maestría de Derecho Empresarial de la misma casa de estudios, y profesor de la Escuela de Postgrado de la UNMSM. Preside el Instituto Peruano de Derecho Mercantil y es socio principal del Estudio Sparrow & Hundskopf, Abogados.

Ulises Montoya Alberti

Abogado y economista de la UNMSM, obtuvo el grado académico de doctor en Derecho en la misma universidad. Profesor principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la referida casa de estudios, ha enseñado también en las universidades Nacional de Ingeniería, de Lima y San Martín de Porres. Ha publicado *El derecho económico*, *La inflación y el Derecho*, *El arbitraje comercial*. Actualmente es decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM (período 2001-2004) y del CAL.

Fernando Vidal Ramírez

Abogado, graduado de la UNMSM, es profesor universitario, miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, miembro corres-

pondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y miembro honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid (España). Corresponsal nacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ha integrado la Comisión de Reforma del Código Civil. Ex decano del Colegio de Abogados de Lima, es miembro honorario en diversas facultades de Derecho y colegios de abogados. Ha publicado, entre otros libros, *El acto jurídico, prescripción extintiva y caducidad*; *El Derecho Civil en sus conceptos fundamentales*; *Manual de Derecho Arbitral*; y *Del ius romano a los derechos humanos en la Convención Americana*; así como diversas obras colectivas y artículos en revistas especializadas.

Víctor Ferro Delgado

Abogado de la PUCP, es egresado de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil de la misma casa de estudios y ha seguido el curso de postgrado en Relaciones de Trabajo y Negociación en la Universidad de Bologna (Italia), en convenio con la OIT y la John Hopkins University School. Profesor principal de Derecho del Trabajo en la PUCP, ha sido miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Trabajo (1991-2002). Es socio fundador del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados, autor de diversos artículos en materia laboral y ponente en conferencias nacionales e internacionales en dicha especialidad. Ha sido delegado técnico gubernamental a la Conferencia de la OIT (Ginebra, 1996), y presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (1999-2002).

José Ugaz Sánchez-Moreno

Abogado de la PUCP (1983), realizó estudios de postgrado en el Institute of Social Studies (La Haya, Holanda) en la especialidad de Derechos Humanos y de Derecho Penal en las universidades de Salamanca, Cádiz y Alicante (España). Preside Proética, capítulo peruano de Transparencia Internacional, y ha sido integrante de diversas comisiones de reforma de la administración de justicia, Código Procesal Penal y política penitenciaria. Es autor de diversos artículos sobre Derecho Penal y derechos humanos. Ha sido ponente en múltiples eventos nacionales e internacionales de la materia. Asimismo es consultor externo de las organizaciones holandesas HIVOS y NOVIB para misiones de evaluación sobre derechos humanos en Costa Rica y Sri Lanka. Autor de *Prensa Juzgada*, se ha desempeñado como procu-

rador ad hoc de la República en los casos Zanatti (1993-1994), CLAE (1994), INABIF (1997) y Fujimori-Montesinos (2000-2002). Es miembro del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) e integró el grupo de conferencistas convocados a la Segunda Sesión del Comité Especial encargado de negociar el Proyecto de Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Es profesor principal de Derecho en la PUCP y socio del Estudio de Abogados Benites, de las Casas, Forno & Ugaz.

Alfonso Salcedo Rubio

Realizó estudios de Letras en la PUCP y de Ciencias de la Comunicación en la Universidad de Río Piedras de Puerto Rico. Ha sido periodista en diarios y revistas del Perú, República Dominicana y Puerto Rico. Fue director general de Difusión del SINAMOS, presidente del directorio del Fondo de Promoción Turística del Perú (FOPTUR), viceministro de Turismo, presidente y fundador de la Comisión de Turismo de América del Sur y, luego, director Ejecutivo del mismo organismo de integración multilateral. Se ha desempeñado también como jefe del Sistema Nacional de Comunicación Social (SINACOSO) y presidente del directorio de Acento Publicitario, Publicistas Unidos y Genio & Figura Publicidad. Ha participado, dirigiendo o colaborando, en seis campañas presidenciales, en cuatro a la alcaldía de Lima y en varias decenas de postulaciones de candidatos al Congreso y a la presidencia de distintos gremios e instituciones. Ha publicado *Que nunca cese tu capacidad de indignarte*.

(*) Abreviaturas utilizadas: PUCP: Pontificia Universidad Católica del Perú; UNMSM: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; CAL: Colegio de Abogados de Lima; LLM: Master in Laws; UNIFE: Universidad Femenina del Sagrado Corazón; UPC: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

ÍNDICE GENERAL

TOMO I

PRÓLOGO	13
PRESENTACIÓN	15
CRONOLOGÍA DE JORGE AVENDAÑO	19
CAPÍTULO PRIMERO	
JURISTA Y MAESTRO	35
Javier de Belaunde López de Romaña	
<i>Jorge Avendaño, un realizador</i>	37
1. El problema de las rentas y la colaboración con el Poder Judicial	42
2. Una voz democrática	43
3. El aporte a la Constitución	45
4. Proyecto de educación cívica de la población	45
5. Reactivación del sistema del control deontológico	46
6. Ley de las elecciones presidenciales	46
Domingo García Belaunde	
<i>Jorge Avendaño en el recuerdo</i>	51
Mario Pasco Cosmópolis	
<i>Jorge Avendaño, abogado</i>	57

Martín Belaunde Moreyra	
<i>Jorge Avendaño, defensor del orden jurídico</i>	65
Alfredo Bullard González	
<i>¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?</i>	73
1. La enseñanza legal y la visión económica del Derecho	76
2. Bienes registrados y no registrados, y la transferencia de titularidades	90
3. El porqué de que Jorge Avendaño sea un buen economista	105
Graciela Fernández Baca de Valdez	
<i>Jorge Avendaño, semblanza desde el Congreso</i>	109
1. La gestión parlamentaria de Jorge Avendaño	111
Róger Guerra-García Cueva	
<i>Jorge Avendaño en el Congreso de la República 1995-2000</i>	115
Armando Zolezzi Möller	
<i>Jorge Avendaño, sus primeros cuarenta años de profesor</i>	119
Raúl Vargas Vega	
<i>Retrato de un forjador y maestro</i>	125
Verónica Ferrero Díaz	
<i>Honores para el maestro</i>	129
Francisco Avendaño Arana	
<i>Jorge Avendaño como papá</i>	137
Capítulo Segundo	
ENSEÑANZA DEL DERECHO	145
Gonzalo Figueroa Yáñez	
<i>Jorge Avendaño: recuerdos de treinta años</i>	147
1. Rememorar a Jorge Avendaño	147
2. La crisis de la enseñanza del Derecho	148
3. Causas y objetivos de la reforma	150
4. Contenidos de la reforma	151
5. La investigación	152
6. Conclusión	153

	1209
Andrés Cuneo Macchiavelo	
<i>La enseñanza del Derecho en un mundo en cambio</i>	155
Rogelio Pérez Perdomo	
<i>El movimiento de Derecho y Desarrollo, y los intentos de cambio en los estudios jurídicos</i>	169
1. La tradición de los estudios jurídicos y los cambios de la década del sesenta	170
2. El Movimiento de Derecho y Desarrollo	174
3. Estado de Derecho y desafíos presentes de la educación jurídica	179
Lorenzo Zolezzi Ibárcena	
<i>La aparición de la dimensión social en la educación jurídica de los años sesenta</i>	183
1. El entorno	183
2. La reforma	187
3. Ideas matrices centrales del proceso de maduración de estas nociones en los años siguientes	189
4. Derecho y realidad social	196
5. Las cortes de justicia y la segregación y desegregación racial en los Estados Unidos	196
6. La experiencia del derecho soviético	198
César Luna-Victoria León	
<i>El ladrón y el oráculo o ¿qué es el Derecho?</i>	209
1. Treinta años después	209
2. Un «Seminario de Propiedad»	210
3. La pregunta clave	212
4. La vaca y su leche	215
5. El tremendo juez	217
6. El tremendo Estado	221
7. El mercado tremendo	223
8. Fin del Seminario	226
9. El ladrón y el oráculo ¿qué es el Derecho?	227
10. Fin del testimonio	228
Shoschana Zusman Tinman	
<i>Aprendiendo a aprender</i>	231
1. Una epistemología alternativa	231
2. Algunos modelos de enseñanza del Derecho basados en la epistemología de Schön	235

- | | |
|-------------------------|-----|
| 3. Un curso imaginario | 238 |
| 4. Una clase imaginaria | 247 |

Aníbal Quiroga León

- | | |
|---|-----|
| <i>La «destreza legal» como parte de enseñanza del Derecho</i> | 253 |
| 1. Presentación | 254 |
| 2. El desafío de la enseñanza del Derecho: la integración de la teoría y la práctica | 257 |
| 3. La destreza legal en la defensa. Esquema | 259 |
| 3.1. El abogado y la defensa | 259 |
| 4. Esquema del planteamiento del caso | 267 |
| 4.1. ¿Qué es ser «abogado»? ¿Soy yo un «abogado»? | 267 |
| 4.2. El proceso y el abogado | 268 |
| 4.3. El abogado y la defensa | 270 |
| 5. Plantilla básica para la organización de la defensa | 272 |
| 5.1. ¿Litigar o no litigar? | 272 |
| 5.2. El mito de la conciliación o del arbitraje | 273 |
| 5.3. ¿Cómo organizar la defensa del caso: individual o grupal? El equipo de trabajo o el trabajo individual | 273 |
| 5.4. El conocimiento del terreno: el foro del litigio | 274 |
| 5.5. El conocimiento del enemigo | 275 |
| 5.6. Los límites objetivos del proceso | 275 |
| 6. La presentación del caso | 276 |
| 6.1. El orden de los hechos | 276 |
| 6.2. La exposición de Derecho <i>in voce</i> | 277 |
| 7. Algunos mitos del proceso | 279 |
| 8. Anexos | 281 |

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO Y ÉTICA 289

Beatriz Boza Dibos

- | | |
|---|-----|
| <i>La abogacía: ¿profesión o empresa? Nuevos desafíos para el ejercicio profesional del abogado</i> | 291 |
| 1. La globalización, las nuevas tecnologías, la competencia y el <i>marketing</i> profesional | 293 |
| 2. El caso de la firma más grande del mundo: Clifford Chance | 295 |
| 3. Cambios en el entorno y ¿en el ejercicio profesional? | 302 |

4. Tendencias recientes en el ámbito internacional	305
4.1. Reducción de costos y <i>desfidelización</i> del cliente	306
4.2. Creciente competencia entre abogados	307
4.3. Especialización del abogado y papel del <i>In-House Counsel</i>	313
4.4. Impacto de las tecnologías de la información	315
4.5. Transparencia corporativa y ética profesional	318
4.6. La profesión en Norteamérica	324
5. Contexto nacional del ejercicio del Derecho	326
5.1. Nuevas áreas del Derecho y estudios <i>boutique</i>	328
5.2. Dinamización del mercado y creciente competencia	331
5.3. Creciente importancia de Internet	336
5.4. Inseguridad jurídica	338
5.5. Descrédito profesional e imagen negativa del abogado	348
5.6. La profesión en el Perú	353
6. Desafíos del ejercicio profesional en nuestro país: la necesidad de comprarse el pleito	355
6.1. Modelo conceptual de análisis	356
6.2. Desafíos en el plano institucional para crear un marco institucional predecible en el que la práctica profesional pueda florecer aún más	364
6.3. Desafíos en el plano individual para desarrollar la práctica profesional	379
7. Riesgos de mantener el <i>status quo</i>	383
8. Sí, podemos y debemos, doctor Avendaño	384
 José Daniel Amado Vargas	
<i>Jorge Avendaño en la redefinición de la misión del abogado en la sociedad</i>	387
 José Hurtado Pozo	
<i>Derecho Penal, política y moral</i>	399
1. Introducción	399
2. Código Penal de 1991	401
3. Código del niño y del adolescente	402
4. Corrección del proceso de legislar	404
5. Código Procesal Penal	406
6. Facultades de los procuradores de la república	406
7. Colaboración internacional en materia penal	409

- | | |
|---|-----|
| 8. Respeto de diferencias culturales y del Derecho
Consuetudinario | 413 |
| 9. A manera de conclusión | 417 |

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO CONSTITUCIONAL 419

Valentín Paniagua Corazao

- | | |
|---|-----|
| <i>El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la
Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán</i> | 421 |
| 1. Introducción | 422 |
| 2. Forma de Estado | 424 |
| 2.1. La forma de Estado: ideológica y políticamente.
Perú: república democrática y origen popular del poder | 424 |
| 2.2. Forma de Estado jurídicamente: Estado unitario
descentralizado | 425 |
| 2.3. La estructura general del Estado: los poderes del Estado
(legislativo, ejecutivo, judicial) y las instituciones
constitucionales autónomas | 426 |
| 2.3.1. Los poderes clásicos del Estado: legislativo, ejecutivo
y judicial | 426 |
| 2.3.2. Las instituciones constitucionales autónomas | 431 |
| 2.4. El Estado descentralizado: las regiones y las
municipalidades | 432 |
| 2.4.1. La regionalización | 432 |
| 2.4.2. Régimen municipal | 434 |
| 2.5. Estado de derecho y Constitución: control de
constitucionalidad de las leyes y protección de los derechos | 435 |
| 3. Forma de gobierno | 437 |
| 3.1. El presidencialismo y el parlamentarismo | 437 |
| 3.1.1. La elección presidencial | 439 |
| 3.1.2. Atribuciones tasadas y limitadas | 439 |
| 3.1.3. Distribución dual del poder ejecutivo bajo
conducción del presidente | 441 |
| 3.1.4. La inmunidad presidencial sobre la base de una
responsabilidad presidencial debidamente tasada | 442 |
| 3.2. Las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo | 443 |
| 3.3. Los balances y contrapesos: los mecanismos de control en
general y de control político para la responsabilidad del
gobierno | 444 |

3.3.1. Mecanismos de control general	444
3.3.2. Mecanismos específicos	445
4. El sistema electoral	446
5. La democracia sin partidos	447
6. Las funciones del Estado. Las normas programáticas. El carácter social del Estado	450
7. Conclusión	451
 Francisco José Eguiguren Praeli	
<i>La jurisdicción constitucional en el Perú: algunas propuestas para la reforma constitucional</i>	453
1. Consideraciones previas	453
2. La Constitución de 1979: del control judicial de constitucionalidad a un sistema (dual o mixto) de jurisdicción constitucional	455
3. Particularidades del TGC peruano respecto del Tribunal Constitucional español	458
4. La constitución de 1993 y las novedades introducidas	462
5. Situación actual, problemas que subsisten y posibles reformas constitucionales	465
5.1. El TC debe ser el supremo intérprete de la Constitución	466
5.2. La necesaria reducción del número de votos para las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad	467
5.3. Las sentencias del Poder Judicial sobre inaplicación de normas inconstitucionales y su falta de articulación con el Tribunal Constitucional	468
5.4. La necesidad de ampliar el acceso ante el TC y su participación en procesos sobre derechos fundados	469
6. Reflexión final	471
 Baldo Kresalja Rosselló	
<i>La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado</i>	473
1. Carácter del presente estudio y breve recuento histórico de las relaciones Estado-mercado en el Perú	475
2. Notas breves sobre sociedad y empresa: comerciante, empresario y operador económico, fondo de comercio y clientela	490
3. La libertad económica: encuadre jurídico y político	498
4. La iniciativa privada, la libertad de industria y comercio, y la libertad de empresa en los textos constitucionales del Perú	505
5. El constitucionalismo económico y las características del sistema económico en el Perú	516

6. La economía social de mercado como marco de la libertad de empresa y el mercado como institución	526
7. La libertad de empresa: naturaleza del derecho	530
8. La libertad de empresa: su contenido esencial	539
9. Reconocimiento expreso en la normativa infraconstitucional, límites y trabas en su ejercicio	551
10. <i>Post scriptum</i>	572

Jorge Santistevan de Noriega

<i>Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú</i>	577
1. Contratos-ley	578
2. Naturaleza y características de los contratos-ley	581
3. Alcances y contenido de los contratos-ley	586
4. Garantías y seguridades a la inversión como sustento de los contratos-ley	588
5. Blindaje constitucional: la no modificación de los contratos-ley	590
5.1. Posición de nuestra doctrina civil y constitucional	592
5.2. Voz de la jurisprudencia ordinaria del Perú	594
5.3. Voz de la jurisprudencia constitucional del Perú	596
5.4. Carácter intangible de los contratos-ley en el Derecho Internacional	597
6. Acuerdo entre partes y límites al <i>ius variandi</i> del Estado	600
7. Alcances de la no modificación y técnicas de <i>inoponibilidad</i>	602
8. Proyección de las responsabilidades asumidas mediante contratos-ley en el ámbito internacional	604
9. El sistema regulatorio y su relación con los contratos-ley	607
9.1. Privatizaciones y postprivatizaciones	607
9.2. Características del sistema regulatorio	609
9.3. Contratos de concesión de servicios públicos en el marco del Derecho Regulatorio	611
10. Los entes reguladores de los servicios públicos	613
11. Solución de reclamaciones de usuarios	617
12. Sistema regulatorio <i>garantista</i>	618
13. Protección constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios	620
14. Principio pro consumidor	620
14.1. Protección a los intereses económicos de los consumidores y usuarios	621
14.2. Posición del Tribunal Constitucional del Perú	622
15. Conclusiones	623

TOMO II

CAPÍTULO QUINTO

DERECHOS REALES

641

Luis Pizarro Aranguren

El pacto comisorio y el perro del hortelano 643

1. A manera de introducción: mi relación con Jorge Avendaño 645

2. Objetivo del presente artículo 645

3. Función de la garantía: vehículo de atenuación de riesgos financieros 646

4. Clasificación de las garantías: las garantías sobre bienes específicos 649

5. Ejecución de garantías: el caso peruano 651

5.1. La ejecución de garantías en general 651

5.2. La ejecución de garantías en el Perú 652

5.2.1. Ejecución judicial 653

5.2.2. Ejecución extrajudicial 654

6. Pacto comisorio en Perú 654

6.1. Conceptos generales 654

6.2. Fundamentos de la prohibición 656

6.3. El cumplimiento de la prohibición en la realidad 657

7. Crítica a la prohibición del pacto comisorio 659

7.1. Crítica a la prohibición del pacto comisorio 659

7.1.1. Protección del patrimonio del deudor de abusos de acreedor 659

7.1.2. Protección del interés de otros acreedores en el patrimonio del deudor 662

7.1.3. Crítica 663

7.2. Propuesta 663

8. Conclusión: o comemos o dejamos comer 665

Fernando Cantuarias Salaverry

Acceso al crédito mediante la reforma de la legislación sobre garantías reales 667

1. Situación del crédito en el Perú 668

2. Marco legal de las garantías en el Perú 671

3. Propuesta de reforma 676

4. Grupos de interés que podrían bloquear la reforma 680

4.1. Los políticos 680

4.2. Los bancos 680

4.3. Los notarios 681

4.4. Los funcionarios de la SUNARP	681
4.5. Los jueces	682
4.6. Los abogados	682
Francisco Avendaño Arana	
<i>La clasificación de los bienes</i>	685
1. Los bienes	686
1.1. El bien es diferente al sujeto	687
1.2. El bien es un concepto que tiene relevancia jurídica	687
1.3. El bien proporciona utilidad	688
1.4. Los bienes son susceptibles de apropiación, independientemente de que dicha apropiación sea actual	688
1.5. El tráfico de los bienes debe ser lícito	689
1.6. Los bienes pueden ser futuros	689
1.7. Los bienes tienen valor económico	690
2. Clasificación de los bienes	690
2.1. Corporales e incorporales	691
2.2. Fungibles y no fungibles	691
2.3. Bienes consumibles y no consumibles	693
2.4. Bienes muebles e inmuebles	693
3. La propuesta de Jorge Avendaño	697
4. Efectos de la nueva clasificación	703
Martín Mejorada Chauca	
<i>Fundamento de la posesión</i>	709
Roxana Jiménez Vargas-Machuca	
<i>La posesión. Alcances y defensa</i>	721
1. Jorge Avendaño: reconocimiento y gratitud	721
2. La Posesión	722
2.1. Concepto	722
2.2. Naturaleza jurídica	724
3. Defensa de la posesión	734
3.1. Defensa extrajudicial de la posesión	735
3.2. Defensa judicial de la posesión	738
3.2.1. Acciones posesorias e interdictos	739
Carlos Cárdenas Quirós	
<i>Notas acerca de la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien mueble o inmueble</i>	745
1. Presentación	746

2. ¿Modo excepcional de adquisición?	746
2.1. ¿La inscripción convierte a Z en un propietario?	747
2.2. Evaluemos ahora la situación tratándose del caso de los bienes muebles	748
3. Justificación de los artículos 1135 y 1136	749
4. Buena fe	749
5. Situación no prevista	750
5.1 ¿A quién se refiere en este caso?	751
6. Solución singular	751

Guillermo Lohman Luca de Tena

El artículo 1209 del Código civil y cuestiones afines a la enajenación de herencia 753

1. Los supuestos regulados por el artículo 1209 C.C.	754
2. Sobre la ubicación sistemática	756
3. Análisis del artículo 1209	760
3.1. El objeto de transmisión	760
3.2. El patrimonio hereditario ya causado	763
3.3. La obligación de garantizar la calidad de heredero y temas conexos	768
3.4. La formalidad de la cesión	772
4. ¿Hay derecho de retracto por la cesión de la participación?	773
5. ¿Hay derecho de preferencia por la enajenación de la participación?	776
5.1. ¿Tienen los copartícipes de la indivisión un derecho de preferencia?	776

Delia Revoredo Marsano de Mur

Propuesta para un nuevo régimen internacional de los derechos reales en el Código Civil peruano 779

1. Introducción	780
2. Bienes en tránsito	788
3. Competencia jurisdiccional	792

Ricardo Luis Lorenzetti

Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad 795

1. La contractualización de la propiedad	796
2. Clubes de campo	797
3. La protección contra la discriminación	803
4. La venta de parcelas en cementerios privados	804
4.1. Costumbre negocial y orden público	804

4.2. El derecho de sepultura	805
4.3. El contrato	807
CAPÍTULO SEXTO	
DERECHO CIVIL	813
Manuel de la Puente y Lavalle	
<i>La codificación</i>	815
Carlos Alberto Soto Coaguila	
<i>La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales</i>	831
1. Jorge Avendaño y la Reforma del Código Civil peruano de 1984	831
2. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra	834
3. La cláusula penal: concepto y funciones	836
3.1. Concepto	836
3.2. Funciones de la cláusula penal	839
3.2.1. Función punitiva o compulsiva	839
3.2.2. Función indemnizatoria o resarcitoria	840
3.2.3. Función resolutoria	841
3.2.4. Función preventiva o disuasiva	843
3.3. Función económica de la cláusula penal	846
3.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano	846
3.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional	846
3.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el código civil peruano de 1984	848
4. Inmutabilidad de las penas convencionales	851
5. A modo de conclusión	862
Fernando de Trazegnies Granda	
<i>Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad</i>	865
1. Introducción al tema	867
2. Concepto jurídico de pérdida de chance	869
3. Confusión en las fronteras conceptuales	874
3.1. Diferencias con el lucro cesante	874
3.2. Diferencias con el daño moral	876
4. Aplicaciones de la pérdida de chance	877
4.1. Responsabilidad médica	878

4.2. Responsabilidad del abogado	881
4.3. Pérdida de chance laboral	883
4.4. Pérdida de chance comercial	884
4.5. Pérdida de proyecto de vida	885
4.6. Responsabilidad de los servicios públicos	886
5. Valorización de la pérdida de chance	886
6. Conclusiones	890
Juan Luis Avendaño Valdez	
<i>La prueba difícil: culpa médica</i>	893
1. El papel del juez	894
2. La prueba del daño por acto médico	896
3. Carga de la prueba de la culpa	898
Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre	
<i>La responsabilidad civil por accidentes de tránsito</i>	907
1. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito entre sujetos que carecen de vínculo jurídico contractual	907
1.1. El fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los accidentes de tránsito	909
1.1.1. Teoría clásica o subjetiva	909
1.1.2. Teoría moderna u objetiva	910
1.1.3. Teoría del riesgo	911
1.1.4. Teoría de la distribución social de los daños	912
1.2. Causales de exoneración	915
1.2.1. El caso fortuito o la fuerza mayor	916
1.2.2. El daño ocasionado por el hecho determinante de un tercero	917
1.2.3. La culpa exclusiva de la víctima	917
1.3. Supuestos de responsabilidad extracontractual solidaria originada en accidentes de tránsito	921
1.3.1. La solidaridad entre el causante y el asegurador	922
1.3.2. Responsabilidad solidaria entre el propietario del vehículo y el autor directo del daño	923
2. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero, cuando media contrato a título oneroso de transporte terrestre	925
2.1. Consideraciones generales	926
2.1.1. Importancia del transporte	926
2.1.2. Los accidentes de tránsito	928
2.1.3. Distintas modalidades de transporte terrestre	931

2.1.4. Duplicidad de regímenes de responsabilidad	933
2.2. La responsabilidad contractual en el transporte oneroso de personas	934
2.2.1. Presupuestos necesarios para imputar responsabilidad	936
2.2.1.1. La existencia del contrato de transporte	937
2.2.1.2. El incumplimiento de la obligación contractual debe originar un daño al pasajero	939
2.2.1.3. Que el incumplimiento sea atribuible al transportista	940
2.3. Eximentes de la responsabilidad	942
2.4. A modo de conclusión	944
3. Responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito con respecto al pasajero cuando el transporte terrestre es a título gratuito	946
3.1. Aspectos generales: hacia una definición del transporte gratuito	947
3.2. El transporte terrestre a título gratuito: ¿un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual?	949
3.2.1. La tesis negativista	950
3.2.2. La tesis contractualista	951
3.2.3. Tesis de la responsabilidad extracontractual	956
3.3. Teorías de la responsabilidad extracontractual	957
3.4. A modo de conclusión	960
Augusto Ferrero Costa	
<i>Donación y colación</i>	963
1. Introducción	963
2. El Fisco como acreedor tributario	964
3. Anticipo de herencia	966
4. Colación	967
5. Dispensa	969
6. Donación inoficiosa	969
César Fernández Arce	
<i>Derecho de acrecer</i>	975
1. Antecedentes	976
2. Código Civil	977
3. Fundamento	978
3.1. Teoría subjetiva o voluntaria	979
3.2. Teoría objetiva	981
4. Aplicación del derecho de acrecer	982

5. Causa de la inaplicabilidad del artículo 777 del Código Civil a los herederos legitimarios	983
Julio César Rivera	
<i>La reforma al Código Civil alemán</i>	989
1. Introducción	990
2. Sanción y puesta en vigencia	990
3. Razones	990
4. El método: una pequeña solución frente a una gran solución	992
5. Los tiempos	992
6. Fuentes	993
7. Principales reformas	993
8. Apreciación general de la reforma	997
9. Bibliografía	997
CAPÍTULO SÉPTIMO	
DERECHO EN GENERAL	999
Marcial Rubio Correa	
<i>El argumento a contrario y las normas de doble negación: laboratorio de argumentación jurídica</i>	1001
1. Lo que un abogado debe saber	1001
2. Presentación	1002
3. Nuestra metodología de trabajo	1003
4. El argumento <i>a contrario</i>	1009
4.1. La forma esencial del argumento <i>a contrario</i>	1009
4.2. Casos especiales de argumento <i>a contrario</i>	1011
4.3. El <i>a contrario</i> en el caso de «salvo» y expresiones adverbiales equivalentes	1015
4.4. <i>A contrario</i> y proposiciones absurdas	1016
4.5. El argumento <i>a contrario</i> en normas con problemas técnicos de elaboración	1017
4.6. La importancia de asegurarse de que no exista norma que impida formular el <i>a contrario</i>	1018
5. Las normas con doble negación y el argumento <i>a contrario</i>	1020
5.1. Doble negación con norma recíproca en las versiones negativa y positiva, y con <i>a contrario</i> relevante	1021
5.2. Doble negación con versión negativa extensiva y versión positiva intensiva con <i>a contrario</i> relevante	1023
5.3. Doble negación con versión negativa extensiva y versión intensiva con <i>a contrario</i> no relevante	1024

5.4.	Doble negación con versiones negativa y positiva extensivas, y con <i>a contrario</i> de forma « $\sim S \rightarrow \sim C$ »	1026
5.5.	Doble negación sin posibilidad de <i>a contrario</i> relevante	1027
5.6.	Falsas dobles negaciones debidas a giros lingüísticos	1028
6.	A manera de conclusión: estudio de casos y resultados	1028
6.1.	El <i>a contrario</i> puede producirse a partir de una norma recíproca, de una norma extensiva o de una norma intensiva	1029
6.2.	Causas principales de la inaplicabilidad del argumento <i>a contrario</i>	1031
6.3.	Recordar que puede haber una norma que impida elaborar el argumento <i>a contrario</i>	1034
6.4.	Más casos de imposibilidad que de posibilidad de elaborar el argumento <i>a contrario</i>	1034
6.5.	Necesidad de prolijidad y precaución cuando se trabaja con el <i>a contrario</i>	1035

Ricardo Beaumont Callirgos

	<i>Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores</i>	1037
1.	Antecedentes generales	1038
1.1.	Ámbito general	1043
1.2.	Ámbito especial: las sociedades anónimas en el Perú	1044
1.2.1.	Sociedades anónimas abiertas, S.A.A.	1044
1.2.2.	Sociedades anónimas medianas y pequeñas, S.A. y S.A.C.	1045
1.2.3.	Empresas del Estado: entidades del FONAFE	1045
2.	Las normas específicas y los procesos	1048
3.	La Ley General de Sociedades (Ley 26887): aciertos	1054
4.	La reorganización simple: aciertos y propuesta de ajuste	1058
4.1.	Antecedentes: fusión y escisión	1058
4.2.	La reorganización simple propiamente dicha	1063
4.3.	Valores netos que puede adoptar el bloque patrimonial: positivo, negativo y neutro o cero	1064
5.	Otras propuestas de ajuste normativo	1068
5.1.	Responsabilidad de los fundadores	1068
5.2.	Condición del impugnante	1069
5.3.	Impedimento para ser director	1069

Oswaldo Hundskopf Exebio

	<i>Las sociedades irregulares y su regulación jurídica</i>	1071
1.	Introducción al tema	1072

2. Las sociedades irregulares en el régimen societario peruano	1074
2.1. Aspectos preliminares	1074
2.2. Análisis normativo	1076
2.2.1. Régimen legal de las aportaciones	1076
2.2.2. Regularización de sociedades irregulares	1077
2.2.3. Disolución de la sociedad irregular	1078
2.2.4. Derecho de separación	1078
2.3. Clases de sociedades irregulares	1079
2.3.1. Sociedades irregulares de hecho	1079
2.3.2. Sociedades irregulares de derecho	1079
3. Administración de sociedades irregulares (régimen de responsabilidad)	1080
4. Jurisprudencia ilustrativa y antecedentes registrales	1081
5. Las sociedades irregulares en el Derecho Comparado	1082
5.1. Las sociedades irregulares en la legislación colombiana	1083
5.2. Las sociedades irregulares en la legislación española	1085
5.3. Las sociedades irregulares en la legislación argentina	1088
5.4. Las sociedades irregulares en la legislación chilena	1090
5.5. Las sociedades irregulares en la legislación mexicana	1091
5.6. Las sociedades irregulares en la legislación venezolana	1092
6. Conclusiones	1093

Ulises Montoya Alberti

<i>Contrato de esponsorización</i>	1097
1. Antecedentes	1098
2. Definición	1099
3. Clases de esponsorización	1103
3.1. Objeto de la contraprestación	1103
3.1.1. Esponsorización cultural	1103
3.1.2. Esponsorización deportiva	1104
3.1.3. Esponsorización televisiva	1104
3.2. Contraprestación	1105
4. Características del contrato	1105
4.1. Contrato consensual	1106
4.2. Contrato oneroso	1106
4.3. Contrato bilateral	1106
4.4. Contrato sinalagmático	1107
4.5. Contrato conmutativo	1108
5. Elementos del contrato	1108
5.1. Objeto del contrato	1108
5.2. Causa	1111

5.3. Sujetos del contrato	1112
5.4. Consentimiento	1112
6. Obligaciones y derechos de las partes	1113
6.1. Obligaciones de las partes	1113
6.2. Derechos de las partes	1114
7. Esponsorización y figuras afines	1114
7.1. Subvención y donación	1114
7.2. Contrato de <i>merchandising</i> deportivo	1115
7.3. Esponsorización y <i>product placement</i>	1115
7.4. Esponsorización y testimonial	1116
7.5. Esponsorización y patrocinio publicitario	1116
7.6. El contrato de esponsorización y la locación de servicios	1117
7.7. El contrato de esponsorización cultural y el contrato de obra	1117
7.8. El contrato de esponsorización y la donación modal	1118
8. Cláusulas principales	1118
8.1. Cláusula de no concurrencia	1118
8.2. Cláusula de exclusividad	1119
8.3. Cláusula de prioridad o preferencia	1119
8.4. Cláusula de participación en ventas o beneficios	1119
8.5. Cláusula de resolución de controversias	1120
8.6. Cláusula de distribución contractual de los riesgos	1120
8.7. Cláusula de extinción de las obligaciones	1120
8.8. Cláusula resolutoria expresa	1121
8.9. Cláusula de reparación de daño	1122
8.10. Cláusula penal	1122
9. Esponsorización deportiva	1122
9.1. Esponsorización y derecho a la propia imagen	1124
9.2. Objeción de conciencia	1127
10. Protección al derecho de la utilización de la imagen del deportista en la legislación peruana	1127

Fernando Vidal Ramírez

<i>Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje</i>	1131
1. Premisa	1132
2. Origen y evolución	1132
3. Su incorporación en la legislación peruana	1136

Víctor Ferro Delgado

<i>Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos</i>	1141
1. Introducción	1141
2. Antecedentes	1142

	1225
3. El marco laboral	1144
4. Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA)	1146
5. Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Chile (TLC-Chile)	1152
6. Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (CAFTA)	1154
7. Acuerdo de Preferencias Arancelarias (ATPDEA)	1157
8. Las negociaciones por iniciarse	1158
9. Superando las dicotomías	1162
10. Conclusiones	1166
José Ugaz Sánchez-Moreno	
<i>El obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho</i>	1167
1. Introducción	1169
2. Fundamento	1170
3. Los presupuestos del artículo 20 inciso 8	1171
3.1. Obrar por disposición de la ley	1172
3.2. Obrar en cumplimiento de un deber	1172
3.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho	1174
Alfonso Salcedo Rubio	
<i>Jorge Avendaño en la aventura de una palabra</i>	1177
DE LOS AUTORES	1185
ÍNDICE GENERAL	1207

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE
TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA
PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA
Correo e.: tareagrafica@terra.com.pe
TELÉF. 424-8104 / 332-3229 FAX: 424-1582
JUNIO 2004 LIMA - PERÚ

Colaboradores del Tomo II

Luis Pizarro Aranguren

Fernando Cantuarias Salaverry

Francisco Avendaño Arana

Martín Mejorada Chauca

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Carlos Cárdenas Quirós

Guillermo Lohman Luca de Tena

Delia Revoredo Marsano de Mur

Ricardo Luis Lorenzetti

Manuel de la Puente y Lavalle

Carlos Soto Coaguila

Fernando de Trazegnies Granda

Juan Luis Avendaño Valdez

Felipe Osterling Parodi

Mario Castillo Freyre

Augusto Ferrero Costa

César Fernández Arce

Julio César Rivera

Marcial Rubio Correa

Ricardo Beaumont Callirgos

Oswaldo Hundskopf Exebio

Ulises Montoya Alberti

Fernando Vidal Ramírez

Víctor Ferro Delgado

José Ugaz Sánchez-Moreno

Alfonso Salcedo Rubio

Para entender los homenajes, no solo hay que valorar su espontaneidad, sino el medio por el que se reconocen los méritos de una persona. A veces hacemos ceremonias, otras entregamos recuerdos o platos recordatorios, dedicamos una obra o le ponemos un nombre a una calle. En este caso hemos escogido un libro.

La elección de la modalidad del homenaje refleja lo que piensan del homenajeado quienes le rinden tributo. Resulta difícil escoger un mejor medio que un libro en el caso de Jorge Avendaño. Un libro recoge y perpetúa a la persona a la que se reconoce. Pero, también, tiene vida propia y se incorpora a la vida de los hombres de una manera dinámica. Un libro recorrerá las aulas en las que Jorge Avendaño enseña; estará en las bibliotecas de los estudios de abogados que litigaron del mismo lado o contra él; será citado en dictámenes de leyes en el Congreso que conoció de su trabajo y de su aporte a la actividad pública; estará en la mesa de noche de sus hijos o amigos, incluso de los que no son abogados; será citado en debates académicos análogos a los que Jorge sostuvo por años. En síntesis, vivirá en los lugares en los que vive Jorge Avendaño, en los lugares que ama y en los que él siempre estará presente.

Un libro es a su vez una forma de convertir las ideas en conceptos tangibles. Permite hacer concreto lo abstracto, algo que Jorge Avendaño hace muy bien. Para quien se ha caracterizado por su capacidad de participar en el mundo de las ideas, no hay mejor homenaje que recopilar ideas y pensamientos en los que, de alguna forma u otra, participó o inspiró.



El Comité Editor

ISBN 9972-42-647-5



9 789972 426476